



Uniwersytet
Wrocławski



*Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis*

Vol. 6, No. 2/2017



100-LECIE
SĄDU
NAJWYŻSZEGO
I SĄDOWNICTWA
POWSZECHNEGO
1917 - 2017



Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis

pod redakcją Leonarda Górnickiego
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Vol. 6, No. 2

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 prywatne: dr hab. prof. nadzw. UW r Krzysztof Zagrobelny
Historia oraz teoria i filozofia prawa: dr hab. prof. nadzw. UW r Rafał Wojciechowski, dr hab. Przemysław Kaczmarek
Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. nadzw. UW r Barbara Mielnik, dr hab. prof. nadzw. UW r Dagmara Kornobis-Romanowska
Prawo administracyjne: dr hab. prof. nadzw. UW r Piotr Lisowski
Prawo finansowe: dr hab. prof. nadzw. UW r Patrycja Zawadzka
Prawo konstytucyjne: dr Ryszard Balicki, dr Anna Sledzińska-Simon
Prawo karne: dr Dagmara Gruszecka, dr Rajnhardt Kokot
Prawo gospodarcze i handlowe: dr Bogusław Sołtys
Prawo pracy: dr hab. prof. nadzw. UW r Artur Tomanek
Prawo wyznaniowe: dr hab. prof. nadzw. UW r Józef Koredczuk

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
д-р юрид. наук, проф. Тетяна Олександрівна Коломоєць, Декан юридичного факультету, Запорізький національний університет
dr hab. prof. nadzw. UW r 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-Krzesz, 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. UZ Jacek Mazurkiewicz, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Zielonogórski
dr hab. prof. nadzw. UW r 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 Волчеккая, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, Калининград, Российская Федерация
проф. 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

HISTORIA PRAWA. TEORIA I FILOZOFIA PRAWA

Łukasz Baszak

Regulacje prawne umowy o pracę robotników w latach 1928–1939 9

Andrzej Lichwa

Wybrane zagadnienia dotyczące działalności Milicji Obywatelskiej na Dolnym Śląsku w latach 1945–1949 31

Michał Peno

John Austin o strachu, sankcji i karze..... 49

Ewa Niemiec

Godność człowieka a prawo do dysponowania własnym życiem – aspekty filozoficzno-prawne 65

PRAWO PORÓWNAWCZE. ZAGADNIENIA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO

Виктор Заборовский

Правовая природа негативных и позитивных условий морально-этического характера, которые являются предпосылкой для получения статуса адвоката в Украине. Сравнительно-правовой аспект..... 85

Zuzanna Witek

Czynniki wpływające na naruszenie bezstronności sędziowskiej przez sędziów trybunałów międzynarodowych..... 103

ZAGADNIENIA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

Paweł Majczak

Potrzeba zmiany jednego z paradygmatów prawa administracyjnego..... 139

Jakub Mroźek

Status prawny komisji rekrutacyjnej z art. 157 ustawy Prawo oświatowe..... 161

Grzegorz Stankiewicz

Umowa koncesji na roboty budowlane 173

Maciej Błażewski

Samowola rozbiórkowa 193

ZAGADNIENIA PRAWA PRYWATNEGO

Maksymilian Mamos

Wybrane problemy związane z modelem podmiotowym instytucji zachowku 205

Monika Szczotkowska

Odpowiedzialność osób fizycznych działających w imieniu spółki kapitałowej za jej szkodę spowodowaną doprowadzeniem do naruszenia prawa konkurencji..... 233

Marek Zaprzaluk

Przeciwegzekucyjne powództwo opozycyjne z art. 840 k.p.c. – charakter prawny, zadania i cel 245

Historia prawa.
Teoria i filozofia prawa

Łukasz Baszak

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Regulacje prawne umowy o pracę robotników w latach 1928–1939

Legal regulations of contracts of employment of workers in the years 1928–1939

Streszczenie

Robotnicy obok pracowników umysłowych stanowili w okresie II Rzeczypospolitej najbardziej znaczącą grupę pracowników. Ustawodawca zdecydował się wydać w 1928 r. osobne rozporządzenie, w którym uregulowana została umowa o pracę robotników. Postanowienia rozporządzenia nie utraciły swej mocy nawet po wejściu w życie kodeksu zobowiązań z 1934 r., w którym w art. 441–477 unormowano przepisy dotyczące umowy o pracę. Przepisy kodeksu zobowiązań w stosunku do przepisów rozporządzenia miały jednak tylko charakter subsydiarny.

Artykuł przedstawia regulacje prawne umowy o pracę w latach 1928–1939, a więc w okresie obowiązywania rozporządzenia o umowie o pracę robotników i kodeksu zobowiązań. Omówione zostały zatem postanowienia rozporządzenia o umowie o pracę robotników, w korelacji z postanowieniami rozporządzenia o umowie o pracę pracowników umysłowych i kodeksu zobowiązań w zakresie umowy o pracę.

Słowa kluczowe

umowa o pracę, robotnicy, rozporządzenie o umowie o pracę robotników, rozporządzenie o umowie o pracę pracowników umysłowych, kodeks zobowiązań

Abstract

Workers together with knowledge workers were in the Second Republic of Poland the most significant group of employees. The legislature decided to publish in 1928 a separate regulation, which regulated the contract of employment of workers. The provisions of the regulation did not lose their power even after the Code of Obligations of 1934 came into force, in which art. 441–477 normalized provisions on contracts of employment. The provisions of the Code of Obligations in relation to the regulation in question, however, had only a subsidiary character.

The article presents the regulations of the contracts of employment in the years 1928–1939, i.e. during the period when the regulation on the contract of employment of workers and the Code of Obligations remained in force. Therefore, the article discusses the provisions of the regulation of the contract of workers in correlation with the provisions of the regulation of employment and the Code of Obligations in terms of the employment contract.

Key words

agreement the employment, workers, regulation on the contract of workers, regulation on the contract of employment of knowledge workers, code of obligations

Wstęp

W II Rzeczypospolitej prawo pracy przeważnie dzielono na prawo pracy umowne (regulujące stosunek pracownika do pracodawcy), ochronne (obejmujące bezwzględnie obowiązujące przepisy o ochronie pracy, czyli regulujące stosunek pracodawcy i pracownika do państwa), ustrojowe (obejmujące przepisy o stosunku do współpracowników i organizacji pracowników) i ubezpieczeniowe (ubezpieczenia społeczne). Oczywiście podziału tego nie można było ściśle przeprowadzić ze względu na wzajemne przenikanie się norm należących do różnych działów. Poszczególne zagadnienia prawa pracy regulowane były odrębnymi ustawami lub rozporządzeniami, np. dotyczącymi czasu pracy¹, ochrony pracy młodocianych i kobiet², urlopów³, spraw związanych z bezpieczeństwem i higieną pracy⁴, inspekcją pracy⁵, ochroną rynku⁶ lub sądów pracy⁷. Umowne prawo pracy⁸ zostało uregulowane w kilku aktach prawnych. Opierało się ono na przepisach art. 441–477 Kodeksu zobowiązań (dalej k.z.) z 1934 r. oraz na przepisach szczególnych wydanych dla poszczególnych kategorii pracowników. Przepisy k.z. dotyczyły tylko wybranych grup pracowników, takich jak robotnicy rolni, dozorczy domowi, nauczyciele prywatni i kilka mniejszych grup pracowników. Natomiast umowa o pracę dwóch największych grup, tj. pracowników umysłowych oraz robotników, uregulowana została wydanymi w 1928 r. rozporządzeniami, tj. rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 r. o umowie o pracę pracowników umysłowych⁹ (dalej rozp. o um. o pr. prac. um.) oraz rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 marca 1928 r. o umowie o pracę robotników¹⁰ (dalej rozp. o um. o pr. rob.)¹¹.

¹ Ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. o czasie pracy w przemyśle i handlu (Dz. U. z 1920 r. Nr 2, poz. 7).

² Ustawa z dnia 2 sierpnia 1924 r. w przedmiocie pracy młodocianych i kobiet (Dz. U. Nr 65, poz. 636), szerzej o tym J. Jończyk, *Ochrona pracy kobiet i młodocianych w polskim przemyśle w latach 1918–1939*, Książka i Wiedza, Warszawa 1961.

³ Ustawa z dnia 16 maja 1922 r. o urlopiach dla pracowników zatrudnionych w przemyśle i handlu (Dz. U. z 1922 r. Nr 40, poz. 334).

⁴ Rozporządzenie z dnia 16 marca 1928 r. o bezpieczeństwie i higienie pracy (Dz. U. z 1928 r. Nr 35, poz. 325).

⁵ Rozporządzenie z dnia 14 lipca 1927 r. o inspekcji pracy (Dz. U. z 1927 r. Nr 67, poz. 590).

⁶ Rozporządzenie z dnia 4 czerwca 1927 r. o ochronie rynku pracy (Dz. U. z 1927 r. Nr 54, poz. 472).

⁷ Rozporządzenie z dnia 24 października 1934 r. Prawo o sądach pracy (Dz. U. z 1934 r. Nr 95, poz. 854).

⁸ W celu porównania umownego prawa pracy w II RP z innymi ustawodawstwami europejskimi w okresie międzywojennym odsyłam do artykułu E. Sissle, *O istocie umowy o pracę*, „Praca i Opieka Społeczna” 1930, Vol. II, s. 137–167.

⁹ Dz. U. R. P. z 1928 r. Nr 35, poz. 323.

¹⁰ Dz. U. R. P. z 1928 r. Nr 35, poz. 324.

¹¹ I. Rosenblüth, *Pracy prawo*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, T. III, Nakładem Instytutu Wydawniczego „Biblioteka Polska”, Warszawa 1937, s. 1688–1689; szerzej o systematyce prawa pracy w okresie międzywojennym S.M. Grzybowski, *Wstęp do nauki prawa pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1947, s. 36–44.

Wobec tych rozporządzeń przepisy kodeksu zobowiązań miały zastosowanie jedynie w przypadku, jeśli dana sprawa nie była w nich unormowana¹². Zgodnie z art. III pkt 10 przepisów wprowadzających kodeks zobowiązań „pozostają w mocy ustawy o umowie o pracę poszczególnych kategorii pracowników, o pośrednictwie pracy i ochronie pracy”¹³ oraz art. 446 k.z., według którego „jeżeli dla pewnej kategorii pracowników istnieje lub wydana będzie szczególna ustawa, regulująca stosunek pracy, przepisy działu niniejszego stosuje się jedynie w przedmiotach ustawą szczególną nie objętych”¹⁴. Zgodnie z tym przepisy kodeksu zobowiązań¹⁵ w stosunku do rozporządzenia o umowie o pracę robotników miały jedynie charakter posiłkowy. Pełniły one rolę norm prawnych uzupełniających lub wspomagających (*iuris supplendi vel adiuvandi causa*), a nie norm poprawiających lub zmieniających (*iuris corrigendi vel mutandi causa*)¹⁶.

Projekt rozporządzenia o umowie o pracę robotników został opracowany przez Ministerstwo Pracy i Opieki Społecznej w celu ujednoczenia dotychczas obowiązujących¹⁷ przepisów ustawowych w tym zakresie¹⁸ oraz rozszerzenia zakresu ich obowiązywania na całe terytorium Rzeczypospolitej¹⁹. Projekt ten był przedmiotem obrad specjalnej ko-

¹² S.M. Grzybowski, *Prawo pracy*, „Współczesne polskie prawo prywatne” 1948, z. VIII, s. 8–9.

¹³ Dz. U. R. P. Nr 82, poz. 599

¹⁴ Dz. U. R. P. Nr 82, poz. 598.

¹⁵ Według J. Blocha do robotników objętych rozporządzeniem o umowie o pracę miały zastosowanie normy art. 442, 445, 447–449, 452–457, 461–464, 465 (odnośnie do tych robotników, których nie obejmowała ustawa o urlopach), 466 § 2, 471 § 3, 473, 474 i w części zwrotu przechowywanych dokumentów 475 i 476, zob. J. Bloch, *Kodeks pracy*, Warszawa: Druk. „Monolit”, Warszawa 1936, s. 8; z kolei według Z. Fenichela z rozdziału k.z. o umowie o pracę należało stosować subsydiarnie do robotników art. 446 oraz art. 442, 445, 447, 449, 452–457, 461–464, 465 (o ile nie rozciągała się na nich ust. o urlopach z 1922 r.), art. 466 § 2, 471 § 3, 473, 474 (co do zwrotu dokumentów), 475 i 476, zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków–Warszawa 1939, s. 338.

¹⁶ L. Górnicki, *Zasada uspołecznienia pewnych stosunków umownych w kodeksie zobowiązań z 1933 roku*, [w:] M. Podkowski (red.), *Zasady prawne w dziejach prawa publicznego i prywatnego*, Kolonia Limited, Wrocław 2015, s. 162; szerzej o tym L. Domański, *Zbieg przepisów kodeksu zobowiązań o umowie o pracę z przepisami ustaw szczególnych*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1935, nr 45, s. 149–151, nr 46, s. 153–155, nr 47, s. 157–158, nr 48, s. 161–163; R. Longchamps de Brier, *Kodeks zobowiązań a dotychczasowe prawo pracy*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1934, nr 9, s. 33–35.

¹⁷ Szerzej Z. Fenichel, *Źródła polskiego prawa robotniczego*, „Głos Adwokatów” 1928, r. IV, z. VII–VIII, s. 231–238.

¹⁸ W myśl art. 68 rozp. o um. o pr. rob. traciły moc obowiązującą: „[...] a) art. art. 42–63, 87–192, 211–222 ustawy o pracy w przemyśle (Zwód praw rosyjskich Tom XI, Część II, wydanie 1913 r.); b) §§ 72, 73, 76, 77–78–e, 81–88–a, 90 i 91 ustawy przemysłowej w brzmieniu noweli z dnia 5 lutego 1907 r. (Dz. u. p. austr. Nr 26); c) §§ 105, 114a–119b, 121–125, 133g–134g ordynacji przemysłowej Rzeszy Niemieckiej w brzmieniu noweli z dnia 27 grudnia 1911 r. (Dz. Ust. Rzeszy niem. z r. 1912 str. 139); d) §§ 200–209 powszechnej ustawy górniczej z dnia 23 maja 1854 r. (Dz. u. p. austr. Nr 146); e) §§ 80–80e, 80g–85h, 92 i 93 pruskiej powszechnej ustawy górniczej z dnia 24 czerwca 1865 r. (Zbiór praw prus. str. 705); f) art. 3 ustawy z 15 lipca 1920 r. o zabezpieczeniu bytu rodzinom osób, pełniących ochotniczą lub obowiązkową służbę wojskową (Dz. U. R. P. Nr 62, poz. 403), oraz wszelkie inne przepisy prawne, normujące sprawy uregulowane niniejszym rozporządzeniem, o ile są sprzeczne z przepisami tego rozporządzenia”.

¹⁹ Ostatecznie rozporządzenie nie obowiązywało na terenie woj. śląskiego, zob. J.G. Wengierow, *Postępy unifikacji prawa pracy w Polsce*, „Przegląd Prawa Pracy”, Rok II, Nr 5/1939, s. 260; o prawie pracy w górnośląskiej części województwa śląskiego szerzej J. Jończyk, *Losy prawa pracy obowiązującego w górnośląskiej*

misji powołanej przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej. W jej skład wchodził przedstawiciel Ministerstwa oraz znawcy prawa cywilnego i karnego, powołani spoza grona urzędników Ministerstwa²⁰. Ostatecznie rozp. o um. o pr. rob. z dnia 16 III 1928 r. zostało ogłoszone 23 III 1928, a weszło w życie 23 VIII 1928 r.

1. Postanowienia ogólne

Pojęcie umowy o pracę robotników zostało określone w art. 1 rozp. o um. o pr. rob.²¹. Treść tego przepisu jest zbliżona do treści art. 441 k.z.²² Umowa o pracę robotników stanowiła zatem jeden z rodzajów umów o świadczenie usług²³. Omawiając umowę o pracę robotników, należy zwrócić uwagę na rozróżnienie pojęcia stosunku pracy od pojęcia umowy o pracę. Pojęcie stosunku pracy jest szersze od pojęcia umowy o pracę, ponieważ obejmuje ogół stosunków pracownika do pracodawcy, które niekoniecznie muszą wynikać z umowy o pracę. Umowa o pracę robotników wedle art. 1 była umową, na mocy której robotnik zostawał przyjęty do wykonywania pracy na rzecz pracodawcy w zamian za umówione wynagrodzenie. Umowa ta była umową wzajemną podlegającą przepisom o zobowiązaniach w ogólności. Jednak zgodnie z art. 66 rozp. o um. o pr. rob., jeśli warunki umowy były mniej korzystne dla robotników od warunków zawartych w rozporządzeniu, uważane były z mocy prawa za nieobowiązujące, nawet jeśli robotnik na takie warunki wyraził swą zgodę. Wynika z tego, że zasada wolności w przypadku umowy o pracę robotników w zakresie postanowień mniej korzystnych dla pracownika nie istniała, chyba że postanowienia umów indywidualnych były korzystniejsze dla pracownika. W takim zakresie zasada wolności zawierania umów obowiązywała. Przepisy rozporządzenia określały zatem minimum praw pracownika, a umowne postanowienia mniej korzystne dla pracownika były nieważne²⁴.

Za pracę w rozumieniu prawa pracy uważano każde zachowanie się człowieka, które gospodarczo uważa się za taką. Pojęcie pracy wyczerpuje się poprzez samo zobowiązanie się do pełnienia pracy, a nie jest konieczne jej rzeczywiste spełnienie. Praca

części województwa śląskiego (1918–1939), Studia Śląskie, t. X, Śląsk, Katowice 1966; s. 211–224 oraz *idem*, *Prawo pracy w górnośląskiej części województwa śląskiego*, [w:] F. Ryszka (red.), *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. II, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968, s. 293–301.

²⁰ S. Szymorowski, *Zasady projektu prawa o umowie o pracę robotników*, „Praca i Opieka Społeczna” 1927, Nr 2, s. 25.

²¹ Art. 1 rozp. o um. o pr. rob.: „Umowa o pracę robotników w rozumieniu niniejszego rozporządzenia jest to umowa, na mocy której robotnik zostaje przyjęty do wykonywania pracy na rzecz pracodawcy w zamian za umówione wynagrodzenie”.

²² Art. 441 k.z.: „Przez umowę o pracę pracownik zobowiązuje się do pełnienia dla pracodawcy pracy za wynagrodzeniem”.

²³ Do umów o świadczenie usług k.z. zaliczał obok umowy o pracę, umowę o dzieło, zlecenie, pośrednictwo i przechowanie.

²⁴ J. Bloch, *Kodeks...*, s. 84; Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 193–195 i 404.

nie musiała być wykonywana w samym przedsiębiorstwie, mogła się ona odbywać także poza zakładem pracy. Za pracodawcę w rozumieniu prawa pracy uważano osobę zarówno fizyczną, jak i prawną zatrudniającą pracowników, bez względu na to, czy była ona właścicielem, czy nie. W doktrynie odróżniano pojęcie pracodawcy od pojęcia przedsiębiorcy i nie uważano ich za identyczne. Z kolei w spółkach będących osobami prawnymi pracodawcą była spółka jako taka, w innych zaś spółkach pracodawcą był każdy ze wspólników z osobna²⁵. W art. 1 rozp. o um. o pr. rob. mowa jest również o umówionym wynagrodzeniu. Wyrażenie to nie oznacza, że niezbędne było ustalenie w umowie o pracę wysokości wynagrodzenia, ani przez kogo miałyby być ono płacone. Jeśli natomiast praca miałaby być wykonywana za darmo, z uprzejmości lub z przywiązania, lub jeśli pracodawca zatrudniał dla celów nauki lub wyszkolenia²⁶, wtedy przepisy rozporządzenia nie obowiązywały²⁷.

W art. 2 rozp. o um. o pr. rob.²⁸ występuje definicja robotnika. W przeciwieństwie do definicji pracownika umysłowego²⁹ definicja robotnika była definicją negatywną. Wymienione w nim zostały grupy pracowników, którzy nie byli robotnikami. Przepisom rozp. o um. o pr. rob. nie podlegali więc pracownicy umysłowi, a także robotnicy będący robotnikami rolnymi³⁰, osobami zatrudnionymi w urzędach państwowych i komunalnych oraz w szkołach państwowych, a pełniącymi czynności analogiczne do czynności niższych funkcjonariuszy państwowych (gońce, woźni itp.), służbą domową³¹ i dozorcami domowymi³². Za robotników nie byli również uważani chałupnicy (nie byli zatrud-

²⁵ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 31–31, 339.

²⁶ Zatrudnieni na podstawie umowy o naukę nie byli robotnikami.

²⁷ J. Bloch, *Kodeks...*, s. 84.

²⁸ Art. 2 rozp. o umowie o pracę robotników: „Przepisy rozporządzenia niniejszego regulują stosunki pracy pomiędzy pracodawcami a robotnikami, zatrudnionymi przez osoby fizyczne, czy też osoby prawne, bądź prawa prywatnego bądź publicznego.

Robotnikami w rozumieniu rozporządzenia niniejszego są pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę z wyjątkiem pracowników umysłowych, robotników zatrudnionych pracą w rolnictwie, leśnictwie, ogrodnictwie oraz w zakładach pracy ściśle z rolnictwem związanych, a nieposiadających przeważającego charakteru przemysłowego lub handlowego, osób zatrudnionych w urzędach państwowych i komunalnych, oraz w szkołach państwowych, a pełniących czynności analogiczne do czynności niższych funkcjonariuszów państwowych, pracowników domowych (służby domowej) oraz dozorców domowych”.

²⁹ Art. 2 rozp. o um. o pr. prac. um. wyczerpująco wymienia pracowników umysłowych, których liczba mogła być zwiększona w drodze rozporządzenia przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej, zob. art. 3 rozp. o um. o pr. prac. umysł.

³⁰ Szerzej o robotnikach rolnych A. Ajnenkiel, *Położenie prawne robotników rolnych w Polsce (1918–1939)*, Książka i Wiedza, Warszawa 1962; Z. Fenichel, *Prawo pracy pracowników rolnych w Polsce*, [w:] *Polskie prawo prywatne i procesowe*, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936, s. 371–383.

³¹ Służba domowa podlegała przepisom dzielnicowym, tj. w byłym Królestwie Kongresowym ustawie z dnia 24 maja 1860 r. o sądach wiejskich w Królestwie Polskim, w Małopolsce regulaminom dla sług z 1855 i 1857 r., a na pozostałych obszarach przepisom k.z., zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 342.

³² Podlegali oni ustawie z dnia 23 stycznia 1920 r. o rozszerzeniu działania przepisów ustawy o załatwianiu zatargów zbiorowych pomiędzy pracodawcami a pracownikami rolnymi na zatargi zbiorowe między właścicielami nieruchomości miejskich a dozorcami domowymi (Dz. Ust. 8/20), ustawie z dnia 16 maja

niani na podstawie umowy o pracę), uczniowie (zgodnie z art. 477 k.z. zawierali umowę o naukę, a nie umowę o pracę) oraz robotnicy portowi³³. Pozostali pracownicy byli wedle rozporządzenia robotnikami bez względu na rodzaj i warunki pracy, wysokość i sposób wynagrodzenia, przynależność państwową, wiek³⁴. W przypadku gdy rodzaj zajęcia nosił cechy zarówno pracy fizycznej, jak i umysłowej, występowały wątpliwości, czy danego pracownika zaliczyć do kategorii pracowników umysłowych, czy do robotników. Rozróżnienie to miało nie tylko teoretyczne znaczenie, ale przede wszystkim praktyczne, chociażby ze względu na okres wypowiedzenia i długość urlopu³⁵. W takich spornych sytuacjach o tym, czy dany pracownik był pracownikiem umysłowym, czy robotnikiem, rozstrzygać miał sąd³⁶.

1922 r. (Dz. Ust. 39/22) w przedmiocie powołania Nadz. Kom. Rozj. do załatwiania zatargów zbiorowych pomiędzy właścicielami nieruchomości miejskich a dozorcami domowymi oraz ustawie z dnia 5 marca 1934 r. o załatwianiu zatargów zbiorowych pomiędzy właścicielami nieruchomości miejskich a dozorcami domowymi w woj. poznańskim (Dz. Ust. 26/34), zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, s. 342.

³³ Warunki pracy robotników portowych w Gdyni określały odrębne przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. (Dz. U. R. P. Nr 85, poz. 646). W rozumieniu tego rozporządzenia robotnikiem portowym był robotnik zatrudniany przy przeładunku portowym, uznany za robotnika portowego przez Komisję Kwalifikacyjną i zarejestrowany w Biurze Pośrednictwa dla robotników portowych w Gdyni. Szczegóły regulowane były m.in. rozporządzeniem Min. Op. Społ. z dnia 27 marca 1935 r. o Biurze Pośrednictwa pracy dla robotników portowych w Gdyni (Dz. U. R. P. Nr 23, poz. 153), rozporządzeniem Min. Op. Społ. z dnia 29 marca 1934 r. w sprawie książeczek obrachunkowych dla robotników portowych (Dz. U. R. P. Nr 32, poz. 289), zob. I. Rosenblüth, *Pracy...*, s. 1690.

³⁴ A. Raczynski, *Polskie Prawo Pracy*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1930, s. 37–38; Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 340–343; S.M. Grzybowski, *Wstęp...*, s. 128–131.

³⁵ Z. Fenichel, *Zarys polskiego prawa robotniczego*, Gebethner i Wolff, Kraków 1930, s. 38–43; szerzej o wyodrębnieniu robotników i pracowników umysłowych w moim artykule Ł. Baszak, *Regulacje prawne umowy o pracę pracowników umysłowych w latach 1928–1939*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, Vol. 5, No. 1, s. 15–16.

³⁶ Wybrane przykłady z orzecznictwa Sądu Najwyższego – SN: „O kwalifikacji pracownika rozstrzyga rodzaj czynności przez niego przeważająco spełnianych, a nie tytuł, jaki sobie przybiera lub jaki mu pracodawca nadaje” (O. S. N. I. C. 2875/32 z 11 V 1933 r. G. S. W. Nr 50/33, s. 802); SN: „Jeżeli pracownik spełnia prace fizyczne, cechujące go jako robotnika, a zarazem czynności administracyjne lub nadzorcze, któreby go cechowały jako pracownika umysłowego, miarodajną dla rozstrzygnięcia pytania, czy należy go uważać za robotnika, czy też pracownika umysłowego jest ta czynność, która w jego zajęciach przeważa” (O. S. N. III. z dnia 6 IV 1932 r. Rw 57/32 R. P. E. Nr 1/33, s. 178); SN: „Pracownik sprawujący czynności biurowe, kancelaryjne i rachunkowe, jest pracownikiem umysłowym, chociażby figurował na liście robotników” (O. S. N. III. z dnia 11 V 1932 r. Rw. 435/32 O. S. P. XII. 273); SN: „Członek (grający na bębnie) orkiestry produkującej się w kawiarni (bez względu na wartość artystyczną jego produkcji i bez względu na znajomość czytania nut) – jest pracownikiem umysłowym” (O. S. N. III. z 3 XI 1932 r. Rw. 1016/32 O. S. P. XII. 213); SN: „Nie jest pracownikiem umysłowym podmajstrzy, podległy majstrowi, kierującemu pracą i odpowiedzialnemu za jej całość” (O. S. N. I. C. 2766/31 z 25 VIII 1932 r. G. S. W. Nr 2/33 s. 28); SN: Pracownik, pracujący w ogrodzie, ściśle związanym z zakładem przemysłowym, nie może być uważany za pracownika rolnego w rozumieniu ustawy z 1. VIII. 1919 r. (O. S. N. I. C. 2060/32 z dnia 13.I.1933 r. Gł. Sąd. Nr 11/33, s. 690); SN: „Samo sprawdzanie liczników i inkasowanie należności bez obliczania należności za prąd, wystawiania rachunków i sporządzania wykazów zainkasowanych należności, nie mają charakteru pracy umysłowej” (O. S. N. I. C. 2766/32 z 26 IV 1933 r. Gł. Sąd. Nr 1/34, s. 84).

2. Zawarcie umowy o pracę

Zgodnie z art. 3 rozp. o um. o pr. rob.³⁷ umowę o pracę robotników można było zawrzeć albo na piśmie, albo ustnie, albo można było podjąć pracę przez dopuszczenie robotnika do pracy w trybie przyjętym w danym zakładzie pracy. Przepis ten realizował przyjętą w prawie pracy zasadę braku formalności przy zawieraniu umowy o pracę. W związku z tym nie miał tu zastosowania art. 443 k.z.³⁸, który przewidywał dla celów dowodowych formę pisemną w dwóch przypadkach, tj. umowy o pracę na czas życia pracodawcy lub pracownika albo na okres powyżej trzech lat. W art. 3 rozp. o um. o pr. rob. unormowana została również sytuacja zatrudnienia robotnika ograniczonego w zdolności do działań prawnych na podstawie umowy o pracę. Jeśli do tego doszło, robotnik taki uzyskiwał zdolność do działań prawnych³⁹, które wynikały bezpośrednio z takiej umowy. Robotnik mógł dzięki temu zawrzeć umowę lub ugodę w sprawie swych roszczeń, w sprawie urlopu lub dochodzić ich przed sądem. Roszczenia te jednak musiały pozostawać w bezpośrednim związku z umową o pracę⁴⁰. Warto zaznaczyć, że artykuł ten dotyczył tylko robotników i nie rozciągał się na pracowników umysłowych⁴¹.

Według art. 4 rozp. o um. o pr. rob. umowę o pracę robotników, podobnie jak umowę o pracę pracowników umysłowych, można było zawrzeć na okres próbny, na okres wykonywania określonej roboty, na czas określony lub na czas nieokreślony.

W przypadku umowy o pracę na okres próbny⁴² art. 5 rozp. o um. o pr. rob. stanowi, że okres ten mógł trwać najdłużej siedem dni⁴³. Podczas tego okresu umowa o pracę mogła być rozwiązana w każdej chwili przez każdą ze stron, a nierozwiązanie umowy przed upływem okresu próbnego uważane było za zawarcie umowy o pracę na czas nieokreślony.

³⁷ Art. 3 rozp. o um. o pracę robot.: „Umowę o pracę zawiera się bądź na piśmie bądź ustnie, bądź też przez dopuszczenie robotnika do pracy w trybie, przyjętym w zakładzie pracy. Robotnik ograniczony w zdolności do działań prawnych, w razie zatrudnienia go na podstawie umowy o pracę uzyskuje zdolność do działań prawnych, które wynikają bezpośrednio z tej umowy”.

³⁸ Art. 443 k.z. „Umowa o pracę na czas życia pracodawcy lub pracownika albo na okres czasu powyżej lat trzech powinna być pismem stwierdzona”.

³⁹ SN: „Robotnikowi nieletniemu służy prawo osobistego wytoczenia powództwa z tytułu naruszenia umowy o pracę i wystąpienia o przyznanie prawa ubogich do prowadzenia sprawy z umowy o pracę” (O. S. N. I. C. V 2489/31 z 15 I 1932 r. O. S. P. XI. 265).

⁴⁰ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 344.

⁴¹ SN: „Art. 3 rozp. Prez. Rzplitej o umowie o pracę robotników, w myśl którego przez dopuszczenie do pracy powstaje umowa o pracę, nie może być rozciągany na pracowników umysłowych, gdyż wspomniane rozporządzenie dotyczy jedynie robotników (O. S. N. I z 6.X.1932. C. 153/32. Zb. Urz. Nr 201/32)”; [za:] I. Rosenblüth, *Polskie prawo pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1935, s. 241.

⁴² SN: „Umowa na próbę jest umową pracy, a w czasie próby strony mają wszelkie prawa i obowiązki, jak w każdej innej umowie pracy, różnica leży tylko w czasie trwania i sposobie rozwiązania stosunku umownego (O. S. N. C. II. 4/36 z 28.VI.36. P. S. poz. 512/36)”; [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 222.

⁴³ Z kolei w myśl art. 467 § 3 k.z. okres próbny mógł trwać najwyżej miesiąc, a w myśl art. 7 rozp. o um. o pr. pracowników umysł. okres ten nie mógł przekraczać 3 miesięcy.

ny, chyba że strony zawarły umowę na czas wykonania pewnej roboty lub na czas określony. Okres próbnej pracy wliczano do czasu przepracowanego w zakładzie pracy.

W rozp. o um. o pr. rob. wyraźnie odróżniono umowę na okres wykonania określonej roboty⁴⁴ od umowy na czas określony⁴⁵ oraz umowę na czas nieokreślony⁴⁶. Przyjęto zatem te same rozwiązania, co w rozp. o um. o pr. prac. um.⁴⁷.

3. Prawa i obowiązki stron

W rozdziale III rozp. o um. o pr. rob. unormowano ogólne obowiązki stron, a więc obowiązki robotnika i pracodawcy. Prawa i obowiązki stron są ze sobą ściśle powiązane, dlatego zasadniczo prawu z jednej strony odpowiada obowiązek z drugiej strony. W doktrynie okresu międzywojennego za podstawę przyjęto obowiązek stron. W zawiązku z tym wyodrębniano obowiązki pracownika i pracodawcy, które następnie były dzielone na poszczególne grupy⁴⁸.

⁴⁴ SN: „Skoro pracownik był zaangażowany do ściągania zaległości podatkowych, a zaległości te trwają, umowa o pracę nie może być poczytywana za zawartą na okres wykonania określonej roboty (C. I. 154/35. z 7-15.V.1935. Zb. Urz. 56/36)”, [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 219.

⁴⁵ SN: „Umowa zawarta na czas określony winna wskazywać czas, kiedy termin jej upływa, ale termin ten niekoniecznie musi być oznaczony w pewnej określonej dacie kalendarzowej; czas trwania umowy może być także określony przez wskazanie określonego faktu, który winien nastąpić w pewnym, przewidzianym (choćby w przybliżeniu) przez obie strony czasie i do którego nastąpienia umowa została zawarta; będzie więc np. umową, zawartą na czas określony, umowa najmu pracy, zawarta na czas choroby lub nieobecności pewnej osoby, albo na czas urlopów pracowników danej firmy w danym roku (I. C. 183/30. Z 19. XI.30 r. Gł. Sąd. Nr 4/31)”, [za:] Z. Fenichel, *Prawo...*, s. 219.

⁴⁶ Wybrane orzeczenia SN: „Zawarcie umowy pracy na czas nieokreślony następuje wtedy, gdy między stronami zawiązuje się stały stosunek pracodawcy do pracownika bez określonego czasu trwania tego stosunku; gdy zaś stosunek ten zawiązuje się na czas do dnia nastąpienia pewnej określonej okoliczności, niezależnie od woli stron, chociażby bez ustalenia ścisłej daty kalendarzowej ukończenia tego stosunku, ale świadomością stron co do określenia chociażby w przybliżeniu czasu trwania tegoż stosunku, umowa pracy winna być uważana za zawartą na czas określony (I. C. 1296/32. 27.X.32 r. Gł. Sąd. Nr 11/1933, s. 689); „Zobowiązanie się pracodawcy do zatrudnienia robotnika do końca jego życia nie wiąże pracodawcy, gdyż art. 4 cyt. rozp. tego rodzaju umów nie przewiduje” (C. I. 3362/36. z 5.V.1937. PUS nr 12/37, poz. 196)”, [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 344.

⁴⁷ Szerzej Ł. Baszak, *Regulacje...*, s. 15–16.

⁴⁸ A. Raczyński dzielił obowiązki pracowników na 3 grupy, tj. obowiązek do pracy, obowiązek wierności i obowiązek odpowiedzialności. Natomiast obowiązki pracodawcy na obowiązek zapłaty wynagrodzenia (w tym mieszkanie służbowe, zaliczki, płace minimalne, premie, gratyfikacje, prowizje, „tantjema”), obowiązek pieczy, zwrot wydatków, udzielenie urlopu wypoczynkowego oraz urlopu na szukanie pracy, obowiązek wystawienia świadectwa pracy i wywiadu oraz obowiązek związany z kaucją służbową, zob. A. Raczyński, *Polskie...*, s. 91–172; z kolei Z. Fenichel wymienia następujące obowiązki pracownika: obowiązek wypełnienia zobowiązania, obowiązek posłuszeństwa i wierności, zakaz konkurencji i klauzula konkurencyjna, korzyści od osób trzecich, tajemnica przedsiębiorstwa i inne obowiązki pracownika. Natomiast obowiązki pracodawcy dzielił na te związane z wynagrodzeniem, urlopem i innymi obowiązkami, wymieniając przy tym obowiązek pieczy, odpowiedzialności pracodawcy za czyny bezprawne pracowników i za szkodę, zob. Z. Fenichel, *Zarys polskiego prawa robotniczego*, Gebethner i Wolff, Kraków 1930, s. 87–142.

Zgodnie z art. 6 rozp. o um. o pr. rob.⁴⁹ robotnicy byli obowiązani do należytego i sumiennego spełniania zarządzeń swych przełożonych, jednak tylko tych, które wynikały z umowy o pracę i nie były sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami. Miał tu zastosowanie art. 447 k.z.⁵⁰, wobec czego praca miała być wykonywana przez robotnika osobiście. Za zgodą pracodawcy robotnik mógł posłużyć się zastępcą, za którego odpowiadał. Powstawał w ten sposób stosunek zobowiązaniowy pomiędzy robotnikiem a zastępcą, a nie pomiędzy zastępcą a pracodawcą. Jeżeli robotnik zlecił wykonanie pracy osobiście bez zgody pracodawcy, pracodawca mógł uznać takie zachowanie za „ważny powód”⁵¹ i od takiej umowy odstąpić. W słowach „należyte i sumienne” mieścił się obowiązek uwzględnienia rodzaju wykonywanej pracy, zwyczaju oraz słusznego interesu pracodawcy. Przepis ten ustalał zasadę dyrygowania przez pracodawcę i obowiązek posłuszeństwa pracownika, jednak ograniczone ono było tylko do robót objętych umową o pracę. Jeśli rodzaj pracy nie został wyraźnie w umowie określony, robotnik mógł być wykorzystany wyłącznie do robót należących do jego specjalności. Praca odmienna od umówionej lub wykraczająca ponad umówioną miarę mogła być wykonana przez robotnika za jego zgodą i musiał być on zdolny do jej wykonania. Mogło to nastąpić z powodu wystąpienia okoliczności zagrażających ogółowi lub ruchowi przedsiębiorstwa, np. w celu wykonania robót zapobiegających pożarowi, wybuchowi itp.⁵² Wszystkie polecenia pracodawcy, bez względu na to, czy wykraczały poza umowę, czy nie, nie mogły być sprzeczne z prawem ani dobrymi obyczajami. Jeśli pracownik z tego powodu nie zastosował się do zarządzeń pracodawcy, pracodawcy nie przysługiwało prawo do wcześniejszego rozwiązania umowy o pracę. Za naruszenie przepisów art. 6 rozp. o um. o pr. rob. przez pracownika pracodawca miał prawo zgodnie z art. 42 rozp. o um. o pr. rob. nałożyć na niego kary porządkowe⁵³. Pracownik musiał się również stosować do poleceń kierownika i innych przełożonych wyznaczonych przez pracodawcę⁵⁴. Ze względu na brak zawarcia ogólnego przepisu o obowiązkach pracodawcy Bloch dopuszczał zastosowanie⁵⁵ art. 449 k.z.⁵⁶ Warto zaznaczyć, że

⁴⁹ Art. 6 rozp. o um. o pr. rob.: „Robotnicy są obowiązani do należytego i sumiennego spełniania tych zarządzeń swych przełożonych, które dotyczą robót objętych umową o pracę i które nie są sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami”.

⁵⁰ Art. 447 k.z.: „Pracownik obowiązany jest pełnić pracę osobiście, jeżeli z umowy lub okoliczności nie wynika nic innego”.

⁵¹ Art. 470 k.z.: § 1. „Z ważnych powodów każda ze stron może odstąpić od umowy o pracę przed upływem umówionego czasu i bez zachowania terminu wypowiedzenia (rozwiązanie przedwczesne). § 2. Ważnymi powodami rozwiązania umowy są okoliczności, które sprawiają, że nie można zgodnie z wymaganiami dobrej wiary żądać od strony, aby pozostawała z drugą w stosunku pracy. [...]”.

⁵² J. Bloch, *Kodeks...*, s. 94–95.

⁵³ Takiego rozwiązania nie przewidywał k.z.

⁵⁴ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 68–69, 346.

⁵⁵ J. Bloch, *Kodeks...*, s. 95.

⁵⁶ Art. 449 k.z.: „Pracodawca powinien przyzwoicie obchodzić się z pracownikiem i szanować jego godność”.

w przeciwieństwie do rozp. o um. o pr. prac. um., rozp. o um. o pr. rob. nie zawierało przepisów o zakazie konkurencji. W tym przypadku czyny konkurencyjne robotnika mogły stanowić naruszenie obowiązku sumienności, o którym stanowił art. 448 k.z., co uzasadniało przedterminowe rozwiązanie umowy i obowiązek naprawienia szkody na zasadach ogólnych na podstawie art. 239 k.z.⁵⁷

W art. 7 rozp. o um. o pr. rob.⁵⁸ unormowany został obowiązek pieczy pracodawcy, który uznawany był, obok obowiązku zapłaty wynagrodzenia, za jego główną powinność. Pracodawca musiał stosować środki zapewniające ochronę życia i zdrowia robotników. Zobligowany był zatem do przestrzegania przepisów prawnopublicznych⁵⁹, które w tym zakresie obowiązywały. Przy wypełnianiu obowiązków wynikających z tego artykułu, pracodawca powinien zachować staranność porządnego gospodarza⁶⁰. Pracodawca ponosił odpowiedzialność prawnoprywatną z art. 461 k.z., opartą na umowie, oraz odpowiedzialność za szkodę⁶¹. Pracodawca, który przyjął robotnika do grona domowników, powinien dostarczyć takich urządzeń i wydawać takie zarządzenia co do pomieszczenia oraz co do pożywienia (o ile to zostało umówione), jakie były potrzebne ze względu na zdrowie i moralność. Do tego przepisu miały zastosowanie postanowienia przepisu art. 461 k.z., który rozciągał się także na pracowników umysłowych⁶².

W art. 8 rozp. o um. o pr. rob. ustawodawca unormował kwestię oddania pewnych robót z zakresu działalności zakładu pracy w podprzedsiębiorstwo (subantreprzyżę). Przepis ten powstał w celu ochrony praw pracownika, na wypadek problemów z wypłatą wynagrodzenia przez podprzedsiębiorcę. W związku z tym za zobowiązania wynikające z umowy o pracę przedsiębiorca odpowiadał solidarnie z podprzedsiębiorcą⁶³, w związku z tym robotnik mógł dochodzić swych roszczeń od przedsiębiorcy, podprzedsiębiorcy lub od obu solidarnie. Jednak gdy podprzedsiębiorcą miała być firma zarejestrowana⁶⁴, odpowiedzialność solidarna odpadała. Ustawodawca wyszedł z założenia, że firma przez sam fakt zarejestrowania daje pewną gwarancję robotnikom na wypłatę wynagrodzenia.

⁵⁷ I. Rosenblüth, *Pracy ...*, s. 1701.

⁵⁸ Art. 7 rozp. o um. o pr. rob.: „Przy wszelkich robotach prowadzonych bądź w zakładach pracy bądź poza terenem zakładów pracy przez osoby lub przedsiębiorstwo prywatne jak również przez Państwo, samorządy i instytucje społeczne, pracodawca obowiązany jest stosować środki, zapewniające ochronę życia i zdrowia robotników.

Jeżeli pracodawca przyjął robotnika w poczet domowników, powinien dostarczyć takich urządzeń i wydać takie zarządzenia co do jego pomieszczenia oraz co do pożywienia, o ile to ostatnie zostało umówione, jakie są potrzebne ze względu na zdrowie i moralność”.

⁵⁹ Były to w szczególności rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 r. o bezpieczeństwie i higienie pracy (Dz. U. Nr 35, poz. 325), rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym (Dz. U. Nr 53, poz. 468).

⁶⁰ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 94–95, 347–348.

⁶¹ Odpowiedzialność za szkodę pracodawcy unormowana była w art. 152 i n. k.z., w art. 239 i n. k.z.

⁶² J. Bloch, *Kodeks...*, s. 96, 178.

⁶³ Rozp. o um. o pr. pr. umysł. ani k.z. nie zawierały przepisów analogicznych.

⁶⁴ Zarejestrowanie zgodnie z przepisami Kodeksu handlowego.

Zgodnie z art. 9 rozp. o um. o pr. rob. pracodawca był zobowiązany powiadomić obwodowego inspektora pracy, czy sam kieruje zakładem, czy też powierza kierownictwo zakładem innej osobie. W tym drugim przypadku pracodawca powinien podać nazwisko kierownika i jego ewentualnego zastępcy oraz ich pisemną zgodę. Poza tym pracodawca musiał zgłosić obwodowemu inspektorowi pracy każdą zmianę na tych stanowiskach. Pisemna zgoda nie dotyczyła osób zajmujących stanowiska kierownika zakładu pracy lub jego zastępcy, których stosunek służbowy miał charakter publiczno-prawny. Jeśli pracodawca tego nie uczynił, podlegał karze grzywny na mocy art. 61 rozp. o um. o pr. rob.⁶⁵

Przepisy dotyczące głównego obowiązku pracodawcy, a więc obowiązek zapłaty wynagrodzenia, znalazły się w rozdziale V rozporządzenia. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia jest jednocześnie prawem robotnika. Jednak prawo to nie mogło być przez robotnika zastawione lub odstąpione osobie trzeciej. Umowa zawarta wbrew temu zakazowi była nieważna i w przeciwieństwie do postanowień k.z. (art. 444) oraz rozporządzenia o umowie o pracę pracowników umysłowych (art. 22) był to zakaz bezwzględny⁶⁶. O wysokości wynagrodzenia stanowiła przede wszystkim umowa indywidualna, której postanowienia nie mogły być mniej korzystne niż przewidziane w układzie zbiorowym. W braku układu zbiorowego o wysokości wynagrodzenia decydował zwyczaj, a gdy takiego zwyczaju nie było – słuszne wynagrodzenie⁶⁷. Zgodnie z art. 22 rozp. o um. o pr. rob. pracodawca zobowiązany był wypłacać wynagrodzenie pieniężne w gotówce. Według art. 23 rozp. o um. o pr. rob. robotnik, któremu wynagrodzenie pieniężne wypłacono w inny sposób niż w gotówce (np. weksłami, skryptami dłużnymi, kuponami), miał prawo powtórnie⁶⁸ żądać zapłaty zgodnie z art. 22 rozp. o um. o pr. rob., a pracodawca nie mógł przeciwstawić zarzutu dokonania wypłat niegotówkowych i żądać potrącenia, nawet jeśli pracownik został z tego tytułu wzbogacony. Pracodawca odpowiadał za szkodę powstałą z niewykonania obowiązku zapłaty wynagrodzenia pieniężnego w gotówce według art. 450 k.z. niezależnie od skutków przewidzianych w art. 23 rozp. o um. o pr. rob.⁶⁹

Postanowienia art. 24–31 rozp. o um. o pr. rob. zawierały przepisy dotyczące prowadzenia ksiąg płac oraz przepisy o książeczkach obrachunkowych robotników w zakładach zatrudniających powyżej czterech robotników. Przepisy te miały charakter

⁶⁵ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 348–350.

⁶⁶ J. Bloch, *Kodeks...*, s. 121.

⁶⁷ I. Rosenblüth, *Pracy...*, s. 1703.

⁶⁸ Słowo „powtórnie” zostało według Z. Fenichela użyte niewłaściwie, gdyż robotnik żąda zapłaty pieniężnej, a nie powtórnej zapłaty, zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 368.

⁶⁹ J. Bloch, *Kodeks...*, s. 111.

ochronny⁷⁰ i szerszy, niż to miało miejsce w przypadku pracowników umysłowych, gdzie pracodawca obowiązany był zgodnie z art. 14 rozp. o um. o pr. prac. um. do prowadzenia tylko wykazów płac. Przepisy⁷¹ te zostały wprowadzone w celu kontroli przez władze oraz przez pracownika poprawności obliczeń uposażenia i potrąceń z tego uposażenia zgodnie z przewidzianymi prawem zasadami. Ochronny charakter miał również art. 35 rozp. o um. o pr. rob., który stanowił, że pracodawca nie może potrącać swych należności z wynagrodzenia robotnika. Chodziło tu o pomoc lekarską, dostarczanie lokalu pracy, ogrzewanie, oświetlenie, czyszczenie lokali pracy itp.⁷² Podobną rolę pełnił art. 36 rozp. o um. o pr. rob., w myśl którego pracodawcy nie wolno było pobierać procentu od pożyczek udzielanych robotnikowi ani też wynagrodzenia z tytułu poręczenia za jego zobowiązania pieniężne.

Terminy wypłaty wynagrodzenia dla robotników uregulowane zostały w art. 32 rozp. o um. o pr. rob. W przypadku umowy zawartej na czas określony nie dłuższy niż dwa tygodnie wypłata wynagrodzenia powinna być dokonana po upływie terminu umowy. Z kolei przy umowie zawartej na czas dłuższy niż dwa tygodnie oraz umowie zawartej na czas nieokreślony wynagrodzenie powinno być wypłacone przynajmniej raz na dwa tygodnie. Pracodawca w razie zawnionego braku wypłaty w terminie obowiązany był do opłacenia procentów zwłoki w wysokości 2% do 3% miesięcznie, począwszy od dnia zwłoki. Natomiast w przypadku, gdy pracodawca bez swej winy zalegał z zapłatą, odpowiadał wtedy jedynie za ustawowe odsetki zwłoki, tj. 8% rocznie⁷³. Wypłata wynagrodzenia powinna nastąpić nie później jak po zakończonym dniu pracy, a miejsce wypłaty wynagrodzenia powinno być wyznaczone w regulaminie, względnie w obwieszczeniu wewnętrznym.

Robotnik oprócz stałego wynagrodzenia albo zamiast niego mógł mieć umówiony udział w zysku („umowa tantjemowa”) pracodawcy, prowizję lub procenty od obrotu, produkcji, oszczędności lub tym podobne. W takim przypadku pracodawca powinien przedłożyć robotnikowi pisemne obliczenie lub bilans, wykaz produkcji itp., a na żądanie udzielić mu wglądu do ksiąg handlowych. Poza tym robotnikowi oprócz stałego

⁷⁰ SN: „Obowiązek pracodawcy prowadzenia ksiąg wypływający z art. 24 rozp. z dnia 16.III.1928 r. o um. o pr. rob. i przewidziane w cytowanym rozporządzeniu skutki zaniedbania pomienionego obowiązku przez pracodawcę, nie pozbawiają tego ostatniego możliwości powołania się na przedawnienie roszczeń, zgłoszonych przez pracownika, w przypadku, gdy taki stan rzeczy ma miejsce” (I. C. 2055/32 z 13.I.1933. Gł. Sąd., nr 11/33, s. 690).

⁷¹ Szczegóły na temat ksiąg i wykazów płac oraz książeczek obrachunkowych robotników zawarte były w rozporządzeniach Ministra Pracy i Opieki Społecznej: z dnia 8 listopada 1928 r. w sprawie ksiąg płacy i wykazów wypłat robotniczych oraz ksiąg niezbędnych dla kontroli nad stosunkiem pracy (Dz. U. R. P. Nr 98, poz. 847), z dnia 8 listopada 1928 r. o książeczkach obrachunkowych (Dz. U. R. P. Nr 96, poz. 846), z dnia 8 listopada 1928 r. w sprawie zezwolenia niektórym kategoriom zakładów pracy na nieprowadzenie części rozrachunkowej w książeczkach obrachunkowych (Dz. U. R. P. Nr 96, poz. 848).

⁷² Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 381–382.

⁷³ I. Rosenblüth, *Pracy...*, s. 1704, 1708.

wynagrodzenia mogła również należeć się gratyfikacja (święteczna, bilansowa itp.). Ze względu na brak uregulowania tych kwestii w rozporządzeniu wobec robotnika miały zastosowanie przepisy k.z. Podobnie rzecz się miała z wynagrodzeniem akordowym, a także wynagrodzeniem za pracę niespełnioną⁷⁴. Natomiast robotnikom, w przeciwieństwie do pracowników podlegającym k.z. i pracowników umysłowych, nie przysługiwało prawo do wynagrodzenia w czasie choroby, powołania na ćwiczenia wojskowe lub zajęcia innych ważnych przyczyn. Rozporządzenie zawierało za to przepisy dotyczące ochrony prawnej zarobków pracowniczych. W art. 38 zostały wymienione możliwości potrącenia z wynagrodzenia robotnika⁷⁵.

W rozporządzeniu znalazły się również przepisy dotyczące odprawy dla rodziny robotnika⁷⁶, kar pieniężnych⁷⁷, ochrony prawnej zarobków robotniczych⁷⁸, regulaminu pracy⁷⁹ oraz przepisów karne⁸⁰.

⁷⁴ Były to przepisy art. 452–456 k.z., zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 74–86.

⁷⁵ Art. 38 rozp. o um. o pr. rob.: „Z wynagrodzenia robotnika wolno potrącać tylko następujące należności:

- 1) za dostarczone robotnikowi przez pracodawcę mieszkanie, opał, światło oraz dostarczone górnikom materiały wybuchowe (art. 35 ust. 2);
- 2) bieżące i zaległe daniny i opłaty publiczne, w granicach ustawowego upoważnienia pracodawcy do ich potrącania;
- 3) sumy egzekwowane na mocy tytułów wykonawczych i egzekucyjnych;
- 4) zaliczki pieniężne udzielone robotnikowi przez pracodawcę na poczet wynagrodzenia oraz sumy należne za artykuły pierwszej potrzeby sklepom wymienionym w art. 37;
- 5) kary pieniężne przewidziane regulaminem pracy.

Potrącen wymienionych w ustępie poprzednim wolno dokonywać przy każdorazowej wypłacie, a w szczególności potrącen wymienionych w punktach 1) i 2) całkowicie i przed potrąceniami wymienionymi w punkcie 3), tych zaś ostatnich w granicach przewidzianych w art. 39.

Potrącen wymienionych w punkcie 4) wolno dokonywać z tym ograniczeniem, że potrącenia wymienione w punktach 1), 2), 3) i 4) nie mogą łącznie przewyższać połowy wynagrodzenia przypadającego do wypłaty.

Potrącenia kar pieniężnych, wymienionych w punkcie 5) wolno dokonywać przy wypłacie po potrąceniach wymienionych w punktach 1), 2), 3) i 4) z ograniczeniem, przewidzianym w ust. 2 art. 44.

Postanowienia niniejszego artykułu nie dotyczą zaliczek, przewidzianych w art. 32 ust. 3 niniejszego rozporządzenia, które są potrącane z należnej sumy od razu w całości”.

⁷⁶ Art. 42 rozp. o um. o pr. rob.: „W razie rozwiązania umowy wskutek śmierci robotnika, pracodawca bez względu na ubezpieczenie emerytalne robotnika, powinien, jeżeli robotnik pracował co najmniej 10 lat w przedsiębiorstwie, wypłacić jego rodzinie, mającej ustawowe prawo do utrzymania i przez niego utrzymywanej, odprawę w wysokości ostatnio pobieranego dwutygodniowego wynagrodzenia.

Jeżeli stosunek pracy trwał co najmniej 20 lat odprawę stanowiąc będzie ostatnio pobierane czterotygodniowe wynagrodzenie.

Odprawa należy się w całości tylko wówczas, jeżeli zmarły robotnik pozostawił małżonka i zstępne lub zstępnych. We wszystkich innych wypadkach odprawa wynosi połowę wyżej oznaczonej normy.

Odprawa płatna jest tylko po upływie miesiąca, licząc od dnia śmierci robotnika”.

⁷⁷ Kary pieniężne unormowane zostały w art. 43–45 rozp. o um. o pr. rob., zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 387–390.

⁷⁸ O ochronie prawnej zarobków pracowniczych stanowiły art. 46 i 47 rozp. o um. o pr. rob., zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 390–394.

⁷⁹ Z kolei regulamin pracy uregulowany został w art. 48–59 rozp. o um. o pr. rob. zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 394–402.

⁸⁰ Przepisy karne to art. 60–65 rozp. o um. o pr. rob., szerzej K. Dąbrowski, *Sprawy karne z zakresu umów o pracę robotników*, [w:] K. Dąbrowski, S. Kwiecień (red.), *Ochrona pracy w okresie międzywojennym w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, s. 193–217.

4. Rozwiązanie umowy o pracę

W rozdziale IV rozp. o um. o pr. rob. uregulowane zostało rozwiązanie umowy o pracę robotnika. Stosunek pracy według rozporządzenia mógł się zakończyć przez zaistnienie pewnych faktów albo przez wypowiedzenie jednej ze stron⁸¹.

W art. 10 rozp. o um. o pr. rob. wymienione zostały przyczyny rozwiązania umowy o pracę robotnika:

- „a) po upływie czasu, na który była zawarta⁸²;
- b) po ukończeniu roboty, która została wyraźnie oznaczona w umowie i której ukończenie strony przyjęły, jako termin ustania umowy;
- c) po upływie okresu wypowiedzenia, przysługującego każdej ze stron przy umowie na czas nieokreślony⁸³;
- d) wskutek śmierci robotnika⁸⁴;
- e) z chwilą wcielenia robotnika jako poborowego, do służby czynnej w wojsku stałem⁸⁵”.

W przeciwieństwie do art. 25 rozp. o um. o pr. prac. um., w art. 10 rozp. o um. o pr. rob. nie wymieniono rozwiązania umowy na skutek wzajemnego porozumienia. Według A. Raczyńskiego wobec robotnika nie można było zastosować ogólnych zasad prawnych, ponieważ takie rozwiązanie umowy byłoby w rzeczywistości zrzeczeniem się przez robotnika terminu wypowiedzenia, które zgodnie z art. 66 rozp. o um. o pr. rob. było niedopuszczalne⁸⁶.

Zakończenie stosunku pracy na podstawie wypowiedzenia unormowane zostało w art. 11 rozp. o um. o pr. rob. Zgodnie z nim umowa o pracę między robotnikiem a pra-

⁸¹ A. Raczyński, *Polskie...*, s. 189.

⁸² Czas trwania takiej umowy wyznaczał nie tylko wyraźnie wskazany termin jej zakończenia, ale także pewien fakt wskazany przez strony w umowie, np. przyjęcie pracownika na czas urlopu innego pracownika; ze względu na brak unormowania kwestii dalszej pracy pracownika po upływie oznaczonego czasu, stosowano wobec robotników art. 466 § 2 k.z.: „Jeżeli po upływie oznaczonego w umowie czasu pracownik pełnił nadal pracę bez sprzeciwu ze strony pracodawcy, należy uważać umowę za przedłużoną na czas nieokreślony”, zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 103–104.

⁸³ W doktrynie okresu międzywojennego istniał spór odnośnie do stosowania art. 469 § 3 k.z. również wobec pracowników umysłowych i robotników. Za stosowaniem tego art. także wobec pracowników umysłowych i robotników opowiadali się Austern, Libman, przeciwni byli Bloch, Domański i Longchamps de Berier; zob. Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 113.

⁸⁴ Śmierć pracodawcy nie rozwiązywała umowy o pracę: SN: „Rozporządzenie o umowie o pracę pracowników umysłowych ani rozporządzenie o umowie o pracę robotników nie wymieniają śmierci pracodawcy jako przyczyny powodującej rozwiązanie umowy o pracę, chociaż uznają wyraźnie za taką przyczynę śmierć pracownika i robotnika, z czego należy wysnuć wniosek, iż śmierć pracodawcy zasadniczo nie rozwiązuje umowy o pracę” (C. I. 1585/34. 5.XII.1934. R. P. E., nr 3, s. 712).

⁸⁵ Przepis ten utracił moc na skutek art. 134 i 135 ustawy o powszechnym obowiązku wojskowym z 9.IV.1938 r. (Dz. U. R. P. Nr 36, poz. 299).

⁸⁶ A. Raczyński, *Polskie...*, s. 197.

codawcą, zawarta na czas nieokreślony, mogła być rozwiązana lub zmieniona⁸⁷ przez każdą ze stron przez wypowiedzenie, dokonane co najmniej dwa tygodnie naprzód. Był to minimalny okres wypowiedzenia, który nie mógł być zmieniony na niekorzyść pracownika. Jednak strony mogły umówić się na dłuższy niż ustawowy termin wypowiedzenia⁸⁸. Umowa zawarta na czas nieokreślony mogła być rozwiązana ze skutkiem natychmiastowym pod warunkiem wypłacenia robotnikowi całkowitego wynagrodzenia za okres wypowiedzenia. W art. 11 wprowadzono także okresy ochronne, podczas których pracodawca nie mógł wypowiedzieć umowy. Pracodawca nie mógł tego dokonać w ciągu czterech tygodni niezdolności robotnika do zarobkowania spowodowanej przez nieszczęśliwy wypadek lub chorobę, w czasie pomiędzy chwilą powołania robotnika na ćwiczenia wojskowe rezerwy a końcem odbycia tych ćwiczeń albo podczas trwania ustawowego urlopu. W odróżnieniu od art. 29 rozp. o pr. prac. umysł. zrównano tu chorobę z nieszczęśliwym przypadkiem oraz nie wykluczono wypowiedzenia w czasie pełnienia obowiązków ławnika sądu pracy.

Robotnik, w przeciwieństwie do pracownika umysłowego, został objęty okresem ochronnym w przypadku stosowania powtarzających się wypowiedzeń. Zgodnie z art. 12 rozp. o um. o pr. rob. pracodawca po trzecim wypowiedzeniu umowy zawartej na czas nieokreślony bez rozwiązania stosunku pracy nie mógł w ciągu najbliższych 3 miesięcy od dnia ostatniego wypowiedzenia wypowiedzieć umowy. Mógł jedynie rozwiązać umowę pod warunkiem wypłacenia robotnikowi oprócz wynagrodzenia za czas przepracowany całkowitego wynagrodzenia za okres wypowiedzenia, tj. za okres 2 tygodni. W art. 12 rozp. o um. o pr. rob. znalazł się również przepis analogiczny z przepisem art. 28 rozp. o um. o pr. prac. umysł., stanowiący, że jeżeli pracodawca wypowiadający umowę na czas nieokreślony bezpośrednio po upływie okresu wypowiedzenia zawarł z tym samym robotnikiem trzy bezpośrednio następujące po sobie umowy o pracę na czas określony, z których żadna nie przekraczała dwóch tygodni, wówczas było to równoznaczne z zawarciem umowy na czas nieokreślony. W takim przypadku trzecia umowa na czas określony z mocy prawa stawała się umową na czas nieokreślony⁸⁹.

W art. 13 unormowane zostało tzw. ulgowe niezwłoczne rozwiązanie umowy o pracę. Wskazane w nim zostały przykładowo wypadki siły wyższej, takie jak zamknięcie zakładu pracy lub jego części wskutek zarządzenia władzy państwowej, pożar, powódź itp., które pozwalały pracodawcy na rozwiązanie umowy o pracę z robotnikiem w ciągu siedmiu dni od chwili zajścia wypadku. Ustawodawca pozostawił ocenę pojęcia „siły

⁸⁷ Zmiana warunków umowy musiała być dokonana w drodze wypowiedzenia.

⁸⁸ SN: „Wypowiedzenie robotnikowi umowy o pracę jest ważne chociażby termin dokonanego wypowiedzenia był dłuższy niż dwa tygodnie” (C. II. 783/34. 10.VIII.1934. Zb. Urz. 37/35), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 353.

⁸⁹ Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 352–355; J. Bloch, *Kodeks...*, s. 98–101.

wyższej” sądowi, który miał uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku. W przeciwieństwie do rozp. o um. o pr. prac. umysł. rozwiązanie takie mogło nastąpić nie tylko pisemnie, ale też ustnie.

W art. 14 rozp. o um. o pr. rob. uregulowano również kwestię niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę w wypadku niestawienia się robotnika w terminie rozpoczęcia pracy. Pracodawca mógł tego dokonać, jeżeli w umowie wyraźnie został zastrzeżony taki warunek. Jeśli taki warunek nie został w umowie zastrzeżony, robotnik mógł z ważnych powodów i co najwyżej przez tydzień, nie stawić się do rozpoczęcia pracy⁹⁰.

Zgodnie z art. 15 rozp. o um. o pr. rob. każda ze stron miała prawo z ważnych powodów lub z winy przeciwnej strony niezwłocznie rozwiązać umowę o pracę przed upływem terminu umowy, względnie bez zachowania obowiązujących okresów wypowiedzenia. Ustawodawca wyraźnie zatem rozdzielił rozwiązanie umowy o pracę z ważnych powodów oraz z winy jednej ze stron. Za ważne powody uznano w art. 16 rozp. o um. o pr. rob. wszystkie okoliczności, które ze względu na dobre obyczaje⁹¹ lub na zasady dobrej wiary upoważniały jedną ze stron do odstąpienia od umowy. Podobne określenie zostało zawarte w art. 470 § 2 k.z., jednak w k.z. przyjęto ogólny system normowania „ważnych powodów”, nie wchodząc w szczegóły i zostawiając ocenę tego, czy wystąpiły ważne powody, sądowi. W rozp. o um. o pr. rob. przyjęto system pośredni, gdyż obok ogólnego postanowienia zawarto przykłady wyjaśniające, co nie jest ważnym powodem⁹². Zgodnie z art. 16 rozp. o um. o pr. rob. ważnym powodem nie było niestawienie się robotnika do pracy wskutek nieszczęśliwego wypadku⁹³ lub choroby⁹⁴ przez okres nie wynoszący więcej niż cztery tygodnie, albo z innych uzasadnionych przyczyn⁹⁵ przez okres nie wynoszący więcej niż dwa tygodnie. W kolejnych artykułach uregulowano kwestię rozwiązania umowy o pracę z winy jed-

⁹⁰ SN: „Niedopuszczenie pracownika do pracy przez strajkujących robotników jest zdarzeniem siły wyższej, usprawiedliwiającym niestawienie się do pracy (O. S. N. z dnia 31.V.1928. C. 238/28. Zb. Urz. Nr 110/28)”, [za:] I. Rosenblüth, *Polskie...*, s. 247.

⁹¹ Szerzej Z. Fenichel, *Pojęcie dobrych obyczajów w prawie polskim*, [w:] *Polskie prawo prywatne...*, s. 673–705.

⁹² Szerzej Z. Fenichel, *Wypowiedzenie umowy z ważnych powodów w k.z., k.h. i prawie pracy*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1934, nr 17, 18 i 19.

⁹³ SN: „1. Umieszczenie robotnika w areszcie śledczym nie może być uważane za nieszczęśliwy wypadek lub inną uzasadnioną przyczynę niewykonywania pracy, o których mowa w art. 16 ust. 2 rozp. o um. o pr. rob.

2. Zarządzony wobec robotnika areszt śledczy uprawnia pracodawcę do bezzwłocznego rozwiązania umowy o pracę” (Wyrok I. C. z dnia 9.VIII.1936. L. C. II. 108/38, „Przegląd Prawa Pracy” 1938, Rok I, Nr 3, s. 172–173).

⁹⁴ Zob. E. Wolff, *Rozwiązanie umowy o pracę robotnika w wypadku niezdolności do pracy lub choroby*, „Głos Sądownictwa” 1930, Rok 2, Nr 5, s. 309–311.

⁹⁵ SN: „Sześciotygodniowego aresztu śledczego nie można zaliczyć do nieszczęśliwych wypadków, ani innych w myśl art. 16/2 cyt. rozp. uzasadnionych przyczyn niewykonania pracy. Pracodawca nie ma też możliwości badania, czy robotnik zawinił areszt śledczy, zarządzony przez sąd karny, zatem w myśl powszechnie przyjętych zasad dobrego obyczaju pozwana miała prawo bezzwłocznego rozwiązania umowy, zwłaszcza gdy upłynęły terminy z art. 16/2 cyt. zastrzeżone na dobro pracownika w razie uzasadnionej przyczyny niestawienia” (C. II. 168/38. 9.VIII.1938. P. S. 11/38), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 359.

nej ze stron. W art. 17 rozp. o um. o pr. rob. wyliczono przykładowo⁹⁶, kiedy robotnik mógł rozwiązać umowę o pracę z winy pracodawcy. Natomiast w art. 18 rozp. o um. o pr. rob. podano wypadki⁹⁷, kiedy pracodawca mógł rozwiązać umowę z winy robotnika. W przypadku zaistnienia sporu o istnieniu ważnych powodów lub winy rozstrzygać miał sąd⁹⁸.

Rozporządzenie ograniczało czasowo okres skorzystania z możliwości rozwiązania umowy o pracę z ważnych powodów lub z winy jednej ze stron. W myśl art. 19 rozp. o um. o pr. rob. prawo do rozwiązania umowy o pracę wygasło po upływie siedmiu dni od chwili powzięcia przez stronę wiadomości o danej okoliczności uprawniającej do rozwiązania umowy⁹⁹. Jeśli strona, mimo wiadomości o danej okoliczności, nie skorzystała z prawa do niezwłocznego rozwiązania, uznawano, że strona zrzekła się swojego prawa¹⁰⁰.

⁹⁶ Art. 17 rozp. o um. o pr. rob.: „Robotnik może rozwiązać umowę o pracę z winy (art. 15) pracodawcy zwłaszcza w wypadkach następujących:

- a) w razie jeżeli pracodawca, jego domownicy lub zastępcy dopuszczają się względem robotnika lub członków jego rodziny czynnych zniewag, lub ciężkich obraz;
- b) w razie jeżeli pracodawca, jego domownicy lub zastępcy dopuszczają się względem robotnika lub członków jego rodziny czynów, które sprzeciwiają się prawu lub dobrem obyczajom, bądź też nakłaniają ich do takich czynów;
- c) w razie, gdy pracodawca nie wykonywa swych istotnych zobowiązań względem robotnika, wynikających z umowy lub przepisów niniejszego rozporządzenia”.

⁹⁷ Art. 18 rozp. o um. o pr. rob.: „Pracodawca może rozwiązać umowę z winy (art. 15) robotnika zwłaszcza w wypadkach następujących:

- a) w razie jeżeli robotnik dopuszcza się względem pracodawcy, swych przełożonych lub względem członków rodziny pracodawcy i przełożonych czynnych zniewag lub ciężkich obraz;
- b) w razie jeżeli robotnik mimo przestrogi nie zachowuje przepisów, niezbędnych dla zapewnienia bezpieczeństwa pracy i całości zakładu pracy;
- c) w razie jeżeli robotnik dopuścił się kradzieży, przywłaszczenia lub rozmyślnego uszkodzenia mienia pracodawcy;
- d) w razie niestawienia się robotnika do pracy dłużej niż przez trzy dni z rzędu lub ogółem więcej niż przez sześć dni w ciągu miesiąca bez przyczyny uzasadnionej;
- e) w razie, gdy robotnik odmawia wykonywania swoich istotnych obowiązków, wynikających z umowy lub przepisów niniejszego rozporządzenia;
- f) w razie udowodnionej zdrady przez robotnika zastrzeżonej tajemnicy zakładu pracy;
- g) w razie, gdy robotnik wiedząc o fakcie fałszerstwa lub sfalszowania dokumentów, na ich podstawie uzyskał przyjęcie do pracy”.

⁹⁸ Przykładowe orzeczenia: SN: „Ciężka obraza przełożonego przez robotnika, chociażby nie podpadała pod sankcję karną, uzasadnia niezwłoczne rozwiązanie umowy o pracę z winy robotnika. (C. II. 401/36. 8. VI.36. PUS 29/37)”, [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 361; „Strajk, jako samowolne złamanie umowy o pracę, polegające na zaprzestaniu normalnej pracy, uzasadnia niezwłoczne rozwiązanie stosunku pracy z robotnikiem na podstawie art. 18 rozp. Prezydenta z dn. 16 marca 1928 o umowie o pracę robotników. (C. II. Rw. 1055/33. 30.V.33. PUS 175/35)”, [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz...*, s. 363.

⁹⁹ SN: „Za moment, od którego biegnie dla pracodawcy przewidziany w art. 19 rozp. Prez. Rzplitej z 16 marca 1928 r. o umowie o pracę robotników (Dz. Ust. Nr 35, poz. 324) siedmiodniowy termin do rozwiązania umowy z robotnikiem, należy uważać nie datę, w której pracodawca dowiedział się o nadużyciach, lecz moment, kiedy miał możliwość sprawdzenia i przekonania się o słuszności obciążających robotnika zarzutów” (Orzeczenie Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 7.I.1938. L. C. I. 703/37. – Zb. Urzęd. z 1938 r., poz. 540, „Przegląd Prawa Pracy”, Rok II, Nr 5/39, s. 294–295).

¹⁰⁰ SN: „Nieskorzystanie przez pracodawcę z przysługującego mu prawa niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę w ciągu 7 dni należy uważać za zrzeczenie się pracodawcy tego prawa i ewentualnie za chęć zatrzymania nadal robotnika, pomimo dłużej, niż 4 tygodnie trwającej choroby, w tych zaś wypadkach, pracodawca może roz-

Wedle art. 20 rozp. o um. o pr. rob. rozwiązanie umowy o pracę na podstawie art. 15–18 nie wykluczało prawa dochodzenia szkód i strat w myśl zasad prawa cywilnego. Robotnikowi przysługiwało jednak przede wszystkim prawo do wynagrodzenia, jeżeli umowa o pracę została rozwiązana z winy pracodawcy przed upływem jej terminu lub bez zachowania okresu wypowiedzenia. W przypadku rozwiązania umowy na czas nieokreślony robotnikowi przysługiwało prawo do wynagrodzenia za okres wypowiedzenia, chyba że z umowy wynikały większe uprawnienia. Natomiast w przypadku umowy zawartej na okres wykonania określonej roboty lub na czas określony robotnik miał prawo do wynagrodzenia za cały czas aż do wygaśnięcia umowy. Skargi o takie wynagrodzenia przedawniały się po upływie sześciu miesięcy od dnia rozwiązania umowy. Termin ten był terminem prekluzyjnym, a nie przedawnieniem.

W rozp. o um. o pr. rob. unormowano także kwestie związane z wydaniem robotnikowi świadectwa pracy. Zgodnie z art. 21 pracodawca był zobowiązany niezwłocznie wydać świadectwo robotnikowi na jego żądanie. Można je było wydać zarówno w trakcie trwania stosunku pracy, jak i po jego ukończeniu, a także powinno ono zawierać dane dotyczące rodzaju i czasu zatrudnienia robotnika u danego pracodawcy. Jednak zakazane było zamieszczanie w świadectwie jakichkolwiek uwag, zarówno pozytywnych¹⁰¹, jak i negatywnych, a więc pracodawca nie mógł wydawać świadectw kwalifikowanych¹⁰².

Zakończenie

Umowa o pracę robotników była szczególną regulacją w zakresie prawa pracy. Postanowienia rozporządzenia normującego umowę o pracę robotników miały bowiem pierwszeństwo przed przepisami k.z., które pełniły rolę norm prawnych uzupełniających lub wspomagających, a nie norm poprawiających lub zmieniających. Posiłkowe stosowanie przepisów kodeksu zobowiązań nie nastroczało jednak większych trudności¹⁰³. W doktrynie prawa pracy za zaletę rozporządzenia o umowie o pracę robotników, podobnie jak rozporządzenia o umowie o pracę pracowników umysłowych, przyjęto poprawienie istniejącego poprzednio stanu prawnego oraz unifikację polskiego prawa pracy. Z analizy przepisów rozporządzenia wynika, że umowa o pracę robotników w większym stopniu aniżeli kodeks zobowiązań chroniła robotników. Inaczej wygląda sytuacja, gdy porówna się poszczególne przepisy rozporządzenia o umowie o pracę robotników z rozporządzeniem o umowie o pracę pracowników umysłowych. W niektó-

wiązać umowę, zawartą na czas nieokreślony, jedynie na zasadach ogólnych, tj. za co najmniej 2-tygodniowym wypowiedzeniem. (O.S.N. I. z dnia 11.XII.1931. C. Zb. Urz. 236/31)”, [za:] I. Rosenblüth, *Polskie...*, s. 250–251.

¹⁰¹ K.z. oraz rozp. o um. o pr. prac. um. zakazywały świadectw kwalifikowanych ujemnych.

¹⁰² Szerzej Z. Fenichel, *Świadectwo pracy*, [w:] *Polskie prawo prywatne...*, s. 335–342.

¹⁰³ L. Domański, *Zbiąg przepisów...*, 1935, nr 48, s. 163.

rych przypadkach można zauważyć lepszą sytuację pracowników umysłowych. Chodzi tu przede wszystkim o uprawnienia robotnika w dziedzinie wypowiedzenia umowy o pracę. Z kolei analizując orzecznictwo dotyczące przepisów umowy o pracę robotników, można wywnioskować, że główny problem dotyczył przynależności poszczególnych kategorii pracowników do grupy robotników bądź pracowników umysłowych¹⁰⁴. W literaturze przeważa negatywna ocena rozporządzenia. Wiąże się to przede wszystkim z faktem osobnego wydania rozporządzenia o umowie o pracę dla robotników i pracowników umysłowych oraz ze względu na rozbieżności pomiędzy tymi regulacjami. Zarzuca się, że takie rozwiązanie zahamowało rozwój prawa pracy i utrudniło jego późniejszą kodyfikację. Jednak pozbywając się ideologicznych uwarunkowań czasów PRL i biorąc pod uwagę skalę koniecznych zmian w prawie pracy po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, można uznać regulacje zawarte w rozporządzeniu o umowie o pracę robotników, a także całą działalność legislacyjną dotyczącą prawa pracy w II Rzeczypospolitej za stojącą na wysokim poziomie legislacyjnym¹⁰⁵.

Bibliografia

Źródła prawa

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 r. o umowie pracę pracowników umysłowych (Dz. U. R. P. z 1928 r. Nr 35, poz. 323).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 r. o umowie o pracę robotników (Dz. U. R. P. z 1928 r. Nr 35, poz. 324).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. R. P. Nr 82, poz. 598).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks zobowiązań (Dz. U. R. P. Nr 82, poz. 599).

Orzecznictwo

- Orzeczenie SN (O. S. N. z dnia 31.V.1928. C. 238/28. Zb. Urz. Nr 110/28), [za:] I. Rosenblüth, *Polskie prawo pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1935, s. 247.
- Orzeczenie SN (I. C. 183/30 z dnia 19.XI.1930. Głos Sądownictwa, nr 4/31), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 219.

¹⁰⁴ Z. Fenichel, *Zasadnicze problemy prawa robotniczego w judykaturze sądowej*, „Głos Sądownictwa” 1932, Rok IV, Nr 11, s. 678–690.

¹⁰⁵ Zob. M. Świącicki, *Instytucje Polskiego Prawa Pracy w latach 1918–1939*, Warszawa 1960, s. 138–145; A. Dral, *Rys historyczny prawa pracy w okresie międzywojennym*, [w:] K. Dąbrowski, S. Kwiecień (red.), *Ochrona pracy...*, s. 30–41; J. Marcisz, *Pracownik fizyczny a umysłowy w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1946, Nr 11–12, Rok II, s. 40–44; G. Goździewicz, *Rzeczpolitej za stojącą na wysokim poziomie legislacyjnym*¹⁰⁵.

- Orzeczenie SN (O. S. N. I. z dnia 11.XII.1931. C. Zb. Urz. 236/31), [za:] I. Rosenblüth, *Polskie prawo pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1935, s. 294-295.
- Orzeczenie SN (O. S. N. I. C. V 2489/31 z dnia 15.I.1932. O. S. P. XI. 265).
- Orzeczenie SN (O. S. N. III. z dnia 11.V.1932. Rw. 435/32 O. S. P. XII. 273).
- Orzeczenie SN (O. S. N. III. z dnia 6.IV.1932. Rw. 57/32 „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 1/33, s. 178).
- Orzeczenie SN (O. S. N. I. C. 2766/31 z dnia 25.VIII.1932. „Gazeta Sądowa Warszawska”, nr 2/33, s. 28).
- Orzeczenie SN (O. S. N. I z dnia 6.X.1932. C. 153/32. Zb. Urz. Nr 201/32), [za:] I. Rosenblüth, *Polskie prawo pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1935, s. 241.
- Orzeczenie SN (I. C. 1296/32. z dnia 27.X.1932. „Głos Sądownictwa”, nr 11/33, s. 689).
- Orzeczenie SN (O. S. N. III. z dnia 3.XI.1932. Rw. 1016/32 O. S. P. XII. 213).
- Orzeczenie SN (I. C. 2055/32 z dnia 13.I.1933. „Głos Sądownictwa”, nr 11/33, s. 690).
- Orzeczenie SN (O. S. N. I. C. 2766/32 z dnia 26.IV.1933. „Głos Sądownictwa”, nr 1/34, s. 84).
- Orzeczenie SN (O. S. N. I. C. 2875/32 z dnia 11.V.1933. „Gazeta Sądowa Warszawska”, nr 50/33, s. 802).
- Orzeczenie SN (C. II. Rw. 1055/33 z dnia 30.V.1933. PUS, 175/35), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 363.
- Orzeczenie SN (C. II. 783/34 z dnia 10.VIII.1934. Zb. Urz. 37/35), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 353.
- Orzeczenie SN (C. I. 1585/34 z dnia 5.XII.1934. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 3/35, s. 712).
- Orzeczenie SN (C. I. 154/35 z dnia 7-15.V.1935. Zb. Urz. 56/36), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 219.
- Orzeczenie SN (C. II. 401/36 z dnia 8.VI.1936. PUS, 29/37), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 361.
- Orzeczenie SN (O. S. N. C. II. 4/36 z dnia 28.VI.1936. P. S. poz. 512/36), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 222.
- Wyrok SN (I. C. z dnia 9.VIII.1936. L. C. II. 108/38, Przegląd Prawa Pracy, Rok I, Nr 3/38, s. 172–173).
- Orzeczenie SN (C. I. 3362/36 z dnia 5.V.1937. PUS, nr 12/37, poz. 196), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 344.
- Orzeczenie SN (I.C. z dnia 7.I.1938. L. C. I. 703/37. — Zb. Urz. z 1938 r., poz. 540, „Przegląd Prawa Pracy”, Rok II, Nr 5/39, s. 294–295).
- Orzeczenie SN (C. II. 168/38 z dnia 9.VIII.1938. P. S. poz. 11/38), [za:] Z. Fenichel, *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków – Warszawa, 1939, s. 359.

Literatura

- Ajnenkiel A., *Położenie prawne robotników rolnych w Polsce (1918–1939)*, Książka i Wiedza, Warszawa 1962.
- Baszak Ł., *Regulacje prawne umowy o pracę pracowników umysłowych w latach 1928–1939*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, Vol. 5, No. 1.
- Bloch J., *Kodeks pracy*, Warszawa: Druk. „Monolit”, Warszawa 1936.

- Dąbrowski K., *Sprawy karne z zakresu umów o pracę robotników*, [w:] K. Dąbrowski, S. Kwiecień (red.), *Ochrona pracy w okresie międzywojennym w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015.
- Domański L., *Zbieg przepisów kodeksu zobowiązań o umowie o pracę z przepisami ustaw szczególnych*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1935, nr 45, nr 46, nr 47, nr 48.
- Dral A., *Rys historyczny prawa pracy w okresie międzywojennym*, [w:] K. Dąbrowski, S. Kwiecień (red.), *Ochrona pracy w okresie międzywojennym w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015.
- Fenichel Z., *Pojęcie dobrych obyczajów w prawie polskim*, [w:] *Polskie prawo prywatne i procesowe*, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936.
- Fenichel Z., *Prawo pracy pracowników rolnych w Polsce*, [w:] *Polskie prawo prywatne i procesowe*, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936.
- Fenichel Z., *Prawo pracy. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków–Warszawa 1939.
- Fenichel Z., *Świadectwo pracy*, [w:] *Polskie prawo prywatne i procesowe*, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1936.
- Fenichel Z., *Wypowiedzenie umowy z ważnych powodów w k.z., k.h. i prawie pracy*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1934, nr 17, nr 18, nr 19.
- Fenichel Z., *Zarys polskiego prawa robotniczego*, Gebethner i Wolff, Kraków 1930.
- Fenichel Z., *Źródła polskiego prawa robotniczego*, „Głos Adwokatów” 1928, r. IV, z. VII–VIII.
- Goździewicz G., *Rozwój polskiego prawa pracy*, [w:] T. Guz, J. Głuchowski, M. R. Pałubka (red.), *Synteza Prawa Polskiego 1918–1939*, C. H. Beck, Warszawa 2013.
- Grzybowski S.M., *Prawo Pracy*, „Współczesne polskie prawo prywatne” 1948, z. VIII.
- Grzybowski S.M., *Wstęp do nauki prawa pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1947.
- Górnicki L., *Zasada uspołecznienia pewnych stosunków umownych w kodeksie zobowiązań z 1933 roku*, [w:] M. Podkowski (red.), *Zasady prawne w dziejach prawa publicznego i prywatnego*, Kolonia Limited, Wrocław 2015.
- Jończyk J., *Ochrona pracy kobiet i młodocianych w polskim przemyśle w latach 1918–1939*, Książka i Wiedza, Warszawa 1961.
- Jończyk J., *Losy prawa pracy obowiązującego w górnośląskiej części województwa śląskiego (1918–1939)*, Studia Śląskie, t. X, Śląsk, Katowice 1966.
- Jończyk J., *Prawo pracy w górnośląskiej części województwa śląskiego*, [w:] F. Ryszka (red.), *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. II, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968.
- Longchamps de Bérier R., *Kodeks zobowiązań a dotychczasowe prawo pracy*, „Nowy Kodeks Zobowiązań” 1934, nr 9.
- Marcisz J., *Pracownik fizyczny a umysłowy w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1946, Nr 11-12, Rok II.
- Raczyński A., *Polskie Prawo Pracy*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1930.
- Rosenblüth I., *Polskie Prawo Pracy*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1935.
- Rosenblüth I., *Pracy prawo*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, T. III, Nakładem Instytut Wydawniczego „Biblioteka Polska”, Warszawa 1937.
- Sissle E., *O istocie umowy o pracę*, „Praca i Opieka Społeczna” 1930, Vol. II.
- Szymorowski S., *Zasady projektu prawa o umowie o pracę robotników*, „Praca i Opieka Społeczna” 1927, Nr 2.

Święcicki M., *Instytucje Polskiego Prawa Pracy w latach 1918–1939*, Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1960.

Wengierow J.G., *Postępy unifikacji prawa pracy w Polsce*, „Przegląd Prawa Pracy” 1939, Rok II, Nr 5.

Wolff E., *Rozwiązanie umowy o pracę robotnika w wypadku niezdolności do pracy lub choroby*, „Głos Sądownictwa” 1930, Rok 2, Nr 5.

Andrzej Lichwa

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Wybrane zagadnienia dotyczące działalności Milicji Obywatelskiej na Dolnym Śląsku w latach 1945–1949

Selected issues of the activity the Civic Militia in Lower Silesia between 1945–1949

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest działalność Milicji Obywatelskiej na Dolnym Śląsku w latach 1945–1949. Artykuł zawiera ogólne informacje na temat jej tworzenia, organizacji, działania, a także dane statystyczne dotyczące pochodzenia społecznego funkcjonariuszy, ich wykształcenia i przynależności do partii politycznych.

Słowa kluczowe

Milicja Obywatelska, Dolny Śląsk, Wrocław

Abstract

The subject of the article is the activity of Civic Militia in Lower Silesia between 1945–1949. The article contains general information about the formation, organization, functioning of this institution and statistical information on the structure of origin, education and affiliation of militiamen to political parties.

Key words

Civic Militia, Lower Silesia, Wrocław

1. Wprowadzenie

Podstawę niniejszego opracowania stanowią zespoły aktowe dotyczące działalności Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu oraz podległych jednostek, zgromadzone w oddziale IPN we Wrocławiu. Zawierają one szereg informacji dotyczących tworzenia i funkcjonowania tej instytucji, jak również opinie dotyczące życia politycznego, gospodarczego czy nastrojów wśród ludności ówczesnego województwa wrocławskiego. Składają się na nie raporty sytuacyjne, meldunki nadzwyczajne, sprawozdania z pracy poszczególnych służb. Część tych dokumentów oznaczona była jako ściśle tajne, a klauzulę tajności zniesiono w 2002 r. Teczki aktowe obejmujące

swym zakresem temat niniejszego artykułu odnoszą się do lat 1945–1949. Istotne informacje dotyczące współpracy milicji i prokuratury oraz podejmowanej przez prokuratorów działalności edukacyjnej wobec funkcjonariuszy milicji zawierają zgromadzone we wrocławskim IPN teczki aktowe dotyczące organizacji i działalności prokuratury. Istotne informacje związane m.in. ze stanem bezpieczeństwa i działalności poszczególnych jednostek milicji zawierają zgromadzone w Archiwum Państwowym we Wrocławiu sprawozdania sytuacyjne sporządzane przez organy administracji.

2. Tworzenie i struktura Milicji Obywatelskiej

Od marca 1945 r. w Krakowie rozpoczęto organizowanie batalionu operacyjnego MO, który miał zostać skierowany na Dolny Śląsk. Jego dowódcą mianowano 9 kwietnia 1945 r. mjr. Władysława Mazura. W skład batalionu wchodziło 550 osób¹. Początkowo członkowie batalionu zostali skierowani do Oleśnicy, gdzie dotarli 11 kwietnia 1945 r., a następnie do Trzebnicy, gdzie zorganizowano komendę powiatową. Podjęto także działania celem organizacji komend powiatowych w Sycowie, Oleśnicy, Oławie, Namysłowie, Miliczu i Brzegu². Pierwsza grupa milicjantów, która udała się do Wrocławia po zaprzestaniu na jego terenie działań wojennych, wynosiła 50 osób. Ich dowódcą był kpt. Boniński, zastępca operacyjny mjr. Mazura³. W połowie kwietnia 1945 r. na Dolny Śląsk przybyła kolejna grupa operacyjna pod dowództwem mjr. Eugeniusza Dowkana⁴. W okresie od 1 do 18 maja 1945 r. rozpoczęto organizację dalszych komend powiatowych⁵.

Do 15 maja przyjęto do milicji tylko 44 osoby⁶. Na dzień 18 maja 1945 r. stan liczebny funkcjonariuszy milicji we Wrocławiu został powiększony do ok. 200 osób pochodzących spośród miejscowych Polaków. Stan osobowy w województwie wrocławskim wynosił w tym czasie 13 oficerów oraz 500 funkcjonariuszy. Osobami tymi obsadzono 21 powiatów. Ze względu na bardzo trudną sytuację (rozgrabianie majątku przez żołnierzy

¹ W. Fijałkowski, *Milicja Obywatelska i Służba Bezpieczeństwa w województwie wrocławskim w latach 1945–1987*, Wrocław 1989, s. 22. W skład batalionu wchodziło 356 milicjantów z Batalionu Zapasowego w Krakowie, 50 milicjantów z Batalionu Zapasowego Ostrowiec–Radom i 55 milicjantów z Warszawy. Pozostali przyjęci zostali w drodze przeprowadzonego werbunku.

² M. Sodel, *W walce o ład i bezpieczeństwo na Dolnym Śląsku w latach 1945–1948*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1979, s. 78. W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 22. Władysław Mazur nazywał się właściwie Władysław Marchoń, pseudonim Mazur. W sporządzanych dokumentach podpisywał się jako Władysław Mazur.

³ IPN Wr 145/56 Raporty sytuacyjne KWMO z siedzibą w Legnicy 1945. Raport z dnia 18 maja 1945 r., k. 2. Prezydent Wrocławia Drobner planował samodzielnie powołać milicję, od czego odstąpił dopiero po rozmowach z Bonińskim.

⁴ M. Sodel, *op. cit.*, s. 79.

⁵ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 22. Były to komendy w Wołowie, Środzie Śląskiej, Górze Śląskiej, Lubinie, Legnicy, Żaganu, Dzierżoniowie, Strzelinie, Ząbkowicach, Kłodzku, Jeleniej Górze, Kamiennej Górze i Wałbrzychu.

⁶ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 23.

sowieckich, ludność cywilną i samych milicjantów) zgłaszano konieczność zatrudnienia przynajmniej 1500 milicjantów, w tym przynajmniej 300 w samym Wrocławiu⁷.

Siedziba komendy wojewódzkiej wstępnie znajdowała się w Trzebnicy, a następnie w lipcu 1945 r. została przeniesiona do Legnicy. W dniu 9 lipca 1945 r. wojskowe władze sowieckie nakazały wszystkim instytucjom, w tym milicji oraz ludności cywilnej, przeniesienie się do jednej dzielnicy, co spowodowało poważne problemy w jej funkcjonowaniu⁸. W połowie października 1945 r. siedziba komendy wojewódzkiej została przeniesiona do Wrocławia⁹.

W kompetencje milicji wchodziły urzędy bezpieczeństwa, dochodziło do aresztowań funkcjonariuszy oraz odbierania im broni. Podobną postawę prezentowali sowieccy komendanci wojenni, a sytuacja zmieniła się dopiero po zniesieniu tej instytucji. Często dochodziło do zabójstw milicjantów, m.in. w wyniku napadów i rabunków dokonywanych przez żołnierzy sowieckich, polskich czy maruderów różnych narodowości¹⁰. Nierzadko zdarzały się aresztowania milicjantów w związku z popełnianymi przez nich przestępstwami¹¹, a także miały miejsce dezercje funkcjonariuszy¹².

W lipcu 1945 r. w województwie wrocławskim zatrudniano 35 oficerów, 252 podoficerów i 1458 funkcjonariuszy. Nosili oni różnego rodzaju mundury niemieckie (60%), a pozostali ubrania cywilne. Tylko połowa z nich posiadała broń różnego rodzaju. Przy komendzie wojewódzkiej utworzono kompanię operacyjną w liczbie 90 osób i pluton sztabowy w liczbie 35 osób¹³. W sierpniu 1945 r. stan osobowy w województwie wynosił 54 oficerów, 886 podoficerów, 6040 szeregowych i 216 pracowników cywilnych. W tym też czasie obsadzono 33 powiaty i 5 miast wydzielonych. Na ich terenie zorgani-

⁷ IPN Wr 145/56 Raporty sytuacyjne KWMO z siedzibą w Legnicy 1945. Raport z dnia 18 maja 1945 r., k. 2.

⁸ IPN Wr 145/56 Szyfrogram nr 1 z 14 lipca 1945 r., k. 3.

⁹ M. Sodel, *op. cit.*, s. 80.

¹⁰ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 15 czerwca do 15 lipca 1945 r., z dnia 16 lipca 1945 r., k. 4–6. „Współpraca z sowieckimi komendantami wojennymi jest w 40% powiatów nie dobra, a zdarzają się wypadki jak np. w powiecie Jelenia Góra [...] gdzie komendant wojenny mjr. Smyrnów prześladowuje M.O. i wszystkich Polaków wyraźnie faworyzując Niemców [...]. Są natomiast powiaty gdzie komendanci wojenni przekazali władze całkowicie władzom administracyjnym polskim” [pisownia oryginalna]. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 15 lipca do 5 sierpnia 1945 r., z dnia 6 sierpnia 1945 r., k. 7–9. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 21 do 30 września 1945 r., k. 20–22. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 10 do 20 października 1945 r., k. 29–32. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 10 do 20 listopada 1945 r., k. 42–44. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 20 do 30 listopada 1945 r., k. 46–49. IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 1 do 10 grudnia 1945 r., k. 52–55.

¹¹ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 10.09 do 20.09.1945 r., z 22.09.1945 r., k. 16–17.

¹² IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 21 do 30 września 1945 r., k. 20–22 (10 dezercji), IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 1 do 10 października 1945 r., k. 24–25 (3 dezercje), IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 20 do 30 października 1945 r., k. 34–35 (3 dezercje), IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 1 do 10 listopada 1945 r., k. 37–40 (3 dezercje), IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 1 do 10 grudnia 1945 r., k. 55–58 (2 dezercje), IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 10 do 20 grudnia 1945 r., k. 60–63 (2 dezercje).

¹³ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 15 czerwca do 15 lipca 1945 r., z dnia 16 lipca 1945 r., k. 4–6.

zowano 52 komisariaty i 264 posterunki. Wraz ze wzrostem liczebności kadry spadł stan uzbrojenia. Zwracano uwagę na brak kwalifikacji funkcjonariuszy milicji do pełnienia stanowisk kierowniczych¹⁴.

We wrześniu 1945 r. zatrudniano 67 oficerów, 1182 podoficerów, 7258 szeregowych oraz 418 pracowników cywilnych. Brakowało ciepłych płaszczy, bielizny oraz obuwia. Broń pochodziła z różnych źródeł – była przekazywana przez komendantów wojennych, znajdowana, wydobywana z rzek, szczególnie Odry i Nysy. W tym czasie funkcjonowało 128 posterunków i 19 komisariatów w miastach wydzielonych¹⁵.

Na dzień 10 listopada 1945 r. stan osobowy w województwie wrocławskim wynosił 90 oficerów, 1109 podoficerów, 3899 szeregowych i 265 pracowników cywilnych. Z milicji usunięto część funkcjonariuszy niespełniających wymogów służby. Uzbrojenie było zabezpieczone w całości, lecz nadal brakowało odzieży. W komendzie wojewódzkiej nie były w pełni obsadzone wydziały służby zewnętrznej i kryminalnej służby śledczej, natomiast w pełni obsadzony był m.in. wydział polityczno-wychowawczy. W tym czasie zastosowano wobec funkcjonariuszy 140 kar dyscyplinarnych (w tym areszty lekkie i średnie), a 10% spraw skierowano do prokuratur. Powodem stosowania kar były nadużycia władzy, niewykonywanie rozkazów, kradzieże¹⁶. W lutym 1946 r. ogólna liczba funkcjonariuszy wynosiła 5541 osób, w tym około 150 z nich było oficerami¹⁷. W okresie od maja do lipca wydano dyscyplinarnie 176 funkcjonariuszy, ukarano dyscyplinarnie 876, a 101 osób zdezerterowało¹⁸. Komisje weryfikacyjne na koniec września usunęły 272 funkcjonariuszy ze służby. We wrześniu aresztowano i przekazano do sądów 31 funkcjonariuszy, którym zarzucono działalność polityczną, antyrządową i antysemityzm¹⁹. W tym czasie wymierzono 300 kar dyscyplinarnych²⁰. Do końca listopada w wyniku akcji weryfikacyjnej usunięto z szeregow milicji 674 osoby²¹.

Poziom pracy organów milicji był oceniany jako niezwykle niski. Funkcjonariusze nie znali i nie rozumieli przepisów prawa oraz wykazywali minimalną inicjatywę w wy-

¹⁴ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 15 lipca do 5 sierpnia 1945 r., z dnia 6 sierpnia 1945 r., k. 7–9.

¹⁵ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny za okres od 5 sierpnia do 10 września 1945 r., z dnia 14 września 1945 r., k. 10–13.

¹⁶ IPN Wr 145/56 Raport sytuacyjny z dnia 12 listopada 1945 r., k. 14–15. Wacław Fijałkowski w swej książce podaje, że na przełomie 1945 i 1946 r. dokonano weryfikacji kadr z uwagi na to, że stan faktyczny był wyższy o 40% od stanu etatowego; *idem, op. cit.*, s. 25.

¹⁷ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z dnia 19 lutego 1946 r., k. 14–22.

¹⁸ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–31.07.1946 r., k. 115–122.

¹⁹ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 września 1946 r., k. 71–80.

²⁰ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za czas od 1 do 30 września 1946 r., z 10 października 1946 r., k. 127–132.

²¹ IPN Wr 145/171 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 listopada 1946 r., k. 137–148.

krywaniu sprawców przestępstw. Uniemożliwiało to sprawne i szybkie zakończenie spraw, a duży ich odsetek umarzano. Powody tego widziano w braku odpowiedniego stopnia inteligencji, wykształcenia i wykszolenia, jak również braku dostatecznych kwalifikacji do ścigania przestępstw. Wpływało to negatywnie na szybkość i jakość pracy wymiaru sprawiedliwości. Konsekwencją powyższego była także konieczność dokładnego określania czynności do wykonania i wielokrotnego uzupełniania dochodzeń. Dodatkowym utrudnieniem była niewystarczająca obsada komisariatów i posterunków²². Na 282 etaty służby śledczej we wrześniu 1946 r. 28 etatów nie było obsadzonych²³, w listopadzie na 330 etatów zatrudniano 266 osób²⁴, w grudniu zaś na 364 etaty – 294 osoby²⁵.

Liczbę przedwojennych policjantów pracujących w jednostkach milicji określano na 1% składu osobowego. Byli przeważnie zatrudnieni jako referenci śledczy w powiatach, gdzie z uwagi na swoje doświadczenie prowadzili referaty śledcze. Określano ich jako lojalnych, ale niebiorących większego udziału w życiu politycznym i społecznym. Liczbę byłych, ujawnionych żołnierzy Armii Krajowej pracujących w jednostkach milicji określano na 1%. Oceniano ich jako osoby dobrze wywiązujące się ze swoich obowiązków i w większości nie należące do żadnej partii politycznej²⁶.

Ze względu na dużą liczbę wakatów, jakie powstały w wyniku działania komisji weryfikacyjno-personalnych, zachodziła konieczność ich szybkiej obsady. Uważano, że powinny być obsadzone nawet szeregowymi funkcjonariuszami, którzy dawali gwarancję rzetelnego wykonywania obowiązków. Prace miały być zakończone do 15 września 1946 r.²⁷ W październiku 1946 r. informowano, że akcja werbunkowa w związku z weryfikacją funkcjonariuszy nie jest w stanie uzupełnić braków kadrowych. Zwracano uwagę, że z szeregow milicji usunięto „element nieodpowiedni”, który stanowili jednak milicjanci posiadający praktykę w pracy. Systematycznie podejmowano działania mające na celu stworzenie „pewnych politycznie” kadr. Zamierzano to osiągnąć „przez całkowite uświadomienie polityczne”. Akcje uświadamiające zwiększono w związku

²² IPN Wr 33/867 Protokół wizytacji Prokuratury Sądu Okręgowego w Brzegu w dniach 5–10 lutego 1947 r., k. 30–31. IPN Wr 33/868 Protokół wizytacji Prokuratury Sądu Okręgowego w Głogowie z siedzibą w Nowej Soli przeprowadzonej w dniach od 27 maja do 2 czerwca 1947 r., k. 30–31. IPN Wr 33/871 Protokół wizytacji Prokuratury Sądu Okręgowego w Oleśnicy, dokonanej w dniach 4–9 grudnia 1946 r. przez wiceprokuratora Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Wojciecha Czownickiego, k. 31–32. IPN Wr 33/874 Protokół wizytacji Prokuratury Sądu Okręgowego we Wrocławiu, prowadzonej w kwietniu i maju 1947 r. przez Prokuratora Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu dr. Wiktora Gajewskiego i wiceprokuratora Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Wojciecha Czownickiego, k. 89.

²³ IPN Wr 145/171 Sprawozdanie z pracy służby śledczej za wrzesień 1946 r., k. 94–99.

²⁴ IPN Wr 145/171 Sprawozdanie z pracy służby śledczej za listopad 1946 r., k. 106–110.

²⁵ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy służby śledczej za grudzień 1946 r., k. 6–12.

²⁶ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 15 kwietnia do 15 maja 1946 r., k. 25–35. W tym czasie za pracę 214 milicjantów otrzymało nagrody pieniężne. Oceniano, że wpływało to pozytywnie na pozostałych funkcjonariuszy.

²⁷ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z odprawy zastępców komendantów powiatowych MO z dnia 1 września 1946 r., k. 55.

z kampanią wyborczą do Sejmu Ustawodawczego. Zwrócono także uwagę na większą czujność celem ujawnienia „wszelkich przejawów roboty i propagandy reakcyjnej i antypaństwowej”²⁸.

Z uwagi na wystąpienia antysemitki w jednostkach milicji prowadzono akcję walki z antysemityzmem. Próby sprowokowania zajęć były natychmiast likwidowane przez MO i UBP. Wśród funkcjonariuszy prowadzono w tym zakresie wykłady, pogadanki oraz seminaria (3 przeprowadzono w komendzie wojewódzkiej, a 32 w komendach powiatowych), a także indywidualne rozmowy z funkcjonariuszami, którzy „mogliby być na podstawie obserwacji prawdopodobnie antysemitami”. W ich wyniku w sierpniu 1946 r. usunięto z milicji 19 funkcjonariuszy, a 5 za wystąpienia antysemitki aresztowano²⁹. W październiku tego roku aresztowano i usunięto z MO jednego funkcjonariusza³⁰, a w listopadzie trzech funkcjonariuszy za „uprawianie czynnego antysemityzmu”. Twierdzono, że problem ten w niedługim czasie przestanie istnieć³¹.

Na dzień 1 lutego 1947 r. stan komendy wojewódzkiej wynosił 5685 osób (108 oficerów, 796 podoficerów, 4376 szeregowych i 405 pracowników cywilnych)³².

Praca dochodzeniowa w jednostkach terenowych uniemożliwiała planowe pełnienie służby obchodowej. Dzielnicowi i obwodowi nie byli odprawiani do służby przez komendantów i często nie znali swoich obowiązków oraz nie składali sprawozdań ze służby. Zdarzało się, że dokumentacja w jednostkach zawierała fikcyjne wpisy bądź nie była w ogóle prowadzona³³.

²⁸ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 31 października 1946 r., k. 88–95. Prowadzono m.in. pogadanki pt. „Druga rocznica powstania Milicji Obywatelskiej”, „Kto przeszkadza w odbudowie Polski”, „XI Sesja KRN”. Odbywały się także dalsze seminaria dla zastępców komendantów powiatowych i instruktorów powiatowych do spraw polityczno-wychowawczych. Przeprowadzono także 10-dniowy kurs dla komendantów powiatowych i instruktorów powiatowych do spraw polityczno-wychowawczych, który obejmował powyższe zagadnienia oraz dotyczące nowej ordynacji wyborczej. Nadal odczuwano braki w umundurowaniu. W komendzie wojewódzkiej przystąpiono do współzawodnictwa pracy. Brano pod uwagę punktualność, szybkość, porządek, dokładność, wyniki i osiągnięcia, wygląd zewnętrzny, poziom uświadczenia politycznego i obywatelskiego oraz pracę kulturalno-oświatową.

²⁹ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 lipca do 1 sierpnia 1946 r., k. 48–53. Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 września 1946 r., k. 71–80.

³⁰ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 31 października 1946 r., k. 88–95.

³¹ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 listopada 1946 r., k. 98–109.

³² IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z działalności Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu za okres od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r., k. 49–51. W tym czasie przyjęto 749 osób, a zwolniono 220, wydano na podstawie rozpracowania – 33, weryfikacji – 8, wyroku sądowego – 26. Udzielono 197 pochwał. W tym okresie dokonano zabójstw 19 funkcjonariuszy, 23 zdezerterowało.

³³ IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny z 8 lipca 1947 r., k. 1–27. Funkcjonariusze milicji brali nadto czynny udział w komisjach sanitarnych organizowanych przez lekarzy powiatowych, w zakresie przeciwdziałania chorobom wenerycznym i zakaźnym oraz podejmowali czynności w ramach zwalczania żebractwa.

Problem stanowiły negatywne zachowania milicjantów objawiające się jako opilstwo, łapownictwo, beczynność służbowa, jak również ucieczki więźniów. W związku z nimi podjęto decyzję, aby przy najbliższej sprawie sądowej prowadzonej przeciwko milicjantom z powodu ucieczki więźnia zarządzonej został proces pokazowy³⁴. W listopadzie 1947 r. stan dyscypliny wśród funkcjonariuszy milicji uległ pogorszeniu, co tłumaczono faktem wyjazdów szkoleniowych komendantów posterunków i komendantów powiatowych³⁵. Narzekano też na przeciążenie pracą. Było to spowodowane nieobsadzeniem wielu stanowisk oraz często organizowanymi szkoleniami³⁶. W styczniu 1948 r. zatrudniano 101 oficerów, 1182 podoficerów i 3118 szeregowych³⁷. Czas pracy wynosił średnio od 12 do 16 godzin, w tym w niedziele i święta. W wyniku prowadzonych kontroli ponad 500 milicjantów, ze względu na przeszłość i działalność przed wstąpieniem do MO, zaliczono „do elementu politycznie niepewnego”. Uznano, że zachodziła wobec nich konieczność wydalenia z szeregów milicji. Byli to członkowie organizacji podziemnych NSZ, WIN „oraz ludzie bezpośrednio bądź pośrednio związani z inicjatywą prywatną”. Nie czyniono tego jedynie z powodu braków kadrowych i niezaspokajającego potrzeb werbunku³⁸. Notowano wypadki występowania milicjantów z partii. W kwietniu 1948 r. bez obsady pozostawało 9 stanowisk komendantów powiatowych oraz 18 zastępców polityczno-wychowawczych. Jakość pracy określano jako niską³⁹. W wyniku zakończonej w listopadzie 1948 r. „czystki” funkcjonariuszy milicji wydano 15 oficerów i osób na stanowiskach oficerskich, 87 podoficerów, szeregowych i pracowników cywilnych. Ukarano odpowiednio 43 oficerów i osób na stanowiskach oficerskich oraz 301 podoficerów, szeregowych i pracowników cywilnych. Uważano, że „czystka” miała pozytywny wpływ na stan dyscypliny w poszczególnych jednostkach⁴⁰. Nie ujawniono negatywnych nastro-

stwa i włoczęgostwa. Dla przykładu w Kożuchowie utworzono trzy komisje sanitarne, w skład których weszli delegaci zrzeczeń kupieckich i dzielnicowi. Prowadziły one kontrole sklepów i hoteli.

³⁴ IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za październik 1947 r., k. 73–77. W okresie sprawozdawczym ukarano 120 milicjantów za drobne przewinienia dyscyplinarne.

³⁵ IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za listopad 1947 r., k. 80–83. W okresie tym zatrzymano 13, a ukarano dyscyplinarnie 132 funkcjonariuszy.

³⁶ IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za styczeń 1948 r., k. 4–8. W tym czasie aresztowano 7 milicjantów (2 za dezercję, 5 za przestępstwa kryminalne).

³⁷ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 26.

³⁸ IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za luty 1948 r., k. 9–13. W tym czasie aresztowano 14 milicjantów, w tym za dezercję – 4, postrzelenie – 2, pijaństwo – 1, kradzież – 2, nadużycie władzy – 2, inne – 3. Dyscyplinarnie ukarano 145 funkcjonariuszy. Określano, że 60% przestępstw popełnianych przez funkcjonariuszy miało związek z nadużyciem przez nich alkoholu. W powiatach jeleniogórskim, bystrzyckim, kłodzkim, zgorzeleckim „notowano wypadki współpracy funkcjonariuszy MO z bandą”. Z kolei przypadki nasilenia antysemityzmu, „wrogiego ustosunkowania się” do rządu i ZSRR notowano w Komendzie Miasta MO we Wrocławiu.

³⁹ IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za kwiecień 1948 r., k. 39–43.

⁴⁰ IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny z dnia 9 grudnia 1948 r., k. 71–83.

jów funkcjonariuszy milicji w czasie kongresu zjednoczeniowego PPR i PPS. Brali oni udział w akcji przedkongresowej, jednak stopień ich uświadomienia określano jako niski. Jako konsekwencje złej pracy polityczno-wychowawczej wytykano dużą religijność milicjantów i znajdowanie się pod wpływem kleru. Stwierdzano także wrogie nastawienie do panującego ustroju i ZSRR⁴¹.

W wyniku dalszej weryfikacji 336 funkcjonariuszy zakwalifikowano jako nienadających się do służby, natomiast 174 mianowano na wyższe stanowiska (w tym 5 na stanowiska komendantów powiatowych i 54 na stanowiska komendantów posterunków). Mimo to dyscyplina pracy w niektórych komendach (Jelenia Góra, Żagań, Bystrzyca, Góra, Kłodzko) była na bardzo niskim poziomie. Systematyczne „oczyszczanie szeregów MO” zwiększało liczbę wolnych stanowisk. Na 1878 kandydatów przyjęto 611. Na koniec 1948 r. było 509 wakatów, w tym 221 na stanowiskach oficerskich i podoficerskich⁴². Jedno z najczęstszych wykroczeń stanowiło zaniedbywanie obowiązków służbowych, co wiązało się m.in. z obciążeniem pracą⁴³. W styczniu 1949 r. brakowało 549 funkcjonariuszy, natomiast liczba przyjętych do MO nie przekraczała 20% werbowanych osób⁴⁴.

W lutym 1949 r. przystąpiono do organizowania pierwszych spółdzielni produkcyjnych. Z uwagi na towarzyszące im zdarzenia komendant wojewódzki na jednej z odpraw polecił „wziąć w specjalną opiekę ośrodki spółdzielcze i członków spółdzielni”. Akcja werbunkowa nadal nie przynosiła żadnych zmian odnośnie do zmniejszenia obciążenia funkcjonariuszy⁴⁵. Nadal trwała „czystka”, braki kadrowe utrudniały pracę, a ponadto istniały problemy z dyscypliną i właściwym zachowaniem funkcjonariuszy. W grudniu 1949 r. planowano uzupełnienie osób na stanowiskach funkcyjnych⁴⁶.

⁴¹ IPN Wr 145/229 Raport sytuacyjny z dnia 10 stycznia 1949 r. za grudzień 1949 r., k. 84–92. „[...] w Wałbrzychu milicjanci poświęcili 1 dzień pracy w kopalni wydobywając przeszło 400 ton węgla. [...] zawodowi górnicy pracując w tej samej ilości co funkcjonariusze MO wydobyli mniej o 72 tony węgla. [...] Po zapadniętych Uchwałach Kongresowych daje się zauważyć lepsze podejście klasowe milicjantów do ludności, widać głębsze zainteresowanie w stosunku do zagadnień walki klasowej”.

⁴² IPN Wr 145/229 Sprawozdanie z dnia 30 grudnia 1948 r., k. 108–110.

⁴³ IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z dnia 8 lutego 1949 r. za styczeń 1949 r., k. 4–10.

⁴⁴ IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z dnia 8 marca 1949 r. za luty 1949 r., k. 11–16.

⁴⁵ IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z dnia 8 kwietnia 1949 r. za marzec 1949 r., k. 17–20. Komendant Wojewódzki MO we Wrocławiu ppłk Orłowski pisał „[...] walka klasowa na wsi w ośrodkach spółdzielni produkcyjnych rozgorzała do czerwoności. Członkom spółdzielni odmawia się pomocy sąsiedzkiej. Istnieją fakty odgrazania się, członkowie są często terroryzowani. Walka ta wkroczyła nawet na teren rodzin. [...] Komitetowi organizacyjnemu jednej spółdzielni, wybierającemu się samochodem do województwa przedziurawiono opony. W czasie obrad jakie prowadziłem osobiście wybito szyby”.

⁴⁶ IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z 9 lipca 1949 r. za czerwiec 1949 r., k. 28–29. IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny za lipiec 1949 r., k. 30–31. Komendant MO, ppłk Orłowski pisał „Uchwała Watykanu, «cud lubelski» i towarzysząca im wzmożona działalność wroga klasowego na odcinku dywersji i sabotażu w miesiącu sprawozdawczym odkryły przed nami nowe luki i nie domagania naszych szeregów w walce z wrogiem. [...] Czystka szeregów w dalszym ciągu trwa, kierownictwo Komenda Pow. i Miast daleko nieodpowiednie, obciążenie pracą milicjantów w dalszym ciągu duże. Wydziały Służby Śledczej i Ze-

W województwie wrocławskim funkcjonowały jednostki milicji kolejowej i rzecznej. W czerwcu 1947 r. były to: Komisariat Kolejowy MO we Wrocławiu (49 osób), Komisariat Kolejowy MO w Legnicy (4 osoby), Komisariat Rzeczny MO we Wrocławiu (47 osób), Komisariat Rzeczny MO w Głogowie (4 osoby). Ze względu na rozległość teren działania komisariatu rzeczno-kolejowego był podzielony na dzielnice, które obsługiwali dzielnicowi. Milicja rzeczna zajmowała się egzekwowaniem zakazu kąpieli, nielegalnego połowu ryb, kontrolą przepływających statków. Na terenie kolejowym notowano często kradzieże walizek, dokumentów, przesyłek, włóczęgostwo, jazdę bez biletów, brak dokumentów, wywóz mienia. Zwracano uwagę na konieczność uzupełnienia stanu osobowego w komisariatach rzecznych i kolejowych⁴⁷. Milicja drogowa zajmowała się m.in. przeprowadzaniem kontroli na drogach we wszystkich powiatach województwa dolnośląskiego oraz sprawdzaniem właściwego rozmieszczenia znaków drogowych⁴⁸.

Od 1946 r. rozpoczęto prowadzenie albumu rozpoznawczego przestępców. Przeprowadzono także kurs daktyloskopii w komendach powiatowych milicji⁴⁹. Na terenie

wewnętrznej przeciążone pracą z braku ludzi, trudności się piętrzą. [...] Cud Lubelski nie ominął funkc., którzy wykorzystując możliwość wyjazdu do Lublina (konwuj) sami rozsiewali wieści o «cudzie», widzianym przez nich na własne oczy» [pisownia oryginalna]. IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny za listopad 1949 r., k. 38–39. IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny za grudzień 1949 r., k. 40–41.

⁴⁷ IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z dnia 7 czerwca 1947 r., w sprawie milicji kolejowej i rzecznej, k. 28–34. W czerwcu 1947 r. przez wrocławski komisariat rzeczny ukaranych zostało 13 osób, zarekwirovano 5 wędek. Skontrolowano 5 statków i 34 barki. Funkcjonariusze z komisariatu kolejowego wylegitymowali na Dworcu Głównym we Wrocławiu 700 osób, z których 9 zatrzymano, a 14 osobom zarekwirovano wywożone mienie. Funkcjonariusze z posterunku w Legnicy przeprowadzili 3 kontrole, w trakcie których wylegitymowali 186 osób, z których zatrzymano 17. Zarekwirovano też wywożone mienie. IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z działalności Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu za okres od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r., k. 49–51. W okresie od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r. milicja kolejowa dokonała 140 obław, 150 kontroli pociągów. Zatrzymano 1085 osób. Różne formacje milicji ukarały mandatami karnymi 4006 osób.

⁴⁸ IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z dnia 8 czerwca 1947 r., k. 38–40. W okresie sprawozdawczym na punktach kontrolnych i posterunkach milicji ruchu skontrolowano dokumenty 8788 pojazdów mechanicznych. Wykroczenia drogowe popełniło 531 osób. Odebrano 17 praw jazdy, które przekazano do wojewódzkiego urzędu motoryzacji. Do sądów przekazano 9 spraw. W celu zapobiegania wypadkom drogowym osobom je powodującym odbierano prawo jazdy i przesyłano do wojewódzkiego urzędu motoryzacji. Kierujący zobowiązany był do powtórnego złożenia egzaminu. IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z działalności Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu za okres od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r., k. 49–51. W okresie od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r. sprawdzono na punktach kontrolnych 10 379 pojazdów.

⁴⁹ IPN Wr 145/171 Sprawozdanie miesięczne z pracy służby śledczej za styczeń–kwiecień 1946 r., k. 43. IPN Wr 145/171 Uzupełnienie raportu sytuacyjnego za czas od 1.06 do 30.06.1946 r., k. 66–67. IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–31.07.1946 r., k. 68–75. IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–31.08.1946 r., k. 76–89. W czerwcu 1946 r. daktyloskopowano 24 osoby, wykonano fotografie 11 osób, W lipcu odpowiednio 447 i 122, w sierpniu 586 i 169. IPN Wr 145/229 Sprawozdanie z wytycznych pracy dla służby śledczej na 1948 r., k. 93–97. Na koniec 1948 r. komendy powiatowe i równorzędne im nie otrzymały walizek śledczych. We wszystkich tych jednostkach zorganizowano pracownie fotograficzne. Część jednostek miała psy tropiące. Zostały one zaopatrzone w kójce. Wszelkie ślady były przesyłane do komendy wojewódzkiej.

Dolnego Śląska organizowano sieć informatorów, która na koniec września 1946 r. wynosiła 789 osób. Informatorzy rekrutowali się ze środowiska robotniczego i rolniczego. Większość z nich – jak podawano – była członkami partii, a około 70% miało pracować „ideowo”⁵⁰. Ich informacje miały przyczynić się do wykrycia około 100 przestępstw⁵¹. W 1948 r. dokonano rejestracji 848 kobiet uprawiających prostytutkę. Wytypowano 30 z nich w charakterze informatorów (zabójstwa, oszustwa, kradzieże, przestępstwa seksualne)⁵². Organizacja agentury na początku prowadzona była chaotycznie. Z końcem 1948 r. postanowiono poddać ją weryfikacji i oczyścić z osób „obcych klasowo”. Ludzi werbowano według przyjętego planu, mając na uwadze konkretne rodzaje przestępstw. Wśród 300 zwerbowanych osób przeważali robotnicy (80% ogółu informatorów)⁵³.

W latach 1945–1950 zginęło łącznie 245 funkcjonariuszy milicji, w tym 170 zostało zabitych w czasie wykonywania czynności służbowych (przez członków różnych ugrupowań podziemnych, band, indywidualnych przestępców, dezertersów, maruderów, w wyniku wybuchu min), a 136 w wyniku innych zdarzeń (wypadków komunikacyjnych i kolejowych, zabójstw w trakcie urlopu, przypadkowych postrzeleń przez innego funkcjonariusza lub żołnierza, postrzelenia się w wyniku nieostrożnego obchodzenia się z bronią, rozerwania granatu lub miny lub innych nieustalonych przyczyn)⁵⁴.

3. Pochodzenie społeczne i przynależność partyjna funkcjonariuszy milicji

Systematycznie podejmowano działania mające na celu „upartyjnienie” jak największej liczby funkcjonariuszy przy jednoczesnym wyeliminowaniu z szeregów milicji osób „niepewnych politycznie”. Mimo to jeszcze w lutym 1946 r. większość milicjanów była bezpartyjna (60%). Z pozostałych funkcjonariuszy 8% należało do PPR, 12% do PPS, 19% do SL i 1% do PSL. Różnice w przynależności partyjnej nie wpływały negatywnie na pracę. Istotne stanowiska w wydziałach polityczno-wychowawczym, personalnym i śledczym komendy wojewódzkiej były obsadzone w 90% przez członków PPR. Wydziały służby zewnętrznej i gospodarczy były obsadzone w 99% przez bezpartyjnych. Zwracano przy tym uwagę na niedostatecznie rozwinięty aktyw polityczno-wychowawczy. W komendzie wojewódzkiej stanowił on 25 osób, najlepiej zaś zorganizowany był w Komendzie Powiatowej MO w Wałbrzychu. W tym czasie pochodze-

⁵⁰ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–30.09.1946 r., k. 90–93. IPN Wr 145/171 Sprawozdanie z pracy służby śledczej za wrzesień 1946 r., k. 94–99. W sprawozdaniu z pracy służby śledczej za wrzesień 1946 r. liczbę tę określano na 598 osób.

⁵¹ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–30.11.1946 r., k. 111–114.

⁵² IPN Wr 145/229 Sprawozdanie z wytycznych pracy dla służby śledczej na 1948 r., k. 93–97.

⁵³ IPN Wr 145/229 Sprawozdanie z dnia 30 grudnia 1948 r., k. 108–110.

⁵⁴ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 44.

nie robotnicze miało 40% oficerów, chłopskie – 10%, z inteligencji pracującej wywodziło się 40%, a pochodzenie 10% określano jako urzędnicze. Odnośnie do podoficerów i szeregowych – 60% było pochodzenia robotniczego, 20% chłopskiego, pochodzenie 10% określanego jako urzędnicze, a 10% należało do inteligencji pracującej. Ww. w 60% byli bez zawodu, 10% stanowili robotnicy, 10% rolnicy, 10% inne zawody, 10% uczęszczało do różnego rodzaju szkół⁵⁵.

W maju 1946 r. wśród oficerów do PPR należało 60%, PPS – 25%, SL – 10%, natomiast bezpartyjnych było 5%. Wśród podoficerów i szeregowych do PPR należało 35%, PPS – 20%, SL – 10%, SD – 5%, SP – 3%, PSL – 1%, a bezpartyjnych było 27%. Zwracono uwagę na bardzo niskie uświadomienie polityczne milicjantów. W tym czasie pochodzenie robotnicze miało 40% oficerów, chłopskie – 40%, rzemieślnicze 10%, z inteligencji pracującej wywodziło się 10%. Wśród podoficerów i szeregowych – pochodzenie robotnicze miało 60% funkcjonariuszy, chłopskie – 30%, rzemieślnicze – 10%. Wśród oficerów robotnicy stanowili – 30%, rolnicy – 30%, inteligencja pracująca – 20%, bez zawodu było 20% funkcjonariuszy. Wśród podoficerów i szeregowych robotnicy stanowili 80%, rolnicy – 15%, inne zawody – 5%⁵⁶.

W lipcu 1946 r. do PPR należało 2180 osób, do PPS 903 osoby, a 267 do innych partii⁵⁷. Kompania operacyjna w czerwcu 1946 r. liczyła 118 funkcjonariuszy. Na dwóch oficerów jeden był robotnikiem, drugi rolnikiem. Na 27 podoficerów przypadało 9 rolników, 8 rzemieślników i 10 robotników. Wśród 99 szeregowych było 24 rolników, 48 robotników, 27 rzemieślników. Do PPR należało 30 funkcjonariuszy, do PPS – 5, do SL – 26. Ich aktywność określano jako słabą⁵⁸.

We wrześniu 1946 r. wszyscy komendanci powiatowi byli członkami PPR. Siedmiu wśród nich było byłymi członkami KPF (Francuskiej Partii Komunistycznej). W milicji zatrudniono łącznie 600 Polaków przybyłych z Francji⁵⁹.

W listopadzie 1946 r. do PPR należeli wszyscy funkcjonariusze i pracownicy z kilku komend powiatowych milicji. Milicjant poza zdrowiem moralnym miał być „politycznie pewny”. Przeprowadzano więc kursy i szkolenia nowych kadr oraz zakładano, że praca polityczno-wychowawcza pozwoli na stworzenie politycznie pewnej kadry milicyjnej. W tym celu we wszystkich komendach powiatowych i większości posterunków przeprowadzano codzienne półgodzinne czytanie gazet, a dwa razy w tygodniu – pogadanki. W komendzie wojewódzkiej odbywały się seminaria skierowane do zastępców

⁵⁵ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie w sprawach polityczno-wychowawczych z dnia 19 lutego 1946 r., k. 14–22.

⁵⁶ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 15 kwietnia do 15 maja 1946 r., k. 25–34.

⁵⁷ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–31.07.1946 r., k. 115–122.

⁵⁸ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej w kompanii operacyjnej w okresie od 7 maja do 5 czerwca 1946 r., k. 46.

⁵⁹ IPN Wr 145/171 Raport sytuacyjny za okres 1–30.09.1946 r., k. 127–132.

komendantów powiatowych i instruktorów powiatowych ds. polityczno-wychowawczych. W listopadzie 1946 r. ich tematem była „nowa ordynacja wyborcza”, „trzyletni plan odbudowy” i „o co toczy się walka”. W związku ze zbliżającymi się wyborami podjęto działania związane z wyeliminowaniem przeciwników politycznych⁶⁰.

W związku z uchwałą sierpniowego plenum KC PPR dotyczącego oczyszczenia szeregów partyjnych podjęto decyzję o usunięciu z szeregu partii ok. 10 komendantów powiatowych i 12 zastępców do spraw polityczno-wychowawczych oraz pozbawienie ich zajmowanych stanowisk⁶¹.

W styczniu 1949 r. aparat polityczno-wychowawczy obejmował 50% komendantów posterunków, referentów i milicjantów⁶², przy czym wszyscy komendanci posterunków w Trzebnicy i Wrocławiu byli członkami aktywu komitetów gminnych PZPR⁶³.

4. Działalność edukacyjna wobec funkcjonariuszy milicji

Już w 1945 r. prokuratorzy i sędziowie przystąpili do organizacji kursów i wykładów dla funkcjonariuszy milicji. Skuteczność szkoleń zmniejszyła brak współpracy między komendą wojewódzką i komendami powiatowymi a prokuraturą polegający np. na nieprzekazywaniu prokuraturze informacji o wydawanych instrukcjach, ich sprzeczności z przepisami KPK czy sporządzaniu formularzy bez porozumienia z prokuraturą⁶⁴.

Większość milicjantów posiadała bardzo niskie wykształcenie, a ze względu na „ograniczony poziom umysłowy” mieli oni trudności z przyswajaniem wiadomości. Około 40% z nich nie ukończyło siedmiu klas szkoły powszechnej. Przyjmowani do służby wywodzili się przeważnie ze środowisk robotniczych i chłopskich, a przez brak edukacji stali na niskim poziomie intelektualnym. Kursy dokształcające nie przynosiły rezultatów z powodu przeciążenia milicjantów pracą, przez co nie mieli oni czasu na naukę⁶⁵.

W lipcu 1945 r. został zorganizowany trzytygodniowy kurs podoficerski, w którym uczestniczyli funkcjonariusze pionu wychowania politycznego. W październiku 1945 r. przeprowadzono jednodniowy kurs dla funkcjonariuszy ruchu drogowego⁶⁶.

⁶⁰ IPN Wr 145/171 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 listopada 1946 r., k. 137–148.

⁶¹ IPN Wr 145/229 Sprawozdanie za październik 1948 r., k. 64–67.

⁶² IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z dnia 8 marca 1949 r. za luty 1949 r., k. 11–16.

⁶³ IPN Wr 145/248 Raport sytuacyjny z dnia 8 lutego 1949 r. za styczeń 1949 r., k. 4–10.

⁶⁴ S. Petruszewicz, *Szkolenie Milicji Obywatelskiej*, [w:] A. Olbromski (red.), *Sądownictwo dolnośląskie w rocznicę powstania Apelacji Wrocławskiej. Wrocław 1945–1946*, Wydawnictwo Sądu Wrocławskiego, Wrocław 1946, s. 35–37. Opisano przypadek, w którym jeden z komendantów powiatowych wydał instrukcję, z której wynikało, że milicjant po otrzymaniu łapówki połowę zatrzymywał dla siebie, a połowę wpłacał do kasy komendy.

⁶⁵ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 września 1946 r., k. 71–80.

⁶⁶ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 83.

We wrześniu 1945 r. we Wrocławiu utworzono Wojewódzką Szkołę Podoficerską MO. Odbywały się w niej 6-tygodniowe kursy szeregowych z terenu województwa. W okresie do 1 czerwca 1946 r. odbyły się cztery kursy, na których przeszkolono łącznie po 200–220 funkcjonariuszy. Na kursach tych wykładali m.in. wrocławscy prokuratorzy i sędziowie⁶⁷. Na zorganizowanych przez komendę wojewódzką kursach przeszkolono 227 zastępców komendantów posterunków. Poziom kursów określono jako średni. Stwierdzono, że około 10% funkcjonariuszy nie nadawało się do zajmowania piastowanych stanowisk⁶⁸.

W czerwcu 1946 r. rozpoczął się kolejny kurs przeszkolenia szeregowych MO. Słuchacze zostali podzieleni na trzy kompanie. W składzie kompanii polityczno-wychowawczej było 75% członków PPR, 12% PPS, 3% SL i 10% bezpartyjnych. Pochodzenie społeczne funkcjonariuszy w 65% było robotnicze, a w 25% chłopskie. Około 3% elewów stanowili byli żołnierze AK. W składzie kompanii służby śledczej było 47% członków PPR, 33% – PPS, 7% – SL, 13% bezpartyjnych. Ich pochodzenie społeczne w 90% było robotnicze, w 8% chłopskie, a 2% określono jako urzędnicze. W kompanii służby zewnętrznej było 33% członków PPR, 22% PPS, 8% SL, 37% bezpartyjnych. Ich pochodzenie społeczne w 55% było robotnicze i w 45% chłopskie. Większość elewów nie miała ukończonych siedmiu klas szkoły powszechnej. W kursie nie uczestniczyli byli policjanci⁶⁹. Kolejny kurs szeregowych MO rozpoczął się 26 czerwca 1947 r. Obejmował zachowanie na służbie, służbę wartowniczą, służbę obchodową, zagadnienia dotyczące używania broni, zatrzymywanie i legitymowanie, konwojowanie, zwalczanie lichwy

⁶⁷ R. Szura, *Pomoc sądownictwa dolnośląskiego w szkoleniu Milicji Obywatelskiej*, [w:] A. Olbromski (red.), *op. cit.*, s. 48. „Na apel Prokuratora Sądu Ap. W. Gajewskiego, prokuratorzy sądów okręgowych w Oleśnicy, Świdnicy, Kłodzku, Jeleniej Górze, Głogowie, Brzegu i Legnicy, zaraz po zorganizowaniu Prokuratur, przystąpili do szkolenia milicjantów w sposób dostosowany do lokalnych warunków. [...] wszyscy prokuratorzy przeprowadzili jeden lub więcej kursów, z reguły trwających kilka tygodni w siedzibie Urzędu, a często i w innych miastach powiatowych swojego okręgu”.

⁶⁸ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 15 kwietnia do 15 maja 1946 r., k. 25–34.

⁶⁹ IPN Wr 145/172 Sprawozdanie za okres od 18 czerwca do 7 września 1946 r., k. 58–70. Kurs obejmował wyszkolenie wojskowe (musztra, wyszkolenie strzeleckie, nauka o broni, wyszkolenie bojowe i terenoznawstwo), wychowanie polityczno-wychowawcze i naukę o Polsce, wyszkolenie fachowe (kodeks karny i prawo o wykroczeniach, kodeks postępowania karnego, służba śledcza, instrukcja służbowa, przepisy administracyjne i nowe ustawodawstwo, prawo administracyjne formalne, organizacja władz i urzędów, przepisy biurowe, ustawodawstwo wojskowe), zasady dobrego wychowania, zajęcia praktyczne w jednostkach MO. Przynależność zawodowa funkcjonariuszy kompanii społeczno-politycznej przed wstąpieniem do MO: robotnicy fabryczni – 60%, robotnicy rolni – 20%, uczniowie – 7%, bez zawodu – 3%. Przynależność zawodowa kompanii służby śledczej przed wstąpieniem do MO: 60% – robotnicy fabryczni, 20% – robotnicy rolni, 7% – uczniowie, 3% – bez zawodu. Przynależność zawodowa kompanii służby zewnętrznej przed wstąpieniem do MO: 65% – robotnicy fabryczni, 25% – rolnicy, 10% – bez zawodu. W trakcie kursu 5 elewów wydano za niemoralne prowadzenie i opuszczanie koszar bez zezwolenia, 7 na skutek orzeczenia lekarskiego, 3 ze względu na fakt, że byli analfabetami. IPN Wr 145/172 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej za okres od 1 do 30 września 1946 r., k. 71–80.

i spekulacji, wyszkolenie wojskowe, w tym musztrę, oraz elementy walki wręcz. W szkoleniu kompanii służby zewnętrznej zwracano szczególną uwagę na służbę obchodową, służbę dyżurnych, służbę dzielnicowych i obwodowych. Kursanci brali udział w oblężeniach na spekulantów na placach targowych oraz pełnili służbę obchodową⁷⁰.

W dniu 10 lutego 1947 r. w komendzie wojewódzkiej rozpoczął się czwarty kurs szeregowych, który objął łącznie 300 osób. Czterotygodniowe kursy szeregowych rozpoczęły się także w komendach powiatowych i miały objąć 20% stanu osobowego szeregowych⁷¹.

W czerwcu 1947 r. we wszystkich jednostkach milicji przeprowadzono po dwa seminary. Ich tematem były m.in. zagadnienia dotyczące spekulacji. W tym czasie opracowano i nadano trzy audycje radiowe o tematyce dotyczącej pracy milicji. Odbywały się także odprawy dla pracowników aparatu polityczno-wychowawczego. Ostatnia z nich była odprawą specjalną i miała na celu zapoznanie zastępców komendantów powiatowych z założeniami polityki rządu⁷². Zwracano jednocześnie uwagę na niski poziom pracy partyjnej⁷³. W kwietniu 1948 r. w województwie wrocławskim 501 milicjantów uczęszczało do szkół podstawowych, 202 do szkół średnich, 8 na studia wyższe. W maju tego roku na 250 wytypowanych funkcjonariuszy z komendy miejskiej we Wrocławiu – 200 kontynuowało naukę w szkołach podstawowych. W czerwcu tego roku 50 z nich ukończyło szkołę podstawową. W tym też czasie do szkół średnich uczęszczało 20 milicjantów⁷⁴. W województwie wrocławskim zorganizowano 102 zespoły dokształcające z zakresu szkoły powszechnej, do których uczęszczało 694 funkcjonariuszy, oraz 23 zespoły z zakresu gimnazjum, do których uczęszczało 416 funkcjonariuszy milicji. Wydział polityczno-wychowawczy prowadził ewidencję nauczycieli uczących na kursach dokształcających dla milicjantów. Były to osoby „pewne politycznie”, członkowie partii poleceni przez władze PPR⁷⁵.

⁷⁰ IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny z 8 lipca 1947 r., k. 1–27.

⁷¹ IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z działalności Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu za okres od 1 grudnia 1946 r. do 1 lutego 1947 r., k. 49–51.

⁷² IPN Wr 145/183 Sprawozdanie z pracy polityczno-wychowawczej Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej we Wrocławiu za okres od 1 do 30 czerwca 1947 r., k. 54–58.

⁷³ IPN Wr 145/183 Raport sytuacyjny Wojewódzkiej Komendy MO we Wrocławiu za sierpień 1947 r., k. 64–68. Dowkan pisał: „W Komendzie Wojewódzkiej nie ma w tej chwili towarzysza, który mógłby tę pracę przeprowadzić, aby przeciwdziałać atmosferze, panującej w Komendzie Wojewódzkiej. Panuje bowiem atmosfera wybitnie drobnomieszczańska, ludzie poza zaspokojeniem prymitywnych potrzeb życiowych nic więcej nie interesuje. Na zebrania partyjne przychodzą ze strachu. Odsiedzą milcząc czas potrzebny na wygłoszenie monologu przez sekretarza koła lub prelegenta i szybko się ulatniają. [...] Drugą sprawą budzącą poważne obawy na przyszłość to sprawa pseudo religijności i klerykalizmu w aparacie MO. [...] Jeśli u nas pracownicy aparatu Pol.-Wych. [...] nie uznają ślubów cywilnych i za właściwe usankcjonowanie ich związku małżeńskiego uważają dopiero ślub kościelny, to wydaje mi się, że coś w naszej pracy partyjnej i pol-wychowawczej nie jest w porządku” [pisownia oryginalna].

⁷⁴ W. Fijałkowski, *op. cit.*, s. 95–96.

⁷⁵ IPN Wr 145/229 Sprawozdanie wydziału polityczno-wychowawczego z 29 grudnia 1948 r., k. 100–102.

5. Zakończenie

Zadania Milicji Obywatelskiej określono w dekreście PKWN z 7 października 1944 r.⁷⁶ W zamierzeniu rządzących miała ona brać wspólnie z innymi instytucjami czynny udział w kolejnych etapach umacniania się komunistów. Funkcjonariusze zabezpieczali ważne z punktu widzenia nowej władzy zdarzenia, takie jak referendum ludowe z 1946 r., wybory do Sejmu Ustawodawczego w 1947 r., zjednoczenie PPR i PPS, organizowanie spółdzielni produkcyjnych, podejmowali też walkę z podziemiem niepodległościowym. Bez wątpienia przeszłość i przynależność partyjna kadry dowódczej świadczyła o założeniach i kierunkach rozwoju tej instytucji. Jednocześnie nie sposób nie brać pod uwagę nikłego upartyjnienia funkcjonariuszy w początkowej fazie jej istnienia i braku wymiernych, a w dużej mierze wyłącznie formalnych wyników w zakresie zwiększenia przynależności funkcjonariuszy do PPR, a później do PZPR. Sytuacji tej nie zmieniły także prowadzone systematycznie „czystki” mające na celu m.in. eliminację osób „niepewnych politycznie”. W ich konsekwencji usuwano doświadczonych funkcjonariuszy. Podejmowano także próby izolacji tego środowiska, polegające chociażby na organizowaniu odrębnej opieki medycznej dla funkcjonariuszy i ich rodzin czy klubów sportowych, z których zawodnicy nie mogli przejść do innych klubów niezwiązanych z resortem bezpieczeństwa⁷⁷. Prowadzone działania przy chronicznym braku nowych, przygotowanych kadr przyczyniały się do zwiększenia obciążenia funkcjonariuszy i znacznie osłabiały skuteczność milicji w zakresie wypełniania jej ustawowych obowiązków polegających na utrzymaniu porządku i ściganiu przestępstw.

Bibliografia

Archiwalia

Archiwum Państwowe we Wrocławiu.

UWW – VI/173, VI/176, VI/178, VI/179, VI/186, VI/29, VI/177, VI/43, VI/44, VI/45, VI/46, VI/47, VI/48, VI/49, VI/50, VI/52, VI/53, VI/54, VI/55, VI/56, VI/57, VI/58, VI/59, VI/60, VI/61, VI/62, VI/63, VI/64, VI/65, VI/66, VI/67, VI/68, VI/69, VI/70, VI/71, VI/72, VI/73, VI/74, VI/75, VI/76, VI/77, VI/78, VI/79, VI/33, VI/31, VI/32, VI/34, VI/35, VI/36, VI/37, VI/38, VI/39, VI/28, VI/30, VI/40, VI/184, VI/195, VI/192.

⁷⁶ Zgodnie z dekretem PKWN z 7 października 1944 r. (Dz. U. RP Nr 7, poz. 33 z 12 października 1944 r.). Do zadań milicji miała należeć ochrona bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego, dochodzenie i ściganie przestępstw, wykonywanie zleceń władz administracyjnych, sądów i prokuratury w zakresie przewidzianym prawem.

⁷⁷ IPN Wr 145/229 Sprawozdanie wydziału polityczno-wychowawczego z 29 grudnia 1948 r., k. 100–102.

Instytut Pamięci Narodowej Oddział we Wrocławiu.

IPN Wr 145/56, IPN Wr 145/171, IPN Wr 145/172, IPN Wr 145/183, IPN Wr 145/229, IPN Wr 145/248, IPN Wr 33/867, IPN Wr 33/859, IPN Wr 33/882, IPN Wr 33/883, IPN Wr 33/868, IPN Wr 33/ 878, IPN Wr 33/869, IPN Wr 33/884, IPN Wr 33/870, IPN Wr 33/871, IPN Wr 33/847, IPN Wr 33/879.

Literatura

- Bogaczewicz S.A., S. Krzyżanowska (red.), *Represje wobec Kościoła katolickiego na Dolnym Śląsku i Opolszczyźnie 1945–1989*, seria „Studia i materiały”, t. 4, IPN, Wrocław 2004.
- Burda A., *Rozwój ustroju politycznego Polski Ludowej*, PWN, Warszawa 1969.
- Dąbrowski A., *Dwudziestopięciolecie prawnictwa na Dolnym Śląsku*, [w:] K. Kuligowski (red.), *Kalendarz Wrocławski 1971*, Towarzystwo Miłośników Wrocławia, Wrocław 1971.
- Dolata B., *Wyzwolenie Dolnego Śląska w 1945 roku*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985.
- Dominiczak H., *Organy bezpieczeństwa PRL w walce z kościołem katolickim 1944–1990 w świetle dokumentów MSW*, Bellona, Warszawa 2000.
- Dudek A., Gryz R., *Komuniści i Kościół w Polsce 1945–1989*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2006.
- Dudek A., Zblewski Z., *Dzieje powszechne ilustrowane. Suplement*, Tom XI. *Dzieje najnowsze*, Oxford Educational., b.m.w. b.r.w.
- Fiedorczyk P., *Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym. Studium historycznoprawne*, Temida 2, Białystok 2002.
- Fijałkowski W., *Milicja Obywatelska i Służba Bezpieczeństwa w województwie wrocławskim w latach 1945–1987*, Wrocław 1989.
- Gałwiazek T., *Urząd Bezpieczeństwa w Oławie 1945–1956*, Wydawnictwo IPN – oddział Wrocław, Wrocław 2012.
- Góra W., Jakubowski Z., *Z dziejów organów bezpieczeństwa i porządku publicznego w województwie lubelskim 1944–1948*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin 1978.
- Grądzka-Rejak M., Golik D. (red.), *Polska 1944. Perspektywa sojuszników i wrogów*, Instytut Pamięci Narodowej, Akademia Ignatianum w Krakowie, WAM, Kraków 2016.
- Jakubowski G., *Sądownictwo powszechne w Polsce w latach 1944–1950*, seria „Monografie”, t. 2, wydawnictwo IPN, Warszawa 2002.
- Jakubowski Z., *Milicja Obywatelska 1944–1948*, PWN, Warszawa 1988.
- Jasiak K. (red.), *Druga konspiracja na nowym pograniczu w latach 1945–1956. Szkice do dziejów podziemia antykomunistycznego na Śląsku i terenach ościennych*, IPN. Opole 2010.
- Jusupović A., Leśkiewicz R. (red.), *Historyczno-prawna analiza struktur organów bezpieczeństwa państwa w Polsce Ludowej (1944–1990). Zbiór studiów*, IPN, Warszawa 2013.
- Kaczmarski K., Witalec R. (red.), *Studia nad działalnością aparatu bezpieczeństwa wobec polskich ruchów i środowisk politycznych w latach 1944–1989*, IPN, Rzeszów 2015.
- Kallas M., *Historia ustroju Polski*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006.
- Kallas M., Lityński A., *Historia ustroju i prawa Polski Ludowej*, wyd. 1., Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- Klementowski R., *Zgorzelecka bezpieka 1945–1990*, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2014.

- Klementowski R., *Powiatowy Urząd Bezpieczeństwa w Lubinie 1947–1956*, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2007.
- Klementowski R., *Urząd Bezpieczeństwa w powiecie Lwówek Śląski (1945–1956)*, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2006.
- Klementowski R., Szwagrzyk K. (red.), *Urząd Bezpieczeństwa na Dolnym Śląsku 1945–1956*, wyd. 1, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2012.
- Kołomejczyk N., Syzdek B., *Polska w latach 1944–1949*, PZWS, Warszawa 1971.
- Kruszewski T., *Gwałty na kobietach niemieckich schyłkowym okresie II wojny światowej (październik 1944 – 8/9 maja 1945 roku) i w pierwszych latach po jej zakończeniu*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2016.
- Kucharski W. (red.), *Droga do stabilizacji polskiej administracji kościelnej na Ziemiach Zachodnich i Północnych po II wojnie światowej*, Ośrodek „Pamięć i Przyszłość”, Wrocław 2013.
- Maciejewski T., *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Machnikowska A., *Wymiar sprawiedliwości w Polsce w latach 1944–1950*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008.
- Majer P., *Milicja Obywatelska w systemie organów władzy PRL (zarys problematyki i źródła)*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2003.
- Makiłła D., *Historia prawa w Polsce*, wyd. 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
- Mazur M., Ligarski S., *Cywilizacja komunizmu. Odmiana nadwiślańska 1944–1956*, Wydawnictwo IPN, Warszawa 2016.
- Misiuk A., *Historia Policji w Polsce*, wyd. 1, Wydawnictwo Łośgraf, Warszawa 2008.
- Olbromski A. (red.), *Sądownictwo Dolnośląskie*, Wydawnictwo Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Wrocław 1946.
- Orzechowski M. (red.), *By inni mogli żyć spokojnie*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1967.
- Orzechowski M. (red.), *Nad Odrą i Nysą Łużycką*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1971.
- Pasierb B., *Życie polityczne Dolnego Śląska 1945–1950*, PWN, Warszawa – Wrocław 1979.
- Piotrowski P., Szwagrzyk K., Trębacz W. (red. i oprac.), *Twarze dolnośląskiej bezpieki. Obsada kierowniczych stanowisk Urzędu Bezpieczeństwa i Służby Bezpieczeństwa na Dolnym Śląsku 1945–1990. Informator Personalny*, IPN, Wrocław 2010.
- Sodel M., *W walce o ład i bezpieczeństwo na Dolnym Śląsku w latach 1945–1948*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1979.
- Sowa A.L., *Historia polityczna Polski 1944–1991*, wyd. 1, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2011.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, wyd. 4, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.
- Stefaniak M., *Działalność aparatu represji na zachodnim pograniczu Polski w latach 1945–1950*, Wydawnictwo IPN, Szczecin 2008.
- Syrnyk J., *Urząd Bezpieczeństwa w Wołowie (1945–1956)*, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2010.
- Szaflik J.R., *Historia Polski 1939–1947*, WSiP, Warszawa 1987.
- Szwagrzyk K., *Więzienia i obozy na Dolnym Śląsku (1945–1956). Przewodnik*, Wydawnictwo IPN, Wrocław 2013.
- Szwagrzyk K., *Zbrodnie w majestacie prawa 1944–1955*, ABC Future, Warszawa 2000.

Terlecki R., *Polska w niewoli 1945–1989*, Wydawnictwo AA, Kraków 2015.

Walichnowski T. (red.), *Ochrona bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego w Polsce 1944–1988*, Akademia Spraw Wewnętrznych, Warszawa 1989.

Włodyka S., *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w PRL*, PWN, Warszawa 1963.

Wójcik S., *Katechizacja w warunkach systemu totalitarnego na przykładzie Administracji Apostolskiej Dolnego Śląska w latach 1945–1961*, Instytut Historyczny Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995.

Michał Peno

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Szczeciński

John Austin o strachu, sankcji i karze

On John Austin and punishments

Streszczenie

Podstawowym celem niniejszego artykułu jest próba zarysowania koncepcji karania wyłaniającej się z tzw. rozkazowej teorii prawa Johna Austina. John Austin jest przedstawicielem pozytywizmu prawniczego, a jego sposób pojmowania prawa wiąże obowiązek prawny z sankcją. O ile koncepcja prawa Austina jest szczegółowo omawiana w literaturze prawniczej i filozoficznej, o tyle koncepcja sankcji, zwłaszcza sankcji karnej, nie znajduje wielu syntetycznych komentarzy. Austin zdaje się stać na stanowisku broniącym racjonalizacji utylitarnej karania (koncepcji odstraszenia), jednak problemy pojawiają się na tle różnic między przestępstwem i karą oraz innego rodzaju deliktami oraz sankcjami. Z punktu widzenia Austina charakter czy rodzaj sankcji odgrywają jedynie rolę drugorzędą, wszystkie bowiem sankcje – zarówno w prawie karnym, jak i w prawie administracyjnym czy cywilnym – pełnią taką samą funkcję realizowaną w oparciu o utylitarne rachunek użyteczności. Wydaje się, że rozróżnienie rodzajów naruszeń prawa i przyporządkowanych im sankcji, z punktu widzenia racjonalizacji utylitarnej i koncepcji odstraszenia ma charakter wyłącznie techniczny. Takie stanowisko rodzi pewne uwagi krytyczne i refleksyjne. Artykuł przedstawia analizę takiego podejścia do sankcji i karania.

Słowa kluczowe

odpowiedzialność karna, kara, prawo karne, John Austin, teoria odstraszenia, teorie karania w prawie karnym

Abstract

The main purpose of the article is the conception of punishment emerging from the legal philosophy of John Austin. John Austin is commonly and accurately credited with propounding a sanctions-based conception of law. From the point of view of criminal law John Austin can be seen as a deterrence-oriented theorist. Difficulties arise when criminal law, tort law, administrative law and others are taken to serve exactly the same fundamental purpose. Austin says nothing about the features of punishments that differentiate them from sanctions of other types. It can be seen that Austin does not avoid the problem. From Austin's point of view specifics or features of sanctions are irrelevant. In general, sanctions are to protect *ordo iuris* and social stability. As a utilitarian, Austin uses a simple happiness calculus, in which every stimulus (ie. sanction) has the same functions. Sanctions are employed to minimize the utility (and probability) of crimes and other forbidden acts. This article analyzes the consequences of such an approach to sanctions or punishments.

Key words

responsibility, liability, punishment, criminal law, John Austin, the deterrence theories of punishment in criminal law

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem artykułu są uwagi Johna Austina dotyczące kary i uzasadnienia karnia. Można sądzić, że zagadnienie karnia w ujęciu Austina zostało szczegółowo zbadane i rozwinięte przez Herberta L.A. Harta, zwłaszcza w esejach zawartych w słynnym skądinąd zbiorze pt. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (Oxford 1968). Wydaje się jednak, że przybliżenie oryginalnej myśli Austinowskiej z zakresu sankcji czy karnia posiada nie tylko pewną wartość poznawczą, ale może też stanowić interesujący punkt odniesienia dla rozważań nad uzasadnieniem karnia i odpowiedzialności karnej. Powszechnie znana jest w krajach kręgu kultury pozytywistycznej (tj. pozytywizmu prawniczego) Austina koncepcja prawa. Sposób pojmowania prawa przez tego oksfordzkiego filozofa łączy trzy podstawowe elementy: suwerena, rozkaz oraz sankcję. Owa koncepcja prawa, zwana *Command Theory*, daje bardzo naturalną i łatwą do zrozumienia definicję słowa „prawo”¹. Prawem są wydane przez zwierzchnią władzę polityczną rozkazy – normy, jednak warunkiem powstania obowiązków prawnych jest zagrożenie przymusem czy sankcją.

Właśnie ten ostatni element stanowi o roli sankcji w rozumieniu i funkcjonowaniu prawa i będzie on przedmiotem dalszych rozważań. Choć niezmiernie często, również w toku realizowania przedmiotów propedeutycznych do prawoznawstwa, omawia się koncepcję prawa Austina, przywołując analitycznie wbudowane w pozytywistyczne rozumienie prawa pojęcie sankcji, rzadko jednak sankcję czy karę w ujęciu Austina poddaje się bardziej szczegółowej analizie². Tymczasem ani rozumienie sankcji, ani przypisywane Austinowi oparcie koncepcji prawa jako takiego na prawie karnym nie jest w pełni oczywiste czy jasne. Stąd też ujęcie kary czy sankcji reprezentowane przez Austina wymaga podjęcia pewnych działań rekonstrukcyjnych, które zostaną przedstawione w dalszej części niniejszego opracowania³.

Należy podkreślić, że artykuł nie jest ukierunkowany na dogłębne przybliżenie i omówienie Austinowskiej koncepcji prawa, nie chodzi bowiem o historię filozofii prawa czy pozytywizmu prawniczego, lecz jedynie o uwagi dotyczące kary pojawiające się

¹ Zob. J. Feinberg, H. Gross, *Philosophy of Law*, Wadsworth Publishing Company, Belmont 1995, s. 1–7; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 148; L. Green, *Legal Positivism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition), ed. E. N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/> [dostęp 20.06.2017].

² Por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, TNOiK, Toruń 2004, s. 21–26; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Wydawnictwo Ars Boni et aequi, Poznań 2005, s. 5 i n. Zob. zwłaszcza: M.H. Kramer, *John Austin on Punishment*, „University of Cambridge Faculty of Law Research Paper” 2011, nr 45, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.193475> [dostęp 20.06.2017].

³ Por. M.H. Kramer, *op. cit.*

w głównych pracach Johna Austina⁴ (do prac tych zaliczyć należy *The Province of Jurisprudence Determined* z 1832 r. oraz *Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law* z 1869 r.). Nie można jednak całkowicie abstrahować od chociażby szkicowego przedstawienia szerszego podłoża filozoficznego dla refleksji o karze. W artykule podłoże filozoficzne jest rozumiane szeroko, obejmując również filozoficzne, etyczne i społeczne uwarunkowania penalnych aspektów Austina koncepcji prawa.

Tak postawione cele artykułu wyznaczają jego strukturę. W pierwszej części artykułu została zarysowana koncepcja prawa Austina, w której pojęcie sankcji odgrywa pierwszoplanową rolę. Druga część artykułu dotyczy problematyki karania i teorii kary w filozofii prawa *in genere* oraz analiz pojęcia sankcji, kary i odpowiedzialności karnej Johna Austina oraz relacji karania do stosowania innego rodzaju sankcji.

2. Pozytywizm prawniczy Austina

John Austin jest przedstawicielem pozytywizmu prawniczego, a swoją klasyczną czy tradycyjną pozytywistyczną koncepcję prawa sformułował w najpełniejszej postaci w dziele pt. *The Province of Jurisprudence Determined*⁵. Myśl Austina jest osadzona w filozofii utylitarystycznej Jeremy'ego Benthama czy w nowożytnym utylitaryzmie jako takim (reprezentowanym zwłaszcza przez Johna Locke'a, Williama Paley'a), co jest nie bez znaczenia dla sposobu rozumienia kary⁶. Rola sankcji w myśli tego oksfordzkiego filozofa prawa jest trudna do przeoczenia. Kluczowa dla jego koncepcji prawa jest bowiem myśl, że prawa we właściwym sensie to mające generalny i abstrakcyjny (ogólny) charakter rozkazy (rozkaz jest tu rodzajem reguły czy normy) wydane przez zwierzchnika i skierowane do podwładnych, których w wypadku niepodporządkowania się spotyka ze strony zwierzchnika jakaś dolegliwość (zło) – sankcja. Właśnie tak pojmowanym prawem wedle Austina miała zajmować się nauka prawa, choć oczywiście filozof ten uznawał za właściwe odnoszenia słowa „prawo” także do prawa ustanowione przez Boga dla człowieka (prawo naturalne).

Prawo ustanowione przez politycznego zwierzchnika (przez człowieka dla człowieka) jest rozkazem suwerena (zwierzchnika politycznego). Rozkaz jest rozumiany jako życzenie istoty myślącej, które inna istota myśląca winna spełnić przez odpowiednie działanie lub zaniechanie. Oczywiście rozkaz ten musi dotrzeć do adresatów. Z rozkazem natomiast wiąże się sankcja czy zło nakładane przez suwerena na osobę, która nie

⁴ Szeroko na ten temat: K. Dybowski, *Johna Austina filozofia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1991.

⁵ Niniejszy artykuł opiera się na pierwszym wydaniu (London 1832).

⁶ Zob. K. Dybowski, *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 3, s. 66–71; R. Edvinsson, *The Quest for the Description of the Law*, Spinger Verlag, Berlin-Heidelberg 2009, s. 5–14.

podporządkuje się rozkazowi. John Austin wyróżniał przy tym suwerena faktycznego (*de facto*) oraz suwerena prawnego (*de iure*). Suweren *de facto* jest to podmiot, który w danym układzie społecznym ma posłuch i faktycznie rządzi (wydaje rozkazy), w tym faktycznie stosuje w pewnych wypadkach fizyczny przymus, by zmusić podwładnych do posłuszeństwa. Z jednej strony suweren otrzymuje posłuch od społeczeństwa, z drugiej zaś nie ma nawyku posłuchu wobec nikogo innego. Suweren jest przy tym niejako faktem pierwotnym w stosunku do prawa. Przybranie postaci suwerena *de iure* następuje natomiast przez przyznanie przez prawo pewnych uprawnień suwerenowi faktycznemu. W tym kontekście ważny jest sposób pojmowania przez Austina obowiązku prawnego. Według Austina stwierdzić, że ktoś ma na przykład prawny obowiązek powstrzymać się od zabijania innego człowieka (zakaz zabijania) to tyle, co powiedzieć, że sprawcę zabójstwa spotka ze strony suwerena dolegliwość. Nie chodzi o jakąkolwiek dolegliwość, choć i to może być przedmiotem sporów, lecz o dolegliwość tak dobraną, by adresat zakazu obawiał się z ową dolegliwością zetknąć. Strach i obawa przed sankcją odgrywają tu kluczową rolę, charakteryzując postawy adresatów-podwładnych wobec rozkazów suwerena-prawa, warunkując w ten sposób obowiązki. Element przymusu odróżnia prawo od innego rodzaju reguł⁷. W konsekwencji trzeba uznać, że suweren czerpie swój mandat stąd, że jest zdolny do wymierzania efektywnych sankcji i podporządkowywania sobie w ten sposób adresatów. Prawa, tworząc wedle Austina obowiązki, odwołują się do przymusu, który ma motywować do podporządkowania się rozkazom. Nieposłusznym ma zaś spotkać cierpienie⁸. Już w tym zarysie idei Austina dostrzec można pewne pierwiastki obranego przez tego filozofia sposobu racjonalizacji karan.

W tym miejscu pojawia się jednak dodatkowy problem. Powiązanie zagadnienia prawa i sankcji można rozpatrywać na kilku płaszczyznach. Przede wszystkim jednak nie jest jasne, czy w ujęciu Austina każda pojedyncza norma prawna musi być zabezpieczona sankcją, bo inaczej utraci status normy prawnej, czy też wystarcza, by sankcją zabezpieczony był system prawny (prawo) jako całość, choćby poszczególne normy nie były sankcjonowane. Można sądzić, że odpowiedź na to pytanie będzie możliwa po przeanalizowaniu sposobu pojmowania i funkcji sankcji-kary przez Austina.

3. Austin o sankcji i karze

Z punktu widzenia koncepcji karan podstawowe znaczenie ma powiązanie sankcji z prawdopodobieństwem jej nałożenia oraz zdolnością wywoływania przez

⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London 1832, s. 10–26. Zob. syntetyczne omówienie tych koncepcji: D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000, s. 46–49.

⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined...*, s. 22–23, 61 i n.

sankcję odpowiedniej reakcji (strachu) w adresatach rozkazów-norm, bo takie jej ujęcie rzutuje na przewencyjno-utilitytarne zorientowanie racjonalizacji reakcji karnej (w pracach Johna Austina).

Sankcja jest przez Austina utożsamiana z przymusem, i to pojmowanym jako przymus fizyczny, zdolny wywołać strach u adresatów norm⁹. Sankcja rozumiana jest przy tym przez Austina jako pewne zło czy złe konsekwencje niepodporządkowania się rozkazom suwerena. Skuteczność rozkazu (siła obowiązków) jest tym większa, jak sądzi Austin, im większe prawdopodobieństwo, że sprawcę spotka dolegliwość. W zasadzie rozkaz jest tym efektywniejszy, im większa szansa wymierzenia sankcji i im sankcja jest realnie dolegliwsza¹⁰.

Na tym tle pojawia się pytanie o relacje między jakąkolwiek sankcją prawną a sankcją karną – karą. W *The Province of Jurisprudence Determined* Austin słusznie zauważa, że nie każda sankcja prawna jest karą kryminalną. Zło, które spotyka nieposłusznego prawu sprawcę, zazwyczaj ma charakter kary kryminalnej. Ale kara kryminalna, ściśle rzecz biorąc, jest tylko jednym z rodzajów sankcji prawnych. Zresztą słowo „kara” wedle Austina jest problematyczne, bo nie dość, że wieloznaczne, to jeszcze każde ze znaczeń budzi wątpliwości związane chociażby z relacją kary do innych sankcji¹¹. Odróżnienie kary kryminalnej od innego rodzaju sankcji w prawie nie jest zadaniem łatwym. Również na gruncie rozważań Austina pojawia się wiele niejasności.

W *Lectures on Jurisprudence*¹² Austin stwierdza, że można wyróżnić cztery typy sankcji, wśród których rysują się pewne cechy sankcji o charakterze niekarnym. Austin, mówiąc o sankcjach w prawie, opisuje pewne typowe sytuacje, tj. „właściciel może żądać ode mnie zwrotu jego własności, ponoszę odpowiedzialność za niedotrzymanie umowy, a także za wyrządzenie komuś krzywdy, z powodu wyrządzenia komuś krzywdy mogę być również skazany na karę grzywny”¹³. Oczywiście jedynie ostatnia z wymienionych sankcji jest karą kryminalną. Przywrócenie stanu zgodnego z prawem jako sankcja egzekucji, sankcja związana z odpowiedzialnością kontraktową czy z tytułu popełnienia deliktu, czyli sankcja odszkodowawcza, to również wedle Austina przypadki sankcji prawnych. Owe trzy rodzaje sankcji mają jednak charakter prywatnoprawny lub administracyjny. Warto zwrócić uwagę, że nie ma w refleksji Austina sankcji nieważności, co oczywiście wynika ze sposobu postrzegania prawa, w którym nie było miejsca dla Hartowskich reguł wtórnych (zatem i dla czynności konwencjonalnych)¹⁴. W myśli

⁹ Por. D. Lyons, *op. cit.*, s. 39 i n.

¹⁰ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined...*, s. 14–18.

¹¹ *Ibidem*, s. 22–23.

¹² J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Wyd. John Murray, London 1885.

¹³ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence...*, s. 456.

¹⁴ Zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 79–91; S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego

Austina wszystkie reguły mają bowiem charakter reguł odpowiedzialności (mówiących jak działać, żeby nie narazić się na negatywne konsekwencje).

Charakterystyczne jest to, że rolą każdej sankcji, nie tylko sankcji w postaci kary kryminalnej, jest odstraszenie czy prewencja. Zagrożenie sankcją ma sprawiać, że adresaci, bojąc się wymierzenia sankcji, będą realizowali rozkazy suwerena, spełniając swoje prawne obowiązki. Wyłania się więc z prac czy refleksji Austina obraz prawa wspartego na sankcji przypominającej sankcję karną, pojmowaną w duchu klasycznej utylitarno-prewencyjnej teorii kary. Ważne jest jednak dostrzeżenie, że wedle Austina nie tylko sankcje karne, ale wszystkie sankcje prawne mają pełnić funkcję odstraszącą czy prewencyjną¹⁵.

Jeśli spojrzeć na sankcje z punktu widzenia ich uzasadnienia oraz celu, nie ma istotnej różnicy między sankcjami administracyjnymi, cywilnymi czy karnymi, wszystkie bowiem mają w równym stopniu gwarantować realizowanie obowiązków prawnych przez adresatów poprzez odstraszący efekt tychże sankcji. Taki punkt widzenia może budzić wątpliwości, skoro zakłada, że ludzie dotrzymują umów lub powstrzymują się od wyrządzania szkody lub wyrządzoną szkodę naprawiają, gdyż obawiają się sankcji. Wydaje się jednak, że przynajmniej do pewnego stopnia wszystkie sankcje w istocie pełnią, zgodnie z poglądem Austina, funkcję odstraszącą w tym przynajmniej sensie, że stanowią motywację czy dodatkowy bodziec do działania zgodnego z prawem. Symptomatyczne jest to, że w perspektywie Austina nie ma znaczenia charakter naruszonych reguł. Nie jest istotne zatem to, czy chodzi o obowiązki wynikające z prawa administracyjnego, cywilnego czy karnego, byle sankcja tworząca czy warunkująca obowiązki prawne była dostatecznie prawdopodobna i na tyle surowa, by skutecznie zniechęcać do nieposłuszeństwa.

Koncepcja sankcji rysująca się po analizie prac Austina wpisuje się w model utylitarny czy względny karania, który rozwijany był przez nowożytnych filozofów, ekonomistów i prawników, takich jak C. Beccaria czy J. Bentham¹⁶. We współczesnej filozofii prawa problematyka kary analizowana jest przede wszystkim przez pryzmat dwóch koncepcji czy teorii karania, to jest teorii utylitarnej (względnej) oraz teorii retributywnej (bezwzględnej)¹⁷. Koncepcja utylitarna nie jest oczywiście jednorodna. Jednak w każdym ujęciu utylitarnym to cel uzasadnia karanie czynów określanych przez prawo pozytywne jako przestępstwa. Do najważniejszych odmian koncepcji utylitarnych zaliczyć

go, Szczecin 1996.

¹⁵ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined...*, s. 146; D. Lyons, *op. cit.*, s. 153.

¹⁶ Zob. C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, [w:] R. Bellamy (red.), *Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 14–17; U. Schrader, *Nurty filozofii współczesnej*, Oficyna Wydawnicza Politechniki Warszawskiej, Warszawa 2010, s. 14 i n.; J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, Lexis Publ., New York 2001, s. 12–23.

¹⁷ Zob. C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 1–6, 7 i n.

można jej postać prewencyjną (kara ma tu przeciwdziałać ponownemu popełnianiu przestępstw przez sprawców i odstraszeniu od popełniania przestępstw potencjalnych sprawców, czyli adresatów norm) oraz wersję resocjalizacyjną (w świetle której kara ma na celu rehabilitację społeczną sprawcy przez poddanie go odpowiednio dobranym oddziaływaniom terapeutycznym). Natomiast radykalny charakter zdaje się mieć ujęcie izolacyjno-zapobiegawcze, wedle którego kara ma zapobiec popełnianiu przestępstw przez sprawcę (poprzez pozbawienie sprawcy zdolności do popełniania przestępstw – np. sprawcy kradzieży obcina się rękę, a sprawcę przestępstw o charakterze seksualnym poddaje odpowiedniej farmakoterapii)¹⁸.

Teorie utylitarne karania poszukują uzasadnienia kary w jej korzystnych efektach czy skutkach społecznych. Z etycznego punktu widzenia teorie te mają charakter konsekwencjalistyczny, tj. uzależniają moralną ocenę czynu od konsekwencji tego czynu. Czyny same w sobie nie są ani dobre, ani złe. O wartości moralnej czynu przesądzają skutki. Czyn C jest dobry, gdy wśród możliwych alternatywnych czynów to C ma najlepsze konsekwencje, tj. *mutatis mutandis* najwyższą użyteczność. Użyteczność można różnorodnie interpretować, przy czym klasyczny utylitaryzm wywodzony od Jeremiego Benthama nakazywał postrzegać użyteczność jako stan zadowolenia czy szczęśliwości. Współcześnie w filozofii utylitarnej użyteczność postrzega się raczej jako stopień zaspakajania pragnień (potrzeb). Karanie w tym ujęciu może być uzasadnione wyłącznie wtedy, gdy w konsekwencji kara zapobiegnie wyrządzeniu cierpienia. Kara nie jest słuszna, gdy suma społecznych korzyści płynących z karania jest mniejsza, aniżeli cierpienie czy dolegliwość związane z karą (oczywiście trudno określić w jednoznaczny sposób jak rozumieć tu sformułowanie „są mniejsze niż”)¹⁹.

W świetle tego rodzaju podejścia do karania sankcje za naruszenia prawa powinny być wymierzone na takim poziomie, który w sposób efektywny powstrzyma ludzi-adresatów przed naruszeniem prawa. Sankcja powinna być zatem tak dobrana, by bardziej opłacało się przestrzegać sankcjonowanej normy, aniżeli narazić się na reakcję organów państwa i związaną z tym dolegliwość. W ujęciu prezentowanym przez Austina ludzie nie popełniają przestępstw czy innego rodzaju deliktów, ponieważ boją się narazić na sankcję. Nie poszukuje się zasadniczo innego rodzaju motywacji, w szczególności zaś nie odgrywają roli motywacje wynikające z ocen moralnych itd. Austina nie interesowało to, czy adresaci zgadzają się z prawem, czy aprobują jego treść, co jest prostą konsekwencją przyznania, że czym innym jest treść prawa i jej ocena, a czym innym obowiązywanie prawa i zobowiązanie do przestrzegania prawa. Austin w zasa-

¹⁸ Zob. J. Lucas, *Responsibility*, Oxford University Press, New York–Oxford 2004, s. 86 i n.; A.S. Kaufman, *The reform theory of punishment*, „Ethics” 1960, t. 71, s. 49 i n.

¹⁹ T. Draper, *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, „Journal of Bentham Studies” 2002, nr 5, s. 3–17; C.L. Ten, *op. cit.*, s. 10 i n.

dzie przywołuje klasyczną myśl Beccarii, że kara powinna być nieuchronna, odpowiednio dolegliwa i możliwie szybko wymierzona²⁰.

Koncepcja odstraszenia (prewencyjna) zakłada, że każdy adresat reguł zna lub może z łatwością przewidzieć, jaka kara spotka sprawcę określonego przestępstwa, a poza tym jest zdolny do kontrolowania swoich czynów i zawsze może wybrać zachowanie zgodne z prawem, kierując się racjonalnością, nie zaś emocjami itd.²¹ Racjonalny zaś, zdaniem utilitarystów, jest taki wybór, który pozwala uniknąć krzywdy, zgodnie z założeniem o naturalnej skłonności każdego człowieka do dążenia do przyjemności i unikania nieprzyjemności. W ujęciu Benthama oddaje to tak zwany rachunek szczęśliwości.

John Austin w swej koncepcji prawa, ale i sankcji, akcentuje rolę strachu, oczywiście strachu przed sankcją, czyli pewnego rodzaju złem. „Zło” oznacza tu działanie czy skutek działania, którego się boimy. Nie ma sankcji bez tak pojmowanego zła. Myśl Austina konweniuje z poglądami Benthama: „prawo, niezależnie od dobra, które sprawi w dłuższej perspektywie, z pewnością na początku doprowadzi do zła [...]. Może być to konieczne zło, ale mimo to jest ono złem. Tworzenie prawa jest wyrządzeniem zła, aby mogło pojawić się dobro”²². Bentham mówi o złu jako o niepożądanych z punktu widzenia adresatów norm czy reguł konsekwencjach, tj. o dolegliwościach, jakie spotykają tych, którzy naruszają prawo, i o konieczności podporządkowania się woli suwerena, niekiedy wbrew własnym dążeniom, pragnieniom czy wolności.

Bardzo często określa się koncepcję prawa Austina przy użyciu słowa „przymus”, aczkolwiek Austinowi raczej chodzi o strach niż o przemoc. Jeśli łączy sankcję z fizyczną dolegliwością, to najpewniej z tego powodu, że przyjmuje sensualistyczny, materialistyczny i utilitarystyczny obraz człowieka. Dobro jest odczuwaniem przyjemności, zło natomiast (także zło związane z sankcją) jest odczuwaniem bólu, smutku, przygnębienia. Austin stwierdza, że adresat rozkazu będzie chciał uniknąć zła, jeśli będzie to możliwe, a by uniknąć zła związanego z sankcją dołączoną do rozkazu suwerena (*evil annexed to a command*), będzie czynił to, czego żąda twórca prawa²³.

Sposób postrzegania przez Austina bodźców, motywacji do działania czy zachowań, przyjmowany za utilitarystami, zakorzeniony zdaje się być w pismach Arystotelesowskich. Arystoteles ujmuje strach jako uczucie pojawiające się wraz z wyobrażeniem prawdopodobnego i nieodległego niebezpieczeństwa. W *Etyce eudemejskiej* Arystoteles omawia bliżej to zagadnienie. „Jako uczucia wymieniam te: gniew, strach, wstyd, pożądanie, w ogóle to, czemu z natury towarzyszy przeważnie zmysłowa przyjemność albo

²⁰ Por. A. Marek, *Myśl C. Beccarii we współczesnej nauce prawa karnego*, „Palestra” 1994, nr 5–6, s. 35 i n.

²¹ Zob. N. Walker, *Punishment, Danger and Stigma*, Oxford University Press, Oxford 1980, s. 77–80

²² J. Bentham, *Of Laws in General* (ed. H.L.A. Hart), Continuum International Publishing Group Ltd., London 1970, s. 54.

²³ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence...*, s. 446.

przykrość²⁴. „A więc ogólnie straszonym nazywa się to, co wywołuje strach. Do tego rodzaju rzeczy zaliczają się te, które wydają się wywoływać cierpienia grożące zgubą, bo osoby, które doświadczają jakiegoś innego rodzaju cierpienia, doznają zapewne odmiennej formy przykrości i odmiennego uczucia, ale nie strachu, np. jeśli ktoś przewiduje, że dozna tego rodzaju przykrości, jakiej doznają zazdrośnicy, albo ludzie zawistni, albo zawstydzeni. I strach pojawia się jedynie w przypadkach tak wielkiego cierpienia, że ono samo przez się może zniszczyć życie”. Źródłem strachu jest jakieś niebezpieczeństwo, o którym można mówić w przypadku „tego rodzaju rzeczy strasznych, ilekroć w pobliżu znajduje się przyczyna mogąca wywołać zgubę. Wtedy okazuje się ona niebezpieczeństwem, kiedy pojawia się bardzo blisko²⁵. W *Retoryce* z kolei Arystoteles dodaje, że strach może być ujmowany jako ból lub cierpienie wyobrażane w postaci czegoś niszczącego, przykrego, jakiegoś zła. Strach pojawia się tylko wówczas, gdy niebezpieczeństwo jest bliskie i realne, dostatecznie groźne (mało groźne rzeczy, jak mówi Arystoteles, wywołują mały strach, zaś bardzo groźne – duży strach) i prawdopodobne. W analizach kondycji ludzkiej Arystoteles sięgał znacznie dalej, dostrzegał bowiem, że nie każda decyzja jest podejmowana w oparciu o racjonalne przesłanki, a strach nie w każdej sytuacji pojawia się w oczekiwanym natężeniu²⁶. Jak sądzi Arystoteles, strach nie pojawia się przy każdym zetknięciu z niebezpieczeństwem. Przed wszystkim, niektórzy nie odczuwają strachu w standardowym natężeniu, w rezultacie prócz osób tchórzliwych są ludzie nazbyt odważni. Również gniew rozprasza strach, usuwając lęk przed niebezpieczeństwem. Interesujące jest jednak również to, co Arystoteles określa mianem desperacji. Ludzie nie boją się, gdy czują, że doświadczyli każdego rodzaju zła i przerażenia, z powodu strasznych przeżyć nie są wrażliwi i nie interesują się przyszłością²⁷.

W ujęciu Austina strach przed sankcją musi być na tyle duży, by adresaci, nie chcąc narazić się na dolegliwość, wykonywali rozkazy suwerena i przestrzegali prawa. Muszą zatem nieustannie odczuwać strach, mieć poczucie grożącego im zła. Niebezpieczeństwo sankcji musi być odczuwane przez każdego potencjalnego adresata norm. Odstraszanie, jako kluczowa funkcja sankcji, staje się formą terroryzowania potencjalnych sprawców przestępstw, przy czym potencjalnym sprawcą przestępstwa jest każdy czło-

²⁴ Aristotle, *The Athenian Constitution, The Eudemian Ethics on Virtues and Vices*, Harvard University Press, London–Cambridge 1935, s. 305. Tł. za http://biblioteka.kijowski.pl/arystoteles/etyka_eudemejska.pdf [dostęp 13.06.2017]. Por. także Arystoteles, *Etyka nikomahejska*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 5, PWN, Warszawa 1996, fragment 1105b.

²⁵ Aristotle, *The Athenian Constitution...*, s. 332.

²⁶ Arystoteles, *Retoryka*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 6, PWN, Warszawa 2001.

²⁷ Aristotle, *The Athenian Constitution...*, s. 251–252; Arystoteles, *O duszy*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 3, PWN, Warszawa 1992, s. 33–146, fragment 428b. Szerzej: J. Korwin-Łopuszański, *Gniew i strach w etyce Arystotelesa*, „Roczniki Filozoficzne” 1981, nr 2, s. 49–73.

wiek, który pozostaje pod władzą państwa czy suwerena²⁸. Rzecz jasna, jeśli sankcja jest odpowiednio dobrana i działa odstraszająco, to stanowi argument dla tych, którzy zdolni są do podejmowania racjonalnych decyzji, kalkulacji korzyści i strat, przyjemności oraz przykrości związanych z postawą wobec prawa. Karanie nie może paraliżować korzystania z wolności, lecz wolność ma chronić. Tak też John Austin sądzi, że sankcje mają odstraszać tych, którzy rozważają naruszenie prawa, nie sposób bowiem wyprowadzić z prac Austina wniosku, że sankcje chronią wyłącznie interesy suwerena. Problem polega na tym, że sprawcy przestępstw, czyli osoby, które z założenia jako jedyne mają obawiać się sankcji, kar się najpewniej nie boją (nie wspominając o recydywistach). W każdym razie, sankcje nie wzbudzają w nich strachu w takim stopniu, by z przestępstwa zrezygnować. Powodów zawodności sankcji może być wiele, w szczególności zaś należy uwzględnić to, że ich wybory dokonywane były pod wpływem gniewu lub znaleźli się w takiej sytuacji, w której nie mieliby porównywalnie korzystnych możliwości działania (z uwagi na wykluczenie społeczne itd.). Historycznym potwierdzeniem spostrzeżeń Arystotelesa może być sytuacja w powojennej Polsce, w którym to okresie były niezliczone przypadki zjawisk świadczących o wynikającej z doświadczeń wojennych demoralizacji społeczeństwa (choć działały tu zapewne również inne czynniki).

Przestępstwo jest zawsze dowodem na to, że strach przed karą zawiódł. Powodem przestępstwa może być fakt, że sankcja została dobrana w niewłaściwy sposób, trudno jednak określić, jak dolegliwa powinna być sankcja, by jej dolegliwość była wystraszająca do odstraszenia potencjalnych sprawców od realizacji przestępnych zamiarów. W interesujący sposób obrazuje problematykę skuteczności i efektu odstraszającego sankcji Saul Smilansky, wskazując prakseologiczną zawodność prewencji (jak i odpłaty za czyn, bo różnica leży w celach karania, nie stosowaniu, treści czy dolegliwości kary). Niezależnie bowiem od tego, jak bardzo będzie się zwiększać punitywność prawa karnego, pewne przestępstwa będą popełniane, mimo skutecznego, szybkiego oraz surowego karania²⁹. Trudno przeoczyć, że pomimo kar nie udało się wyeliminować dotychczas zachowań w jakiś sposób potępianych i penalizowanych w zasadzie od zarania społeczeństwa państwowego (zabójstwo, zranienie kogoś, kradzież czy rozbój itd.), tym bardziej nie można zatem sądzić, że kara wyeliminuje takie zachowania, które uważane są za moralnie neutralne lub oceniane niejednoznacznie, a tylko zakazane przez prawodawcę-suwerena.

Regulacja prawna oparta na sankcji czy modelu karnym zdaje się w istocie nie rozwiązywać problemów społecznych związanych ze zjawiskiem przestępczości, tym bar-

²⁸ Zob. A. Acorn, *Fear of Crime and Punishment*, "Journal of Theoretical & Philosophical Criminology January" 2009, nr 1, s. 79–89.

²⁹ S. Smilansky, *10 moralnych paradoksów*, WAM, Kraków 2009, rozdz. 5 i 9.

dziej nie rozwiązuje innych problemów wynikających z naruszenia prawa (niekoniecznie karnego). Co więcej, kara generuje pewne problemy, dotyczące chociażby stygmatyzacji skazanych, którzy zresztą nierzadko w zakładach karnych zamiast stawać się na powrót dobrymi obywatelami, nabierają nawyków i umiejętności właściwych światu przestępczemu³⁰. John Austin nie uwzględniał tych czynników, które mają charakter socjologiczny, ale wiążą się z badaniami etiologii przestępczości czy wykluczenia społecznego znacznie późniejszymi, bo związanymi z falą krytyki społecznej lat 60. XX wieku³¹.

Trzeba bowiem podkreślić, że w społeczeństwach dobrze urządzonych, stabilnych i zapewniających pewien dostateczny poziom partycypacji w rządzeniu prawo, jako system norm ustanowionych przez państwo w celu osiągnięcia określonych celów społecznych, wspierane jest przez motywacje dalece wykraczające poza obawę przed sankcją. Generalnie treść prawa postrzegana jest jako doprecyzowanie pewnych norm moralnych, akceptowanych i uzasadnionych w przyjmowanych w danym układzie społecznych ocenach aksjologicznych³². Dotyczy to w szczególnym stopniu prawa karnego, dla którego związek z szeroko pojętą moralnością stanowi element tożsamości. Kara kryminalna wiązana jest z potępieniem moralnym. Kara ma wyrażać dezaprobatę moralną czynu, za który jest wymierzana.

Wydaje się przy tym, że współcześnie zasadniczym punktem wyjścia do analiz społecznych są idee kontraktualistyczne, w których zgoda na ograniczenie wolności oraz podporządkowanie się prawu wynika z woli czy chęci życia w ramach pokojowej, stabilnej i dającej bezpieczeństwo wspólnoty. W imię tego właśnie, a nie z powodu obawy przed sankcją, obywatele gotowi są przestrzegać prawa. Tak też zdaje się postrzegać problem przestrzegania prawa współczesna filozofia polityki. Oznacza to w konsekwencji, że większość ludzi spełnia obowiązki prawne nie dlatego, że boi się sankcji, ale z powodu uznawanych przez siebie wartości. Stąd koncepcja Austina spotyka się z krytyką. Krytyka nie w każdym punkcie jest jednak uzasadniona. Trzeba bowiem pamiętać, że Austin tworzył swoją koncepcję prawa i sankcji w okresie, w którym w najbardziej rozwiniętych wówczas krajach – a takimi były kraje anglosaskie – w polityce kryminalnej czy polityce prawa *in genere* realizowano idee społeczne czy filozoficzne wybitnych myślicieli czy reformatorów społecznych, swego rodzaju wizjonerów

³⁰ Zob. np. E. Hansen, *John Howard a współczesna problematyka penitencjarna*, Neriton, Warszawa 2002, s. 13–26, 80 i n.

³¹ Zob. N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej, Warszawa 2014, s. 13–23; L. Levanon, *Personhood, Equality, and Possible Justification for Criminal Punishment*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2014, nr 2, s. 439–442; C. Roxin, *Nowe kierunki polityki kryminalnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 4, s. 93 i n.

³² Por. J. Licki, *Motywacyjne i wychowawcze działanie prawa jako podstawa naukowej polityki prawa*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w społeczeństwie*, PWN, Warszawa 1975, s. 234–270.

posiadających olbrzymi, acz nieformalny autorytet³³. Do takich należał bez wątpienia Jeremy Bentham z opracowaną przez siebie koncepcją kary jako odstraszenia. Przede wszystkim jednak przyjmowano określone założenia antropologiczno-filozoficzne. Racjonalne jednostki, zdolne do analizy konsekwencji swoich czynów, wybierają takie działania, które maksymalizują użyteczności, zatem dostarczają więcej przyjemności, aniżeli zła-bólu. Taki obraz człowieka czy kondycji ludzkiej przyjmował również Austin. Rozkazy suwerena nie były zatem kierowane do ludzi nierozumnych, do osób niezsocjalizowanych, wykluczonych i zdesperowanych czy do kategorii osób cechujących się psychopatią. Austin nie przeprowadzał wyraźnego odróżnienia kar kryminalnych od innych sankcji. Trzeba jednak, korzystając z przykładu sankcji karnych, zwrócić uwagę na ich szczególne funkcje. Odstraszające działanie kary w prawie publicznym, zwłaszcza kar ukierunkowanych na restytucję lub kar pieniężnych, jest stosunkowo łatwe do wyjaśnienia. Jeśli X nie uiszcza podatku w wysokości 20% przychodu, poniesie konsekwencje polegające na obowiązku zapłaty 95% przychodu. Jeżeli sankcja jest prawdopodobna, tzn. niemal pewna i zostanie wymierzona sprawnie oraz szybko (zatem gdy niebezpieczeństwo jest namacalne, bliskie, możemy wyobrazić sobie realne jego następstwa, jak chciał Arystoteles), każda rozumna osoba wybierze podporządkowanie się obowiązkowi uiszczenia 20% przychodu. Podobnie w przypadku obowiązku uzyskania zgody na budowę, tj. jeśli będzie w zasadzie pewne, że budując dom bez wymaganej zgody, spotkam się sankcją polegającą na tym, że dom ten zostanie rozebrany, ja zaś zostanę obciążony kosztami przywrócenia stanu zgodnego z prawem, to wybiorę podporządkowanie się obowiązkowi uzyskania zgody.

Prawo karne ma jednak szczególny charakter z uwagi na katalog czynów stanowiących przestępstwa. W czasach Austina prawo karne reformowano w duchu humanitaryzmu zapoczątkowanego przez Cesarego Beccarię (skądinąd ekonomistę i utylitarystę), ale kontynuowanego przez rozmaite nurty wpisujące się w naturalizm pozytywizmu filozoficznego³⁴. Kara miała odstraszać w tym sensie, że zgodnie z założeniem utylitarystycznym praktyka karania miała oddziaływać na postawy wobec prawa, dostarczając egzemplifikacji złych konsekwencji, jakie spotykają sprawców przestępstw. Sankcja, zarówno w ujęciu Benthama, jak i Austina jest złem, bo wywołuje cierpienie (dla Benthama cierpienie czy też odczucie nieprzyjemności było tożsame ze złem w sensie etycznym). Bentham, w przeciwieństwie do Austina, interesował jednak także aspekt poprawczy kary. Wedle Benthama „kara służy poprawie proporcjonalnie do swej ilości, ponieważ im większą ktoś doświadczył karę, tym silniejsza jest jej tendencja do wy-

³³ Zob. J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006, s. 167–169.

³⁴ Por. M. Peno, *Filozofia karania – od prawa naturalnego do liberalnej wolności*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 3, s. 81–111.

tworzenia w nim odrazy w stosunku do przestępstwa, które było jej przyczyną³⁵. Poza tym kara, zwłaszcza poprzez izolację przestrzenną, fizycznie eliminuje sprawcę ze społeczeństwa, uniemożliwiając mu ponowne naruszanie prawa – popełnianie przestępstw. Celem kary jest tu zatem *de facto* unieszkodliwienie sprawcy do czasu jego resocjalizacji czy rehabilitacji społecznej.

J. Habermas zauważa, że gwałtowne przemiany w wieku XVIII dokonywały się w imię moralności³⁶. Tymczasem wiek XIX przyniósł, obok zrelatywizowanego ujęcia moralności, rozwój nauk przyrodniczych, na kanwie których zrodziła się doktryna darwinizmu społecznego, stanowiąca próbę naturalistycznej interpretacji zjawisk zachodzących w społeczeństwie oraz zachowań jednostki³⁷. K. Opałek podnosił trafnie, że nie wolno negować wpływów pozytywizmu filozoficznego na pozytywistyczną jurysprudencję³⁸.

Wielka Brytania i Stany Zjednoczone Ameryki Północnej czasów Austina przeżywały paroksyzm pozytywistycznych idei resocjalizacyjnych. Przestępstwo ujmowano zasadniczo jako wyraz nieprawidłowości w funkcjonowaniu pojmowanego organicznie, tj. na wzór przedmiotu badań przyrodniczych, społeczeństwa. Stąd kara, stanowiąc reakcję na przestępstwo, pełniła przede wszystkim funkcję narzędzia leczniczo-terapeutycznego. Prawo karne charakteryzowano jako narzędzie higieny społecznej³⁹. Przestępczość traktowano jako objaw choroby dotykającej sprawców, których w gruncie rzeczy traktowano nie w kategoriach kantowskich, zdolnych do autodeterminacji podmiotów, lecz wymagających odpowiedniej kuracji chorych. W takim ujęciu osoba czy społeczeństwo to przedmiot zaplanowanych działań, mających formować odpowiednie postawy (dla Austina kluczowy był strach przed karą, zatem postawa obawy przed złem związanym z reakcją suwerena na naruszenie rozkazów). Przy użyciu odpowiednio dobranych środków można na społeczeństwo oddziaływać, uzyskując pożądaną stan rzeczy. Oddziaływanie sankcji w ujęciu Austina zdaje się być charakteryzowane przez schemat bodziec (kara) – reakcja (strach przed karą).

Tak zakreślona sytuacja jednostki nie oznaczała bynajmniej tego, że nie jest ona zdolna do wyboru takich działań, które w rezultacie pozwolą jej uniknąć bólu-zła związanego z karą. Postulatem penologicznym końca XIX wieku było to, by co najmniej uzupełnić karę kryminalną o system środków korekcji niepożądanych i niebezpiecznych społecznie postaw *de facto* określonej grupy osób (a przynajmniej dającej się określić,

³⁵ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, PWN, Warszawa 1958, s. 270.

³⁶ J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, PWN, Warszawa 2007, s. 215.

³⁷ A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1994, s. 306.

³⁸ K. Opałek, *Pojęcie prawa pozytywnego*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 12, s. 7 i n.

³⁹ S. Batawja, *Wstęp do nauki o przestępcy. Zagadnienie skłonności przestępczych*, Zakłady Graficzne „Biblioteka Polska”, Warszawa 1931, s. 9 i n.

by przywołać idee *delinquente nato*)⁴⁰. Kara miała zatem chronić społeczeństwo, w swoim zdrowym zrębie, przed osobami niebezpiecznymi czy raczej szkodliwymi, stanowiąc reakcją na przestępstwo, ale reakcją charakteryzowaną ideałami humanitaryzmu i racjonalnej kalkulacji korzyści i kosztów związanych z jej stosowaniem⁴¹.

4. Uwagi podsumowujące

Rozkazy suwerena pozostają, wedle Austina oraz innych klasycznych pozytywistów, prawem nawet wówczas, gdy suweren nakazuje czegoś moralnie złego. Prawodawca może zatem dowolnie kształtować treść tego prawa (woluntaryzm prawodawczy). Generalnie Austin przyjmował jednak zgodnie z duchem swej epoki, że choć prawo może mieć dowolną treść, to suweren pozostaje racjonalny raczej w aspekcie dążenia do zapewnienia stabilności i porządku społecznego, niż wprowadzania chaosu i nieładu. Wynika to ze sposobu pojmowania władzy państwowej, której ekstrapolowaną na prawo rolę jest zapewnienie społecznego bezpieczeństwa, trwania *ordo iuris* (choćby w jakichś aspektach niesprawiedliwego)⁴².

Jednak nie każde naruszenie prawa musi spotykać się z reakcją suwerena w postaci działającej prewencyjnie i odstraszażąco sankcji, co dotyczy nie tylko prawa karnego, ale i pozostałych regulacji prawnych. Co prawda Austin sądzi, że nie można wyobrazić sobie systemu prawnego funkcjonującego w społeczeństwie bez przymusu czy sankcji zabezpieczających rozkazy prawne⁴³. Wystarczające zdaje się być takie ukształtowanie prawa, by stosowane sankcje były wystarczające do utrzymania *ordo iuris* oraz zabezpieczenia rozkazów suwerena – władzy państwowej. Stąd też Austin nie przywiązuje zasadniczo wagi do rodzaju sankcji oraz do odróżnienia reakcji karnej typowej dla prawa karnego od sankcji stosowanych na gruncie innych gałęzi prawa. Rozróżnienie to nie odgrywa praktycznie żadnej roli, skoro każda sankcja działa wedle tego samego schematu wyznaczanego utylitarnym rachunkiem szczęśliwości – konsekwencjalistycznym w sensie etycznym rachunkiem przyjemności i cierpienia, dobra i zła. Zarówno sankcja administracyjna stosowana za delikt administracyjny, jak i sankcja odszkodowawcza w *tort law* czy kara w prawie karnym działa w taki sam sposób (była mowa o tym, że nie ma u Austina sankcji niezwiązanych z przymusem fizycznym). Mianowicie, sankcja służy zapobieganiu naruszenia prawa.

⁴⁰ E. Ferri, *Reform of Penal Law in Italy*, "Journal of Criminal Law and Criminology" 1921, nr 12, s. 178 i n.; P. Mazzaello, *Cesare Lombroso: an anthropologist between evolution and degeneration*, "Functional Neurology" 2011, nr 2, s. 97–101.

⁴¹ J. Utrat-Milecki, *op. cit.*, s. 2005.

⁴² W.E. Rumble, *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence*, "Cornell Law Review" 1981, nr 66, s. 986 i n.

⁴³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined...*, s. 42.

Również rodzaj naruszonych norm nie stanowi kryterium wyróżnienia reakcji karnej. Skoro bowiem treść prawa może być dowolna, to moralne motywy prawodawcy nie mają z punktu widzenia jurysprudencji znaczenia, również kwantum potępienia moralnego czy kategoria *mala per se* nie może stanowić o odróżnieniu przestępstw od innego rodzaju naruszeń. Można nawet wysnuć wniosek, że Austin zagadnienia przestępstw, ich etiologii oraz sposobów zwalczania czy analiz racjonalizacji kary jako takiej pozostawia w sferze badań nauk innych, aniżeli nauka prawa. Nie można jednak przy tym przeoczyć, że Austin stoi na stanowisku utylitarnym w sensie filozoficznym, a jego koncepcja karania nawiązuje do racjonalizacji prewencyjnej – kary jako odstraszenia. Model ten odnosi się zarówno do prawa karnego, jak i innych regulacji prawnych. Natomiast oksfordzki filozof prawa pozostawia na marginesie swych rozważań lub celowo pomija problem odróżnienia przestępstwa, kary kryminalnej od innego typu reakcji karnej. Mówiąc innymi słowy, dla Austina w zasadzie każda sankcja ma charakter reakcji karnej.

Bibliografia

- Acorn A., *Fear of Crime and Punishment*, “Journal of Theoretical & Philosophical Criminology January” 2009, nr 1.
- Aristotle, *The Athenian Constitution, The Eudemian Ethics on Virtues and Vices*, Harvard University Press, London-Cambridge 1935.
- Arystoteles, *Dziela wszystkie*, t. 3, PWN, Warszawa 1992.
- Arystoteles, *Etyka nikomahejska*, [w:] Arystoteles, *Dziela wszystkie*, t. 5, PWN, Warszawa 1996.
- Arystoteles, *Retoryka*, [w:] Arystoteles, *Dziela wszystkie*, t. 6, PWN, Warszawa 2001.
- Austin J., *Lectures on Jurisprudence*, John Murray, London 1885.
- Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London 1832.
- Batawia S., *Wstęp do nauki o przestępcy. Zagadnienie skłonności przestępczych*, Zakłady Graficzne „Biblijoteka Polska”, Warszawa 1931.
- Beccaria C., *On Crimes and Punishments*, [w:] R. Bellamy (red.), *C. Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.
- Bentham J., *Of Laws in General* (ed. H.L.A. Hart), Continuum International Publishing Group Ltd., London 1970.
- Bentham J., *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, PWN, Warszawa 1958.
- Christie N., *Dogodna ilość przestępstw*, Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej, Warszawa 2014.
- Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 1996
- Draper T., *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, “Journal of Bentham Studies” 2002, nr 5.
- Dressler J., *Understanding Criminal Law*, Lexis Publ., New York 2001.
- Dybowski K., *Johna Austina filozofia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1991.

- Dybowski K., *Utylitarystyczna filozofia prawa Johna Austina*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 3.
- Edvinsson R., *The Quest for the Description of the Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2009.
- Feinberg J., Gross H., *Philosophy of Law*, Wadsworth Publishing Company, Belmont 1995.
- Ferri E., *Reform of Penal Law in Italy*, “Journal of Criminal Law and Criminology” 1921, nr 12.
- Green L., *Legal Positivism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition), ed. E. N. Zalta, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>, [dostęp 20.06.2017].
- Habermas J., *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, PWN, Warszawa 2007.
- Hansen E., *John Howard a współczesna problematyka penitencjarna*, Neriton, Warszawa 2002.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Kauffman A. S., *The reform theory of punishment*, „Ethics” 1960, t. 71.
- Korwin-Łopuszański J., *Gniew i strach w etyce Arystotelesa*, „Roczniki Filozoficzne” 1981, nr 2.
- Kramer M.H., *John Austin on Punishment*, „University of Cambridge Faculty of Law Research Paper” 2011, nr 45.
- Levanon L., *Personhood, Equality, and Possible Justification for Criminal Punishment*, “Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 2014, nr 2.
- Licki J., *Motywacyjne i wychowawcze działanie prawa jako podstawa naukowej polityki prawa*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w społeczeństwie*, PWN, Warszawa 1975.
- Lucas J., *Responsibility*, Oxford University Press, New York–Oxford 2004.
- Lyons D., *Etyka i rządy prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000.
- Marek A., *Mysł C. Beccarii we współczesnej nauce prawa karnego*, „Palestra” 1994, nr 5–6.
- Mazzarello P., *Cesare Lombroso: an anthropologist between evolution and degeneration*, “Functional Neurology” 2011, nr 2.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, TNOiK, Toruń 2004.
- Opalek K., *Pojęcie prawa pozytywnego*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 12.
- Peno M., *Filozofia karania – od prawa naturalnego do liberalnej wolności*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 3.
- Roxin C., *Nowie kierunki polityki kryminalnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 4.
- Rumble W.E., *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence*, “Cornell Law Review” 1981, nr 66.
- Schrade U., *Nurty filozofii współczesnej*, Oficyna Wydaw. Politechniki Warszawskiej, Warszawa 2010.
- Smilansky S., *10 moralnych paradoksów*, WAM, Kraków 2009, rozdz. 5 i 9.
- Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1994.
- Ten C.L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford University Press, Oxford 1989.
- Utrat-Milecki J., *Podstawy penologii. Teoria kary*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006.
- Walker N., *Punishment, Danger and Stigma*, Oxford University Press, Oxford 1980.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Wydawnictwo Ars Boni et aequi, Poznań 2005.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

Ewa Niemiec

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Godność człowieka a prawo do dysponowania własnym życiem – aspekty filozoficzno-prawne

Human dignity and right of disposal of own life – philosophical and legal aspects

Streszczenie

Stanowiące podstawę i punkt wyjścia praw człowieka pojęcie ludzkiej godności jest terminem nieostrym. Z jednej strony zapewnia to niezbędny luz decyzyjny, lecz z drugiej uzależnia pojmowanie tych praw od przyjętej koncepcji. Problem ten nie ma jedynie charakteru teoretycznego, ale wpływa na ostateczny kształt rozwiązań konkretnych ludzkich problemów. Widać to już w przypadku bezsprzecznie podstawowego prawa człowieka, jakim jest prawo do życia i jego ochrony, oraz jego granic w momencie ścierania się go z autonomią ludzkiej woli.

Artykuł prezentuje porównanie trzech podstawowych idei godności, których uznanie mogłoby prowadzić do wyciągnięcia odmiennych wniosków co do zakresu granic ochrony życia: koncepcji personalistycznej prezentowanej przez naukę społeczną Kościoła katolickiego, liberalnej koncepcji Immanuela Kanta oraz postmodernistycznej wizji godności ludzkiej.

Słowa kluczowe

godność, prawa człowieka, prawo do życia, ochrona życia, prawo do śmierci, autonomia woli

Abstract

Concept of human dignity, as the foundation and starting point of human rights, is a vague term. On the one hand it provides – necessary in this situation – power to determine, but also renders the meaning of those rights dependent on an adopted conception. This problem is not only theoretical, but it affects particular decisions in real cases. It shows already in the case of unquestionably fundamental human right, as a right to life and its protection and boundaries between this protection and freedom of will.

This article will present a comparison between three main ideas of human dignity, which can lead to distinct conclusions on that score: personalistic conception presented by the Catholic Church, liberal conception of Immanuel Kant and postmodern vision of human dignity.

Key words

dignity, human rights, right to live, life protection, right to die, freedom of will

1. Wstęp

Gdy w 2001 r. pani Pretty, będąc w stanie ciężkiej, nieuleczalnej i postępującej choroby, zażądała umożliwienia jej mężowi pozbawienia jej życia, ponieważ sama nie była w stanie tego dokonać, Europejski Trybunał Praw Człowieka oddalił jej żądanie¹. Ten sam trybunał jednak skłonny był przychylić się do prośby pani Gross, która w 2013 r. wyraziła podobne życzenie mimo znacznie mniej poważnych dolegliwości, jednak na przeszkodzie stanął fakt, że zainteresowana zmarła przed zapadnięciem wyroku².

Stosunkowo rzadko, choć regularnie wypływa temat dyspozycyjności własnym życiem, a wraz z nim problem ludzkiej godności, która wedle wielu aktów prawnych stanowić ma źródło praw człowieka³. Mimo bogatej literatury dotyczącej tego pojęcia jako podstawowej kategorii aksjologicznej w prawie⁴ wciąż kontrowersje wzbudza sposób jego pojmowania. Z jednej strony nieostrość znaczeniowa, pozwalająca na szeroką interpretację, wskazywana jest w literaturze jako zaleta, pozwalająca na nadanie idei praw człowieka przymiotu uniwersalności przez pozostawienie swobody decyzyjnej w zakresie interpretacyjnym⁵. Z drugiej strony w kwestiach granicznych, choć znaczących, jak poruszony na wstępie problem dyspozycyjności własnym życiem, taka swoboda interpretacyjna prowadzi do wielu niejasności, czego skutkiem mogą być sytuacje takie, jak brak pewności co do przysługujących praw, próby apriorycznego narzucenia jakiegoś pojmowania godności jako „jedynego słusznego” czy zróżnicowanie sytuacji poszczególnych podmiotów, co z punktu widzenia ochrony praw człowieka, jako przysługujących każdemu w takim samym stopniu i zakresie, nie wydaje się sytuacją sprzyjającą ich rozwojowi.

W zależności od przyjętego ugruntowania ludzkiej godności niejednokrotnie dojść można do sprzecznych wniosków. Szczególnie widoczne jest to na przykładzie dysponowania własnym życiem jako fundamentalnym prawem. Z jednej strony, jak słusznie zauważył Trybunał w wyroku w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii*, życie jest podstawowym prawem determinującym wszelkie inne⁶. Z drugiej strony, konstrukcja

¹ Wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 2346/02).

² Wyrok ETPCz z dnia 30 września 2014 r. w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 67810/10).

³ Przykładowo: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 3 września 1953 r.; Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

⁴ M. Piechowiak, *Klasyczna koncepcja osoby jako podstawa pojmowania praw człowieka. Wokół św. Tomasza z Akwinu i Immanuela Kanta propozycji ugruntowania godności człowieka*, [w:] P. Dardziński, F. Longchamps de Berier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne – natura prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 3.

⁵ Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 190.

⁶ Wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii*...

„prawa niezbywalnego” w rzeczywistości oznacza to samo co obowiązek, nikt jednak nie mówi o „obowiązku życia”.

Od przyjęcia pewnej koncepcji godności zależy również hierarchizacja i ewentualna absolutyzacja jednych praw kosztem drugich. W tym przypadku w konflikcie stać mogą prawo do życia oraz prawo do prywatności. Do kwestii tej należy podchodzić ostrożnie i z odpowiednim rozmysłem oraz świadomością, że najszlachetniejsze nawet intencje nie powinny wykraczać poza rzeczywistość, w przeciwnym razie mogą wyrządzić wiele szkód.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie różnic w pojmowaniu godności i efektów, jakie ono przynosi na przykładzie dochodzenia prawa do domagania się zakończenia własnego życia, oraz próba zrekonstruowania ich mocnych oraz słabych stron. Omówione zostaną trzy stanowiska: 1) personalistyczne, wskazywane często jako źródło pojęcia godności ludzkiej związanej z niepowtarzalnością i szczególną wartością każdego człowieka⁷, 2) wynikające z filozofii Immanuela Kanta, która wywarła szczególny wpływ na dzisiejsze rozumienie prawa⁸, a wiązana jest z ujęciem liberalnym, oraz 3) postmodernistyczne, którego wpływy są coraz mocniej widoczne⁹.

2. Personalistyczne ujęcie godności

Pojęcie godności osoby ludzkiej jest szczególnie mocno związane z nauką społeczną Kościoła katolickiego i chrześcijańskim personalizmem. System wartości, będący obecnie podstawą kultury zachodniej, na której gruncie wyrosła idea praw człowieka w kształcie, jaki dziś znamy, jest w znacznej mierze ukształtowany przez chrześcijański uniwersalizm sięgający korzeniami średniowiecza. Mimo późniejszego zeświecczenia to ten właśnie okres wpłynął na dzisiejszą wspólną tożsamość kulturową świata zachodniego.

Personalistyczna koncepcja godności uformowała się w oparciu o dogmaty o Świętej Trójcy. Początkowo bowiem termin *persona* odnoszony był jedynie do osób boskich, w celu podkreślenia ich odrębności ontologicznej, jednak przez uznanie podwójnej natury Chrystusa pojęcie osoby przyznano *mutatis mutandis* również człowiekowi¹⁰. Stanowił on niepowtarzalne odbicie Boga, *imago dei*, co nadawało mu szczególnej, bezcennej wartości¹¹. Według doktryny świętego Tomasza z Akwinu człowiek był bowiem

⁷ Zob. m.in. M. Piechowiak, *op. cit.*, s. 4; M. Sadowski, *Godność człowieka i dobro wspólne w papieskim nauczaniu społecznym (1878–2005)*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010, s. 25.

⁸ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Temida 2, Białystok 2000, s. 139 i n.

⁹ M. Błachut, *O końcu praw człowieka*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność – z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Kolonia Limited, Wrocław 2007, s. 231 i n.

¹⁰ J. Pałucki, *Pojęcie osoby w kościele pierwszych wieków*, [w:] F. Drączkowski, J. Pałucki (red.), *Godność Chrześcijanina w nauczaniu Ojców Kościoła*, Polihymnia, Lublin 1996, s. 148.

¹¹ M. Sadowski, *op. cit.*, s. 49–50.

jedyną istotą obdarzoną rozumem, istniejąc na dwóch równoległych płaszczyznach – jako jednostka, fizyczny egzemplarz gatunku ludzkiego, oraz jako osoba, istota duchowa, będąca w stanie poznać idee dobra i zła oraz rozróżniać między nimi, a przez to zdolna do udziału w tworzeniu prawa naturalnego¹².

Szczególne wartości człowieka, zwana godnością, jest wedle doktryny personalistycznej wynikiem tej szczególnej roli, jaką przyznano mu na ziemi. Człowiek jako osoba jest tu czymś więcej niż człowiek jako jednostka – podczas gdy w tej drugiej postaci podlega on prawom przyrody jak każde inne stworzenie, pozbawiony jakiegokolwiek wyjątkowości, w pierwszej, jako istota myśląca i czująca, zdolna do świadomego kierowania swoimi czynami, jest w stanie nad nimi zapanować¹³.

Godność człowieka wynika więc z jego osobowości – posiadania ducha, który jest zawartym w każdym człowieku elementem boskości. Jako byt indywidualny i niepołączalny każda osoba sama w sobie stanowi odrębny świat moralno-duchowy¹⁴. Można powiedzieć, że każdy pojedynczy człowiek stanowi sam w sobie pewien mikrokosmos, który sam sobą tworzy. Dlatego unicestwienie osoby nie sprowadza się jedynie do zniszczenia jednego z wielu egzemplarzy gatunku, lecz czegoś jedyne w swoim rodzaju, bezcennego.

Jako jednostka z kolei, a więc organizm biologiczny, część pewnego ekosystemu, człowiek nie posiada żadnej szczególnej wartości¹⁵. Gdy zabraknie jednego z ludzi, pozostałe po nim puste miejsce z powodzeniem może wypełnić inna jednostka.

Mówiąc więc o godności, należy mieć na uwadze przede wszystkim rozwój człowieka jako osoby. Dobro jednostki nie ma tu samoistnego znaczenia, a liczy się tylko o tyle, o ile jej ochrona jest potrzebna do pełniejszej realizacji głównego celu. Jednostka jest bowiem materialnym nośnikiem osoby, która nie mogłaby istnieć bez jednostki. Ochrona ta jednak nigdy nie może mieć pierwszeństwa przed poszanowaniem osoby.

Rozróżnienie to jest szczególnie ważne dla Maritaina, który dając swój wkład w koncepcję praw człowieka opartą na idei godności, miał na myśli jedynie człowieka jako osobę, która, według niego, jest zaniedbywana.

Według twórcy personalizmu takie wynalazki jak powszechne głosowanie, równość praw czy wolność sądu sprzyjają rozwojowi indywidualności, jednak „Osobę pozostawiają samotną, nagą, pozbawioną ochrony społecznej”¹⁶. W ten sposób sprzeciwia się dawaniu człowiekowi pełnej swobody i ochrony działań, wskazując, że bynajmniej nie jest to dla niego dobre. Ochrona ludzkiej godności w tym świetle nie ma polegać na

¹² M. Piechowiak, *op. cit.*, s. 8.

¹³ J. Maritain, *Trzej reformatorzy*, tłum. ks. K. Michalski, Fronda, Warszawa 2005, s. 52.

¹⁴ *Ibidem*, s. 51.

¹⁵ *Ibidem*, s. 52.

¹⁶ *Ibidem*, s. 53.

pozostawieniu dowolności, lecz umożliwieniu prawidłowego rozwoju¹⁷. Według Maritaina przyznanie zbyt dużego obszaru wolności jednostce będzie miało zgubny wpływ na jej osobowość: „Do wszystkich pożądlivości i skaz, jakie każdy człowiek posiada ze swej natury dzisiejsze społeczeństwo dorzuca ciągle podniety zmysłowe, olbrzymi napór wszelkiego rodzaju błyskotliwych i złośliwych błędów, którym pozwala swobodnie krążyć po przestworzach inteligencji, i mówi do każdego spośród biednych synów ludzkich, pogrążonych w tym wirze: Jesteś wolną jednostką, broń się, zbaw się sam”¹⁸. W ten sposób człowiek, pod naporem wielu bodźców, wielu decyzji, które musi podejmować, gubi się, często zatracając swoją osobowość na rzecz biologicznych popędów, które wskazują mu jego indywidualistyczna strona natury.

Receptą na to miała być idea *bonum commune* – dobra wspólnego. Człowiek jako jednostka słaba i bezbronna potrzebuje innych, by przetrwać. Egzystując w społeczeństwie, jest jego częścią i musi podporządkować swoje interesy dobru ogółu, wliczając w to nawet oddanie życia w razie potrzeby¹⁹. Sytuacja odwraca się w przypadku człowieka jako osoby, której społeczeństwo ma służyć. W tym ujęciu człowiek nie jest już jedynie częścią całości, ale całością samą w sobie, podporządkowaną jedynie wyższemu celowi, jakim jest Bóg. Zadaniem społeczeństwa jest umożliwienie mu duchowego i moralnego rozwoju²⁰. W ten sposób człowiek, poświęcając się jako jednostka i podporządkowując społeczności swoje fizyczne potrzeby, dostaje w zamian gwarancję warunków, w których będzie mógł rozwijać się jako osoba. Rozwój osoby nie byłby możliwy bez prawidłowego rozwoju jednostki, celem *bonum commune* jest więc stworzenie idealnego społeczeństwa, które sprzyjałoby zarówno trosce o cele duchowe, jak i zapewniało doczesny dobrobyt²¹.

Oddanie się jednostki społeczeństwu nie oznacza jednak wyzbycia się wszelkiej możliwości decydowania – ta bowiem jest ważnym elementem rozwoju osobowości – jednak personalizm nie daje jej również pełnej swobody decyzyjnej, przekładając ponad to pewną edukacyjną rolę i zakreślając granice zachowania, w których może swobodnie się poruszać. Ta swoboda jest ważna dla Karola Wojtyły, który pisał, że choć każdy człowiek ma przyrodzoną godność, jednak rozwija ją przez podejmowane decyzje i czyny. Każdy ma inne powołanie, które sam odkrywa, stąd ważne jest pozostawienie obszaru wolności, w którym każda osoba mogłaby się indywidualnie rozwijać. Jako wspólny mianownik rozwoju każdej osoby Jan Paweł II wskazał jednak motyw miłości i służby, ponieważ człowiek spełnić się może jedynie poprzez moralne życie²². Taki rozwój mógł

¹⁷ M. Sadowski, *op. cit.*, s. 72.

¹⁸ J. Maritain, *op. cit.*, s. 53.

¹⁹ *Ibidem*, s. 53–54.

²⁰ *Ibidem*, s. 54.

²¹ E. Niesyty, *Miejsce i rola personalistycznej koncepcji społeczeństwa demokratycznego w humanizmie integralnym Jacques’a Maritaina*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 2005, s. 43.

²² R. Czekalski, *Godność osoby ludzkiej – nauczanie Jana Pawła II*, Bel Studio, Warszawa 2007, s. 15.

nastąpić jedynie w społeczeństwie i to społeczeństwie, które rządziłoby się określonymi zasadami. Wprost nakłada więc na społeczeństwo odpowiedzialność „każdego za wszystkich” i zobowiązuje do tworzenia takich warunków, w tym politycznych i prawnych, które sprzyjałyby rozwojowi godności²³.

Wprost też wskazuje, że warunkami takimi będą jedynie te chroniące życie od początku do naturalnej śmierci²⁴. Próby dysponowania życiem ludzkim, o ile nie miałyby na celu jego ochrony, należałoby więc uznać za zagrażające ludzkiej godności. Człowiek nie jest tu absolutnym dysponentem swego życia, ma za zadanie przeżyć je i umrzeć godnie, pamiętając, że jest ono szczególnym darem od Boga, którego nie wolno tak po prostu odrzucić²⁵. Godne umieranie nie jest więc równoznaczne z możliwością decydowania o momencie śmierci, która wiąże się pokusą ucieczki przed cierpieniem²⁶, będącej przejawem nieumiejętności afirmacji życia wraz z jego brakami²⁷. Zarówno więc odebranie sobie życia, jak i pomoc przy tym są potępiane, co nie oznacza jednak ani nakazu trzymania się życia za wszelką cenę kosztem cierpienia, ani braku współczucia dla umierających. Śmierć jest częścią życia i musi zostać zaakceptowana, gdy przyjdzie odpowiedni czas, dlatego nie jest czynem niemoralnym zaprzestanie tak zwanych uporczywych terapii mających na celu jedynie przedłużenie życia, które naturalnie dobiega końca²⁸. Z drugiej strony papież zwraca uwagę, że wola śmierci wynikać może ze słabości i braku nadziei, którą dawać ma jej społeczeństwo: „Prośba, jaka wypływa z serca człowieka w chwili ostatecznego zmagania z cierpieniem i śmiercią, zwłaszcza wówczas, gdy doznaje on pokusy pograżenia się w rozpacz i jakby unicestwienia się w niej, to przede wszystkim prośba o obecność, o solidarność i o wsparcie w godzinie próby. Jest to prośba o pomoc w zachowaniu nadziei, gdy wszystkie ludzkie nadzieje zawodzą”²⁹. Zadaniem społeczeństwa szanującego personalistycznie pojętą godność jest więc troska i zapewnienie pomocy oraz ulgi w cierpieniu osobie, która znalazła się w sytuacji doprowadzającej do utraty woli życia, a dokonanie przez nią tego czynu obciąża moralnie również społeczność.

3. Godność w filozofii Immanuela Kanta

Filozofią, która wywarła szczególnie silny wpływ na obecny kształt prawa, był system stworzony przez Immanuela Kanta. Jego koncepcja stosunków między prawem

²³ M. Sadowski, *op. cit.*, s. 368.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Jan Paweł II, Encyklika *Evangelium Vitae*, 39 https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_ii/encykliki/evangelium_1.html [dostęp: 02.05.2018].

²⁶ R. Czekalski, *op. cit.*, s. 96.

²⁷ *Ibidem*, s. 95.

²⁸ *Ibidem*, s. 97.

²⁹ Jan Paweł II, *op. cit.*, s. 67.

a etyką stała się podstawą współczesnego myślenia o prawie w liberalno-demokratycznym świecie, a definicja ludzkiej godności jest jedną z najczęściej przytaczanych.

Dla Kanta godność jest wartością będącą przeciwieństwem ceny – bezcenną, niewymierną i niepoliczalną³⁰. Wynika z faktu, że człowiek, jako jej podmiot, sam nadaje rzeczom wartości i jest ich źródłem – wszelkie wartości są zrelatywizowane, oprócz wartości jego samego.

Według filozofa z Królewca, podobnie jak według św. Tomasza, godność człowieka wynikała z jego rozumności. W przeciwieństwie do niego Kant nie upatrywał jednak jej źródła w Bogu, lecz w samej naturze istoty rozumnej³¹. Co ciekawe, nie sprowadzał tej kategorii jedynie do człowieka, nadając filozofii charakter uniwersalny dla wszystkich potencjalnych bytów intelektualnych³². Sedno sprawy sprowadzało się bowiem do samej możliwości poznawania i rozumienia świata oraz rządzących nim praw³³.

To właśnie „rozumność praktyczna” nakazuje człowiekowi również zachowania moralne. Istota rozumna zdaje sobie sprawę z możliwości wyboru między zachowaniem, które przyniosłoby zadowolenie jej samej (skłonnościami), a takim, które obiektywnie uważa za słuszne, a więc zachowaniem, które z pozycji zdystansowanej uznalaby za najlepsze dla wszystkich. W drugim wypadku nie zawsze oznaczałoby to zadowolenie własne, jednak przy założeniu, że każdy w podobnej sytuacji zachowałby się w podobny sposób, byłoby najszlachetniejsze z punktu widzenia każdej osoby, której by w jakiś sposób dotyczyło. Rozumność praktyczna wyraża więc uniwersalną zasadę zachowania, wynikającą z samego intelektu: „postępuj tylko tak, jak gdyby maksyma twojego postępowania przez wolę twą miała stać się ogólnym prawem przyrody”³⁴. Zasada ta, będąca podstawą wszelkich innych, nazywana jest imperatywem kategorycznym.

Nie oznacza to oczywiście możliwości narzucania innym własnych poglądów jako obowiązujących praw. Każda jednostka rozumna jest w stanie we własnej sytuacji odnaleźć rozwiązanie, które z punktu widzenia imperatywu kategorycznego jest najlepsze i tak postąpić. Obowiązek ten, jako wynikający z samego rozumu, jest jednak jedynie własnym obowiązkiem moralnym, a nie narzuconym przez kogoś innego. To według filozofa jest właśnie istotą wolności³⁵.

³⁰ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartberg, Antyk, Kęty 2001, s. 82.

³¹ J. Hersch, *Wielcy myśliciele Zachodu, dzieje filozoficznego zdziwienia*, tłum. K. Wakar, Prószyński i S-ka, Warszawa 2001, s. 149.

³² I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki...*, s. 41.

³³ M. Szyszkowska, *op. cit.*, s. 145.

³⁴ *Ibidem*, s. 61.

³⁵ J. Hersch, *Wielcy myśliciele zachodu, dzieje filozoficznego zdziwienia*, tłum. Krzysztof Wakar, Prószyński i S-ka, Warszawa 2001, s. 148.

Mimo to Kant nie dopuszcza aprioryczności związanej z różnym pojmowaniem dobra. Według filozofa poprawne rozumowanie nie może prowadzić do sprzeczności, więc każda jednostka w danej sytuacji powinna dojść do takich samych wniosków. Prawa moralne są niezienne jak prawa przyrody, bez względu na to, czy rozum je „tworzy”³⁶.

Z drugiej jednak strony, jak zauważa Mirosław Żelazny, Kant nie sprowadza wszystkich zachowań danego typu do prostego podziału na dobre i złe. Zauważa, że w różnych sytuacjach zachowanie uznane pierwotnie za złe może w tym konkretnym przypadku okazać się pozytywne³⁷. Różnorodność oceny dotyczy jednak jedynie różnorodności sytuacji, nie podmiotów, które się w niej znalazły.

Szukając fundamentów, na których należałoby oprzeć całą doktrynę etyczną, Kant wskazuje, że skoro wszelkie wartości i działania znajdują swoje źródło w człowieku, to on musi być również ich celem. Cała moralność powinna się więc opierać na idei człowieka jako celu samego w sobie. Stąd wynika inna formuła imperatywu kategorycznego nakazująca: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy jedynie jako środka”³⁸.

Dla urzeczywistnienia tej zasady i poszanowania godności człowieka konieczne jest pozostawienie szerokiego zakresu wolności, aby mógł on prawidłowo korzystać ze swojej rozumności. Czynów, które zostały podjęte z przyczyn innych niż decyzja moralna – na przykład dlatego, że są przy okazji zgodne z naturalnymi skłonnościami, bądź takie, do których dana osoba została przymuszona – Kant nie uznaje za wartościowe moralnie³⁹. Dlatego dla ugruntowania zachowania moralnie właściwego niezbędna jest wolna wola. Wszystko inne może być „dobre” jedynie relatywnie, w stosunku do potrzeb podmiotu nadającego taką wartość, tylko sama wola może być bezwzględnie „dobra”⁴⁰. Według Piechowiaka to właśnie ona, nawet bardziej niż sam rozum, jest tu uzasadnieniem ludzkiej godności⁴¹. Kant krytykuje systemy etyczne związane z religiami, wskazując, że w przypadku kierowania się nimi podstawą nie jest sama wola, lecz poczucie przymusu⁴².

W zakresie relacji między prawem a etyką filozof z Królewca był przeciwny nadmiernej regulacji życia za pomocą norm prawnych. Oczywiście patrząc realistycznie, wskazywał na konieczność i przydatność prawa, którego zadaniem ma być jednak jedynie rozgraniczenie wolności poszczególnych osób w momencie, gdy zaczynają na siebie

³⁶ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki...*, s. 109–110.

³⁷ M. Żelazny, *Kant dla początkujących*, Adam Marszałek, Toruń 2008, s. 81–82.

³⁸ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki...*, s. 73.

³⁹ *Ibidem*, s. 41–42.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 18.

⁴¹ M. Piechowiak, *op. cit.*, s. 14.

⁴² I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki...*, s. 95.

nachodzić⁴³. Sytuacją idealną byłoby, według niego, stworzenie „państwa celów”, w którym nakazy i zakazy prawne nie byłyby potrzebne, ponieważ każdy człowiek, kierując się rozumem praktycznym, jako prawodawca sam dla siebie przyjmowałby te same normy postępowania i postępował zgodnie z nimi⁴⁴.

W przeciwieństwie do moralności prawo stanowione odnosi się do zewnętrznej sfery motywacji i bada legalność postępowania jako zewnętrzną zgodność czynu z ustanowioną normą. Pobudki postępowania mają tu drugorzędne znaczenie. Jego zadaniem jest regulowanie stosunków międzyludzkich⁴⁵. Prawo spełnia funkcję stabilizującą, chroniącą jednostki postępujące zgodnie z zasadami rozumu praktycznego przed wkraczaniem innych w ich zakres wolności. Jest „[...] ogółem warunków, pod którymi wola jednaj osoby może zostać pogodzona z wolą drugiej osoby, zgodnie z powszechnym prawem wolności”⁴⁶. Kant uznaje ogólną zasadę wolności podstępowania każdego w takim stopniu, w jakim nie narusza to wolności innych osób. Prawo ma służyć określeniu i ochronie tych granic, jednak czyn, który z punktu widzenia rozumu praktycznego byłby czynem niesłusznym, nie powinien stanowić przedmiotu regulacji prawnej tak długo, jak długo nie wkracza w granice wolności innych osób.

Z tej perspektywy omawiany przez nas przypadek prawa do eutanazji w wypadku nieuleczalnej choroby na życzenie danej osoby należy rozpatrywać pod dwoma różnymi kątami – etycznym i prawnym.

Pod względem etycznym Kant uznaje dążenie do pozbawienia siebie życia za czyn naganny⁴⁷. Trudniejsza do oceny moralnej jest czynność polegająca na współuczestnictwie i aktywnej pomocy. Pamiętając trzecią formułę imperatywu kategorycznego, dojść można do dwóch wniosków. Po pierwsze, podobnie jak dążenie do pozbawienia życia samego siebie współuczestnictwo jest czynem zmierzającym do unicestwienia rozumności, a więc źródła godności ludzkiej, dlatego podlega negatywnej ocenie moralnej. Druga interpretacja może odwoływać się jednak do wspomnianej wcześniej wykładni Mirosława Żelaznego. Sytuacja osoby, która znajduje się w stanie terminalnym, świadoma bliskości śmierci i związanych z nią cierpień, może zostać z pewnością uznana za zasadniczo odmienną niż sytuacja osoby, która straciła chęć do życia mimo jego perspektyw. Imperatyw kategoryczny wprawdzie nakazuje, by nie czynić wyjątków, dotyczą one jednak strony podmiotowej, a nie zasadniczej odmienności sytuacji⁴⁸. Taka interpretacja nie byłaby jednak zgodna z duchem myśli Kanta, dla którego decyzja

⁴³ M. Szyszkowska, *op. cit.*, s. 150.

⁴⁴ M. Piechowiak, *op. cit.*, s. 17.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 62–63.

⁴⁶ I. Kant, *Metafizyczne elementy teorii prawa*, tłum. Cz. Tarnogórski, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Zarys europejskiej filozofii prawa*, Temida 2, Białystok 2001, s. 242.

⁴⁷ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki...*, s. 61.

⁴⁸ W. Załuski, *Eutanazja*, <http://etykapraktyczna.pl/encyklopedia/eutanazja> [dostęp: 29.03.2017].

o odebraniu sobie życia, nawet w przypadku nieuniknionych cierpień i śmierci, jest przejawem instrumentalnego traktowania samego siebie jako środka do osiągnięcia przyjemności. Problematiczne jest określenie, czy pomocnictwo bądź odmowa udziału w takim czynie będzie poszanowaniem imperatywu kategorycznego, nakazującego traktować człowieka jako cel, nigdy jako środek. Z jednej strony pomoc przy samobójstwie prowadzi do zniszczenia podmiotu godności, co Kant uznaje za naganne. Z drugiej – można rozważać, czy odmowa nie byłaby naruszeniem autonomii jednostki.

Pod względem prawnym należy zastanowić się jedynie nad tym, czy jakaś regulacja spełniać tu będzie funkcję regulatora granic między wolnością jednostek. Nieuzasadnione ograniczenie w postaci zakazu bądź nakazu działania przeczyłoby bowiem idei prawa według filozofa. Stanowiska na tym polu są różne. John Stuart Mill znajduje w tym miejscu granicę autonomii jednostki, wskazując, że decyzja o pozbawieniu się życia prowadzi w efekcie do unicestwienia wolności, a więc i godności ludzkiej: „Zasada wolności nie może wymagać, aby mu wolno było nie być wolnym. Możliwość pozbycia się wolności nie jest wolnością”⁴⁹. W tym wypadku podobny skutek będzie miało również działanie osoby trzeciej. W tym aspekcie dyspozycyjność życiem, nawet własnym, miałyby więc podstawę do prawnych ograniczeń. Jak jednak zauważa Tomasz Pietrzykowski, konsekwencją takiego ujęcia byłyby również delegalizacja samobójstwa⁵⁰.

Z inną propozycją na gruncie liberalnym wychodzi Wojciech Sadurski, który przedstawiając tezę o neutralności moralnej prawa, opartej zresztą na Millowskiej zasadzie krzywdy, wskazuje przykład eutanazji jako problemu już wkraczającego w sferę tak propagowanej przez Kanta wolności decyzyjnej w granicach na tyle szerokich, na ile nie narusza wolności innych osób⁵¹. Ochrona jednostki przed nadużyciami w zakresie autorytatywnego decydowania o zakończeniu jej życia stoi tu w konflikcie z autonomią decyzji tejże jednostki. Nadmierna regulacja prawna zakazująca podobnych zachowań przekraczałaby więc granice czystej funkcji regulującej zakres między wolnością jednostek⁵². W tym wypadku pozbawienie się życia oraz pomocnictwo przy tym mogłoby być ocenione jako negatywne moralnie, ale nie wchodzące w zakres regulacji prawnych. Jednocześnie nie sposób, moim zdaniem, wskazać interpretacji, która uzasadniałaby domaganie się uznania „prawa do śmierci”, które polegałoby na uzasadnieniu prawnego obowiązku stworzenia warunków do jego realizacji.

⁴⁹ J.S. Mill, *O wolności*, tłum. A. Kurlandzka, PWN, Warszawa 2002, s. 120.

⁵⁰ T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 164.

⁵¹ W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7, s. 28 i n.

⁵² *Ibidem*, s. 39.

4. Idea godności w postmodernizmie

Trzecie podejście do idei ludzkiej godności wiąże się z ujęciem właściwym postmodernizmowi – filozofii charakterystycznej dla czasów ponowoczesnych. Charakterystyczne dla niej zwątpienie w istnienie uniwersalnych prawd podało w wątpliwość istnienie czegoś, co można by nazwać naturą ludzką⁵³. Argumentuje się, że jest ona jedynie wymysłem cywilizacji Zachodu, uzurpującej sobie przekonanie o własnej wyższości moralnej, którą próbuje narzucać innym kulturom⁵⁴. Zwraca się uwagę, że choć stosunkowo powszechne na świecie jest używanie pojęć „godność” czy „prawa człowieka”, treść tych terminów jest niejednokrotnie odmienna. Czy w takim razie można mówić o jakichś uniwersalnych, wynikających z natury prawach i wartościach, czy też są one jedynie wynikiem przyjęcia bardziej lub mniej powszechnego i szczegółowego konsensusu?

Zygmunt Bauman, opisując rzeczywistość społeczną czasów, które określa jako ponowoczesne, zauważa, że rzeczywistość ta stała się płynna. Dotychczasowe schematy zostają obalone jako nieaktualne, by dać miejsce nowym, potencjalnie lepszym⁵⁵. Następuje okres poszukiwania prawd już nie uniwersalnych, ale własnych. Okazuje się, że wolność i bezpieczeństwo nie idą ze sobą w parze. Czas przyspiesza, świat staje się coraz mniejszy i coraz trudniej znaleźć człowiekowi w nim swoje miejsce⁵⁶. Proces globalizacji, coraz większe możliwości komunikacyjne, migracje, zderzenie kultur wymuszają na człowieku zredefiniowanie samego siebie. Następuje indywidualizacja jednostki, która traci swe uniwersalne człowieczeństwo, by stać się sobą⁵⁷. Richard Rorty twierdzi wręcz, że nie ma „natury ludzkiej”, są tylko poszczególne jednostki wraz z ich indywidualnymi emocjami, przekonaniami i pragnieniami⁵⁸. Wszystko, co uniwersalne, jest już wynikiem wpływu kultury.

Postmodernizm sprzeciwia się personalistycznie pojętej idei ludzkiej godności związanej z religią, podobnie jak metafizyce, którą Martin Heidegger uznaje za zamaskowaną teologię⁵⁹. Brutalnie zarzuca wierze we wszelkie uniwersalizmy próbę uwolnienia jednostek od odpowiedzialności za własne decyzje moralne (jak twierdzi Rorty: „poszukiwanie wartości obiektywnych jest wyrazem ucieczki od odpowiedzialności za własne wybory”⁶⁰) i jednocześnie neguje istnienie jakichś prawd obiektywnych. Z tego względu wskazuje na potrzebę akceptacji pluralizmów oraz związanego z nimi relatywizmu⁶¹.

⁵³ M. Błachut, *op. cit.*, 235.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 233.

⁵⁵ Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2006, s. 12.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 16.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 51.

⁵⁸ R. Rorty, *Przygodność, ironia i solidarność*, tłum. W. J. Popowski, Wydawnictwo Spacja, Warszawa 1996, s. 28.

⁵⁹ J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Znak, Kraków 2011, s. 141.

⁶⁰ R. Rorty, *Filozofia a zwierciadło natury*, Wydawnictwo Spacja, Warszawa 1994, s. 335.

⁶¹ U. Bąk, *Postmodernizm a religia*, „Konteksty Społeczne” 2015, t. 3, nr 1, s. 110.

Choć dla postmodernistów idea praw człowieka wydaje się być jedynie kategorią umowną, nie kwestionują jej praktycznej wartości. Prawa te nie znajdują jednak umocowania, jak do tej pory, w naturze, lecz stają się elementem kultury, zostają wchłonięte przez prawo, stanowiąc jedynie zbiór przepisów⁶². Jak pisze Hannah Arendt: „Koncepcja praw ludzkich oparta na założeniu, że istnieje istota ludzka jako taka natychmiast się załamała, kiedy osoby głoszące, że w nią wierzą po raz pierwszy zetknęły się z ludźmi, którzy naprawdę stracili wszystkie inne cechy i znaleźli się poza związkami łączącymi ludzi – z wyjątkiem tego, że byli ciągle ludźmi. Świat stwierdził, że nie ma nic świętego w abstrakcyjnej nagości bycia człowiekiem”⁶³. Arendt pokazuje wyraźnie, że idea praw człowieka wynikających z przyrodzonej godności istnieje jedynie dzięki temu, że istnieje społeczność gotowa te prawa chronić⁶⁴.

W postmodernizmie prawa człowieka przybierają zupełnie inny wymiar. Zostają ukierunkowane już nie na ochronę abstrakcyjnego bytu ludzkiego, lecz wykorzystane do rozwiązywania konkretnych problemów mniejszości społecznych. Zgodnie z założeniami o konieczności uznania pluralizmów i relatywności moralnej postmodernizm proponuje analizę konkretnych problemów, opartą na indywidualnym pojmowaniu godności, bez narzucania jakiegoś uniwersalnego wzorca. O ile św. Tomasz w centrum stawiał osobę, o tyle postmodernizm, odrzucając tę ideę, stawia tam jednostkę.

Bauman wskazuje, że tym, który zauważył potrzebę „roztapiania tego, co stałe”, był Karol Marks. Twierdził on, że wszelkie filozofie i religie powstają w oderwaniu od codziennego życia zwyczajnego człowieka, odwracając prawidłową, według niego, hierarchię i wywyższając wytwór ponad jego twórcę. Dla Marksa znaczenie ma to, co realne, a co jest zaprzeczeniem wszelkiej metafizyki czy idei: stanowiąca „bazę” całość stosunków produkcji, czyli wzajemne relacje ludzi i klas społecznych oparte na istniejących procesach produkcji i redystrybucji dóbr⁶⁵. Wszystko inne jest jedynie „nadbudową”, mającą na celu stabilizację istniejących stosunków. Kultura, religia, wzorce etyczne są jedynie tworem człowieka, a raczej klasy posiadającej, która dzięki nim uzasadnia wyzysk klasy nieposiadającej środków produkcji, przyczyniając się do alienacji człowieka względem wytworów jego pracy – to, co człowiek stworzy z myślą o jakimś celu, zostaje od niego oderwane i obrócone przeciw niemu⁶⁶. Wskazywał więc na konieczność roztapiania zastałej „nadbudowy” i uwolnienia „bazy”⁶⁷.

⁶² M. Błachut, *op. cit.*, s. 236.

⁶³ H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, t. 1, tłum. M. Szawiel, D. Ginberg, Krytyka, Warszawa 1993, s. 334.

⁶⁴ M. Błachut, *op. cit.*, s. 237.

⁶⁵ M. Cichoracki, *Marksowski materializm historyczny – koncepcja związku między bazą a nadbudową oraz prymatu czynników ekonomicznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, nr 1, s. 134.

⁶⁶ A. Schaff, *Alienacja jako zjawisko społeczne*, Książka i Wiedza, Warszawa 1999, s. 97.

⁶⁷ Z. Bauman, *op. cit.*, s. 7.

Podobna koncepcja jest głoszona przez wiele ruchów, głównie mniejszościowych, walczących o równouprawnienie, w tym feministycznych – wskazujących na nieuzasadniony stereotyp o wyższej wartości mężczyzny w stosunkach społecznych, oraz mniejszości seksualnych – krytykujących ograniczenie praw do związków partnerskich przez tych, których ten problem nie dotyka, przy uzasadnieniu wynikającym jedynie z przyjętych norm społecznych⁶⁸.

Sprawa wygląda podobnie również z punktu widzenia ruchów mających na celu legalizację dostępu do eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Wskazują one, że jest to problem skomplikowany etycznie, w którym wolność jednostki spotyka się ze strachem społeczeństwa przed przełamaniem tabu śmierci i cierpienia⁶⁹. Jednocześnie można zauważyć, że jest to strach przed wolnością i jej konsekwencjami. Lepiej zakazać jakiegokolwiek czynnego udziału w śmierci człowieka, niż ryzykować stoczenie się po równi pochyłej i utratę poczucia wartości życia, a co za tym idzie – jego relatywizację⁷⁰. Takie rozwiązanie jednak, według zwolenników „prawa do śmierci”, jest ucieczką przed odpowiedzialnością kosztem realnego ludzkiego cierpienia, niejednokrotnie nie tylko po stronie osoby życzącej sobie śmierci, ale również osób trzecich, których poczucie moralności nakazywałoby ulżenie w cierpieniach bliskiej osobie, nawet kosztem odebrania życia. Tyczy się to oczywiście sytuacji skrajnych. Te jednak zdają się być najlepszym sprawdzianem teorii moralności i jej związków z prawem. Przykładem może być przypadek Geertruidy Postmy, której matka doznała rozległego wylewu krwi do mózgu, w wyniku czego straciła kontrolę nad znaczną częścią ciała i nie mogąc znieść cierpienia, wielokrotnie prosiła o śmierć. Geertruida w końcu uległa namowom matki i wykonała zastrzyk ze śmiertelną dawną morfiny, za co została w 1973 r. skazana na podstawie art. 293 kodeksu karnego z 1886 r. na karę tygodnia pozbawiania wolności. Kazus ten stał się w Holandii początkiem dyskusji na temat legalizacji dobrowolnej eutanazji⁷¹.

Tabu śmierci przełamuje m.in. kontrowersyjny australijski etyk Peter Singer. Wskazuje, że nienaruszalna „świętość życia” i tak jest zrelatywizowana, chroniąc jedynie życie człowieka, choć nie istnieją dostatecznie wyraźne powody, by odmówić jakiegokolwiek wartości życiu zwierząt, poza „egoizmem gatunkowym”⁷². Singer twierdzi również, że relatywizacja ludzkiego życia i rozerwanie jego dotąd nienaruszalnej więzi z godnością jest uzasadnione, wprowadzając kategorię „jakości życia”, wedle której nie każde życie jest warte przeżywania⁷³. Na potrzeby naszych rozważań wspomnieć tu należy

⁶⁸ Zob. T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 192 i n.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 168.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 174.

⁷¹ M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomaganie samobójstwo na świecie*, Universitas, Kraków 2004, s. 202.

⁷² E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2007, s. 44. Autor zdaje się jednak nie podzielać stanowiska cytowanego.

⁷³ P. Singer, *Etyka praktyczna*, tłum. A. Sagan, Książka i Wiedza, Warszawa 2003, s. 205.

przede wszystkim o życiu, które według samego żyjącego utraciło wszelką wartość i stało się jedynie ciężarem.

Singer uważa za hipokryzję głoszenie idei „świętości życia”, gdy praktyka pokazuje, iż istnieją sytuacje tak ekstremalne, że ludzie wybraliby raczej śmierć, niż ich przeżywanie⁷⁴. Nie widzi również powodu, dla którego nie należałoby uszanować autonomii osób, które świadomie decydują się na śmierć⁷⁵. Stanowisko Singera niejednokrotnie bywa kontrowersyjne, często wręcz obrazoburcze, porusza jednak tematy warte przynajmniej przemyślenia i repliki.

Postmodernizm zmusza więc prawodawstwo do głębszej refleksji moralnej, która pogodziłaby różne spojrzenia na ludzką godność: zarówno te uznające jej nierozzerwalny związek z życiem, jak i te relatywizujące wartość życia na korzyść autonomii. Zaczyna się więc stawiać pytania etyczne, a prawodawstwo różnych krajów ulega pod tym względem dyferencjacji. W zetknięciu z konkretnymi problemami pojawiają się wątpliwości, czy aby na pewno etyczne jest odmawianie prawa do śmierci komuś, kto z pełną świadomością żyć nie chce i niejednokrotnie przedstawia ku temu przekonujące powody. Aprioryzm decydowania o momencie śmierci przeciwstawia się tu aprioryzmowi zakazu podejmowania takiej decyzji bez względu na sytuację. Warto tu wspomnieć o zarzucie, jaki pani Pretty przedstawiła w skardze do Trybunału: choć w systemie prawnym, według którego była rozpatrywana jej sprawa, nie zakazuje się samobójstwa, uniemożliwia się je osobom, które fizycznie nie są do niego zdolne⁷⁶. Zainteresowana uznała to za dyskryminację. Prawo w końcu jest stanowione przez osoby zdolne do pokierowania własnym ciałem i podjęcia podstawowych działań.

5. Podsumowanie

Przechodząc do wniosków, należy zauważyć, że pojęcie godności ludzkiej rozumiane może być co najmniej na trzy sposoby. Pierwszy z nich, personalistyczny, w pełni potępia ideę dyspozycji własnym życiem oraz instytucję wspomaganego samobójstwa i eutanazji. Takie rozumienie najpełniej chroni przed apriorycznością, wskazując, że życie jest wartością podstawową i z tego względu jest nienaruszalne. Można powiedzieć, że w tej doktrynie życie, podobnie jak godność, jest nie tyle nawet wartością samą w sobie, ale przede wszystkim determinantem innych wartości – przesądza o prawach i obowiązkach. Proponowane tu rozwiązanie wskazuje jasne stanowisko, niedopuszczające wyjątków, co na pewno sprzyja pewności decyzji. Z drugiej jednak strony jest ono silnie zaangażowane światopoglądowo przez związek z religią chrześcijańską. Przeciwnicy

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 103.

⁷⁶ Wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii...*

tego stanowiska zarzucają mu przede wszystkim narzucanie ograniczenia wolności wyboru, co jest uzasadnione jedynie światopoglądowo, oraz zwalnianie od indywidualnej refleksji etycznej bez brania pod uwagę różnorodności przypadków.

Kantowski sposób rozumienia godności utożsamia ją ze zdolnością do etycznej refleksji. W przeciwieństwie do nurtu personalistycznego nie podsuwa rozwiązań, lecz wskazówki, w jaki sposób należy do nich dochodzić. Argumentuje się przy tym, że zgodnie z praktycznym rozumem w każdej sytuacji prawidłowa odpowiedź jest tylko jedna, co ma zapobiegać aprioryczności i stronniczości. Jednocześnie podkreślona zostaje wolność decyzyjna, przy pozostawieniu jednak wymogu obiektywności. Nie wskazuje jednak odpowiedzi na podstawowe pytania dotyczące granic godności czy rozumności, które empirycznie są niemożliwe do ustalenia, przez co doktryna staje się rozmyta i sprzecznie interpretowana. W zakresie prawnym jedynym wnioskiem, który można wysunąć ze względną pewnością, jest brak nakazu realizacji woli osoby, która chce zakończenia swego życia. Krytyka tego stanowiska opiera się również na zarzucie braku dostatecznej wyrażności, co czyni go podatnym na interpretacje, z których co najmniej część – zgodnie z samą doktryną – jest błędna.

Z kolei sposób rozumienia godności ludzkiej wynikający z ruchów postmodernistycznych proponuje odrzucenie odgórnie przyjętych doktryn jako zbyt teoretycznych i oderwanych od rzeczywistych problemów i skupienie się na tych ostatnich. Podkreśla przede wszystkim konieczność oddania głosu bezpośrednio zainteresowanym, by uniknąć ryzyka narzucenia im zbędnych ograniczeń ich własnych interesów, które mogą być o wiele bardziej istotne niż interesy narzucających. Tak może być w przypadku prawa do decydowania o własnej śmierci, gdy perspektywa nieuniknionej cierpienia umierającego i konieczność ich znoszenia bez realnych możliwości poprawy stoi w konflikcie z obawą o publiczną moralność. Osoba, która znalazła się w sytuacji, gdy cierpienie uczyniło jej życie nieznośnym, zostaje przytłoczona poglądami większości i skazana na życie, które dla niej samej utraciło jakąkolwiek wartość. W ten sposób wartość życia zostaje oderwana od samego człowieka, a idea godności obraca się przeciw niemu, zamiast go chronić. Krytycy zarzucają jednak takiemu podejściu silny aprioryzm i posuwanie się do stanowisk skrajnych, zamiast szukania alternatyw polegających np. na łagodzeniu cierpienia i przywracaniu wiary w sens dalszego życia. Wskazują, że śmierć jest zjawiskiem nieodwracalnym i w przypadku pomyłki nie ma możliwości odwrócenia jej skutków. Zarzucają również względność „oświadczenia woli” w tym zakresie, argumentując, że może być wynikiem manipulacji bądź błędnego oglądu rzeczywistości spowodowanego emocjami. Przedstawiają też argument tzw. równi pochyłej, czyli ryzyka powolnej deprecjacji wartości ludzkiego życia, a w efekcie utratę jego ochrony.

Każde z przytoczonych stanowisk ma zarówno zalety, jak i wady, których nie sposób nie brać pod uwagę w dyskusji o znaczeniu godności. Problemem wydaje się jednak brak skutecznych prób ustalenia wspólnego stanowiska i pozostawienie interpretacji tego pojęcia konkretnym systemom prawnym, co powoduje zróżnicowanie w prawodawstwie. Tymczasem odwołując się do idei praw człowieka przysługujących każdemu w równym stopniu, takie zróżnicowanie oznacza, że przynajmniej w części przypadków będą one naruszane przez instrumentalizację prawa, mającą na celu przeforsowanie poglądów etycznych realnych podmiotów tworzących lub stosujących prawo. Problem dotyczy nie tylko prawa do eutanazji czy wspomaganego samobójstwa, choć przykłady te wydają się najbardziej jaskrawe, ale również prawa do prywatności, wolności sumienia i wyznania oraz innych. Z tego względu wskazane byłoby jeśli nie ustalenie wspólnego stanowiska, to przynajmniej wspólne określenie granic interpretacji ludzkiej godności.

Bibliografia

Źródła

Wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 2346/02).

Wyrok ETPCz z dnia 30 września 2014 r. w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii* (skarga nr 67810/10).

Literatura

Arendt H., *Korzenie totalitaryzmu*, tłum. M. Szawiel i D. Ginberg, Krytyka, Warszawa 1993.

Bauman Z., *Plynna nowoczesność*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2006.

Bąk U., *Postmodernizm a religia*, „Konteksty Społeczne” 2015, t. 3, nr 1.

Błachut M., *O końcu praw człowieka*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność – z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Kolonia Limited, Wrocław 2007.

Cichoracki M., *Marksowski materializm historyczny – koncepcja związku między bazą a nadbudową oraz prymatu czynników ekonomicznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, nr 1.

Czekalski R., *Godność osoby ludzkiej – nauczanie Jana Pawła II*, Bel Studio, Warszawa 2007.

Hersch J., *Wielcy myśliciele Zachodu, dzieje filozoficznego zdziwienia*, tłum. K. Wakar, Prószyński i S-ka, Warszawa 2001.

Kant I., *Metafizyczne elementy teorii prawa*, tłum. Cz. Tarnogórski, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Zarys europejskiej filozofii prawa*, Temida 2, Białystok 2001.

Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartberg, Antyk, Kęty 2001.

Maritain J., *Trzej reformatorzy*, tłum. ks. K. Michalski, Fronda, Warszawa 2005.

Mill J.S., *O wolności*, tłum. A. Kurlandzka, PWN, Warszawa 2002.

Niesyty E., *Miejsce i rola personalistycznej koncepcji społeczeństwa demokratycznego w humanizmie integralnym Jacques'a Maritaina*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 2005.

- Pałucki J., *Pojęcie osoby w kościele pierwszych wieków*, [w:] F. Drączkowski, J. Pałucki (red.), *Godność Chrześcijanina w nauczaniu Ojców Kościoła*, Polihymnia, Lublin 1996.
- Picker E., *Godność człowieka a życie ludzkie*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2007.
- Piechowiak M., *Klasyczna koncepcja osoby jako podstawa pojmowania praw człowieka. Wokół św. Tomasa z Akwinu i Immanuela Kanta propozycji ugruntowania godności człowieka*, [w:] P. Dardziński, F. Longchamps de Berier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne – natura prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.
- Rorty R., *Filozofia a zwierciadło natury*, Wydawnictwo Spacja, Warszawa 1994.
- Rorty R., *Przygodność, ironia i solidarność*, tłum. W.J. Popowski, Warszawa 1996.
- Sadowski M., *Godność człowieka i dobro wspólne w papieskim nauczaniu społecznym (1878–2005)*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010.
- Sadurski W., *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7.
- Schaff A., *Alienacja jako zjawisko społeczne*, Książka i Wiedza, Warszawa 1999.
- Singer P., *Etyka praktyczna*, tłum. A. Sagan, Książka i Wiedza, Warszawa 2003.
- Szeroczyńska M., *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie*, Universitas, Kraków 2004.
- Szyszkowska M., *Zarys filozofii prawa*, Temida 2, Białystok 2000.
- Tischner J., *Myślenie według wartości*, Znak, Kraków 2011.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Żelazny M., *Kant dla początkujących*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2008.

Internet

- Jan Paweł II, *Encyklika Evangelium Vitae*, https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_ii/encykliki/evangelium_1.html [dostęp: 02.05.2018].
- Załuski W., *Eutanazja*, <http://etykapraktyczna.pl/encyklopedia/eutanazja> [dostęp: 29.03.2017].

**Prawo porównawcze.
Zagadnienia prawa
międzynarodowego
publicznego**

Виктор Заборовский¹

Ужгородский национальный университет (Украина)

**Правовая природа негативных и позитивных условий
морально-этического характера, которые являются
предпосылкой для получения статуса адвоката
в Украине. Сравнительно-правовой аспект**

**Prawny wymiar negatywnych i pozytywnych przesłanek moralno-etycznych,
warunkujących uzyskanie statusu adwokata na Ukrainie.**

Aspekt prawno-porównawczy

**Legal nature of negative and positive conditions of moral and ethical character,
which are a prerequisite for obtaining the status of a lawyer in Ukraine.**

Comparative legal aspect

Аннотация

Статья посвящена исследованию сущности негативных и позитивных условий морально-этического характера в контексте получения статуса украинского адвоката. В статье раскрываются требования к морально-этическому уровню претендента на занятие адвокатской деятельностью в соответствии с законодательством Украины и других иностранных государств (Польши, Франции, Германии, Республики Беларусь, Российской Федерации, США, Испании), а также в соответствии с международными документами, которые определяют общие принципы адвокатской деятельности. Делается вывод, согласно которому при принятии решения о допуске лица к адвокатской деятельности должны учитываться не только ее формальные знания, но и морально-этический уровень такого лица. Обращается внимание на то, что совершение лицом умышленного тяжкого или особо тяжкого преступления, не должно подвергаться действиям срока давности (судимости), а должно вообще рассматривать в качестве препятствия для получения статуса адвоката в будущем.

Ключевые слова

адвокат; статус адвоката; морально-этический уровень претендента; условия получения статуса адвоката

Streszczenie

Artykuł jest poświęcony analizie zagadnienia negatywnych i pozytywnych uwarunkowań o charakterze moralnym i etycznym w kontekście uzyskania statusu ukraińskiego prawnika. W artykule opisano

¹ К.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса Ужгородского национального университета. Почтовый адрес: ул. Капушанская 26, Ужгород, Украина, 88018, e-mail: zaborovskyyvictor@gmail.com

wymagania dotyczące moralno-etycznego poziomu osoby zamierzającej wykonywać zawód prawnika zgodnie z prawem Ukrainy oraz innych krajów (Polski, Francji, Niemiec, Republiki Białorusi, Federacji Rosyjskiej, Stanów Zjednoczonych, Hiszpanii), a także zgodnie z międzynarodowymi dokumentami, które określają ogólne zasady orzecznictwa. Stwierdza się, że przy podejmowaniu decyzji o dopuszczeniu osoby do praktyki prawnej należy brać pod uwagę nie tylko jej formalną wiedzę, ale także jej poziom moralny i etyczny. Zwraca się uwagę na to, że popełnienie przez osobę umyślnego przestępstwa lub szczególnie poważnego przestępstwa nie powinno podlegać przedawnieniu (rejestr karny), ale generalnie powinno być postrzegane jako przeszkoda w uzyskaniu statusu prawnika w przyszłości.

Słowa kluczowe

adwokat, status adwokata, moralny i etyczny poziom wnioskodawcy, warunki uzyskania statusu adwokata

Abstract

The article is devoted to the study of the essence of negative and positive conditions of moral and ethical character in the context of obtaining the status of a Ukrainian lawyer. The article outlines the requirements for the moral and ethical level of the applicant for practicing law in accordance with the legislation of Ukraine and other foreign countries (Poland, France, Germany, Belarus, Russian Federation, United States, Spain) and in accordance with international documents that determine the general principles of advocacy. It is concluded that when deciding whether to admit a person to legal practice, not only his or her formal knowledge, but also the moral and ethical level of that person should be taken into account. Attention is drawn to the fact that the commission of an intentional grave or especially grave crime by a person should not be subject to the statute of limitations (criminal record), but should generally be regarded as an obstacle to obtaining the status of a lawyer in the future.

Key words

lawyer, the status of a lawyer, moral and ethical level of the applicant, conditions for obtaining the status of a lawyer

Вступ

Одним из важнейших элементов в механизме обеспечения прав и свобод человека и гражданина, несомненно, является правовая помощь, оказываемая адвокатами на профессиональной основе. Возлагая на адвоката обязанность по предоставлению профессиональной правовой помощи, государство должно, с одной стороны, обеспечивать его соответствующим комплексом прав и гарантий, который должен быть достаточным для надлежащего оказания такой помощи, а с другой – учитывая специфику адвокатской деятельности – возлагать на адвоката повышенные требования к его морально-этическому уровню. Актуальность исследования проявляется в том, что при решении вопроса о получении лицом статуса адвоката, должны учитываться положительные и отрицательные условия, в частности морально-этического характера (которые вообще делают невозможным получение указанного статуса, или же должны быть учтены как при его приобретении, так и в процессе осуществления адвокатской деятельности). В то же время украинский законодатель не устанавливает четких требований к морально-этическому уровню претендента

на получение статуса адвоката и не указывает на процедуру определения такого уровня, что обуславливает необходимость учета как опыта зарубежных стран, так и положений международных документов, определяющих основы осуществления адвокатской деятельности.

1. Анализ научных публикаций

Проблема определения сущности негативных и позитивных условий морально-этического характера претендента на получение статуса адвоката была предметом исследований ряда ученых. Среди ученых, которые исследовали отдельные аспекты данной проблемы целесообразно выделить труды А.А. Воронова, А.Д. Бойкова, В.Р. Дюкиной, М.А. Косарева, А.В. Меланчук, М. Молло, Р.Г. Мельниченко, В.А. Попелюшко, А.В. Рагулина, М.Б. Смоленского, И.Ю. Стрельниковой, Д.П. Фиолевського, Д.В. Фролова и других.

2. Цель и задачи статьи

Целью данной статьи является анализ правовой природы негативных и позитивных условий морально-этического характера в контексте получения статуса украинского адвоката. Основными задачами автор ставит перед собой: проанализировать нормативное регулирование как по украинскому законодательству, законодательству зарубежных стран (Польши, Франции, Германии, Республики Беларусь, Российской Федерации, США, Испании), так и в соответствии с международными стандартами адвокатской профессии, касающиеся вопроса определения морально-этического уровня лица, которое изъявило желание получить статус адвоката; и на основе проведенного анализа установить недостатки украинского законодательства в правовом регулировании позитивных и негативных условий морально-этического характера претендента на получение статуса адвоката.

3. Изложение основного материала

Государство, гарантировав в ст. 59 Конституции Украины право на профессиональную правовую помощь, должно обеспечивать и надлежащее ее предоставление, в частности с целью недопущения ситуации, когда такая помощь будет предоставляться лицами, которые не имеют соответствующих профессиональных знаний и навыков, или же моральные качества которых не соответствуют требованиям профессии. В данном случае заслуживает внимания позиция С. Сафулько,

который на основании анализа норм предыдущего Закона Украины «Об адвокатуре» доходил к выводу, что «адвокатура является сегодня слишком легко доступной. Требования к кандидатам выглядят несерьезными, если сравнивать их с требованиями к другим профессиям, например, судей, нотариусов, следователей или прокуроров. Ни в какое сравнение не идут они с требованиями к претендентам в адвокаты в других странах»². Он указывает на то, что имея слабых адвокатов, никогда не будем иметь честного правосудия. Как умело отмечает Д.В. Фролов: «Адвокаты подчинены особенно повышенным требованиям честности и морали, основанные на нравственных критериях и традициях адвокатуры, а также на международных стандартах и правилах адвокатской профессии»³. Итак, мы являемся сторонниками подхода, в соответствии с которым лицо при приобретении статуса адвоката должно иметь высокий не только образовательно-квалификационный, но и морально-этический уровень. Наличие высоких требований морально-этического уровня претендента на получение статуса адвоката связано, прежде всего с тем, что адвокатом может быть только лицо, у которого, за утверждением А. Воронова, в том числе безупречная репутация и солидная профессиональная подготовка⁴.

По нашему убеждению, раскрытие сущности условий получения статуса украинского адвоката, в частности должно осуществляться на основании сравнения с опытом зарубежных стран. Такое сравнение должно осуществляться с целью выявления возможности отечественного порядка приобретения права на занятие адвокатской деятельности гарантировать доступ к адвокатской профессии исключительно тем лицам, квалификация и моральные качества которых могут обеспечить надлежащее предоставление профессиональной правовой помощи. Такая необходимость подтверждается прежде всего утверждением В.Р. Дюкиной, которая на основании анализа законодательства ряда стран-членов ЕС, указывает на совпадение базовых требований к претендентам в адвокаты, отмечая при этом, что «эти требования является гарантом того, что к осуществлению адвокатской деятельности будут допущены только те лица, которые обладают необходимой профессиональной квалификацией, чьи личные и нравственные качества позволяют доверить им выполнение такой важной для каждой демократической страны зада-

² С. Сафулько, *Українська адвокатура: в очікуванні вчорашнього дня*. Право України. 2010. № 3. с. 139.

³ Д. Фролов, *Конституционно-правовое регулирование деятельности адвокатуры в Российской Федерации и в субъектах Российской Федерации*: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.02; 12.00.11. М., 2013. с. 3.

⁴ А. Воронов, *Проблемы профессиональной деформации и информационной безопасности в адвокатской деятельности*. Современное право. 2005. № 4. с. 59.

чи как обеспечение конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи»⁵.

Анализ действующего украинского законодательства об адвокатуре дает нам возможность согласиться с утверждением А.Д. Бойкова о том, что «условия получения статуса адвоката в основном соответствуют требованиям, предъявляемым к адвокатам, как субъектам оказания квалифицированной юридической помощи. Вместе с тем они должны быть дополнены сведениями о моральных качествах претендента»⁶. Автор указывает на необходимость получения более полных сведений о личности претендента на статус адвоката, что подтверждено изучением особенностей дисциплинарных проступков адвокатов, которые носят нередко очевиден аморальный характер. В данном случае нужно учесть, что действующий Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»⁷, по сравнению с предыдущим⁸ делает определенный шаг вперед в этом вопросе, поскольку п. 3 и 4 ч. 2 ст. 6 данного Закона установлен перечень лиц, которые не могут быть адвокатами, в том числе и в связи с приостановлением (лишением права на занятие адвокатской деятельностью) вследствие нарушения присяги. Мы не подвергаем сомнению позитивность такого нововведения, но, по нашему мнению, такое положение вещей в полной мере не удовлетворяет требования по установлению факта наличия у лица, которое изъявило намерение получить статус адвоката, высокого морально-этического уровня. Указанное дает нам возможность согласиться с мнением С.В. Корнеева, который отмечает, что «заботясь об уважении к этой профессии, к лицам, претендующим на присвоение статуса адвоката, квалификационная комиссия должна предъявлять не только высокие требования к профессиональным знаниям, но и учитывать этические, моральные качества кандидата»⁹.

На необходимость учета морально-этических качеств претендента на получение статуса адвоката указывается и в Рекомендациях № 21 Комитета министров Совета Европы от 25 октября 2000 года о свободе осуществления профессии адвоката, в ч. 2 принципа II (Правовое образование, подготовка и вступление в профессии адвоката) которых указывается: «Следует принять все необходимые меры для

⁵ В. Дюкина, *Гражданско-правовое регулирование оказания адвокатских услуг в праве Европейского Союза*: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.03. М., 2014. с. 40.

⁶ А. Бойков, *Статус адвоката: содержание, квалификационные требования и принципы адвокатской деятельности*: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.11. М., 2010. с. 9.

⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. Офіційний вісник України. 2012. № 62.

⁸ Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 року № 2887 XII (втратив чинність). Відомості Верховної Ради України. 1993. № 9. ст. 62.

⁹ С. Корнеев, *Этика – кредо профессиональной деятельности адвоката*. Бизнес в законе. 2009. № 5. с. 263.

того, чтобы обеспечить высокий стандарт правовой подготовки и моральных качеств как обязательного условия вступления в данную профессию, а также обеспечить повышение квалификации адвокатов»¹⁰. Нужно учесть и то, что законодательство ряда зарубежных стран устанавливает высокий морально-этический уровень для лиц, желающих получить статус адвоката, допуская к указанной профессии фактически только тех лиц, которые обладают безупречной репутацией.

Порядок приобретения статуса украинского адвоката регулируется, в частности Разделом 2 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». Так, ч. 1 ст. 6 данного Закона предусмотрено, что адвокатом может быть физическое лицо, имеющее высшее юридическое образование, которое владеет государственным языком, имеет стаж работы в области права не менее двух лет, сдавшее квалификационный экзамен, прошло стажировку (кроме случаев, установленных настоящим Законом), составило присягу адвоката Украины и получило свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью. В ч. 2 этой же статьи указано на перечень лиц, которые не могут получить статус адвоката. Кроме этого, ст. 7 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» предусмотрены виды деятельности, несовместимой с адвокатской.

Учитывая критерий, что использует А.В. Меланчук¹¹, которая условия приобретения статуса присяжного поверенного разделяет на две категории (положительные и отрицательные), можно сделать вывод, что Законом Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» предусмотрены как положительные (ч. 1 ст. 6 Закона), так и негативные условия для получения статуса адвоката (ч. 2 ст. 6 Закона), а также негативные условия для осуществления адвокатской деятельности (ст. 7 Закона).

Большинство негативных условий получения статуса украинского адвоката, предусмотренных в ч. 2 ст. 6 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», а именно три из четырех, непосредственно связанные с требованиями морально-этического характера.

Так, одним из негативных условий для получения права на занятие адвокатской деятельностью является наличие у лица непогашенной или неснятой судимости за совершение тяжкого, особо тяжкого преступления, а также преступления средней тяжести, за которое назначено наказание в виде лишения свободы. Такое положение украинского законодателя, по утверждению И.Ю. Стрельниковой вы-

¹⁰ Recommendation № R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer, adopted by the Committee of Ministers on 25 October 2000 at the 727th meeting of the Ministers' Deputies. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2> [дата доступа 28.08.2017].

¹¹ А. Меланчук, *Порядок одержання дозволу на заняття адвокатською діяльністю в дореволюційній Росії та сучасній Україні: порівняльний аналіз*. Університетські наукові записки. 2013. № 1. С. 353. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2013_1_53 [дата доступа 28.08.2017].

зывает реакцию «удивления», поскольку «если обратить свой взгляд на исторический путь развития адвокатуры, то мы увидим, что ранее в адвокатуру допускали только человека «благородного» происхождения, а сегодня – преступников. Кажется, такие крайности не в пользу адвокатуры, если мы хотим, чтобы к ней относились с доверием как к высокоразвитому институту гражданского общества»¹². Следует отметить, что условие о невозможности получить статус адвоката лицом, имеющим судимость (при этом, без какой-либо дополнительной квалификации) содержалось и в предыдущем Законе Украины «Об адвокатуры» (ч. ст. 2). Наличие неснятой и непогашенной судимости является препятствием для приобретения и статуса судьи (п. 3 ч. 2 ст. 69 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»¹³), прокурора (п. 3 ч. 5 ст. 27 Закона Украины «О прокуратуре»¹⁴) и нотариуса (ч. 2 ст. 3 Закона Украины «О нотариате»¹⁵), к тому же без всякой дополнительной квалификации учитывая степень тяжести совершенного преступления.

Для определения нашего отношения к указанному негативному условию для получения статуса адвоката, считаем необходимым, прежде всего исследовать опыт зарубежных стран. Так, французский законодатель исходит из того, что статус адвоката не может получить лицо, если оно была субъектом совершения действий, которые привели к судимости за действия, противоречащие чести, порядочности и нравственности, а также субъектом таких же действий, что стали основанием для применения дисциплинарных или административных взысканий в виде увольнения, исключения из членов, отзвывы, аннулирование регистрации или лицензии (п. 4 и 5 ч. 1 ст. 11 Закона «Относительно реформы некоторых судебных и юридических профессий» от 21 декабря 1971 № 71-1130¹⁶). Высокие требования к морально-этическому уровню французских адвокатов были связаны с тем, что еще в Правилах адвокатской профессии во Франции, первая редакция которых была разработана М. Молло в 1842 году отмечалось, что «достоинство частного человека есть личное достояние; достоинство адвоката есть достояние всего

¹² І. Стрельникова, *Деякі нововведення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»*. Юридична осінь 2012 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (м. Харків, 13 листопада 2012 р.). Х.: Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. с. 67.

¹³ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII. Офіційний вісник України. 2016. № 56. ст. 9.

¹⁴ Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 2-3. ст. 54.

¹⁵ Про нотаріат : Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 39. ст. 383.

¹⁶ *Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques* : Loi du 31 décembre 1971 № 71-1130. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396> [дата доступа 28.08.2017].

состава»¹⁷. Заслуживает внимания и позиция немецкого законодателя, который отказывает в предоставлении разрешения на занятие адвокатской деятельностью, в том числе и в случае, если претендент своими действиями показал, что он недостойн профессии адвоката (п. 5 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатуре»¹⁸). Законодатели некоторых стран придерживаются позиции, согласно которой претендовать на получение статуса адвоката не имеют права лица, имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершение только умышленного преступления (п. 2 ч. 2 ст. 9 Федерального закона Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹⁹, ст. 33 Закона Республики Армения «Об адвокатуре»²⁰). Такая позиция была предложена и в проекте Закона Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»», который был обнародован Министерством юстиции Украины 3 июня 2014 года²¹. Нужно обратить внимание и на опыт молдавского законодателя, который не допускает к адвокатской профессии не только лиц, имеющих непогашенную судимость за совершение преступлений, но и лиц, ранее осужденных за умышленные тяжкие, особо тяжкие или чрезвычайно тяжкие преступления независимо от погашения судимости (ч. 3 ст. 10 Закона Республики Молдова «Об адвокатуре»²²).

По нашему мнению, основной целью, которой должен руководствоваться законодатель при формировании вышеуказанного негативного условия, должен быть именно недопуск к адвокатской профессии только того лица, которое своими действиями показывает, что оно недостойно вообще или в течение определенного времени заниматься адвокатской деятельностью. Учитывая основное назначение и правовую сущность адвокатуры, а также требования, которые должны относиться к претенденту на получение статуса адвоката (в частности, к его морально-этическому уровню), мы считаем, что квалифицирующим признаком должен выступать не столько степень тяжести совершенного преступления, как вообще

¹⁷ М. Молло, *Правила адвокатской профессии во Франции : пер. с франц.* М.: Издание Н.П. Шубинского, 1894. с. 16.

¹⁸ Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf> [дата доступа 28.08.2017].

¹⁹ Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации : Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ. Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. ст. 2102.

²⁰ Об адвокатуре: Закон Республики Армения от 14 декабря 2004 года. <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2255&lang=rus> [дата доступа 28.08.2017].

²¹ Проект Закона Украины «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», який був оприлюднений Міністерством юстиції України 3 червня 2014 року. http://zib.com.ua/ru/print/88082_proekt_zakona_o_vnesenii_izmeneniy_v_zakon_ukraini_ob_advoka.html [дата доступа 28.08.2017].

²² Об адвокатуре: Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 года № 1260. <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2> [дата доступа 28.08.2017].

возможность дальнейшего занятия таким лицом адвокатской деятельностью без нанесения им вреда авторитету адвокатуры. По нашему мнению, например совершение лицом умышленного тяжкого или особо тяжкого преступления, не должно подвергаться действиям срока давности (судимости), а должно вообще рассматривать в качестве препятствия для получения статуса адвоката в будущем.

По нашему убеждению, препятствием в приобретении статуса адвоката должно быть не только совершение лицом преступления, но и иного деяния, которое свидетельствовало о его недостойности занятия профессии адвоката. Так, согласно польскому законодательству адвокатом может быть только лицо, которое владеет безупречным характером и поведение которого гарантирует надлежащую профессиональную адвокатскую практику (ст. 65 Закона Республики Польша «Право об адвокатуре»²³). Интересной является и позиция молдавского законодателя, который среди оснований отказа в удовлетворении заявления претендента на получение статуса адвоката, указывает и на то, что такое лицо не имеет безупречную репутацию, в том числе и в случаях, когда оно нарушило основные права и свободы человека, что установлено решением судебной инстанции или его поведение не соответствует нормам Кодекса этики адвоката (ст. 10 Закона Республики Молдова «Об адвокатуре»²⁴).

Большое внимание моральным качествам лица, которое изъявило желание стать адвокатом уделяется и в законодательстве США. Условия допуска к адвокатской деятельности определяются законодательством того штата, на территории которого адвокат планирует осуществлять свою деятельность. Для этого создается специальная комиссия, состоящая как правило из практикующих юристов, и которая решает вопрос о допуске адвоката к адвокатской деятельности. При этом, как отмечают ряд ученых, такая комиссия при решении вопроса о допуске лица к адвокатской деятельности «исходит из моральных качеств кандидата и результатов проводимого ею экзамена»²⁵. Мы разделяем такое утверждение ученых, поскольку например, в Кодексе профессиональной ответственности адвокатов Нью-Йорке (п. 1.2 Канона 1 «Этические соображения»)²⁶ и Канонах этики адвокатов штата

²³ Prawo o adwokaturze: ustawa z dnia 26 maja 1982 r. <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19820160124> [дата доступа 28.08.2017].

²⁴ Об адвокатуре: Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 года № 1260. <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2> [дата доступа 28.08.2017].

²⁵ *Адвокатская деятельность: учебно-практическое пособие*. Под общ. ред. В. Буробина. 2-е изд., перераб. и допол. М.: «ИКФ «ЭКМОС», 2003. с. 216; М. Смоленский, *Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации*. Ростов-на-Дону: «Феникс», 2004. с. 205; М. Косарев, *Правовой статус адвоката в иностранных государствах*. Право и политика. 2006. № 11. с. 138.

²⁶ New York Lawyer's Code of Professional Responsibility https://www.law.cornell.edu/ethics/ny/code/NY_CODE.HTM [дата доступа 28.08.2017].

Джорджия (п. 1.2 канонов)²⁷ четко закреплены положения, в которых указывается, что общественность должна быть защищена от тех, кто не квалифицирован, чтобы быть адвокатами по причине дефицита в сфере образования или уровня морали или других соответствующих факторов, но, тем не менее, кто стремится к практике. Кроме этого, как отмечают Е. Моузер и К. Губак, составители Комплексного указателя требований для поступающих в адвокатуру в 2016 году (на основании результатов Национальной конференции экзаменаторов адвокатов и Американской ассоциации адвокатов)²⁸ в большинстве штатов США установлены те или иные требования не только к образованию, но и к морально-этическому уровню претендента на получение статуса адвоката. О наличии двух критериев (моральные качества и результаты экзамена) при решении вышеуказанной комиссией вопроса о допуске лица к адвокатской деятельности указывает и Р. Мельниченко. При этом он отмечает, что «перед проведением экзамена комиссия исследует документы, которые подаются самим кандидатом. Если в комиссии возникнут какие-либо сомнения по поводу правдивости предоставленной информации, она вправе провести негласную проверку полученных данных»²⁹.

Одним из негативных условий для получения статуса адвоката есть и факт освобождения лица от должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, с государственной службы или службы в органах местного самоуправления за нарушение присяги, совершение коррупционного правонарушения – в течение трех лет со дня такого освобождения. По нашему мнению, такое положение не лишено недостатков, поскольку украинским законодателем безосновательно ограничено как круг субъектов совершения таких деяний (совершения коррупционного правонарушения), так и сам срок действия такого ограничения.

Следует обратить внимание на то, что законодательством некоторых стран вообще не устанавливается срок давности в случае совершения лицами указанных правонарушений. К примеру, немецкий законодатель отмечает, что к адвокатской деятельности не допускается и лицо, которое на основании судебного решения была освобождено от должности судьи или по решению дисциплинарного суда была освобождена из органов правосудия (п. 5 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатуре»³⁰). Интересной является и позиция молдавского законодателя, в соот-

²⁷ Canons of Ethics State Bar of Georgia. <https://www.gabar.org/barrules/handbookdetail.cfm?what=rule-amp;id=3> [дата доступа 28.08.2017].

²⁸ E. Moeser, J. Guback, *Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements 2016*. Madison: National Conference of Bar Examiners and American Bar Association, 2016. p. 4-6, 10, 15, 24, 40-41.

²⁹ Р. Мельниченко, *Адвокатура России и зарубежных стран: учебник для вузов*. Волгоград: Издательство «ПринТерра», 2007. с. 67.

³⁰ Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf> [дата доступа 28.08.2017].

ветствии с которой к адвокатской профессии не допускается не только лица, которые были уволены по компрометирующим основаниям из правоохранительных органов, с должности судьи, нотариуса, юрисконсульта или государственного служащего, а также и лица, нарушившие основные права и свободы человека, что установлено решением судебной инстанции (ч. 3 ст. 10 Закона Республики Молдова «Об адвокатуре»³¹). Что касается украинского законодателя, то он не устанавливает такой срок для лица, которое изъявило желание приобрести статус прокурора, отмечая, что не может быть назначено на такую должность лицо, на которое накладывалось административное взыскание за совершение коррупционного правонарушения (п. 3 ч. 5 ст. 27 Закона Украины «О прокуратуре»). Учитывая цель формирования указанных негативных условий для приобретения статуса адвоката, считаем, что позиции немецкого и молдавского законодателей имеют право на существование, но, по нашему мнению, являются слишком жесткими. По нашему убеждению, в этом случае может быть применено положение, содержащееся в проекте Закона Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»», в котором отмечается, что не может быть адвокатом в том числе лицо, которое: в течение последних пяти лет привлекалась к административной ответственности за совершение коррупционного правонарушения; освобождено от должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, с государственной службы или службы в органах местного самоуправления за нарушение присяги, совершение коррупционного правонарушения – в течение пяти лет со дня такого освобождения.

Еще одним негативным условием для получения статуса адвоката является лишение лица права на занятие адвокатской деятельностью, – в течение двух лет со дня принятия решения о прекращении такого права. Нужно обратить внимание на то, что законодатели большинства стран используют такое негативное условие для получения статуса адвоката, при том, большинство из них имеют разное отношение именно о сроке действия такого ограничения. Например, немецкий законодатель исходит из необходимости истечения не менее 8-летнего срока с момента вступления решения суда об исключении лица из адвокатуры в законную силу (п. 3 ст. 7 вышеуказанного Федерального закона «Об адвокатуре»). Законодательство Республики Молдова вообще не указывает на такой срок, отмечая, что адвокатом не может быть лицо, которое было ранее исключено из адвокатуры или лишено лицензии на оказание юридической помощи по компрометирующим основаниям (ч. 3 ст. 10 Закона Республики Молдова «Об адвокатуре»). По законода-

³¹ Об адвокатуре: Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 года № 1260. <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2> [дата доступа 28.08.2017].

тельству Бельгии (согласно ст. 472 Судебного кодекса Бельгии от 10 октября 1967 года³²) предусмотрено, что лицо, которое было лишено звания адвоката, не может быть зарегистрировано и внесено в список адвокатов, в том числе и стажеров в любой стране-члене Европейского Союза до истечения срока в десять лет с даты принятия такого решения, кроме исключительных обстоятельств. По истечении шести лет адвокат наделяется правом обратиться за помилованием к Дисциплинарной или Апелляционной комиссии (в орган, который принимал такое решение), которая выносит мотивированное решение, что не подлежит обжалованию. Кроме этого, регистрация лица в качестве адвоката разрешается только после мотивированного заключения Совета адвокатов, к которой адвокат принадлежал. По нашему мнению, такой срок, подобно выше упомянутому отрицательному условию для получения статуса адвоката, должен составлять не менее пяти лет.

Указанное дает нам возможность прийти к выводу, что большинство законодателей зарубежных стран при принятии решения о допуске лица к адвокатской профессии учитывают и морально-этический уровень лица, в частности совершения им аморальных проступков, которые дискредитировали его профессиональную деятельность в предыдущей трудовой деятельности. Учитывая указанное, мы придерживаемся позиции, согласно которой не могут претендовать на получение статуса адвоката лица, которые уже были лишены соответствующего статуса или были освобождены, например, с должности судьи, прокурора или государственного служащего в результате совершения ими аморального проступка, который причинил значительный ущерб авторитету адвокатуры (соответственно авторитету правосудия, прокуратуры или государственной службы). Показательным в данном случае является положение ч. 4 ст. 69 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», согласно которому не может претендовать на должность судьи, в частности лицо, которое было ранее освобождено от должности судьи за: совершение существенного дисциплинарного проступка; грубое или систематическое пренебрежение обязанностями, что несовместимо со статусом судьи; нарушение требований относительно несовместимости; в связи со вступлением в законную силу обвинительного приговора в отношении такого лица.

Положительными условиями приобретения лицом статуса адвоката является наличие полного высшего юридического образования, владение государственным языком, стаж работы в области права не менее двух лет, сдача квалификационного экзамена, прохождения стажировки, принесение присяги адвоката Украины и получения свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью. Следовательно,

³² Le Code judiciaire du 10 octobre 1967. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud> [дата доступа 28.08.2017].

одной из важных составляющих приобретения такого статуса является сдача квалификационного экзамена, который представляет собой аттестацию лица, которое изъявило желание стать адвокатом и заключается в выявлении теоретических знаний в области права, истории адвокатуры, адвокатской этики такого лица, а также в выявлении уровня его практических навыков и умений в применении закона. Исследуя сущность указанного экзамена, мы обращали внимание на то, что основными недостатками его проведения в соответствии с украинским законодательством является, во-первых, процедура сдачи квалификационного экзамена (обосновывается целесообразность составления двух квалификационных экзаменов, а именно «вступительного» и «выпускного»), а во-вторых, обращается внимание на то, что целью первого («вступительного») экзамена, наряду с определением профессионального уровня претендента, должно быть и выяснение его морально-этического уровня (в частности, путем прохождения психологического тестирования)³³.

Так, при исследовании вопроса о морально-этическом уровне претендента на получение статуса адвоката, актуальным остается и вопрос о процедуре определения такого уровня. Поэтому при принятии лица в когорту адвокатов, как отмечает А.Т. Филиппова «необходимо разработать методы профессиональной, мотивированной оценки личности при поступлении в адвокатуру. Отсутствие соответствующих психологических тестов и других приемов профессионального отбора будущих адвокатов сказывается на их профессиональной деятельности и, соответственно, влияет на уровень предоставленной квалифицированной юридической помощи»³⁴. О целесообразности разработки методов оценки профессионального, мотивированного отбора личности при поступлении в адвокатуру указывает и А.А. Воронов, который тоже в качестве одного из вариантов предлагает проводить проверку претендентов на приобретение статуса адвоката с помощью психологического тестирования. Как отмечает ученый: «Именно психологический отбор будущих адвокатов методом тестирования даст возможность получить объективные данные об особенностях личности претендентов, их способности к надлежащей деятельности в системе адвокатуры, что, соответственно, положительно скажется на получении физическими и юридическими лицами квалифицированной юридической помощи»³⁵. Кроме этого, А.А. Вороновым были определены в обобщенном виде требования к адвокату,

³³ В. Заборовский, *Правовая природа квалификационного экзамена на получение статуса украинского адвоката*. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1 (62). с. 88-93; В. Заборовский, *Некоторые проблемные аспекты сдачи квалификационного экзамена на получение статуса адвоката по законодательству Украины и зарубежных стран*. Право.бу. 2017. № 2 (46). с. 107-112.

³⁴ А. Филиппова, *Некоторые проблемы современного положения адвокатов*. Адвокат. 2008. № 6. с. 24.

³⁵ А. Воронов, *Роль адвокатуры в реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь* : автореф дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.11. М., 2008. с. 16-17.

которые влияют на его способность оказывать юридическую помощь на профессиональной основе. В аспекте данного вопроса необходимо учитывать и позицию А.В. Рагулина и М.С. Шайхулина³⁶, которые отмечают, что критерии оценки морального облика претендента должны быть разработаны с учетом тенденций дисциплинарной практики, касающейся оснований ответственности адвокатов.

Следует обратить внимание на то, что в юридической литературе имеется и точка зрения, согласно которой «в адвокатуру следует принимать, опираясь не на формальные знания, а на личные качества соискателя»³⁷. В полной мере не разделяя такой точки зрения, все же, по нашему мнению, она имеет право на существование, поскольку по нашему убеждению, лицо, которое не уважает закон и права человека не сможет должным образом обеспечить реализацию и защиту прав, свобод и интересов другого лица, являющегося высшей социальной ценностью. В данном случае мы исходим из того, что «адвокат должен быть образцом моральной чистоты и безукоризненного поведения»³⁸, а «обеспечение высокого престижа адвокатуры в глазах общества можно достичь только моральной безупречностью и слова, и дела»³⁹.

Одним из положительных условий получения статуса адвоката является принесения им присяги, анализируя текст которой (ст. 11 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»), можно сделать вывод, что в основе поведения адвоката заложены, не только правовые, но и этические нормы поведения и принципы деятельности адвоката (верховенства права, законности, независимости, конфиденциальности), несоблюдение которых образует факт нарушения присяги. Поэтому, принимая присягу, адвокат возлагает на себя не только определенные профессиональные обязательства, но и моральную ответственность за их выполнение. Учитывая тот факт, что несоблюдение же всех или любого из этих требований Закона, является нарушением присяги, за что к адвокату может быть применено дисциплинарное взыскание, считаем необходимым более точное формирование объективной стороны данного правонарушения, а сам текст присяги должен быть более лаконичным и ограниченным по размеру. Существующее положение вещей приводит к тому, что «почти каждое нарушение может рассматриваться и как нарушение присяги»⁴⁰.

³⁶ А. Рагулин, М. Шайхуллин, *Современные проблемы и тенденции профессионального развития адвоката*. Евразийская адвокатура. 2013. № 5 (6). с. 44.

³⁷ А. Воробьев, А. Поляков, Ю. Тихонравов, *Теория адвокатуры: монография*. М.: «Грантъ», 2002. с. 320.

³⁸ М. Смоленский, *Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации*. Ростов-на-Дону: «Феникс», 2004. с. 20.

³⁹ *Адвокатская деятельность и адвокатура в России : учебник для бакалавров*. Под ред. И. Трунова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2014. с. 439-440.

⁴⁰ Д. Фиолевський, *Адвокатура: підручник*. 3-тє вид., випр. і доп. К.: Алерта, 2014. с. 190.

В данном случае, следует использовать опыт французского законодателя, который более лаконично излагает текст присяги, а именно такого содержания: «Как адвокат, я клянусь выполнять свои обязанности с достоинством, честностью, независимостью, порядочностью и гуманностью» (ст. 3 Закона «относительно реформы некоторых судебных и юридических профессий»⁴¹). Из подобных позиций выходит и российский законодатель, который закрепляет текст присяги следующего содержания: «Торжественно клянусь честно и добросовестно исполнять обязанности адвоката, защищать права, свободы и интересы доверителей, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и кодексом профессиональной этики адвоката» (ч. 2 ст. 13 Федерального закона Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»⁴²). Кроме этого, следует учесть, что в перечне случаев, за совершение которых может быть прекращено статус адвоката (ч. 2 ст. 17 указанного Федерального закона), никоим образом не предусмотрено такой случай как нарушение адвокатом присяги. Данный подход соответствует традициям большинства демократических стран, и как отмечает А.В. Маляренко, анализируя проблемы дисциплинарной ответственности судей за нарушение присяги, «в развитых демократических странах значение присяги судей как таковой не идеализируют. Ее прежде всего рассматривают как некий торжественный традиционный акт, наделяющий это событие большим символическим значением, поскольку эффективность присяги зависит не столько от ее содержания или объема текста, как от самих судей, их правовой культуры, правосознания, нравственности и многих других качеств»⁴³. Подобной точки зрения придерживается и С. Сафулько, который указывает на то, что принятие адвокатом присяги «должно быть актом торжественным, который бы запомнился в сознании адвоката на всю жизнь. Ее текст должен быть на центральном месте в офисе адвоката, чтобы каждый, кто придет, мог напомнить адвокату о ней»⁴⁴.

Считаем, из подобных позиций должен выходить и украинский законодатель, который не должен рассматривать нарушение присяги адвокатом в качестве самостоятельного основания привлечения последнего к дисциплинарной ответственности, санкции за которое будет прекращение права на занятие адвокатской деятельностью, а ответственность в данном случае должна иметь исключительно морально-правовой характер.

⁴¹ Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : Loi du 31 décembre 1971 № 71-1130. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396> [дата доступа 28.08.2017].

⁴² Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации : Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ. Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. ст. 2102.

⁴³ А. Маляренко, *Про присягу судді та відповідальність за її порушення*. Вісник Верховного Суду України. 2012. № 2. с. 29.

⁴⁴ С. Сафулько, *Присяга як складова статусу адвоката*. Юридичний вісник України. 2014. № 33. с.12.

4. Выводы

Учитывая указанное, мы приходим к выводу, что при принятии решения о допуске лица к адвокатской деятельности должны учитываться не только его формальные знания, но и морально-этический уровень такого лица. Такой уровень, по нашему мнению, должен определяться, в частности, путем анализа предыдущей трудовой деятельности претендента на отсутствие аморальных поступков, которые бы дискредитировали его профессиональную деятельность и составлением им наряду с тестированием на установление профессионального уровня претендента и психологического тестирования.

Не могут претендовать на получение статуса адвоката лица, которые уже были лишены соответствующего статуса или были освобождены, например, с должности судьи, прокурора или государственного служащего в результате совершения ими аморального проступка, который причинил значительный ущерб авторитету адвокатуры (соответственно авторитету правосудия, прокуратуры или государственной службы). Не может быть адвокатом, в том числе и лицо, которое: в течение последних пяти лет привлекалось к административной ответственности за совершение коррупционного правонарушения; освобождено от должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, с государственной службы или службы в органах местного самоуправления за нарушение присяги или совершения коррупционного деяния. Кроме этого, совершение лицом умышленного тяжкого или особо тяжкого преступления, не должно подвергаться действиям срока давности (судимости), а должно вообще рассматривать в качестве препятствия для получения статуса адвоката в будущем.

Библиография

- Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf> [дата доступа 28.08.2017].
- Canons of Ethics State Bar of Georgia <https://www.gabar.org/barrules/handbookdetail.cfm?what=rule-&id=3> [дата доступа 28.08.2017].
- Le Code judiciaire du 10 octobre 1967. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud> [дата доступа 28.08.2017].
- New York Lawyer's Code of Professional Responsibility https://www.law.cornell.edu/ethics/ny/code/NY_CODE.HTM [дата доступа 28.08.2017].
- Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : Loi du 31 décembre 1971 № 71-1130. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396> [дата доступа 28.08.2017].

- Prawo o adwokaturze: Ustawa z 26 maja 1982 r. <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19820160124> [дата доступа 28.08.2017].
- Recommendation № R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer, adopted by the Committee of Ministers on 25 October 2000 at the 727th meeting of the Ministers' Deputies. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2> [дата доступа 28.08.2017].
- Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации : Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ. Собрание законодательства РФ. 2002. № 23.
- Об адвокатуре: Закон Республики Армения от 14 декабря 2004 года. <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2255&lang=rus> [дата доступа 28.08.2017].
- Об адвокатуре: Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 года № 1260. <http://lex.justice.md/view-doc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2> [дата доступа 28.08.2017].
- Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. Офіційний вісник України. 2012. № 62.
- Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 року № 2887-XII (втрагив чинність). Відомості Верховної Ради України. 1993. № 9.
- Про нотариат : Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 39.
- Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 2-3.
- Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII. Офіційний вісник України. 2016. № 56.
- Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», який був оприлюднений Міністерством юстиції України 3 червня 2014 року http://zib.com.ua/ru/print/88082-proekt_zakona_o_vnesenii_izmeneniy_v_zakon_ukraini_ob_advoka.html [дата доступа 28.08.2017].
- Moeser E., Guback J., *Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements 2016*. Madison: National Conference of Bar Examiners and American Bar Association, 2016.
- Адвокатская деятельность и адвокатура в России : учебник для бакалавров*. Под ред. И. Трунова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2014.
- Адвокатская деятельность: учебно-практическое пособие*. Под общ. ред. В.Буробина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: «ИКФ «ЭКМОС», 2003.
- Бойков А., *Статус адвоката: содержание, квалификационные требования и принципы адвокатской деятельности*: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.11. М., 2010.
- Воробьев А., Поляков А., Тихонравов Ю., *Теория адвокатуры: монография*. М.: «Грантъ», 2002.
- Воронов А., *Проблемы профессиональной деформации и информационной безопасности в адвокатской деятельности*. Современное право. 2005. № 4.
- Воронов А., *Роль адвокатуры в реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь* : автореф дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.11. М., 2008.
- Дюкина В., *Гражданско-правовое регулирование оказания адвокатских услуг в праве Европейского Союза*: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.03. М., 2014.

- Заборовский В., *Некоторые проблемные аспекты сдачи квалификационного экзамена на получение статуса адвоката по законодательству Украины и зарубежных стран*. Право.бу. 2017. № 2 (46).
- Заборовский В., *Правовая природа квалификационного экзамена на получение статуса украинского адвоката*. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1 (62).
- Корнеев С., *Этика – кредо профессиональной деятельности адвоката*. Бизнес в законе. 2009. № 5.
- Косарев М., *Правовой статус адвоката в иностранных государствах*. Право и политика. 2006. № 11.
- Маляренко А., *Про присягу судді та відповідальність за її порушення*. Вісник Верховного Суду України. 2012. № 2.
- Меланчук А., *Порядок одержання дозволу на заняття адвокатською діяльністю в дореволюційній Росії та сучасній Україні: порівняльний аналіз*. Університетські наукові записки. 2013. № 1. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2013_1_53 [дата доступа 28.08.2017].
- Мельниченко Р., *Адвокатура России и зарубежных стран: учебник для вузов*. Волгоград: Издательство «ПринТерра», 2007.
- Молло М., *Правила адвокатской профессии во Франции : пер. с франц.* М.: Издание Н.П. Шубинского, 1894.
- Рагулин А., Шайхуллин М., *Современные проблемы и тенденции профессионального развития адвоката*. Евразийская адвокатура. 2013. № 5.
- Сафулько С., *Присяга як складова статусу адвоката*. Юридичний вісник України. 2014. № 33.
- Сафулько С., *Українська адвокатура: в очікуванні вчорашнього дня*. Право України. 2010. № 3.
- Смоленский М., *Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации*. Ростов-на-Дону: «Феникс», 2004.
- Стрельникова І., *Деякі нововведення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»*. Юридична осінь 2012 року : зб. тез доп. та наук. повідомл. всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів (м. Харків, 13 листопада 2012 р.). Х.: Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012.
- Филиппова А., *Некоторые проблемы современного положения адвокатов*. Адвокат. 2008. № 6.
- Фіолевський Д., *Адвокатура: підручник*. 3-тє вид., випр. і доп. К.: Алерта, 2014.
- Фролов Д., *Конституционно-правовое регулирование деятельности адвокатуры в Российской Федерации и в субъектах Российской Федерации: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.02; 12.00.11*. М., 2013.

Zuzanna Witek

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Czynniki wpływające na naruszanie bezstronności sędziowskiej przez sędziów trybunałów międzynarodowych

Factors influencing judicial impartiality of international tribunals' judges

Streszczenie

Bezstronność sędziowska, stanowiąca podstawę funkcjonowania międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości, to z jednej strony obowiązek sędziego, a z drugiej fundamentalne prawo stron postępowania do rzetelnego procesu.

W niniejszym artykule poruszam problematykę bezstronności sędziowskiej w praktyce, wskazując motywy, które wpływają na stronnicze zachowania sędziów podczas orzekania w trybunałach międzynarodowych.

Czynniki wpływające na naruszanie bezstronności sędziowskiej podzieliłam na pięć grup, w zależności od źródeł ich powstania, to jest: czynniki związane z działalnością sędziego, czynniki związane z tożsamością sędziego, czynniki związane z układem geopolitycznym, czynniki ekonomiczno-polityczne oraz czynniki związane z przepisami proceduralnymi obowiązującymi w danym trybunale międzynarodowym. W niniejszej pracy poddam analizie pierwsze dwie grupy czynników mogących wpływać na stronniczość sędziowską.

Na podstawie przeprowadzonej analizy czynników wpływających na naruszanie bezstronności przez sędziów trybunałów międzynarodowych stwierdzam, że w znacznym stopniu wpływają one na stronniczość orzecznictwa. Powołane badania nie wykazały jednak, że podczas naruszania zasady bezstronności sędziowie zawsze czynią to w sposób świadomy. W znacznej liczbie przypadków podstaw stronniczości można dopatrywać się w mechanizmach psychologicznych oraz prawidłowościach socjologicznych.

Słowa kluczowe

bezstronność sędziowska, stronniczość sędziowska, sędziowie międzynarodowi, sądownictwo międzynarodowe, MTS, MTK, ETPCz

Abstract

Can international judges be relieved of the duty to resolve disputes impartially? If not, what are the sources of their bias? Whereas the impartiality of international judges is an essential issue for the international rule of law, do factors affecting judicial bias actually exist?

This article explores the conditions which might impinge the partiality of international judges. In this article I focus on practical aspects of judicial impartiality, analyzing the motives which affect the biased acts of international judges. I have divided the factors influencing judicial impartiality into five groups, depending on their origins: factors connected with judge's activity, factors connected with

judge's identity, factors connected with geopolitical situation, economical-political factors and factors arising from procedural provisions of each tribunal. In this work I will be analyzing the first two groups of factors influencing judicial impartiality.

This article seeks to make a contribution to outlining these factors on the basis of applicable law, existing case law and best practices. My observations are also related to sociological and psychological aspects which can influence the behaviour of a judge in the process of giving rulings in an international tribunal.

Key words

judicial impartiality, judicial partiality, bias, international judges, international judiciary, ICJ, ICC, ECHR

Wstęp

Bezstronność sędziowska, stanowiąca podstawę funkcjonowania międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości, to z jednej strony obowiązek sędziego, a z drugiej fundamentalne prawo stron postępowania do rzetelnego procesu. Autorytet orzeczeń trybunałów międzynarodowych oparty jest na założeniu, iż zapadłe wyroki zostały wydane przez znamienitych sędziów, będących niezależnymi i bezstronnymi arbitrami, orzekających wyłącznie na podstawie obowiązujących norm prawnych, a tam, gdzie przepisy pozostawiają pewien luz decyzyjny, orzekających na podstawie dyskrecjonalnej władzy sędziego, mającej swe źródło w moralnym poczuciu sprawiedliwości, które jest niezależne od jakichkolwiek czynników zewnętrznych.

Problematyka bezstronności sędziowskiej stała się przedmiotem rozważań doktryny wraz z powstawaniem międzynarodowych organów judykatury¹. Wówczas podjęto dyskusję, w jaki sposób powinny zostać ukształtowane normy prawne dotyczące niezależności i bezstronności sędziowskiej, zwłaszcza w odniesieniu do odpowiedniego sformułowania przepisów statutów i regulaminów międzynarodowych organów orzeczniczych². Samej konceptualizacji bezstronności sędziowskiej specjalistyczna literatura przedmiotu swą uwagę poświęca od niedawna. Coraz częściej rozważania teoretyków prawa mają za przedmiot bezstronność sędziowską (pojęcie) widzianą w ramach prawnych (zasada). Taki pogląd przedstawił m.in. prof. Jan Kolasa, uznając bezstronność sędziowską za ogólną zwyczajową zasadę prawa międzynarodowego, w rozumieniu art. 38 pkt 1 c Statutu MTS³.

Na podstawie wcześniej przeprowadzonej analizy wybranych aktów prawnych, orzecznictwa oraz bogatego dorobku doktryny prawniczej podjęłam próbę sporządzenia

¹ J. Kolasa, *Niezależność sędziego międzynarodowego. Zarys problemu*, [w:] J. Kolasa (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. II, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 11.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, s. 12.

kompleksowej, uniwersalnej definicji pojęcia bezstronności sędziowskiej⁴. Według mnie bezstronność sędziowska stanowi takie zachowanie sędziego, które począwszy od pierwszej czynności postępowania przygotowawczego aż do momentu wydania orzeczenia w sprawie, charakteryzuje się brakiem przychylności lub wrogości wobec jednej ze stron postępowania oraz podejmowaniem wszelkich czynności w sprawie, w tym wydania ostatecznego orzeczenia, wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa, podstawowych zasad logiki oraz wewnętrznych przekonań sędziego, które mają swe źródło w moralnym poczuciu sprawiedliwości⁵.

Na pytanie o to, co wpływa na treść orzeczeń wydanych przez sędziów, można by odpowiedzieć: prawo⁶ oraz udowodnione fakty. W rzeczywistości odpowiedź ta jest nie tyle błędna, co niedokładna. Nie zawsze na podstawie określonego stanu faktycznego możliwe jest wydanie orzeczenia wyłącznie w oparciu o obowiązujące regulacje prawne. Bardzo często dochodzi do wyrokowania nie na podstawie przepisów prawnych czy innych źródeł prawa, lecz na podstawie dyskrecjonalnej władzy sędziego, to znaczy według swobodnej oceny sprawy czy własnego uznania mającego swe źródło w poczuciu sprawiedliwości. Innym możliwym modelem jest wydanie orzeczenia na podstawie ogólnych, czasem niejednoznacznych przepisów prawa, których wykładnia zależna jest od indywidualnej interpretacji sędziego. Brak jednoznacznej podstawy prawnej podczas orzekania może sprzyjać wydawaniu orzeczeń w sposób stronniczy.

W niniejszej pracy poruszam wybrane praktyczne zagadnienia dotyczące problematyki bezstronności sędziowskiej, analizując motywy, które wpływają na stronnicze zachowania sędziów podczas orzekania w trybunałach międzynarodowych. Czynniki wpływające na naruszanie bezstronności sędziowskiej podzieliłam na pięć grup, w zależności od źródeł ich powstania, to jest: czynniki związane z działalnością sędziego, czynniki związane z tożsamością sędziego, czynniki związane z narodowością sędziego i układem geopolitycznym, czynniki ekonomiczno-polityczne oraz czynniki związane z przepisami proceduralnymi obowiązującymi w danym trybunale międzynarodowym, które wpływają lub mogą mieć wpływ na status bezstronności sędziowskiej. W niniejszej pracy poddam analizie pierwsze dwie grupy czynników mogących wpływać na stronniczość sędziowską, tj. czynniki związane z działalnością sędziego oraz te związane z tożsamością sędziego. Pozostałe trzy grupy wyróżnionych przeze mnie czynników będą stanowić przedmiot oddzielnego opracowania.

⁴ Z. Witek, *Bezstronność sędziowska oraz jej naruszanie przez sędziów trybunałów międzynarodowych*, „Przegląd Prawniczy Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Poland” 2016, s. 184.

⁵ Z. Witek, *op. cit.*, s. 201–202.

⁶ Należy podkreślić, że poza obowiązującymi przepisami prawa podstawą orzekania sądów międzynarodowych są umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy oraz zasady ogólne prawa (tak na przykład art. 38 Statutu MTS z 24.10.1945 r.).

Wśród czynników związanych z działalnością sędziego wyróżniłam: wpływ wcześniej piastowanych stanowisk na sposób orzekania sędziego, kwestię wcześniejszych wypowiedzi i deklaracji, zewnętrzną aktywność sędziego oraz problem dalszego zatrudnienia po złożeniu urzędu sędziego. W grupie motywów stronniczości uwarunkowanych tożsamością sędziego wyszczególniłam wewnętrzne przekonania i systemem wartości, preferencje kulturowe oraz wpływ wykształcenia oraz kultury prawnej, z której sędzia pochodzi, na sposób jego orzekania w trybunale międzynarodowym.

Zakres niniejszej pracy ograniczam do analizy przestrzegania zasady bezstronności sędziowskiej w Międzynarodowym Trybunale Sprawiedliwości (MTS), Międzynarodowym Trybunale Karnym (MTK) oraz Europejskim Trybunale Praw Człowieka (ETPCz). Wybór tych trzech konkretnych trybunałów uzasadniam ich widoczną rozbieżnością pod względem liczby rozpatrywanych spraw, przedmiotu jurysdykcji oraz odrębnością podmiotów, które występują jako strony w postępowaniu przed konkretnym trybunałem. W uzasadnionych okolicznościach odwołuję się również do innych trybunałów o zasięgu międzynarodowym, w szczególności do Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza (MTPM), Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (ICTY), Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (ICTR) oraz Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone (SCSL).

Czynniki, które wpływają na naruszanie zasady bezstronności sędziowskiej, mogą zostać zbadane przez wykorzystanie trzech różnych sposobów badawczych. Pierwsza metoda posługuje się jedną z subdyscyplin nauk politycznych, jakimi są stosunki międzynarodowe. Wedle tej koncepcji, badane są w szczególności wpływy polityczne państw, z których pochodzą sędziowie, na orzeczenia trybunałów. Druga metoda jest oparta na naukach socjologicznych oraz psychologii⁷. Ten sposób badań skupia się na analizie wpływu psychiki, modelu zachowań społecznych oraz najbliższego środowiska życiowego na zachowanie sędziego. Trzecia metoda, prawna, ocenia działalność sędziego ze względu na stopień zgodności wszelkich czynności podjętych w trakcie rozpatrywania zawisłej sprawy z obowiązującymi przepisami. Analizując czynniki wpływające na stronniczość sędziowską, będę jednocześnie powoływać wszystkie trzy metody badawcze.

Należy zaznaczyć, że obserwacja naruszania zasady bezstronności jest znacznie ograniczona ze względu na brak dostępu do wszystkich danych, które byłyby niezbędne do wykonania precyzyjnej i wnikliwej analizy zachowania sędziów. W przypadku większości trybunałów międzynarodowych zarówno przepisy dotyczące przebiegu narady nad głosowaniem, jak i przebiegu samego głosowania nad orzeczeniem rozstrzyganej sprawy nie są publicznie dostępne. W związku z tym jedynym osiągalnym źródłem wie-

⁷ G.I. Hernandez, *Impartiality and Bias at the International Court of Justice*, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2013, vol. 1(3), s. 183.

dzy na temat zachowania sędziów są sporządzane przez nich opinie odrębne oraz opinie mniejszości do wydawanych orzeczeń. W przypadku składu jednoosobowego sama treść orzeczenia może być już przedmiotem badań. Analizując czynniki wpływające na stronniczość sędziowską, będą w znacznej mierze opierać się na rozstrzygnięciach wniosków o wyłączenie sędziego od orzekania w danej sprawie, którego podstawą jest podejrzenie lub zarzut stronniczości.

Na potrzeby niniejszej pracy przyjmuję, niezależnie od omawianego trybunału, że bezstronny sędzia powinien głosować, opierając się wyłącznie na wykładni obowiązującego prawa, zeznaniach i dowodach przedstawionych przez strony w czasie postępowania oraz dyskrecjonalnym uznaniu sędziego, z zastrzeżeniem, że jest ono stosowane w sposób bezstronny. W związku z tym zakładam, że współczynnik prawdopodobieństwa, iż dany sędzia zagłosuje przychylnie stronie X lub Y, wynosi 50% na 50%. Jeżeli sędzia jest stronniczy i faworyzuje stronę X, współczynnik głosu przychylnego temu państwu powinien być zdecydowanie większy niż 50%. Jeżeli współczynnik waha się wokół 50%, oznacza to bezstronność orzecznictwa, są to wartości błędu statystycznego. Jeżeli współczynnik ten względem strony X jest zdecydowanie niższy niż 50%, oznacza to stronniczość wobec strony Y.

W przypadku orzeczeń w MTS jako główne źródło analizy stronniczości sędziowskiej posłużą mi badania przeprowadzone przez profesorów Uniwersytetu w Chicago, pod przewodnictwem Erica A. Posnera oraz Miguela de Figueiredo⁸. Praca uczonych obejmuje wszystkie orzeczenia, które zostały wydane od początku działalności Trybunału w 1946 r. aż do 1 marca 2004 r.

Poza badaniami E. Posnera i M. de Figueiredo jednym z ważniejszych źródeł informacji na temat stronniczości sędziowskiej jest praca Adama M. Smitha z Uniwersytetu Harvarda⁹. Profesor zbadał orzeczenia MTS na podstawie 50 lat jego działalności, od orzeczenia w sprawie cieśniny Korfu w 1949 r.¹⁰ do sprawy dotyczącej wydania nakazu aresztowania w 2000 r.¹¹ Niestety, autor badania nie rozróżniał głosów nad kwestiami merytorycznymi i kwestiami proceduralnymi. Stanowi to znaczną wadę przeprowadzonych badań, ponieważ głosy w sprawie kwestii merytorycznych są zazwyczaj bardziej kontrowersyjne i bardziej znaczące z politycznego i prawnego punktu widzenia. Obserwacje A.M. Smitha obejmują 163 przypadki głosowań nad rozstrzygnięciem sprawy

⁸ E.A. Posner, M. de Figueiredo, *Is the International Court of Justice Biased?*, "John M. Olin Law & Economics Working Paper" 2004, no. 234.

⁹ A.M. Smith, "Judicial Nationalism" in *International Law: National Identity and Judicial autonomy at the ICJ*, "Texas International Law Journal" 2005, vol. 40:197, s. 197–232.

¹⁰ MTS, sprawa *Cieśniny Korfu, Wielka Brytania i Irlandia Północna v. Albania*, orzeczenie z 15.12.1949 r.

¹¹ MTS, sprawa nakazu aresztowania z 11.04.2000 r., *Demokratyczna Republika Kongo v. Belgia*, orzeczenie z 14.02.2002 r.

w MTS¹². Każda tura głosowania została oddzielnie zbadana i uwzględnia sposób głosowania poszczególnych sędziów. Spośród 163 głosowań analizowane są 992 indywidualne głosy sędziów pochodzących z 79 różnych państw.

Odnosząc się do zachowania sędziów zasiadających w ETPCz, poddam analizie wyniki badań przeprowadzonych przez profesora Erika Voetena z Uniwersytetu Georgetown¹³. Źródła jego badań są o wiele bardziej kompletne niż ma to miejsce w przypadku MTS, co wynika z liczby spraw rozpatrywanych przez oba Trybunały. Przykładowo w 2014 r. do ETPCz wpłynęło łącznie 56 250 spraw¹⁴, natomiast do MTS wpływa w skali roku zaledwie kilka do kilkunastu¹⁵. Liczba orzeczeń ETPCz umożliwia dokładniejszą analizę naruszeń zasady bezstronności, ponieważ ze względu na dostateczną ilość materiału badawczego problem przypadkowości danych został wyeliminowany. Profesor dokonał pomiarów na podstawie 7319 opublikowanych orzeczeń Trybunału pomiędzy 1960 r. a 2006 r., które zostały zamieszczone w elektronicznym katalogu HUDOC¹⁶. E. Voeten oparł swoje badania na udostępnionych publicznie opiniach mniejszości, które według niego są najbardziej efektywnym miernikiem ewentualnego naruszenia zasady bezstronności. Materiałem badawczym E. Voetena jest analiza wpływu internalizacji systemu prawnego państwa, z którego pochodzi sędzia, na przypisywanie znaczenia pewnym nieostrym pojęciom prawnym, zgodnie z wytycznymi danego reżimu prawnego, oraz badanie, czy sędziowie podczas piastowania stanowiska w trybunale międzynarodowym zachowują się tak, jakby reprezentowali państwo, z którego pochodzą. E. Voeten dociekał również, jaki wpływ ma polityka na sposób orzekania sędziego.

1. Czynniki wpływające na naruszanie bezstronności sędziowskiej związane z działalnością sędziego

W doktrynie przyjmuje się, iż ewentualny zarzut stronnictwa sędziego powinien być badany i weryfikowany jeszcze na etapie kandydowania danej osoby na wakat sędziowski. Niektóre bowiem zachowania, powzięte jeszcze przed objęciem stanowiska sędziego, w sposób znaczny mogą wpływać na możliwość postawienia sędziemu zarzutu naruszenia zasady bezstronności sędziowskiej. Przedstawiciele doktryny pozostają

¹² A.M. Smith, *op. cit.*, s. 217.

¹³ E. Voeten, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, "American Science Review" 2008, vol. 102, no 4, s. 417–433.

¹⁴ Strona internetowa ETPC, statystyki dostępne on-line: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf [dostęp 15.01.2018 r.].

¹⁵ Strona internetowa MTS, dział „sprawy w toku” (ang. *pending cases*), statystyki dostępne on-line: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1> [dostęp 15.01.2018 r.].

¹⁶ Human Rights Documentation, skrót HUDOC, baza orzeczeń ETPCz dostępna on-line: <http://hudoc.echr.coe.int> [dostęp 15.01.2018 r.]

zgodni co do tego, że bezstronności sędziowskiej nie należy sprawdzać w okresie powyborczym, to jest w czasie, w którym to bezstronność powinno się już wyłącznie nadzorować i chronić przed wypaczeniem¹⁷.

Mając na uwadze powyższe, niezwykle ważne z punktu widzenia zachowania bezstronności sędziowskiej w międzynarodowych organach judykatury jest dokładne weryfikowanie wszelkich czynników, które mogą bezstronność sędziowską naruszyć, oraz bardziej staranne przyglądanie się kandydatom na stanowiska sędziowskie. Niestety, coraz częściej można odnotować przypadki, iż rządy podczas typowania kandydatów na urzędy sędziowskie biorą pod uwagę głównie to, czy dany sędzia podziela ich politykę oraz system wartości, przez co kompetencje oraz przeszłość zawodowa sędziego zajmuje miejsce drugorzędne.

Z punktu widzenia zachowania bezstronności sędziowskiej ważna jest również ścisła kontrola wszelkich czynności wykonywanych przez już wybranego sędziego, w szczególności ta pozostająca poza obszarem działalności w danym trybunale. Jak pokazuje praktyka, procesujące się strony dość często składają wnioski o wyłączenie sędziego ze względu na możliwość stronniczego orzekania z powodu kontrowersyjnych wypowiedzi czy też dodatkowych zajęć zawodowych wykonywanych przez sędziego.

Na naruszanie zasady bezstronności sędziowskiej może mieć wpływ nie tylko przeszła i obecna działalność sędziego zasiadającego w trybunale międzynarodowym, ale również czynniki związane z przyszłością, w tym omawiane w niniejszym opracowaniu przyszłe zatrudnienie sędziego.

1.1. Wpływ wcześniej piastowanych stanowisk

Nominacja na stanowisko sędziego trybunału międzynarodowego zwykle odbywa się u schyłku kariery prawnika, który po zdobyciu odpowiedniego doświadczenia zawodowego oraz wymaganego autorytetu w danej dziedzinie prawa staje się właściwym kandydatem na wakat sędziowski. Ponadto należy zwrócić uwagę, że statuty niektórych trybunałów międzynarodowych dopuszczają nominację wyłącznie takich kandydatów, którzy w kraju swego pochodzenia piastowali najwyższe stanowiska sędziowskie lub są uznanymi prawnikami z określonej dziedziny prawa¹⁸. Nierzadko sędziami w trybunałach międzynarodowych zostają również prawnicy, których kariera zawodowa pośrednio lub bezpośrednio była powiązana z organami rządowymi lub organizacjami o charakterze politycznym. Mając to na uwadze, nieuniknione jest, iż sędzia zasiadający w trybunale międzynarodowym przed objęciem swojego stanowiska wykonywał funk-

¹⁷ Zob. na przykład J. Kolasa, *op. cit.*, s. 16.

¹⁸ W MTS kandydatów na sędziów zgłaszają grupy narodowe Stałego Trybunału Rozjemczego w Hadze spośród osób mogących pełnić najwyższe stanowiska sędziowskie w swych państwach lub uznanych znawców prawa międzynarodowego.

cje, które w niektórych przypadkach mogą stanowić podstawę do twierdzenia, że sędzia może orzekać w sposób stronniczy.

E. Voeten poddał wnikliwej analizie wpływ wcześniej piastowanych stanowisk na sposób orzekania sędziów w ETPCz¹⁹. Na podstawie badań przeprowadzonych nad orzeczeniami zapadłymi przed trybunałem profesor postawił tezę, iż poprzednie zatrudnienie ma rzeczywisty wpływ na sposób orzekania sędziego, który rozróżnił na pasywny lub aktywny. Swoje badania dotyczące wpływu poprzednich stanowisk na stronniczość sędziowską profesor E. Voeten podjął na podstawie badań, w których analizował, w jaki sposób sędzia w ETPCz traktował państwo swojego pochodzenia, w sytuacji gdy złamało ono podstawowe postanowienia Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 3 września 1953 r²⁰. Uczony dociekał, czy sędzia zachował te same standardy wobec państwa swojego pochodzenia co wobec innych państw, to jest czy uznawał naruszenia Konwencji zarówno przez państwo go nominujące, jak i przez pozostałe państwa, nie stosując przy tym podwójnych standardów. Według E. Voetena sędziowie-aktywiści dążą do bardziej bezpośredniej interpretacji przepisów Konwencji dotyczących praw człowieka, a co za tym idzie, o wiele częściej doszukują się naruszeń tychże przepisów przez państwa swego pochodzenia. Sędziowie, którzy są bardziej powściągliwi w działaniu, często uważają, że państwa, które podpisały Konwencję, stały się obecnie „ofiarą” coraz dalej idących obostrzeń i rygorystycznych przepisów, co nie miało miejsca w czasie, gdy państwa te Konwencję podpisywały. E. Voeten zauważył, że sędzia, który wcześniej piastował stanowisko dyplomaty lub wykonywał funkcje powiązane z rządem, częściej może orzekać w sposób pasywny, to jest pośrednio może sprzyjać państwu swego pochodzenia, między innymi poprzez brak doszukiwania się przykładów łamania praw człowieka w państwie go nominującym, tym samym będąc bardziej skłonny do stronniczego orzekania. Z drugiej strony, sędzia, który wcześniej jako prawnik był ekspertem w dziedzinie praw człowieka, zwykle przyjmuje postawę aktywną w zakresie egzekwowania praw człowieka – również w stosunku do państwa swego pochodzenia, będąc mniej skłonny do naruszania zasady bezstronności sędziowskiej²¹. Według profesora E. Voetena zachowanie cechujące się stronniczością poprzez swoją powściągliwość jest charakterystyczne dla rosyjskich sędziów i sędziów byłych państw socjalistycznych. Profesor również uwiarygodnił tezę, że sędziowie, którzy wcześniej zajmowali się działalnością naukową i prawniczą, ale niezwiązaną z organami władzy, są bardziej wiarygodni z punktu widzenia bezstronności sędziowskiej²².

¹⁹ E. Voeten, *op. cit.*, s. 422.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

Ze strony praktycznej, jako przykład sędziowskiego aktywizmu, mogę wskazać postawę Giovanniego Bonella, który występował w 170 sprawach w sądach maltańskich dotyczących naruszeń praw człowieka. Po mianowaniu go na stanowisko sędziego w ETPCz podczas orzekania wydał on aż 53 zdania odrębne, których publikacja odczytywana jest jako próba zmobilizowania pozostałych sędziów do większego aktywizmu sędziowskiego²³. W zakresie pasywizmu sędziowskiego można przytoczyć liczne przykłady byłych dyplomatów, którzy piastując urząd sędziego w ETPCz, wspierali jednocześnie linię polityki państwa swego pochodzenia. Za wyjątek od tej prawidłowości można uznać postać austriackiego sędziego Franza Matschera, który spędził siedemnaście lat w austriackim korpusie dyplomatycznym, zanim rozpoczął piastowanie stanowiska sędziego. Po objęciu urzędu sędziego w ETPCz otwarcie oskarżył trybunał o angażowanie w prawo polityki i wedle ocen zewnętrznych sprawował swój urząd bezstronnie, często w sposób krytyczny przyglądając się polityce przestrzegania praw człowieka w państwie swego pochodzenia²⁴. Kazus ten można uznać za przypadek potwierdzający regułę, że byli dyplomaci częściej naruszają zasady bezstronności sędziowskiej niż inni sędziowie zasiadający w trybunałach, odznaczając się powściągliwością w działaniu oraz szczególną „dyplomatyczną wrażliwością” na sprawy związane z państwem ich pochodzenia.

Analizując zagadnienie wcześniejszego zatrudnienia sędziego w kontekście jego orzekania w międzynarodowym organie judykatury, warto zwrócić uwagę na kazus sędzi Fumiko Saiga z MTK, która przed objęciem stanowiska sędziego sprawowała wcześniej funkcję ambasadora Japonii przy ONZ. Sędzia F. Saiga często wypowiadała się na temat powagi sytuacji dotyczącej wykorzystywania dzieci jako żołnierzy w konfliktach zbrojnych, a jej praca była nierozłącznie związana z problemem nieletnich w służbach militarnych²⁵. W sprawie *Prokurator przeciwko Germain Katanga* rozpoznawanej przez MTK Prezydium otrzymało wniosek od oskarżyciela o dokonanie rewizji składu sędziowskiego poprzez wyłączenie sędzi. Wniosek był argumentowany oskarżeniami, że w składzie brakuje sędziego z systemu prawa anglosaskiego oraz że sędzia F. Saiga nie posiada odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia w zakresie międzynarodowego prawa karnego. Podnoszono również, że wcześniejsze oświadczenia sędzi podczas piastowania stanowiska ambasadora Japonii przy ONZ powodują naruszenie zasady bezstronności sędziowskiej²⁶. Oskarżenie argumentowało swój wniosek tym, że sędzia pracowała nad sprawą

²³ Ch. Zahra, *Giovanni the Strasbourg Interventionist*, „Malta Today”, 10.08.2008 r., <http://archive.maltatoday.com.mt/2008/08/10/t16.html> [dostęp: 17.02.2018 r.].

²⁴ E. Voeten, *op. cit.*, s. 422.

²⁵ H. D. Abtahi, O.O. Young, R. Young, *The Composition of Judicial Benches, Disqualification and Excusal of Judges at the International Criminal Court*, „Journal of International Criminal Justice” 2013, vol. 11, s. 387.

²⁶ Decyzja Prezydium MTK z 21.11.2008 r. dotycząca wniosku Fermain Katanga z 14.11.2008 r. o rekompozycję składu sędziowskiego w sprawie *Katanga i Ngudjolo*, sygnatura sprawy ICC-01/04-01/07-757, § 2.

militaryzacji dzieci i przyznała wówczas, że milicja Lendu rekrutowała dzieci na żołnierzy w 2003 r., a oskarżony w sprawie rozpatrywanej przez MTK był jej członkiem²⁷. Ze względu na powyższe, pozwany uznał naruszenie zasady bezstronności za oczywiste i bezsporne. Mimo powyższych zarzutów, w związku z błędami proceduralnymi i niepoprawnym sformułowaniem pisma jako wniosku o rewizję składu sędziowskiego, a nie jako wniosku o wyłączenie sędziego, wniosek nie został rozpatrzony i sędzia Saiga dalej orzekała w sprawie.

Kolejnym zjawiskiem jest tendencja do mianowania sędziów na stanowiska sędziowskie w trybunałach, w których wcześniej pełnili inne funkcje lub przed którymi występowali jako profesjonalni pełnomocnicy. Budzi to wątpliwości, ponieważ tak powołani sędziowie mieli już wcześniej bezpośredni kontakt ze sprawami procedowanymi w trybunale, nieraz posiadając dostęp do akt czy też występując jako pełnomocnicy jednej ze stron procesu. Jako przykład tego problemu można wskazać kasus Howarda Morrisona z Wielkiej Brytanii, który występował jako obrońca przed ICTY i ICTR, a później został powołany do ICTY jako sędzia²⁸. Kolejny przykład to ukraińska sędzia Ganna Yudkivska z ETPCz, która wcześniej przez pięć lat pracowała jako prawnik w trybunale²⁹.

Podczas orzekania w poszczególnych sprawach przez trybunały międzynarodowe sporadycznie składane są wnioski o wyłączenie sędziego od orzekania z uwagi na zarzut stronniczości z powodu wcześniej wykonywanego zawodu. Ponadto MTS jest sądem, który najrzadziej rozpatruje w sposób pozytywny wnioski o wyłączenie sędziego ze względu na wcześniej piastowane stanowisko³⁰. Jako przykład można podać kontrowersyjny kasus trzech sędziów, którzy w MTS orzekali w sprawie dotyczącej skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii³¹, mimo iż wcześniej występowali przed organami ONZ jako reprezentanci swojego państwa, wypowiadając się w tejże kwestii, a także wielokrotnie pracowali w sprawie dotyczącej Afryki Południowo-Zachodniej.

1.2. Problem wcześniejszych wypowiedzi i deklaracji

W trybunałach międzynarodowych istnieje dość bogate orzecznictwo dotyczące zagadnienia, na jaki temat sędzia może się swobodnie wypowiadać w czasie piastowania swego urzędu, a w jakich kwestiach powinien zachować milczenie. O wiele gorzej ure-

²⁷ Decyzja Prezydium MTK z 21.11.2008 r..., § 17.

²⁸ M. Kersten, *An Interview with the ICC's Judge Howard Morrison*, "Justice in Conflict", 4.03.2012 r., <https://justiceinconflict.org/2012/03/04/an-interview-with-the-iccs-judge-howard-morrison/> [dostęp: 17.02.2018 r.].

²⁹ A. Buysse, *New Ukrainian Judge Elected*, echrblog.blogspot.com, 28.04.2010 r., <http://echrblog.blogspot.com/2010/04/new-ukrainian-judge-elected.html> [dostęp: 17.02.2018 r.].

³⁰ A. Seibert-Fohr, *International Judicial Ethics*, [w:] C. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 769.

³¹ MTS, *opinia doradcza w sprawie dotyczącej skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii*, opinia z 21.06.1971 r., § 18–19.

gulowana jest sytuacja dotycząca dobrowolności wypowiedzi przed objęciem urzędu sędziego, szczególnie na temat kwestii mogących później powodować zarzut stronniczości. Wcześniejsze deklaracje, zwłaszcza te wypowiedziane poza salą sądową, są bardzo problematyczne, niedoregulowane prawnie, w konsekwencji stanowią swego rodzaju „szarą strefę” sądownictwa³². Problem ten jest znaczący, wielokrotnie bowiem był podnoszony jako zarzut wobec sędziego, co miało skutkować jego wykluczeniem ze składu sędziowskiego i zaprzestaniem dalszego orzekania w sprawie.

Przepisy statutowe trybunałów międzynarodowych ukazują bardzo odmienne uregulowania problemu wcześniejszych wypowiedzi i deklaracji. Przykładowo art. 17(2) Statutu MTS odnosi się do zakazu orzekania w sprawie, z którą wcześniej sędzia miał jakikolwiek kontakt z racji wykonywanego zawodu³³. W przytoczonym artykule nie pojawiają się żadne wzmianki dotyczące problemu, jak powinien zachować się sędzia w sytuacji, w której co prawda nie miał zawodowego kontaktu ze sprawą, jednak poprzez swoje wcześniejsze deklaracje mógłby budzić jakiegokolwiek podejrzenia, że wobec jednej ze stron może być stronniczy, bardziej przychylny lub wrogi. W związku z powyższym MTS, jak i większość pozostałych trybunałów międzynarodowych, jest często krytykowany za nadmierne koncentrowanie się wyłącznie na kwestii, czy dany sędzia był w jakikolwiek sposób bezpośrednio powiązany z jedną ze stron, pomijając wiele innych ważnych przyczyn ewentualnej stronniczości. Krytycy zaznaczają, że statuty trybunałów powinny zdecydowanie częściej brać pod uwagę jakiegokolwiek związki ze stronami postępowania, przede wszystkim deklaracje i wypowiedzi sędziego, te wygłoszone ustnie, jak i upublicznione w sposób pisemny³⁴. Statutowe regulacje w tej kwestii są bardzo lakoniczne, nie obejmują w sposób kompleksowy sposobów eliminowania naruszenia zasady bezstronności sędziowskiej.

Przykład Regulaminu ETPCz to jeden z nielicznych aktów wewnętrznych, który całościowo uregulował problem wcześniejszych wypowiedzi i deklaracji³⁵. Artykuł 28(2) pkt d Regulaminu stanowi, że sędzia nie może brać udziału w rozstrzygnięciu sprawy, jeżeli wyraził wcześniej swoją opinię na jej temat w sposób publiczny, za pomocą mediów, na piśmie, poprzez publiczne i zewnętrzne zachowanie lub w jakikolwiek inny sposób, który obiektywnie może wpłynąć na stronnicze rozstrzygnięcie sprawy³⁶. Rozwiązanie wprowadzone przez ETPCz można uznać za wzorcowe; powinno ono być upo-

³² F. Mégret, *International Judges and Experts' Impartiality and the Problem of Past Declarations*, "The Law & Practice of International Courts and Tribunals" 2011, McGill University, the Canada Research Chair in the Law of Human Rights and Legal Pluralism, vol. 10, s. 39.

³³ Statut MTS z 24.10.1945 r., art. 17(2).

³⁴ Y. Shany, S. Horowitz, *Judicial Independence in The Hague and Freetown: A Tale of Two Cities*, "Leiden Journal of International Law" 2008, no 21, s. 113.

³⁵ Regulamin ETPCz z 1.07.2014 r.

³⁶ *Ibidem*, art. 28 (2) pkt 2 [tłum. Z.W.].

wszechnione w statutach pozostałych trybunałów międzynarodowych. Specjalny Trybunał dla Sierra Leone również podjął ten problem i przyjął zasadę ustanowioną przez Lorda Hewarta w 1923 r., mówiącą, że sprawiedliwość ma nie tylko znaleźć wyraz w treści orzeczeń sądowych, ale ma również nie budzić wątpliwości³⁷, podkreślając, że sędziowie mają być poza jakimkolwiek podejrzeniami, że ich orzeczenie mogło zostać wydane w sposób stronniczy.

Zasady z Burgh House dotyczące niezależności sądownictwa międzynarodowego³⁸ wskazują, że sędzia nie powinien orzekać w sprawie, z którą ma jakiegokolwiek powiązania, które mogłyby naruszyć jego bezstronność³⁹. Publikacja profesora Frédéric Mégrét, dotycząca wcześniejszych deklaracji sędziego, przedstawia test na stronniczość, który bada, czy konkretna wypowiedź lub zachowanie sędziego naruszyło zasadę bezstronności lub mogło ją naruszyć⁴⁰. Profesor sprawdzał, czy określona wypowiedź lub deklaracja sędziego była powiązana z toczącą się sprawą przed trybunałem, czy była w odpowiednim stopniu powiązana z konkretnym tematem rozpatrywanej sprawy, czy była wypowiedziana w relatywnie niedawnym czasie, czy jasno stwierdzała dane fakty i była publiczna, a także czy dotyczyła faktów prawnych lub *stricte* związanych z rozpatrywaną sprawą⁴¹. *A contrario*, z postawionych w teście pytań wynika, że wcześniejsza wypowiedź sędziego, by nie naruszać lub nie powodować podejrzenia naruszenia bezstronności sędziowskiej, powinna być niezwiązana ze sprawami zawistymi przed danym trybunałem, powinna być ogólna i generalna, wypowiedziana w stosunkowo odległym czasie, a także dotyczyć powszechnie znanych i oczywistych faktów.

Przechodząc do zagadnień praktycznych, można stwierdzić, że konsekwencje braku dostatecznych uregulowań w sądownictwie międzynarodowym dotyczących wcześniejszych deklaracji powodują wiele niejasnych sytuacji prawnych. Zwykle osoba przed objęciem stanowiska sędziego miała już wielokrotnie okazję, by wypowiadać się na różnorakie tematy zarówno prawnicze, ekonomiczne, jak i polityczne, zwłaszcza że często taka osoba była do tego zobligowana z racji wykonywanego przez siebie zawodu. Na początku swej kariery zawodowej niezwykle trudno jest przewidzieć, że za kilkanaście lub kilkadziesiąt lat, być może, będzie się nominowanym na stanowisko sędziego trybunału międzynarodowego. Nie dziwi więc, że niektórzy sędziowie wydawali publikacje

³⁷ W jęz. oryg.: “Justice must not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”, *R v. Sussex Justices*, Ex parte McCarthy, 1924, 1 KB 256, All ER Rep 233.

³⁸ Zasady z Burgh House dotyczące niezależności sądownictwa międzynarodowego (ang. *The „Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary”*) zostały przyjęte m.in. przez Grupę Roboczą International Law Association ds. praktyk i procedur Międzynarodowych Sądów i Trybunałów w 2004 r. Zasady nie są wiążącym aktem prawnym, stanowią jednak ogólne wytyczne, które przyczyniają się do niezależności i bezstronności międzynarodowego sądownictwa.

³⁹ Zasady z Burgh House..., 2004, art. 9.2.

⁴⁰ F. Mégrét, *op. cit.*, s. 48–63.

⁴¹ *Ibidem*, s. 48–63.

dotyczące określonych problemów prawnych, inni wykładali na uniwersytetach, prezentując swój punkt widzenia na daną kwestię prawa międzynarodowego, jeszcze inni orzekali w sądach państwa swego pochodzenia, uzewnętrzniając swoją linię orzecznictwa. Co więcej, mogło się zdarzyć, że sędziowie trybunałów udzielali wcześniej wywiadów, wypowiadali się w debatach lub ich poglądy na konkretne kwestie prawne lub geopolityczne były powszechnie znane w otaczającym ich środowisku prawniczym. Można podjąć próbę pewnej konkluzji, iż choć z oczywistych względów nie da się całkowicie wykluczyć jakiegokolwiek wcześniejszej działalności sędziego, należałoby jednak z większą dozą ostrożności przyglądać się kandydatom na sędziów międzynarodowych, baczniej analizując ich przeszłość zawodową, wykluczając ewentualną oczywistą, *prima facie*, możliwość zarzutu stronniczości (na przykład z uwagi na dziedzinę rozpatrywanych spraw w danym trybunale).

Jak wcześniej wspomniałam, wobec wielu sędziów składane są wnioski o ich wykluczenie z uwagi na podejrzenie naruszenia zasady bezstronności w związku z wcześniejszymi wypowiedziami. Szczególnie głośne dyskusje dotyczyły sędziego Nabila Elaraby'ego z MTS ze względu na udzielony przez niego wywiad o tematyce tożsamej z później prowadzonym postępowaniem. Sędzia Elaraby był doradcą prawnym egipskiej delegacji na Camp David w 1978 r. i Izrael oskarżał go o to, że sprawował on wcześniej aktywną, oficjalną oraz publiczną funkcję jako adwokat w tej sprawie, a także przed wszczęciem postępowania w MTS udzielał publicznych wywiadów na ten właśnie temat. Jako przykład można również podać kasus sędziego Geoffrey'a Robertsona z SCSL ze względu na jego wcześniejsze publikacje naukowe dotyczące oceny sytuacji w Sierra Leone, w których zakresie później orzekał⁴². Można zatem stwierdzić, że jeszcze przed rozpoczęciem rozwiązywania sporu na drodze sądowej sędziowie mieli już utrwalone, niezmiennie poglądy na rozpatrywaną sprawę. Co ważne – poglądy te były publicznie uzewnętrzniane⁴³.

Kolejnym przykładem sprawy odnoszącej się do wcześniejszych deklaracji jest sytuacja, jaka miała miejsce w SCSL w sprawie *Prokurator przeciwko Samuel Hinga Norman*. Strona pozwana, która była oskarżona o rekrutowanie dzieci na zawodowych żołnierzy, domagała się usunięcia sędzi Renate Winter z Izby Odwoławczej, ponieważ była ona wcześniej związana z Funduszem Narodów Zjednoczonych na rzecz Dzieci, który został powołany jako *amicus curie* w tejże sprawie⁴⁴. Strona pozwana podnosiła, że sędzia Winter brała czynny udział w sporządzaniu raportu przygotowanego dla międzyna-

⁴² Q.C.G. Robertson, *Crimes Against Humanity – The Struggle for Global Justice*, Penguin Group, Londyn 2000.

⁴³ L.W. Abrmason, *Judicial Disclosure and Disqualification: The Need for more Guidance*, "Justice System Journal" 2007, vol. 28, s. 301.

⁴⁴ SCSL, decyzja z 28.05.2000 r. w sprawie wyłączenia sędziego Winter od sprawy *Prokurator v. Sam Hinga Norman*, sygnatura sprawy SCSL-14-11, § 2.

rodowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych dotyczących dzieci. Podnieszono również, że brała udział w panelu ekspertów dla programu magisterskiego na Uniwersytecie we Freiburgu dotyczącym praw dziecka.

W przypadku sprawy *Prokurator przeciwko Furundzija* strona pozwana starała się odsunąć sędzię, która przewodniczyła składowi orzekającemu, z tego powodu, że sędzia Florence Mumba była wcześniej członkiem Komisji ONZ do spraw Statusu Kobiet, która badała oskarżenia o masowe i systematyczne gwałty na kobietach w byłej Jugosławii i wносиła o postawienie odpowiedzialnych za to osób przed ICTY⁴⁵. Strona pozwana uważała, że rozsądny obserwator również mógłby stwierdzić, że sędzia Mumba wykorzystuje proces i orzeczenie do promocji Komisji ONZ do spraw Statusu Kobiet, który przed laty czynnie pomagała ustanowić.

W praktyce większość prób wyłączenia sędziego ze względu na wcześniejsze wypowiedzi lub deklaracje na temat problemów dotyczących prowadzonego przez niego postępowania pozostała bezskuteczna. Tak było na przykład w sprawie, w której rząd Izraela żądał wykluczenia sędziego Elaraby'ego, jednak większość sędziów – trzynastu do jednego – odrzuciła izraelski wniosek. Sędziowie Mumba oraz Winter również nie zostały wykluczone z orzekania, nie stwierdzono w ich przypadku ryzyka naruszenia zasady bezstronności sędziowskiej. Kilka wyjątków, w których pozytywnie rozpatrzono wnioski o odsunięcie sędziego, tylko potwierdza regułę, że takie sytuacje, owszem, mają miejsce, ale niezwykle rzadko. W wymienionych przypadkach jedynie w sprawie sędziego Jamesa Robertsona stwierdzono, że faktycznie zarzut o stronniczość, ze względu na wcześniejsze deklaracje sędziego, był w pełni zasadny⁴⁶.

Podsumowując, sytuacje, w których wcześniejsze wypowiedzi i stanowisko sędziego były postrzegane jako godzące w zasadę bezstronności, należą do niezwykle rzadkich. Jednym z powodów, dla których sytuacja taka ma miejsce, jest brak określonych procedur, mogących w ustalony z góry sposób testować zarzut o stronniczość ze względu na wcześniejsze wypowiedzi. Mimo że sędziowie są związani nakazem orzekania bezstronnego, kompleksowe przepisy prawne na pewno przyczyniłyby się do przejrzystości sądownictwa międzynarodowego i mogłyby wzmocnić międzynarodową bezstronność orzecznictwa.

1.3. Zewnętrzna aktywność sędziego

Problem wcześniejszych deklaracji dotyczy wszelkich działań sędziego z przeszłości, w przeciwieństwie do kwestii zewnętrznej aktywności, która skupia się na działalności

⁴⁵ ICTY, sprawa *Prokurator v. Furundzija*, sygnatura sprawy IT-95-17/1A, wyrok z dnia 21.07.2000 r., pkt 169–170.

⁴⁶ SCSL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego G. Robertsona w sprawie *Sesay, Kallon, Gbao*, numer decyzji SCSL-2004-AR15-15, decyzja z 13.03.2003 r.

sędziego podczas pełnienia mandatu. Ewentualna stronniczość w związku z zewnętrzną działalnością musi być oceniana dwubiegunowo – jako naruszenie zasady bezstronności, które jest nieodłącznym zagrożeniem wynikającym z piastowania dwóch stanowisk, oraz jako groźba naruszenia zasady bezstronności. Oczywiście jest, że zewnętrzna działalność sędziego może w większym lub mniejszym stopniu oddziaływać na stronniczość, dlatego też w każdym przypadku sprawę należy oceniać indywidualnie.

Statuty oraz regulaminy międzynarodowych organów judykatury zabezpieczają bezstronność sędziowską poprzez ustanowienie odpowiedniego uposażenia, immunitetów, regulując możliwość odwołania z funkcji czy też wyłączenia od orzekania w danej sprawie. Znaczącym środkiem, którego celem jest również zapewnienie niezależności orzecznictwa, jest zakaz pełnienia innych funkcji przez sędziego, niepowiązanych ze sprawowaniem mandatu. Przepisy proceduralne obowiązujące w większości trybunałów międzynarodowych wskazują, jakich czynności, poza pełnieniem mandatu w danym trybunale, sędzia nie może wykonywać. Statuty sądów międzynarodowych dość kategorycznie zakazują pełnienia innych funkcji mogących przedstawiać niezależność sędziowską w sposób pejoratywny⁴⁷. Mając na uwadze, iż zewnętrzna aktywność sędziego może mieć różny charakter, niemożliwe jest ich szczegółowe wskazanie w statutach i aktach wewnętrznych. Stąd też regulacje dotyczące zewnętrznych aktywności sędziego posiadają dość ogólny charakter, a w przypadku problemów z ich wykładnią – które występują dość często – decyzje w zakresie ich interpretacji podejmuje sąd⁴⁸.

Statuty wielu międzynarodowych organów judykatury zakazują sędziom podejmowania działań zewnętrznych niemal całkowicie⁴⁹. Wszystkie zakazują podejmowania działań politycznych i administracyjnych. I tak na przykład, zgodnie z treścią art. 16(a) Statutu MTS, w czasie piastowania urzędu: „Członkom Trybunału nie wolno zajmować jakichkolwiek stanowisk politycznych lub administracyjnych, ani oddawać się innym zajęciom o charakterze zawodowym”⁵⁰. Ponadto, jak stanowi art. 17(a) Statutu MTS, „Żaden z Członków Trybunałów nie może występować w jakiegokolwiek sprawie w charakterze agenta, doradcy lub adwokata”⁵¹. Jak pokazuje praktyka, wymóg zachowania apolityczności oraz zakaz pracy w administracji zawarty jest w statutach i jest egzekwowany. W odniesieniu do innych zajęć sędziego statuty i regulaminy oraz praktyka są bardziej elastyczne⁵².

Statuty MTS oraz ETPCz to przykłady dwóch aktów, które dotyczą zagadnienia zakazu zewnętrznych aktywności sędziego dość precyzyjnie. Regulacje wewnętrzne po-

⁴⁷ J. Kolasa, *op. cit.*, s. 35.

⁴⁸ Zob. na przykład art. 16.2 Statutu MTS czy też art. 21.3 Statutu ETPCz.

⁴⁹ J. Kolasa, *op. cit.*, s. 36.

⁵⁰ Statut MTS z 24.10.1945 r., art. 16(a).

⁵¹ Statut MTS z 24.10.1945 r., art. 17(a).

⁵² J. Kolasa, *op. cit.*, s. 37.

zostałych trybunałów, jak na przykład ICTY, nie wskazują, jakich czynności nie może podejmować się sędzia. Stanowią one wyłącznie o wymogu zachowania bezstronności oraz obowiązku wyłączenia się od orzekania w sprawie w przypadku zaistnienia konfliktu interesów – taki stan prawny należy ocenić negatywnie.

Analizując czynności wykonywane przez sędziów poza orzekaniem w trybunale międzynarodowym, podzieliłam zewnętrzne aktywności na cztery kategorie: pracę sędziego w innych organach judykatury, działalność w organach pozasądowych, pracę dydaktyczną oraz publikacje.

Podczas sprawowania mandatu sędziowskiego w międzynarodowym organie judykatury sędzia zwykle nie piastuje stanowiska sędziego w innym trybunale międzynarodowym ani w sądzie lokalnym lub krajowym. Analizując regulacje statutowe trybunałów międzynarodowych, należałoby przyjąć, iż równoczesna praca sędziego w dwóch trybunałach mogłaby doprowadzić do poważnego konfliktu interesów pomiędzy trybunałami, podważając tym samym obiektywizm i bezstronność sędziego. Zdecydowanie mniej poważny konflikt powstałby w sytuacji, gdyby sędzia trybunału X brał czynny udział w cyklicznych sympozjach naukowych prowadzonych przy trybunale Y, co na arenie międzynarodowej ma miejsce i jak dotąd nie stanowiło podstawy do wykluczenia sędziego od orzekania w sprawie. Dla przykładu, MTS zezwalała na dorywcze prowadzenie przez sędziów zajęć akademickich z zakresu prawa międzynarodowego⁵³.

W przypadku działalności w organach niepowiązanych z judykaturą (przyjmując założenie, że statut danego trybunału w ogóle zezwala na taką działalność) sędzia, by ustrzec się od zarzutu stronniczości, powinien bezwzględnie chronić tajemnicę postępowania sądowego oraz wszelkich faktów z nią związanych. Sędzia powinien unikać jakichkolwiek kontaktów zawodowych z organami rządowymi, a także zatrudnienia w podmiotach prywatnych, za wyjątkiem tych związanych z edukacją. W innym wypadku bezstronność sędziego może zostać każdorazowo podważona, co zostało potwierdzone chociażby przez Sekretarza Generalnego ONZ na 50. sesji Zgromadzenia Ogólnego, który wskazał, iż zakaz zawarty w art. 16 Statutu MTS dotyczy w praktyce wykonywania przez sędziego zarówno funkcji międzynarodowych, jak i krajowych oraz lokalnych o charakterze gospodarczym i innym. Sekretarz podkreślił również zakaz angażowania się sędziów w jakiegokolwiek inne zajęcia natury zawodowej, podając jako przykład pracę w korporacjach gospodarczych, kancelariach prawniczych, wydawanie eksperckich opinii z zakresu prawa⁵⁴.

Jeśli chodzi o działalność dydaktyczną sędziego, jest to aktywność raczej akceptowana w statutach trybunałów międzynarodowych. Sędziowie trybunałów międzyna-

⁵³ Sh. Rosenne, *The law and practice of the International Court 1920 – 1996*, t. 1, Martinus Nijhoff, The Hague 1997, s. 415.

⁵⁴ Sh. Rosenne, *op. cit.*, s. 413–417.

dowych, często będąc uznanymi autorytetami z danej dziedziny prawa, wygłaszają prelekcje czy też okazjonalnie biorą udział w wykładach i seminariach naukowych. Zarówno praca dydaktyczna, jak i zajęcia akademickie powinny mieć jednak charakter dorywczy, gdyż jak wskazał Sekretarz Generalny ONZ, sędziowie podlegają zakazowi zajmowania stałych akademickich i administracyjnych stanowisk na uniwersytetach i wydziałach prawa⁵⁵ (a tym bardziej w innych, nienaukowych jednostkach).

Należy jednak zaznaczyć, że poza działalnością naukową, która ma za zadanie promować prace trybunału czy też w sposób neutralny poruszać określone zagadnienia prawne, sędzia bezwzględnie nie może wypowiadać się na temat prac wewnętrznych trybunału, a w szczególności na temat toczących się postępowań. Co więcej, sędzia nie powinien uzewnętrzniać swoich osobistych poglądów na konkretne problemy prawne, zwłaszcza te, które są przedmiotem toczących się postępowań w trybunale, w którym dany sędzia zasiada. ETPCz w orzeczeniu w sprawie *Baka v. Węgry* podkreślił, iż „Od funkcjonariuszy publicznych wykonujących funkcje sędziowskie należy oczekiwać, że będą oni okazywać powściągliwość w korzystaniu z wolności wypowiedzi we wszystkich przypadkach, które mogłyby podważyć autorytet lub niezawisłość sądownictwa. [...] Nawet rozpowszechnianie dokładnych informacji powinno odbywać się z umiarem i we właściwy sposób”⁵⁶.

Niektórzy sędziowie, mimo obciążeń zawodowych wynikających z pracy w międzynarodowym trybunale, nie rezygnują z publikacji naukowych, w tym wydawania artykułów, monografii, glos czy komentarzy. Kwestia staje się o tyle problematyczna, że zwykle dziedzina, w której sędzia się specjalizuje jako prawnik, jest gałęzią prawa, w ramach której orzeka w trybunale. W związku z tym podczas piastowania swego stanowiska sędzia powinien niezwykle rozważnie podchodzić do kwestii publikacji, by nie narażać się na zarzut naruszenia zasady bezstronności. W publikacjach sędzia bezwzględnie nie powinien zawierać żadnych sugestii odnośnie do możliwej treści orzeczenia, która zapadnie w konkretnej sprawie. Sędzia podczas procedowania danej sprawy bezwzględnie winien powstrzymać się od jakichkolwiek komentarzy na jej temat.

1.4. Problem dalszego zatrudnienia

W większości trybunałów sędziowie sprawują swój urząd przez kadencję, która jest precyzyjnie określona w statucie trybunału. Załedwie w kilku trybunałach międzynarodowych przepisy wewnętrzne nie dopuszczają możliwości reelekcji. Zwykle po złożeniu urzędu sędziego – poza nielicznymi wyjątkami – sędzia ma możliwość podjęcia dalszej pracy zawodowej. Były sędzia trybunału międzynarodowego może więc podjąć

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ETPCz, sprawa *Baka v. Węgry* nr 20261/12, orzeczenie z 23.06.2016 r.

zatrudnienie w innym organie judykatury (tak międzynarodowym, lokalnym, jak i krajowym), organach państwowych, jednostce naukowej lub w sektorze prywatnym.

Mając na uwadze wymóg zachowania bezstronności sędziowskiej, nie jest pożądana sytuacja, w której sędzia po zakończeniu orzekania w trybunale może podjąć dalsze zatrudnienie. W szczególności problem ten dotyczy sędziów, którzy po złożeniu urzędu w międzynarodowym organie judykatury zamierzają szukać zatrudnienia w podmiocie zależnym od organów państwa swego pochodzenia.

Można zauważyć pewną prawidłowość: wpływ polityki na sędziego może być tym silniejszy, im mocniejsze są związki ekonomiczne między sędzią a państwem, z którego pochodzi. Sędzia, który podczas swojej kadencji w trybunale międzynarodowym wypowiadał się nieprzychylnie na temat państwa swojego pochodzenia lub jego polityki, może obawiać się braku poparcia ze strony tego państwa potrzebnego do jego reelekcji lub powołania go na inne stanowisko państwowe i aby tego uniknąć, może orzekać stronnico. Problem ten jest szczególnie widoczny w państwach o ustroju autorytarnym, w których sędziowie w razie utraty stanowiska państwowego nie mają możliwości ubiegania się o posadę w sektorze prywatnym.

Presja, jaką wytwarza obawa o przyszłość kariery zawodowej, niejednokrotnie przeważa nad moralnością sędziowską i zapobieganiem stronnicości. Jako przykład można podać badania przeprowadzone w ETPCz w 2014 r., które wskazały, że spośród trzydziestu sędziów, którzy zakończyli swą kadencję, trzech z nich zostało powołanych do organów organizacji takich jak ONZ czy Unia Europejska, sześciu było wybranych na urząd sędziowski w innym trybunale międzynarodowym, dziesięciu zostało powołanych na sędziów w sądach krajowych lub na urząd ombudsmana, ośmiu rozpoczęło karierę w administracji jako doradcy rządowi lub na innych posadach ministerialnych, a jedynie czterech zaczęło pracować dydaktycznie, czyli w instytucjach niezależnych od jednostek państwowych⁵⁷. Potencjalny wpływ reelekcji czy też otrzymania innego, równie prestiżowego stanowiska w państwie pochodzenia sędziego jest problematyczną kwestią w sądownictwie międzynarodowym, kiedy zwrócimy uwagę na ogromną rolę państw w procesie nominacji kandydatów na stanowiska sędziowskie. Stronnice zachowanie sędziów ze względu na powiązania zawodowe sędziego z państwem jego pochodzenia to często poruszany temat w literaturze przedmiotu. Przykładowo, badania amerykańskich sądów wykazały, że można dostrzec wyraźne zależności pomiędzy okresem, jaki pozostał sędziemu do przejścia na emeryturę, a orzeczoną przez niego wymiarom

⁵⁷ N. Vajić, *Some Remarks Linked to the Independence of International Judges and the Observance of Ethical Rules in the European Court of Human Rights*, [w:] Ch. Hohmann-Dennhardt, P. Masuch, Peter M. Villiger, R. Jaeger (red.) *Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren: Festschrift für R. Jaeger*, NP Engel Verlag, Kehl am Rhein 2010, s. 185.

kary⁵⁸. W kilku ekstremalnych przypadkach trudności ze znalezieniem zatrudnienia były spowodowane mało „patriotycznym” głosowaniem w sprawach, w których sędzia orzekał w trybunale⁵⁹.

Dowodów na powiązania pomiędzy sposobem głosowania przez sędziego w danej sprawie a losami jego kariery w przyszłości jest bardzo dużo. Za przykład może posłużyć fakt, iż władze Bułgarii „wyrównały porachunki” z sędzią Dimitarem Gochevem po jego głosowaniu w kontrowersyjnej sprawie *Loukanov*⁶⁰. Podobnie było w przypadku mołdawskiego sędziego Tudora Panțiru, dla którego nowo wybrany rząd komunistyczny wycofał poparcie, twierdząc, że będzie wysyłać wyłącznie „prawdziwych patriotów” na mołdawskie stanowiska zagranicnie. Było to spowodowane brakiem sprzeciwu, czyli głosu przychylnego polityce Mołdawii ze strony sędziego Panțiru w sprawie Kościoła Metropolitalnego Besarabii i innych głosowań przeciwko Mołdawii⁶¹. Następny przykład to kazuś Viery Strážnickiej, która to po wielokrotnym głosowaniu przeciwko Słowacji, czyli państwu swego pochodzenia, nie została wybrana jako kandydatka do reelekcji w 2004 r., mimo że była niepodważalnym autorytetem w dziedzinie praw człowieka⁶². Powody i motywacje wyżej przywołanych kazuśów są różne. Najbardziej typowe to niezadowolenie państwa z linii orzeczniczej sędziego narodowego. Innym z powodów było nawet oskarżenie sędziego, że jest on „winnym” przewrotów politycznych po niekorzystnych wyrokach w Strasburgu.

By zniwelować zjawisko stronniczości sędziego ze względu na przyszłą karierą, ETPCz zmienił swoje przepisy proceduralne i od czerwca 2010 r. zamiast kadencji sześcioletniej i możliwości jednokrotnej reelekcji sędziowie powoływani są na jedną, dziewięcioletnią, nieodnawialną kadencję⁶³. W przypadkach trybunałów, które nadal posiadają instytucję reelekcji, przyjmuje się, że tacy sędziowie są bardziej stronniczy niż sędziowie, którzy możliwości reelekcji nie posiadają⁶⁴. Początkowo po zakończeniu sprawowania kadencji sędziego w ETPCz władze państwa mogły przenieść byłego sędziego na inne prestiżowe międzynarodowe lub wewnątrz krajowe stanowisko. Dla przykładu w 2006 r. czterech z wówczas dwudziestu pięciu sędziów Trybunału Sprawiedliwości

⁵⁸ G. Huber, S. Gordon, *Accountability and Coercion: Is justice Blind When It Runs for Office?*, „American Journal of Political Science” 2004, no 48, s. 247–263.

⁵⁹ N. Vajić, *op. cit.*, s. 185.

⁶⁰ J.F. Flauss, *Radioscopie de l’élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme*, „Revue Trimestrielle des droits de l’homme” 1998, 9, s. 435–464.

⁶¹ Autor nieznan, *Communists Announce Recall of ECHR Judge Tudor Pantiru*, „Moldova Azi”, 6.04.2001 r., <http://www.azi.md/news?ID=1415> [dostęp: 16.08.2017 r.].

⁶² Autor nieznan, *Slovakia Names Judges for Strasbourg Court, but Expects Problems*, „Czech News Agency”, 12.02.2004 r.

⁶³ Protokół nr 14 ETPCz z 1.06.2010 r., dostępny on-line: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=2&DF=19/02/2010&CL=ENG> [dostęp: 16.02.2018 r.].

⁶⁴ E. Voeten, *op. cit.*, s. 421.

Unii Europejskiej piastowało wcześniej stanowiska w ETPCz⁶⁵, a dwóch byłych sędziów ETPCz było mianowanych przez państwa swojego pochodzenia na kandydatów do MTK⁶⁶. Na podstawie adopcji Protokołu nr 14 w ETPCz sędziowie, którzy ukończyli 70. rok życia, przechodzą obowiązkowo w stan spoczynku⁶⁷. Odkąd przepisy Protokołu nr 15 weszły w życie, kandydaci na sędziego nie będą mogli mieć więcej niż 65 lat, co oznacza, że sędziowie będą mieć możliwość orzekania w ETPCz do 74. roku życia⁶⁸.

Dopóki trybunały międzynarodowe na wzór ETPCz nie zmienią przepisów, uniemożliwiając odsunięcie sędziego przez państwa oraz zapobiegając instytucji reelekcji, o którą sędzia musiał dotychczas zabiegać przed państwem swego pochodzenia, tak długo problem naruszania zasady bezstronności prawdopodobnie będzie obecny w międzynarodowej judykaturze.

Z drugiej strony, sam sędzia, bez nacisku ze strony państwa na konkretne rozstrzygnięcie sporów, i tak prawdopodobnie ma prywatny interes w tym, by orzekać w taki sposób, żeby w trybunale międzynarodowym utrzymać się przez możliwie najdłuższy czas. Jak wynika z danych za rok pracy 2013/2014 w MTS, sąd przeznaczył na uposażenia stałych sędziów aż 7 686 200 dolarów, co daje kwotę uposażenia dla jednego sędziego w wysokości 512 413 dolarów amerykańskich w skali roku⁶⁹. Sędziowie zasiadający w MTK otrzymują roczne uposażenie w wysokości 180 000 dolarów amerykańskich w skali roku⁷⁰. Natomiast sędziowie w ETPCz otrzymują 173 568 euro za rok pracy oraz dodatkowo 12,5% podstawowego uposażenia jako zasiłek związany ze zmianą miejsca zamieszkania⁷¹. Uposażenia sędziowskie we wszystkich trzech trybunałach są zwolnione z opodatkowania.

Biorąc pod uwagę wysokość uposażenia, znacznie odbiegającą od wynagrodzeń w sądach krajowych czy też pensji za zatrudnienie na prestiżowych stanowiskach prawniczych, z pewnością można stwierdzić, że piastowanie urzędu sędziego w trybunale międzynarodowym jest niezmiernie lukratywne. Nie powinno więc dziwić, że kandydaci na sędziów potrafią dużo poświęcić, by stanowisko takie zdobyć i następnie utrzymać. Z drugiej strony państwo, z którego pochodzi sędzia, może za jego nominację oczekiwać

⁶⁵ Jerzy Makarczyk z Polski, Pranas Kuris z Litwy, Uno Lohmus z Łotwy oraz Eglis Levits z Estonii.

⁶⁶ Dimitar Gotchev z Bułgarii, Bostjan Zupancic z Słowenii oraz były sędzia ETPCz Georghios Pikis z Cypru. Jedynie Pikis został wybrany.

⁶⁷ Protokół nr 14 ETPCz z 1.06.2010 r., dostępny on-line: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=2&DF=19/02/2010&CL=ENG> [dostęp: 10.11.2017 r.].

⁶⁸ Protokół nr 15 ETPCz z 24.06.2013 r., dostępny on-line: www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf [dostęp: 10.11.2017 r.].

⁶⁹ Raport MTS za okres 1.08.2013 r. – 31.07.2014 r., dostępny on-line: http://www.icj-cij.org/court/en/reports/report_2013-2014.pdf [dostęp: 10.11.2017 r.].

⁷⁰ Kwota uposażenia za lata 2010–2012 r., on-line: <http://www.ft.com/cms/s/0/ecbbe978-dede-11e0-9130-00144feabd0.html#axzz3YhCwc0xd> [dostęp: 15.11.2017 r.].

⁷¹ Kwota uposażenia obowiązująca w 2014 r., on-line: <https://www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/ourrolesandpolicies/int-priorities/humanrights/judgechr/Information-Note-16-September-2014.pdf> [dostęp: 14.10.2017 r.].

pewnego rodzaju posłuszeństwa podczas głosowania, w ramach wdzięczności za możliwość piastowania przynoszącego wysoki dochód stanowiska.

Jak dowodzi profesor E. Voeten, sędzia, który po zakończeniu swej kadencji przechodzi automatycznie na emeryturę, jest mniej stronniczy niż sędzia, który po zakończeniu kadencji w trybunale będzie starać się o kolejne zatrudnienie⁷². E. Voeten, badając wpływ aspektu dalszego zatrudnienia na naruszanie zasady bezstronności sędziowskiej, starał się dokonać analizy przede wszystkim na podstawie oszacowania kosztów ewentualnego utracenia stanowiska sędziego lub braku reelekcji, biorąc pod uwagę określone mierniki ekonomiczne państwa, z którego sędzia pochodzi⁷³. Profesor analizował wskaźniki PKB *per capita* dostosowanego do parytetu siły nabywczej dolara (ang. *purchasing power parity* – PPP – 2000 dolarów amerykańskich). Do tego zebrał dane uposażenia brutto w skali roku sędziego najwyższego sądu apelacyjnego danego kraju, korzystając z raportu Europejskiej Komisji na rzecz Efektywności Wymiaru Sprawiedliwości (CEPEJ)⁷⁴. Wynik badania jest jednoznaczny – im państwo ma wyższy wskaźnik PKB *per capita*, tym uposażenie sędziego jest wyższe. E. Voeten po zebraniu danych dotyczących możliwości zarobkowania w państwie pochodzenia sędziów ETPCz postawił hipotezę, że im biedniejsze jest państwo pochodzenia sędziego, tym bardziej jest on zainteresowany, by starać się o reelekcję, a tym samym głosuje przychylnie wobec swojego państwa. Im państwo pochodzenia sędziego jest zamożniejsze, tym stopień przychylnego głosowania wobec swojego państwa spada⁷⁵.

2. Czynniki związane z tożsamością sędziego wpływające na naruszanie bezstronności sędziowskiej

Rozważając czynniki związane z tożsamością sędziego, które wpływają na naruszenie bezstronności sędziowskiej, należy przyjrzeć się zbiorowemu profilowi sędziów międzynarodowych. Przykładowo w grudniu 2012 r. 304 sędziów urzędowało w 21 najbardziej znaczących trybunałach międzynarodowych. Statystyczny sędzia w tym czasie: był obywatelem jednego z państw europejskich, był mężczyzną⁷⁶ pomiędzy 58. a 67. rokiem życia⁷⁷, miał doświadczenie zawodowe w sektorze publicznym jako sędzia,

⁷² E. Voeten, *op. cit.*, s. 421.

⁷³ *Ibidem*, s. 423.

⁷⁴ Dane dostępne on-line: <http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/PowerpointJPJ.pdf>, [dostęp: 10.10.2017 r.].

⁷⁵ E. Voeten, *op. cit.*, s. 424.

⁷⁶ Historycznie zasiadanie w trybunałach międzynarodowych było zarezerwowane raczej dla mężczyzn, jednak w ostatnich latach zauważalny jest trend wzrostu liczby kobiet piastujących stanowisko sędziego. W 2012 r. 26% sędziów stanowiły kobiety.

⁷⁷ Z 215 sędziów, których daty urodzenia były dostępne w grudniu 2012 r., 74% było pomiędzy 50. a 70. rokiem życia. 17% sędziów było po 70. roku życia.

urzędnik państwowy lub był członkiem krajowego lub międzynarodowego organu judykatury⁷⁸. Dane statystyczne nie powinny jednak skłaniać do przypuszczeń o homogeniczności międzynarodowych stanowisk sądowych. Należy jednak zaznaczyć, że sędziowie, którzy odbiegają od wyżej przedstawionego opisu, stanowią pokaźną grupę, co tylko potwierdza twierdzenie, że skład trybunałów międzynarodowych nie jest jednolity narodowościowo. Różnorodność składu sędziowskiego często gwarantują przepisy proceduralne trybunałów międzynarodowych, jak to na przykład ma miejsce w przypadku MTS, w którym gremium sędziowskie jest reprezentowane przez główne formy cywilizacji i zasadnicze systemy prawne świata^{79,80}. Należy jednak zwrócić uwagę, iż mimo wymogów mianowania sędziów z różnych państw, większość z nich pobiera naukę w krajach anglosaskich lub we Francji – przez co mimo etnicznej różnorodności, sposób prawniczego rozumowania sędziego jest jednak podobny.

2.1. Wewnętrzne przekonania, tendencje i system wartości

W krajowych organach judykatury prawdopodobieństwo, że sędzia wcześniej miał jakkolwiek styczność ze stanem faktycznym postępowania jest bardzo małe, pod warunkiem, że nie jest to sprawa bardzo dużej wagi, już wcześniej przyciągająca uwagę mediów. W przypadku trybunałów międzynarodowych sytuacja jest bardziej złożona. Znaczna część elementarnych problemów rozstrzyganych przez trybunały to zagadnienia powszechnie znane i żywo dyskutowane na forum międzynarodowym. Niejednokrotnie przedmiotem postępowania przed trybunałem jest problem prawny, poruszany zarówno przez doktrynę, jak i wcześniejsze orzecznictwo. W związku z powyższym należy uznać za prawdopodobne, że sędzia trybunału międzynarodowego ma na temat stanu faktycznego i prawnego danej sprawy już wcześniej wyrobione stanowisko, jest z nim zaznajomiony, być może wypowiadał się na dany temat i wsłuchiwał się w tym zakresie w opinie innych prawniczych autorytetów.

Jak stwierdził Theodor Meron, amerykański prawnik, sędzia i profesor prawa międzynarodowego na Uniwersytecie Nowojorskim, „Umysły sędziowskie nie są pustymi naczyniami, do których wyłącznie strony wlewają fakty o danej sprawie”⁸¹. Mają oni już

⁷⁸ L. Swigart, D. Terris, *Who are International Judges?*, [w:] C. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 621.

⁷⁹ Zgodnie z treścią art. 9 Statutu MTS z 24.10.1945 r., „Przy każdym wyborze wyborcy powinni mieć na względzie nie tylko, żeby osoby podlegające wyborowi odpowiadały osobiście wymaganym warunkom, ale również żeby w tym gremium jako całości były reprezentowane główne formy cywilizacji i zasadnicze systemy prawne świata”.

⁸⁰ Czynniki wpływające na stroniczość sędziowską, które wynikają z przepisów proceduralnych obowiązujących w trybunałach międzynarodowych, omawiam w kolejnym artykule naukowym dotyczącym zagadnienia bezstronności sędziowskiej, będącym obecnie w przygotowaniu.

⁸¹ T. Meron, *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, “American Journal of International Law” 2005, vol. 99, s. 365.

wcześniej określoną wiedzę na temat świata, co z jednej strony może zapobiec manipulacji ze strony procesujących się, lecz jednocześnie może wpływać na pewnego rodzaju stronniczość. W przypadku sędziów międzynarodowych w większości przypadków są to eksperci prawa międzynarodowego. Mają oni zatem już ukształtowaną wiedzę na temat bieżących problemów na arenie geopolitycznej i przeważnie dość silnie wyrobione zdanie na temat ważniejszych kwestii międzynarodowych. W świetle powyższego można przyjąć hipotezę, że podczas orzekania w sprawach poruszających czy to zagadnienia prawa międzynarodowego, czy też na przykład kwestii geopolitycznych, prawdopodobnie sędzia nie rozstrzygnie sprawy w pełni neutralnie i bezstronnie, gdyż posłuży się wcześniej zdobytą wiedzą prawniczą (skłaniając się przykładowo ku jednemu, a nie innemu stanowisku na niejednoznaczne zagadnienie prawne) czy też będzie posiłkować się własnym światopoglądem i systemem wartości.

Posługując się słowami amerykańskiego prawnika Benjamin N. Cardozo, „W każdym z nas jest pewna doza tendencyjności, która prowadzi do określonego kierunku w działaniu oraz myśleniu”⁸². W świetle powyższego sędziowie nie są w stanie odejść od utrwalonych nawyków, sposobu reagowania na dane bodźce i informacje. Sędzia, z psychologicznego punktu widzenia, jak każdy inny człowiek również kieruje się wewnętrznymi instynktami, tradycyjnymi wierzeniami, własną intuicją i systemem wartości.

Jak dowodzą profesorowie Jeffrey A. Segal oraz Harold J. Spaeth, sędziowie rozstrzygają sprawy na podstawie własnych wartości ideologicznych oraz faktów prezentowanych przez strony w procesie⁸³. W związku z tym sędziowie często używają swoich osobistych preferencji, by znaleźć aprobowane przez nich rozwiązania prawne w sytuacjach, gdy przepisy prawa pozostawiają pewien luz decyzyjny. W przypadku sędziów orzekających w trybunałach międzynarodowych sytuacja ta ma miejsce o wiele częściej niż w przypadku sędziów w sądach krajowych, ponieważ prawo międzynarodowe pełne jest pojęć nieostrych, niepełnych, a przepisy traktatów i umów międzynarodowych niejednokrotnie pozostawiają wiele możliwości interpretacji. W przypadku orzekania nie na podstawie niebudzącej wątpliwości litery prawa, a na podstawie wykładni przepisów, sędziowie powinni przede wszystkim zwracać uwagę na zachowanie neutralności, by swą decyzję wydać, opierając się na elementarnych zasadach logiki i utrwalonym systemie wartości, a nie na stronniczej analizie faktów przedstawionej przez strony w procesie. W teorii sędziowie międzynarodowi mają znacznie szerszy margines decyzyjny niż sędziowie krajowi, bo jak wcześniej wspomniałam, prawo międzynarodowe jako całość jest mniej szczegółowe. Co więcej, sędziów trybunałów międzynarodowych nie obo-

⁸² B.N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale University Press, Yale 1921.

⁸³ J. Segal, H. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, New York 1993.

wiązuje wprost zasada *stare decisis*, która znacznie ogranicza możliwości wyrokowania. Prawo precedensu nie pozostaje w pełni bez znaczenia, ma ono jednak pewne ograniczenia w przeciwieństwie do systemu sądownictwa w krajach anglosaskich. Jak stwierdził nowojorski profesor Thomas M. Franck, dopóki orzeczenia sądowe są wydawane przez osobę, która w swych postawach, skłonnościach i intelektualnych tendencjach jest do pewnego stopnia produktem swego otoczenia, które to odnosi się do regionalnych oraz narodowych systemów społecznych wartości, to żaden sędzia nie będzie w pełni bezstronny w sporach między stronami⁸⁴.

Wpływ wewnętrznych przekonań sędziego na stronnicze orzekania w sprawie nie jest czynnikiem mierzalnym. Żadne obliczenia nie są w stanie wykazać, że taka stronniczość faktycznie ma miejsce. Problem badawczy wynika z faktu, że tendencyjność i własny system wartości to sprawa bardzo indywidualna i wewnętrzna, to czynnik psychologiczny, który nie jest w żaden sposób obliczalny. Żaden teoretyk prawa zgłębiający problem stronniczości sędziowskiej nie jest w stanie dotrzeć do sposobu rozumowania i myśli sędziego, nie ma narzędzi badawczych, by udowodnić ich wpływ na wynik orzekania. Niemniej, opierając się na ogólnych badaniach socjologicznych i psychologicznych, można stwierdzić, że każdy człowiek – w tym sędzia – autonomicznie odczuwa pewne fakty, zatem jego wewnętrzne przekonania i system wartości w wielu przypadkach wpływa na podejmowane przez niego decyzje, również te, które zapadają na sali sądowej. Co więcej, każdy sędzia odmiennie odbiera pojęcie bezstronności sędziowskiej, inaczej rozumie jej wartość.

Mając na uwadze powyższe, bezstronność sędziowska nie może być wyłącznie sprawą nauki i nawet najdoskonalszej regulacji prawnej – powinna tkwić w charakterze i umyśle sędziego, całej jego osobowości⁸⁵. Co prawda bezstronność sędziowska jest chroniona przez przepisy statutów i regulaminów trybunałów międzynarodowych, jednakże jej przestrzeganie zależy w przeważającej mierze od sędziów. W tym celu, z chwilą obejmowania mandatów, sędziowie zobowiązują się na publicznych posiedzeniach do odpowiedniego wypełnienia nałożonych na nich obowiązków⁸⁶.

2.2. Preferencje kulturowe

Poprzez urodzenie się w danym społeczeństwie, przynależność do grup kulturowych czy też kształcenie się w określonym modelu edukacji sędziowie należą do różnych kulturowych grup społecznych, które mogą wpływać na sposób ich orzekania⁸⁷.

⁸⁴ T. Franck, *Some Psychological Factors in International Third Party Decision-Making*, "Stanford Law Review" 1967, vol. 1217, 19.

⁸⁵ Tak też J. Kolasa, *op. cit.*, s. 12.

⁸⁶ Zob. na przykład MTS, w którym sędziowie deklarują, że będą wypełniać swe funkcje sędziowskie „w sposób zgodny z honorem, wiernie, bezstronnie i świadomie”.

⁸⁷ H. Lauterpacht, *Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford 1933.

Jak dotąd, preferencje kulturowe jako czynnik wpływający na stronnicze orzekanie sędziów były przedmiotem badań wyłącznie pary naukowców – E.A. Posnera i M. de Figueiredo, których praca dotyczy sposobów orzekania w MTS⁸⁸. Postawili oni tezę, iż powiązania kulturowe, które mogą wpływać na stronniczość orzecznictwa, mają przede wszystkim podstawy językowe oraz religijne. W mniejszym stopniu ma znaczenie dzielenie wspólnego dziedzictwa i tradycji kulturowych.

Jak udowodniono, w przypadku MTS tożsamość kulturowa to jeden z głównych czynników wpływających na stronniczość sędziowską. Zjawisko to zachodzi wedle następującego modelu: sędzia z kraju X, który ma powiązania kulturowe z państwem Y, będzie mu bardziej przychylny, niż państwu Z, z którym powiązań takich nie posiada.

Tabela 1. Głosowanie sędziów w MTS powołanych przez państwo tożsame kulturowo z jedną ze stron postępowania.

	Przychyłość głosu sędziego w stosunku do państwa Y	Przychyłość głosu sędziego w stosunku do państwa Z
	Sędzia pochodzi z państwa X o kulturze β Y – strona powodowa o kulturze β Z – strona pozwana o innej kulturze niż β	Sędzia pochodzi z państwa X o kulturze β Z – strona powodowa o innej kulturze niż β Y – strona pozwana o kulturze β
Język	75% 76 postępowań	41% 103 postępowania
Religia	66% 149 postępowań	37% 147 postępowań

Źródło: E.A. Posner, M. de Figueiredo, *Is the International Court of Justice Biased?*, “J.M. Olin Law & Economics Working Paper” 2004, no. 234, The Law School The University of Chicago, s. 19; interpretacja i tłumaczenie tabeli nr 1 Z.W.

Jak przedstawia powyższa tabela, sędzia z kraju tożsamego językowo z państwem – stroną powodową postępowania – będzie średnio w 75% przypadków przychylny tej właśnie stronie. Jeżeli chodzi o tożsamość religijną – miara ta nie jest o wiele niższa, wynosi bowiem 66% przypadków.

Badania innych uczonych nie poddały analizie wpływu szeroko pojętej kultury na możliwość stronniczego orzekania w trybunałach międzynarodowych, koncentrując się wyłącznie na wpływie kultury prawnej na możliwość naruszania bezstronności sędziowskiej.

2.3. Wpływ modelu wykształcenia sędziego i kultury prawnej, z której się wywodzi

Trybunały międzynarodowe stanowią organy, w których współistnieją i przenikają się różne kultury prawne. Jednym z większych wyzwań stojących przed trybunałami jest

⁸⁸ E.A. Posner, M. de Figueiredo, *op. cit.*, s. 19.

pogodzenie różnorodnych reżimów prawnych, wypracowanie pewnych wspólnych standardów orzeczniczych.

Największy wpływ na model przeprowadzania postępowań oraz sposób orzekania w trybunałach międzynarodowych należy przypisać systemowi anglosaskiemu oraz systemowi prawa kontynentalnego. Dominacja tych dwóch kultur prawnych uzasadnia przeprowadzenie badań nad ewentualną stronniczością sędziów wyłącznie na ich podstawie. Inne reżimy prawne nie odgrywają większej roli w międzynarodowej judykaturze.

Dominacja systemu anglosaskiego i kontynentalnego w dużej mierze wynika z ustanowienia języków urzędowych w trybunałach, w których najczęściej sędziowie pracują po angielsku lub francusku. Na podstawie wyboru tych dwóch języków roboczych w trybunałach można wyjaśnić, dlaczego większość sędziów studiowała nauki prawne w krajach anglojęzycznych lub francuskojęzycznych. W 2012 r. większość sędziów, czyli 193, co stanowi 69% ogółu, pochodziło z państw prawa kontynentalnego⁸⁹. Jedynie 32 sędziów, czyli 11%, pochodziło z państw „czystego” prawa anglosaskiego, w większości z Wielkiej Brytanii, Ameryki Północnej i Karaibów. Pozostała liczba 79 sędziów, czyli 26%, pochodziła z mieszanych systemów prawnych⁹⁰.

Rozważając wpływ wykształcenia prawniczego na sposób orzekania, uważa się, że sędziowie pochodzący z systemu *common law* i systemu kontynentalnego mają większą skłonność do stronniczości, charakteryzującej się faworyzowaniem rozumowania prawniczego właściwego dla danej kultury prawnej. Część doktryny stoi na stanowisku, że sędziowie z systemów mieszanych są lepiej przygotowani do piastowania stanowisk w trybunałach międzynarodowych, gdyż przepisy proceduralne międzynarodowych organów judykatury są najczęściej wynikiem połączenia rozwiązań prawnych pochodzących z systemów prawa anglosaskiego i kontynentalnego⁹¹. Z drugiej jednak strony, część przedstawicieli doktryny uważa, że różnice pomiędzy głównymi systemami prawnymi są na tyle głębokie, że nie jest możliwe, by je ze sobą pogodzić i orzekać wyłącznie na podstawie prawa międzynarodowego, w oderwaniu od rozumowania prawniczego sędziów, którzy procedują sprawę. Znaczący problem dodają, że różnice kultur prawnych są na tyle duże, że nieustannie wpływają na odmienny odbiór tych samych instytucji prawnych, przez co ten sam stan faktyczny może być całkiem rozbieżnie interpretowany przez sędziego pochodzącego z systemu *common law* od tego, który kształcił się

⁸⁹ L. Swigart, D. Terris, *op. cit.*, s. 623.

⁹⁰ W 2012 r. spośród 15 sędziów będących w składzie MTS sześciu studiowało w Wielkiej Brytanii (w tym pięciu na Cambridge), pięciu w Stanach Zjednoczonych (trzech na Harvardzie), trzech we Francji (w tym dwóch w Paryżu), jeden sędzia studiował w Genewie na uniwersytecie o francuskim modelu prawniczego kształcenia.

⁹¹ M. Reimann, *The Process and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, „American Journal of Comparative Law” 2002, vol. 50, s. 671–700.

w modelu kontynentalnym⁹². Podkreślają, że mimo międzynarodowej integracji mentalność osób posługujących się określonym systemem prawnym jest na tyle rozbieżna, że wspólna, międzynarodowa kultura prawna, mająca być podstawą orzekania trybunałów międzynarodowych, praktycznie nie istnieje⁹³. Należy jednak wskazać odrębne głosy doktryny, na przykład stanowisko profesora Charlesa Kocha, który uważa, że zapożyczając pewne techniki prawne z obu systemów, trybunały międzynarodowe stworzą rodzaj globalnej kultury prawnej, specyficzniej ukierunkowanej na rozstrzygnięcie sporów międzynarodowych⁹⁴.

Mając na uwadze wymóg zachowania bezstronności sędziowskiej, niepożądane jest takie zachowanie sędziego, które wyraża się przychylnością wobec jednej ze stron postępowania, wyłącznie ze względu na kulturę prawną, z jakiej on pochodzi. Egzemplifikacją takiego stanu rzeczy może być przypadek, w którym sędzia wychowany w kulturze *common law* rozumie i popiera argumentację prawniczą strony, która również wywodzi się z systemu anglosaskiego, a neguje argumentację prawniczą strony pochodzącej z systemu prawa kontynentalnego, uznając ją za błędną. Sytuacja taka może mieć miejsce z kilku powodów. Po pierwsze, ma tutaj znaczenie aspekt psychologiczny – silnie oddziałuje pewna tożsamość kulturowa z jedną ze stron, wyrażana przez aprobatę tych samych lub podobnych zasad i przepisów prawnych. Ponadto, od strony psychologicznej, sędzia często podświadomie wspiera to, co znane, oraz wyraża niechęć i nierozumienie dla tego, co obce. Po drugie, ważną rolę odgrywa aspekt wykształcenia sędziego, to znaczy, jeżeli edukował się w kraju określonego systemu prawnego, jest wysoce prawdopodobne, że rozstrzygając spór międzynarodowy, będzie on pośrednio używać wiedzy zdobytej w danym reżimie, będzie opierał się na jego normach i wytycznych. Po trzecie, rola sędziego w systemie *common law* jest zdecydowanie inna niż rola sędziego w systemie kontynentalnym. W krajach anglosaskich sędzia ma postawę bardzo bierną, przygląda się wymianie argumentów każdej ze stron, jego rola sprowadza się do wydania orzeczenia, która w sprawach cywilnych opiera się na precedensie, a w sprawach karnych jest zależna od decyzji ławy przysięgłych. Co więcej, sędzia w systemie *common law* o wiele bardziej udziela się przy udzielaniu opinii prawnych, zwłaszcza interpretacji niejasnych reguł prawnych⁹⁵. Natomiast w systemie kontynentalnym sędzia pełni rolę czynną, w znacznym stopniu udziela się w procesie i jest w nim aktywny. Nie udziela on żadnych porad prawnych i nie sporządza dodatkowych interpretacji, jest

⁹² A. Balas, R. La Porta, A. Shleifer, F. Lopez-de-Silanes, *The Divergence of Legal Procedures*, "American Economic Journal: Economic Policy" 2009, vol. 1 (2), s. 138–162.

⁹³ A. Balas, R. La Porta, A. Shleifer, F. Lopez-de-Silanes, *op. cit.*

⁹⁴ Ch.H. Koch Jr, *Envisioning a Global Legal Culture*, "Michigan Journal of International Law" 2003, vol. 25/1, s. 75–76.

⁹⁵ G.C. Rowe, *Reflections on the Common Law – Relating it to the European Context*, "Europa-Studien" 2006, s. 289–310.

on związany orzekaniem wyłącznie co do istoty sprawy⁹⁶. Na podstawie powyższego przyjmuje się, że sędziowie, którzy zachowują większą niezależność orzecniczą w swoim państwie, są również bardziej niezależni podczas piastowania urzędów w trybunałach międzynarodowych⁹⁷. Teza ta zakłada, że sędziowie z państw kontynentalnych rozstrzygają spory bardziej swobodnie i bezstronnie⁹⁸.

Sędziowie, którzy przez długi czas przebywają w trybunale międzynarodowym i jego środowisku, internalizują normy trybunału, silnie akcentujące obowiązek bezstronności, zapominają o systemie prawa panującym w państwach ich pochodzenia, który ewentualnie popychałby ich do naruszania zasady bezstronności sędziowskiej⁹⁹. Próba potwierdzenia tej tezy są słowa greckiego sędziego Christosa Rozakisa, który stwierdził, że sędziowie zasiadający w ETPCz wydają się być niezależni, bez żadnych powiązań z państwami. Argumentował, że sędziowie żyją w swego rodzaju próżni i pracują *in abstracto*, daleko od ich państw pochodzenia i indywidualnego środowiska prawnego¹⁰⁰. To założenie sugeruje, że im dłużej sędzia piastuje urząd w trybunale międzynarodowym, tym jego niezależność od państwa pochodzenia wzrasta, a co za tym idzie poziom bezstronności sędziowskiej jest coraz większy.

Zakończenie

Na podstawie powołanej analizy czynników wpływających na naruszanie bezstronności przez sędziów trybunałów międzynarodowych stwierdzam, że w znacznym stopniu mogą one wpływać na stronniczość orzecniczą. Przytoczone badania nie wykazały jednak, że podczas naruszania zasady bezstronności sędziowie zawsze czynią to w sposób świadomy. W znacznej liczbie przypadków podstaw stronniczości można dopatrywać się w mechanizmach psychologicznych oraz prawidłowościach socjologicznych.

Biorąc po uwagę, iż podczas orzekania sędzia może kierować się indywidualnymi pobudkami sprzyjającymi wystąpieniu stronniczości orzecniczej, podczas wydawania wyroku powinna być zachowana przejrzystość procesu, a podjęta decyzja zawsze powinna zawierać odpowiednią podstawę prawną. Co więcej, sędzia powinien przedstawić swoje rozumowanie prawnicze, wskazać metodę dojścia do ostatecznej decyzji, co stanowi *essential safeguard against wrongdoings*¹⁰¹.

⁹⁶ G. C. Rowe, *op. cit.*, s. 289–310.

⁹⁷ E. Voeten, *op. cit.*, s. 420.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ T. Meron, *op. cit.*, s. 359–369.

¹⁰⁰ F.J. Bruinsma, *Judicial Identities in the European Court of Human Rights*, [w:] A. van Hoek, et al. (eds.) *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, Antwerpia 2006, s. 203–240.

¹⁰¹ T. Meron, *op. cit.*, s. 360.

Mając na uwadze społeczną doniosłość obowiązku przestrzegania bezstronności sędziowskiej, uważam, że przepisy proceduralne obowiązujące w poszczególnych trybunałach powinny dokładniej regulować problematykę zachowania bezstronności w trakcie procesu orzekania. Analizując poszczególne statuty trybunałów międzynarodowych, można postawić tezę, iż ogólne i niejasne przepisy proceduralne oraz luki prawne w statutach i aktach wewnętrznych wpływają na możliwość zaistnienia stronniczości podczas sprawowania urzędu sędziego.

Poza zmianą obowiązujących przepisów proceduralnych trybunały powinny w sposób dokładniejszy uregulować status prawny sędziego. Pożądanym rozwiązaniem byłoby ustanowienie w każdym z trybunałów określonej w czasie, nieodnawialnej kadencji, po której zakończeniu sędzia przechodziłby w stan spoczynku i nie podejmował dalszego zatrudnienia, poza ewentualną działalnością dydaktyczną. Odnosząc się do przesłanek umożliwiających wyłączenie sędziego, uważam, że powinny być one określone w każdym ze statutow trybunału bardziej wyczerpująco i precyzyjnie, nie pozostawiając żadnych luk prawnych. Niejasność regulacji umożliwia dyskrecjonalną analizę poszczególnych przypadków przez prezydium sądu, jego prezesa lub skład orzekający, który ze względu na powiązania koleżeńskie panujące w konkretnym trybunale nieobiektywnie ocenia zaistniałą sytuację – i jak pokazuje praktyka – zwykle nie dopuszcza do wyłączenia sędziego od orzekania w sprawie.

Uważam, że pojęcie stronniczości sędziowskiej powinno być uregulowane w sposób bardziej kompleksowy. W większości statutow 125 trybunałów międzynarodowych nie znajdziemy choćby przykładowego, enumeratywnego zestawienia sposobów zachowania sędziego, które można uznać za stronnicze. Przede wszystkim, sądy międzynarodowe powinny przyjąć przejrzyste metody weryfikacji ewentualnego naruszenia bezstronności sędziowskiej, jakim byłby uniwersalny test na stronniczość, badający zachowanie sędziego pod kątem obiektywnego i subiektywnego naruszenia bezstronności sędziowskiej. Ponadto, powinny zostać ustanowione bardziej restrykcyjne przepisy zakazujące powołania sędziego, którego wcześniejsze wypowiedzi i deklaracje oraz wcześniej piastowane funkcje podają w wątpliwość jego bezstronność. Większa uwaga powinna zostać poświęcona przeszłości zawodowej sędziego, co mogłoby wykluczyć kandydatów, którzy po wybraniu na urząd sędziego mogą orzekać stronniczo. Statuty trybunałów powinny również uniemożliwiać sędziom wykonywanie jakiegokolwiek działalności, która nie da się pogodzić z bezstronnością funkcji orzeczniczej.

Mając na uwadze, iż bezstronność sędziowska stanowi podstawę funkcjonowania międzynarodowej judykatury, uważam, że tematyka bezstronności powinna stanowić przedmiot dalszych, pogłębionych badań. Na kolejnym etapie moich prac nad problematyką bezstronności sędziowskiej przyjrzyć się kolejnym trzem grupom czynników mogą-

cych wpływać na stronniczość sędziowską. Poddam analizie zespół czynników związanych z układem geopolitycznym, w ramach którego zbadam wpływ preferencji narodowych oraz regionalnych na sposób orzekania sędziego. Kolejną grupę czynników stanowią aspekty ekonomiczno-polityczne, przez które rozumiem wpływy polityczne, indywidualne preferencje polityczne sędziego, sytuację ekonomiczną państwa pochodzenia sędziego oraz układy militarne i członkostwo poszczególnych państw w organizacjach międzynarodowych. Trzecią, ostatnią kategorią źródeł naruszania bezstronności sędziowskiej, którą poddam analizie, są czynniki proceduralne, to jest pewne luki prawne, nieprecyzyjne przepisy w statutach i regulaminach trybunałów międzynarodowych, które mogą wpływać na stronnicze orzecznictwo.

Bibliografia

Akty prawne

- Protokół nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 13.05.2004 r.
- Protokół nr 15 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 24.06.2013 r.

Akty wewnętrzne, statuty organizacyjne

- Statut Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z 16.12.1920 r.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii z 25.05.1993 r.
- Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 17.07.1998 r.
- Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.07.2004 r.
- Rezolucja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nr 1646, dotycząca nominacji i wyboru sędziów do ETPCz z 27.01.2009 r.

Kodeksy etyki, rekomendacje

- Uniwersalna Karta Sędziego z 17.11.1999 r.
- Zbiór Zasad Postępowania Sędziów z Banglalore z 25.11.2002 r.
- Zasady Niezależności Sędziowskiej z Burgh House z 2004 r.
- Rekomendacja Rady Europy nr 1649, *Kandydaci do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, z 30.01.2004 r.
- Kodeks Etyki Sędziowskiej Międzynarodowego Trybunału Karnego z 9.03.2005 r.
- Kodeks Etyki Sędziowskiej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 9.03.2005 r.
- Zasady Etyki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1.10.2007 r.
- Rezolucja Etyki Sędziowskiej Rady Europy z 23.06.2008 r.
- Zasady Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.06.2010 r.

Orzecznictwo

- ETPCz, sprawa *Piersack v. Belgia*, sygnatura sprawy 8692/79, orzeczenie z 1.10.1982 r.

- ETPCz, sprawa *Kyprianou v. Cypr*, sygnatura sprawy 73797/01, orzeczenie z 15.12.2005 r.
- ETPCz, sprawa *Baka v. Węgry*, sygnatura sprawy 20261/12, orzeczenie z 23.06.2016 r.
- ICTY, sprawa *Prokurator v. Furundzija*, sygnatura sprawy IT-95-17/1A, wyrok z dnia 21.07.2000 r.
- MTK, sprawa *Prokurator v. Katanga i Ngudjolo*, sygnatura sprawy: iICC-01/04-01/07-1949-Anx2.
- MTK, decyzja na wniosek z 16.08.2009 r. o wyłączenie sędziego od orzekania w sprawie *Prokurator v. Thomas Lubanga Dyilo*, sygnatura sprawy ICC-01/04-01/06-2138-AnxIII, decyzja z 13.11.2009 r.
- MTK, decyzja na wniosek z 16.02.2010 r. o wyłączenie od orzekania sędziego w sprawie *Germain Katanga przeciwko wyrokowi z 20.11.2009 r.* oraz od orzekania we wszystkich pozostałych postępowaniach dotyczących sprawy *Prokurator v. Germain Katanga oraz Mathieu Ngudjolo Chui*.
- MTK, decyzja na wniosek sędzi Akua Kuenychia z 18.02.2010 r. o jej wyłączenie od orzekania w sprawie *Prokurator przeciwko Bosco Ntaganda* oraz przyszłych postępowaniach odwoławczych sprawy *Ntaganda*, decyzja z 11.11.2010 r.
- MTK, decyzja zgromadzenia plenarnego sędziów z 6.06.2012 r. w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego w sprawie *Banda i Jerbo z 2.04.2012 r.*, sygnatura sprawy ICC-02/05-03/09-344-Anx.
- MTK, sprawa *Prokurator v. Thomas Lubanga Dyilo*, sygnatura sprawy ICC-01/04-01/06, wyrok z dnia 1.12.2014 r.
- MTS, sprawa *Cieśniny Korfu, Wielka Brytania i Irlandia Północna v. Albania*, orzeczenie z dnia 15.12.1949 r.
- MTS, sprawa *Nottebohm, Lichtenstein v. Gwatemala*, orzeczenie z 6.04.1955 r.
- MTS, sprawa południowo-zachodniej Afryki, *Etiopia v. Republika Południowej Afryki*, orzeczenie z 20.05.1961 r.
- MTS, opinia doradczą w sprawie dotyczącej skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii, opinia z 21.06.1971 r.
- MTS, sprawa *Nauru v. Australia*, orzeczenie z 26.06.1992 r.
- MTS, sprawa nakazu aresztowania z 11.04.2000 r., *Demokratyczna Republika Kongo v. Belgia*, orzeczenie z 14.02.2002 r.
- MTS, opinia doradczą w sprawie prawnych konsekwencji wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich, opinia z 30.01.2004 r.
- SCSL, sprawa *Prokurator v. Sam Hinga Norman*, sygnatura sprawy SCSL-14-112, orzeczenie z 28.05.2000 r.
- SCSL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego G. Robertsona w sprawie *Sesay, Kallon, Gbao*, numer decyzji SCSL-2004-AR15-15, decyzja z 13.03.2003 r.
- SCSL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenia sędziego B. Thompson w sprawie *Sesay, Kallon, Gbao*, sygnatura sprawy SCSL-04-15-T, decyzja z 13.03.2004 r.
- STL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego R.J. Riachy, sygnatura sprawy CH/PRES/2010/08, decyzja z 5.11.2010 r.
- STL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego A. Chamseddine, sygnatura sprawy CH/PRES/2010/09, decyzja z 5.11.2010 r.

Pozycje książkowe

Fabri H. R., Sorel J.M., *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, Paris 2010.

- Oellers-Frahm K., *International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators*, "Max Planck Encyclopedia of Public International Law", Oxford University Press, Oxford 2013.
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994
- Seibert-Fohr A., *International Judicial Ethics*, [w:] C. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013.
- Spiermann O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Swigart L., Terris D., *Who are International Judges?*, [w:] C. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013.
- Vitkauskas D., Dikov G., *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Podręczniki Praw Człowieka Rady Europy, Rada Europy, Strasburg 2012.

Artykuły naukowe

- Abrmason L.W., *Judicial Disclosure and Disqualification: The Need for more Guidance*, "Justice System Journal" 2007, vol. 28.
- Abtahi H.D., Young O.O., Young R., *The Composition of Judicial Benches, Disqualification and Excusal of Judges at the International Criminal Court*, "Journal of International Criminal Justice" 2013, vol. 11.
- Allars M., *Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test?*, "Missouri Law Review" 2013, 78(1).
- Balas A., La Porta R., Shleifer A., Lopez-de-Silanes F., *The Divergence of Legal Procedures*, "American Economic Journal: Economic Policy", 2009, vol. 1 (2).
- Balcerczak M., *Niezależność Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a status jego sędziów*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2014, vol. XII.
- Brown C., *Evolution and Application of Rules Concerning Independence of the International Judiciary*, "The Law and Practice of International Courts and Tribunals" 2003, vol. 2.
- Bruinsma F.J., *Judicial Identities in the European Court of Human Rights*, [w:] A. van Hoek, et al. (eds.), "Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication", Intersentia, Antwerpia 2006.
- Caflish L., *Independence and Impartiality of Judges: the European Court of Human Rights*, "The Law and Practice of International Courts and Tribunals" 2003, vol. 2.
- Coleman A., *The International Court of Justice and Highly political Matters*, "Melbourne Journal of International Law" 2003, vol. 29.
- Dugard J., *Palestine and the International Court of Justice: Institutional Failure or Bias?*, "Journal of International Criminal Justice" 2013, vol. 11(3).
- Franck T., *Some Psychological Factors in International Third Party Decision-Making*, "Stanford Law Review" 1967, vol. 1217, 19.
- Hensley T.R., *National Bias and International Court of Justice*, "Midwest Journal of Political Science" 1968, vol. 12.
- Hernandez G.I., *Impartiality and Bias at the International Court of Justice*, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2013, vol. 1(3).
- Huber G., Gordon S., *Accountability and Coercion: Is justice Blind When It Runs for Office?*, "American Journal of Political Science" 2004, 48.

- Keohane R.O., Moravesik A., Slaughter A.-M., *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, "International Organization" 2000, vol. 54.
- Kolasa J., *Niezależność sędziego międzynarodowego. Zarys problemu*, [w:] J. Kolasa (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. II, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Lucy W., *The Possibility of Impartiality*, "Oxford Journal of Legal Studies" 2005, vol. 25.
- Mégret F., *International Judges and Experts' Impartiality and the Problem of Past Declarations*, "The Law & Practice of International Courts and Tribunals" 2011, McGill University, the Canada Research Chair in the Law of Human Rights and Legal Pluralism, vol. 10.
- Meron T., *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, "American Journal of International Law", Cambridge University Press, Cambridge 2005, 99.
- Minow M., *Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors*, "William and Mary Law Review" 1992, vol. 33.
- Posner E.A., de Figueiredo M., *Is the International Court of Justice Biased?*, "John M. Olin Law & Economics Working Paper" 2004, no 234, The Law School The University of Chicago.
- Posner E.A., Yoo J.C., *Judicial Independence in International Tribunals*, "California Law Review" 2005.
- Sands P., *The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts*, [w:] S. Charnovitz et al., *Law in the Service of Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Sands P., McLachlan C., McKenzie R., *The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*, "The Law and Practice of International Courts and Tribunals" 2005, vol. 4.
- Segal J., Spaeth H., *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, New York 1993.
- Shaman J.M., *The Impartial Judge: Detachment of Passion*, "DePaul University Law Review" 1995, vol. 45.
- Smith A.M., "Judicial Nationalism" in *International Law: National Identity and Judicial autonomy at the ICJ*, "Texas International Law Journal" 2005, vol. 40:197.
- Suh I.R., *Voting Behavior of National Judges in International Courts*, "American Journal of International Law" 1969, vol. 63.
- Terris D., *Test of Character*, [w:] D. Terris, C. Romano, L. Swigart, *The International Judge An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Vajić N., *Some Remarks Linked to the Independence of International Judges and the Observance of Ethical Rules in the European Court of Human Rights*, *Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren: Festschrift für Renate Jaeger*, 2010.
- Voeten E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, "American Science Review" 2008, vol. 102, no 4.

Artykuły prasowe

- Autor nieznany, *Slovakia Names Judges for Strasbourg Court, but Expects Problems*, "Czech News Agency", 12.02.2004 r.
- Buyse A., *New Ukrainian Judge Elected*, "echrblog.blogspot.com", 28.04.2010 r.
- Kontrovich E., *Is the International Criminal Court biased against Israel*, "Washington Post", 5.01.2015 r.
- O'Boyle M., *Unjustified attack on ECHR*, "The Times of Malta", 8.09.2013 r.

Zahra Ch., *Giovanni the Strasbourg Interventionist*, „Malta Today”, 10.08.2008 r.

Odsyłacze do stron internetowych

Baza orzeczeń ETPCz: <http://hudoc.echr.coe.int>

Strona internetowa ETPCz: <http://www.echr.coe.int>

Strona internetowa MTK: <http://www.icc-cpi.int>

Strona internetowa MTS: <http://www.icj-cij.org>

Zagadnienia prawa administracyjnego

Paweł Majczak

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Potrzeba zmiany jednego z paradygmatów prawa administracyjnego

The need to change one of the paradigms of administrative law

Streszczenie

Publikacja Thomasa Kuhna pt. *Struktura rewolucji naukowych* zmieniła postrzeganie charakteru postępu naukowego. Autor zauważył, że analizując naukę pod kątem jej rozwoju historycznego, można odnaleźć pewien elastyczny wzorzec badawczy, mianowicie schemat pojęć, wyników i procedur, który organizuje późniejsze badania naukowe. Prace z zakresu administracji publicznej nie mogą oscylować jedynie wokół osi, jaką są podmioty administrujące. Badaniom należy poddać również zagadnienia miejsca jednostki w prawie administracyjnym, jej ochrony, uprawnień wobec aparatu administracyjnego, co może stanowić nowy paradygmat w naukach administracyjnych. Początkowo administrowani nie mieli prawie żadnych uprawnień wobec organów władzy. Doprowadziło to do znacznego niezadowolenia ludzi ze sprawowanych rządów. Przekształceniom stosunków między obywatelami a państwem towarzyszyły liczne przemiany społeczne, wojny, przeobrażenia światopoglądowe itp. Obecnie odnotowuje się znaczną poprawę sytuacji jednostki w stosunkach z władzą publiczną, na co wpływ ma niewątpliwie coraz wyższy poziom rozwoju państw oraz zwiększanie się poziomu świadomości społecznej obywateli.

Słowa kluczowe

paradygmat, stosowanie kar, stosunek administracyjno-prawny, nowelizacja kodeksu postępowania administracyjnego, świadomość społeczna

Abstract

Thomas Kuhn's publication entitled "The Structure of Scientific Revolutions" changed the perception of the nature of scientific progress. The author noticed that the analysis of science for its historical progress can rediscover a flexible research paradigm, namely the scheme of concepts, outcomes and procedures, which organizes subsequent scientific research. Papers devoted to the issues of public administration cannot oscillate only around the axis of administrative body. The position of an individual within administrative law, his or her legal protection, powers over administrative services should be tested as they could stand for a new paradigm in administrative studies. Initially, people who are administrated did not have any powers towards authority, which resulted in significant dissatisfaction with governance. Transformations of the ratio between citizen and state were associated with social changes, wars, worldview changes, etc. Today, there is a significant improvement of the ratio between citizen and state, which is certainly affected by the increasing level of the development of the state and the increasing level of public awareness among citizens.

Key words

paradigm, application of penalties, administrative-legal relationship, amendment of the code of administrative proceedings, social consciousness

1. Wstęp

Geneza badań administracji publicznej jest sytuowana w nurcie nauk administracyjnych oraz nurcie nauk społecznych. Pierwszy z nich obejmuje opisową naukę administracji, normatywno-analityczną naukę prawa administracyjnego oraz postulatyczną naukę polityki administracyjnej. Drugi nurt jest utożsamiany z nauką o organizacji i zarządzaniu, politologią, socjologią, psychologią społeczną, cybernetyką itd. Prawo administracyjne należy postrzegać jako zbiór reguł postępowania, abstrakt. Definicja A. Okolskiego głosi, że prawem administracyjnym są przepisy, „za pomocą których państwo tworzy warunki wszechstronnego rozwoju społeczeństwa”¹. Prawo administracyjne to zbiór norm prawnych, „których racją obowiązywania jest bezpośrednia realizacja przez podmioty administrujące wartości wyróżnionych ze względu na dobro wspólne”². Administracja oraz prawo administracyjne ulegały na przestrzeni dziejów różnym przemianom, zarówno podmiotowym, jak i przedmiotowym. Niemały wpływ na ich funkcjonowanie mają liczne uwarunkowania polityczne, ustrojowe, ekonomiczne i społeczne. Istotną rolę w wykształceniu się paradygmatów w badaniach nad prawem administracyjnym przypada również przyjmowanemu systemowi wartości. Dla klarowności wyników badań nad prawem administracyjnym przyjmuje się jednolite, spójne kryteria metodologiczne. Możliwe jest także posłużenie się alternatywą dla powyższego podejścia, polegającą na konstruowaniu odrębnych założeń badawczych dla każdego zadania według jego natury. Wykorzystuje się przy tym aparaturę dobraną odpowiednio do przedmiotu badań oraz zakłada, że badanie i jego wyniki mieszczą się w obszarze badanej dziedziny³.

Pojęcie paradygmatu związane jest z postacią amerykańskiego naukowca Thomasa Kuhna. Jego publikacja *Struktura rewolucji naukowych*, wydana w 1963 r., zmieniła postrzeganie charakteru postępu naukowego. Do czasu publikacji Kuhna środowiska naukowe uważały, że nauka rozwija się w sposób stały i stopniowy (ewolucyjny). Amerykanin zakwestionował dotychczasowe podejście do charakteru nauki. Stwierdził, że

¹ A. Okolski, *Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim*, t. 1, Biblioteka Umiejętności Prawnych, Warszawa 1880, s. 14.

² Z. Cieślak, [w:] Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 56.

³ Zob. J. Jeżewski, *Problematyka przedmiotu i wyników badań w nauce administracji*, [w:] J. Łukasiewicz (red.), *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego prawa*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Rzeszów 2002, s. 25–29.

ani nauka, ani postęp naukowy nie polegają na dokładaniu nowych elementów do faktów, teorii i metod opisanych w opracowaniach naukowych. Zauważył ponadto, że analizując naukę pod kątem jej rozwoju historycznego, można odnaleźć pewien elastyczny wzorzec badawczy, mianowicie schemat pojęć, wyników i procedur, który organizuje późniejsze badania. Mowa tutaj o paradygmacie, który ustalają niektóre dzieła naukowe⁴. W pewnym momencie większość uczonych uznaje jakiś zbiór teoretycznych ujęć i zjawisk za podstawę prowadzenia dalszych badań. Taki okres (nazywany przez Kuhna „okresem nauki normalnej”) trwa dopóty, dopóki nie pojawią się anomalie (trudności), przez które nauka nie będzie w stanie odpowiedzieć na zaistniałe pytania i wątpliwości. Wtedy konieczne staje się podjęcie próby modyfikacji teorii bez zmiany paradygmatu. Jeżeli jednak to nie przyniesie oczekiwanej poprawy, a liczba anomalii będzie wzrastać, to można będzie mówić o kryzysie w nauce. Z kryzysu wyłaniają się nowe paradygmaty, spośród których wybrany zostaje najskuteczniejszy, najlepiej radzący sobie z anomaliami. Nowy paradygmat nie jest jedynie rozwinięciem bądź niewielką modyfikacją poprzedniego. Jest on przebudową danej dziedziny od podstaw. Z chwilą jego uznania, oprócz teorii naukowych zmienia się system, model wyjaśnień, reguły metodologiczne, a nawet język je opisujący. Przejście od jednego paradygmatu do drugiego nie następuje łagodnie. Typowi naukowcy nie są obiektywnymi i niezależnymi myślicielami. Raczej należy ich postrzegać jako konserwatystów, którzy godzą się z tym, czego ich nauczono i stosują to do rozwiązywania problemów zgodnie z kanonem wyuczonej teorii. Pojawiają się jednak naukowcy młodego pokolenia, którzy chcą wyjść poza przyjęte kanony. Następuje ścieranie się środowisk naukowych. Wraz ze wzrostem liczby zwolenników nowego paradygmatu zostaje on rozbudowany i udoskonalony, co jeszcze bardziej zwiększa jego atrakcyjność. Po czasie zostaje utrwalony, co oznacza koniec rewolucji i rozpoczęcie nowego okresu nauki normalnej. Należy zauważyć, że na gruncie nauk humanistycznych (w tym prawnych) pojawienie się nowego paradygmatu nie wiąże się w sposób konieczny z odrzuceniem paradygmatu dotychczasowego. Dlatego można mówić niekiedy o wykształceniu się różnych szkół prawa. Ciągła, wzajemna krytyka reprezentantów przeciwnych obozów naukowych wcale nie musi być dla nauki negatywna, odmienność bowiem poglądów uczonych umożliwia szersze spojrzenie na badane problemy⁵.

⁴ Według J. Supernata paradygmat to: „uznany i akceptowany w organizacji (na ogół w sposób dorozumiany) zestaw przekonań i założeń co do warunków jej skutecznego i korzystnego funkcjonowania” – J. Supernat, *Zarządzanie*, Kolonia Limited, Wrocław 2005, s. 421.

⁵ M. Kaliński, *Paradygmaty nauk prawnych*, <http://www.knhd.law.uj.edu.pl/documents/3035628/61d6-f407-17dd-4a64-b170-ad3f918c5db6> [dostęp: 16.05.2017].

2. Potrzeba zmiany paradygmatu w prawie administracyjnym

Zgodnie z tym, co zostało wspomniane we wstępie, nowe paradygmaty wyłaniają się z kryzysu w nauce, który nie może zostać przewyciężony poprzez modyfikację teorii bez zmiany dotychczasowego paradygmatu. Aby odpowiedzieć na pytanie o potrzebę przemian paradygmatycznych w prawie publicznym, niezbędne jest poddanie pod rozważenie istnienia kryzysu prawa administracyjnego. Przyjmuje się, że jego źródłem mogą być nieznamość i nieprzestrzeganie prawa będące zagrożeniem ładu i porządku lub samo prawo i jego patologizacja wynikające z nadmiernej jurydyzacji życia, braku legitymacji i niedostatku moralności prawa, a także instrumentalnego traktowania⁶. Prawo bez wątplenia musi spełniać postawione przed nim zadania i cele. Wówczas można mówić o jego poprawnym funkcjonowaniu. Gdy nie będzie ich poprawnie realizowało, to należy uznać, że znajduje się w kryzysie. Należy przypomnieć, że wartością nadrzędną prawa administracyjnego, powstałego dla ochrony jednostki przed administracją, a nie dla administracji – jest dobro człowieka⁷.

J. Jagielski i P. Gołaszewski postawili tezę, zgodnie z którą nauka i praktyka borykają się obecnie z kryzysem prawa administracyjnego. Uzasadniając swój pogląd, zwrócili uwagę m.in. na częste rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych i organów administracji publicznej co do analogicznych stanów faktycznych i prawnych, problemy z interpretacją niejasnych i niejednokrotnie niespójnych przepisów prawnych, które mają świadczyć nie tyle o nieprzygotowaniu stosujących prawo do tego zadania, ile o niskiej jakości legislacji prawnoadministracyjnej⁸. Trudno nie zgodzić się z twierdzeniem, że zakres regulacji administracyjnej przybrał obecnie tak duże rozmiary, iż zasadniczo nie występują dziedziny życia społecznego wolne od ingerencji administracji publicznej. Jak zauważył J. Boć: „złudne jest przekonanie, iż można wyznaczyć administracji granice jej ingerencji”⁹. W zależności od przekonań co do najlepszego modelu państwa fakt ten można przyjąć z aprobatą bądź też poddać go krytyce. Zwolennicy istnienia państwa opiekuńczego angażującego się nie tylko w sprawy opieki i pomocy społecznej, ale też w szerokim zakresie w sprawy dotyczące dobrobytu obywateli i mieszkańców będą najprawdopodobniej opowiadali się za szczegółowym uregulowaniem jak największej liczby dziedzin życia społecznego. Zwolennicy liberalnej myśli

⁶ Zob. J. Kochanowski, *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa*, [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Liber, Warszawa 2003, s. 77–86.

⁷ A. Błaś, J. Boć (red.), *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, Kolonia Limited, Wrocław 2014, s. 7.

⁸ J. Jagielski, P. Gołaszewski, *Kryzys prawa administracyjnego a zmiana jego paradygmatu*, [w:] D.R. Kijowski, P.J. Suwaj (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, tom 1, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 28–29.

⁹ J. Boć, [w:] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Kolonia Limited, Wrocław 2003, s. 127.

państwowej będą popierali pełnienie przez państwo tzw. roli nocnego stróża objawiającej się w jak najmniejszej ingerencji władzy w życie społeczne¹⁰. Zastanawiając się nad problemem anomalii zachodzących w prawie administracyjnym, warto pochylić się nad dylematem przeregulowania w obrębie prawa administracyjnego. Można podać w wątpliwość istnienie świadomości u przeciętnego obywatela o wszystkich przysługujących mu uprawnieniach i ciążących na nim obowiązkach. Brak wiedzy na ten temat implikuje często ich nierealizowanie pociągające za sobą konsekwencje naruszenia zakazów i nakazów (sankcje)¹¹. Za przykład może posłużyć obowiązek uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, wiążący się z koniecznością uiszczenia opłaty. Strony, na które nakładana jest kara za zajęcie pasa drogowego bez wymaganego zezwolenia, częstokroć tłumaczą się, że nie były świadome poddania pasa drogowego reglamentacji administracyjnej. Biorąc pod uwagę przedstawione uwagi, należy przychylić się do tezy, „że samo prawo administracyjne znajduje się w kryzysie postrzeganym jako stan pogarszającej się jakości tej gałęzi polskiego prawa”¹². Nie powinno zaskakiwać, że „Zjawisko kryzysu nie sprzyja postawom etycznym i dbałości o służebną funkcję administracji, która mając nieodzowne znaczenie, nie ma ani nie może mieć analogii”¹³. Co więcej: „doprowadza do powstania zjawiska inflacji prawa wynikłego ze złożoności opinii na temat dróg dążenia do polepszenia sytuacji drogą prawną”¹⁴. W tym miejscu wskazane jest zadanie pytania, jaki paradygmat obowiązuje obecnie w prawie publicznym oraz czy konieczna jest jego zmiana.

3. Relacje między jednostką a władzą publiczną jako paradygmat w prawie publicznym

Dokonując przeglądu literatury zwłaszcza z zakresu materialnego i ustrojowego prawa administracyjnego, można bez trudu odnaleźć obszerne opracowania dotyczące podmiotów administrujących (administracji publicznej). Widać to już w znacznej części podręczników akademickich do prawa administracyjnego. W literaturze można spotkać się z twierdzeniem, że stosunkowo niewiele uwagi poświęca się relacjom zachodzącym

¹⁰ Jednym z przedstawicieli tego nurtu był Herbert Spencer głoszący tezy o konieczności ograniczenia funkcji legislacyjno-porządkowej państwa – zob. W. Kwaśnicki, *Historia myśli liberalnej. Wolność, własność, odpowiedzialność*, <http://kwasnicki.prawo.uni.wroc.pl/todownload/HMLKwasnicki.pdf> [dostęp: 17.06.2017], s. 56 i n.

¹¹ L. Klat-Wertelecka, *Sankcja egzekucyjna w administracji a kara administracyjna*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 65.

¹² D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko, *Wprowadzenie*, [w:] D.R. Kijowski, P.J. Suwaj (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, tom 1, [Wolters Kluwer Polska], Warszawa 2012, s. 17.

¹³ J. Boć, E. Bojek, *Nauka prawa a współczesna administracja publiczna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, z. 2, s. 225.

¹⁴ *Ibidem*.

pomiędzy administrującymi a administrowanymi¹⁵. Twierdzi się, że badania naukowe nad prawem administracyjnym oscylują wokół osi, jaką jest administracja publiczna. Spostrzega się, że dominującym modelem prezentacji prawa administracyjnego są rozważania ujmowane z perspektywy pojęcia administracji publicznej (jej struktury i działalności). Także w procesie legislacyjnym ustawodawca dąży przede wszystkim do stworzenia instrumentów prawnych, dzięki którym administracja publiczna będzie w stanie zrealizować postawione przed nią zadania¹⁶. Obecny paradygmat prawa administracyjnego postrzega się jako „skoncentrowanie (osadzenie) problematyki dotyczącej tej gałęzi prawa wokół szeroko ujmowanego pojęcia (kategorii) administracji publicznej (tak w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym)”¹⁷. Można zetknąć się z postulatami poddania szerszym badaniom zagadnień miejsca jednostki w prawie administracyjnym, jej ochrony oraz uprawnień wobec aparatu administracyjnego. Należy się z nimi zgodzić. Wskazane jest zwrócenie uwagi, że adresatami norm prawa administracyjnego nie są wyłącznie organy administracji publicznej. Normy te są adresowane w znacznym stopniu do jednostek (administrowanych). Odzwierciedleniem tego jest podział na normy pośrednie, wymagające autorytatywnej konkretyzacji organu administracji publicznej, a także bezpośrednie, które powinny być stosowane przez obywateli bez ingerencji władzy publicznej. Jednym z celów prawa jest ochrona jednostek, danie im poczucia bezpieczeństwa, pewności. Problemy te zostały dostrzeżone w niejednym opracowaniu, którego centralnym punktem zainteresowania jest pozycja prawna jednostki na płaszczyźnie stosunków z podmiotami administrującymi¹⁸. Czy zatem rzeczywiście można mówić o tym, że kwestie dotyczące pozycji i interesu jednostek są uwzględniane w niewielkim stopniu?

Należy przypomnieć, że prawo administracyjne to nie tylko prawo ustrojowe i materialne, ale również prawo procesowe, mające wobec prawa materialnego charakter instrumentalny. Od dłuższego czasu widoczna jest judycjalizacja prawa procesowego. Reguły i zasady rządzące postępowaniem administracyjnym wyznaczają zakres prawa materialnego. Rozwój szczegółowych badań nad postępowaniem administracyjnym

¹⁵ J. Jagielski, P. Gołaszewski, *op. cit.*, s. 35 i 36.

¹⁶ *Ibidem*, s. 37.

¹⁷ *Ibidem*, s. 31.

¹⁸ Zob. J. Boć, *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 827, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1985; *idem* (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2007, s. 440 i n.; Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 16 i n.; *idem* (red.), *Rola materialnego prawa administracyjnego a ochrona praw jednostki*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej, Poznań 1998; E. Ura (red.), *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, [Mitel], Rzeszów 2001; *eadem* (red.), *Prawne gwarancje ochrony praw jednostki wobec działań administracji publicznej*, Wydział Prawa i Administracji Filii Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Rzeszów 2002; J. Filipek (red.) *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, Wyższa Szkoła Administracji, Bielsko-Biała 2003; Z.R. Kmiciek, *Oświadczenia procesowe stron w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2008.

jako wyodrębnioną z prawa administracyjnego dziedziną rozpoczął się tak naprawdę stosunkowo niedawno. Komentarze do przepisów proceduralnych zaczęto wydawać dopiero na początku lat 60. XX wieku¹⁹. Postępowanie administracyjne było pierwotnie lapidarnie opracowane jako jeden lub kilka podrozdziałów podręczników do prawa administracyjnego²⁰. Badania nad prawem ustrojowym, materialnym i procesowym były skonsolidowane. Obecnie wyraźnie widoczne jest zjawisko autonomizacji postępowania administracyjnego, zarówno w sferze legislacyjnej, jak i w obszarze doktryny oraz dydaktyki. W wyodrębnionych uczelnianych jednostkach organizacyjnych zajmujących się w przeważającej mierze procedurą administracyjną i sądownoadministracyjną powstało wiele kompleksowych monografii poświęconych wyłącznie zjawiskom procesowym, bez sięgania do korzeni administracyjnoprawnych. Właśnie wśród tych opracowań można odnaleźć wiele badań nie tyle nad samą administracją, ile nad pozycją jednostki wobec administracji publicznej. Wykształciły się chociażby różne koncepcje legitymacji procesowej strony, współuczestnictwa w postępowaniu administracyjnym, porusza się zagadnienia obrony strony przed niedozwoloną ingerencją administracji publicznej, obszernie opracowuje zasady rządzące postępowaniem administracyjnym nieprzedstawiające obywatela wyłącznie jako biernego podmiotu wobec władzy publicznej, ale pozwalające na egzekwowanie obowiązków, które państwo powinno zrealizować wobec jednostki. Można spotkać obszerne opracowania m.in. zagadnień z zakresu prawa do odwołania²¹ przysługującego stronie niezadowolonej z decyzji bądź systemu nadzwyczajnej weryfikacji rozstrzygnięć administracyjnych²².

Zastanawiając się nad paradygmatem obowiązującym w prawie administracyjnym, prawo to należy postrzegać jako całość. Wówczas dojdzie się do konstatacji, że pozycji jednostki w relacjach z administracją publiczną poświęca się tak naprawdę w nauce sporo miejsca. Z pewnością paradygmatu, w którym prowadzi się badania nad administracją publiczną, nie należy porzucać na rzecz paradygmatu stawiającego w centrum wyłącznie administrowanych. Wszakże „nie można określić pojęcia prawa administracyjnego bez uprzedniego wyjaśnienia, czym jest administracja (publiczna), bowiem to właśnie administracja (publiczna) stanowi punkt wyjścia, zaś prawem administracyjnym są przepisy regulujące jej organizację i funkcjonowanie”²³. J. Zimmermann wyraził pogląd, że

¹⁹ Zob. E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego: komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1961.

²⁰ Zob. np.: „Dział III. Formy działania administracji państwowej i postępowania administracyjne”, [w:] J. Starościak, *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1969, s. 229–332, gdzie postępowanie administracyjne jest opisane jedynie w jednym z czterech rozdziałów.

²¹ Zob. B. Adamiak, *Odwołanie w polskim systemie postępowania administracyjnego*, „Prawo” 1980, t. 88, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 503; Z. Kmiecik, *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.

²² Zob. K. Sobieralski, *Nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego*, PRESSCOM, Wrocław 2009.

²³ J. Starościak, [w:] J. Starościak (red.), *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1965, s. 11.

wykształcenie się odrębnej dziedziny prawa, którą można nazwać postępowaniem administracyjnym i sądowoadministracyjnym, nie jest dla prawa administracyjnego korzystne, ponieważ „myśląc i pisząc o postępowaniu administracyjnym – traci się z pola widzenia pryncypia i zasadnicze cechy prawa administracyjnego jako całości”²⁴. Bez wątplenia uzasadnienie twierdzenia jest trafne – nie powinno się tracić się z pola widzenia pryncypiów i zasadniczych cech prawa administracyjnego jako całości – jednakże wyodrębnienia się doktryny, dydaktyki i legislacji prawa procesowego w dobie postępującej specjalizacji nie powinno się odrzucać. Wydaje się, że oprócz badań ogólnych nad całym prawem administracyjnym warto prowadzić także badania szczególne w ramach prawa procesowego, materialnego, ustrojowego, a nawet części tego ostatniego – prawa samorządu terytorialnego. Dzięki takiemu ukierunkowaniu można mieć szerszy ogląd całokształtu prawa administracyjnego. Ponadto nie należy zapominać, że normy prawa materialnego muszą współgrać z normami prawa procesowego i ustrojowego, ponieważ cóż z tego, że będzie określone „co” należy robić, jeżeli nie będzie wiadomo „jak” to uczynić i „kto” za to odpowiada. Z pewnością naukowcy specjalizujący się w odrębnych dziedzinach nie powinni się wzajemnie zwalczać i z góry zakładać, że badania innych są mniej przydatne. Jeżeli każdy będzie się współprzyczyniał do rozwoju nauki, nie szkodząc innym, to z małych elementów, będących metaforą specjalizacji poszczególnych dyscyplin naukowych, będzie można wypracować potężny dorobek naukowy.

Pozostając w sferze zmian paradygmatycznych w prawie administracyjnym, należy zauważyć, że na metody badania tej gałęzi prawa nie miały wpływ ma członkostwo Polski w wielu organizacjach międzynarodowych, zwłaszcza w Unii Europejskiej. Wraz z przystąpieniem do tej organizacji międzynarodowej o ponadnarodowym charakterze Polska przekazała na jej rzecz część swoich suwerennych praw. Od 1 maja 2004 r. do systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce został włączony cały *acquis communautaire*, oznaczający unijny dorobek prawny²⁵. Jednym ze skutków uzupełnienia prawa polskiego regulacjami unijnymi jest konieczność dostosowania prawa krajowego do prawa UE. Stąd w nauce prawa administracyjnego pojawił się paradygmat, w którym prawo krajowe stanowi z prawem unijnym jeden system prawny. W razie sprzeczności prawa państw członkowskich z prawem UE nie kwestionuje się pierwszeństwa stosowania tego drugiego. Badania naukowe należało dostosować do nowych pojęć, narzędzi badawczych wykształconych w obrębie prawa unijnego. Pojawiło się większe zainteresowanie komparatystyką, która polega na: „zestawieniu cech względnie jednorodnych przynajmniej dwóch przedmiotów w celu stwierdzenia występujących

²⁴ J. Zimmermann, *Jedność prawa administracyjnego*, [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009, s. 819.

²⁵ Zob. E. Łętowska, Głosa do wyroku NSA z dnia 21 października 2004 r., FSK 571/04, OSP 2005, Nr 5, poz. 71, pkt III.1.

między nimi identyczności, podobieństw i różnic”²⁶. Komparatystyka prawnicza jest natomiast dyscypliną naukową określającą zasady tworzenia nowych praw i nowych poglądów na prawo za pomocą porównywania już istniejących praw i poglądów na prawo²⁷. Wpływy wynikające z akcesji Polski do UE widać w każdej ze szczegółowych dziedzin prawa administracyjnego. Wprawdzie w prawie procesowym istnieje autonomia proceduralna, która jawi się jako swoboda państw członkowskich „w wyborze i regulacji środków proceduralnych, według których wykonywane mają być w prawie krajowym roszczenia wynikające z prawa unijnego”²⁸, jednak nauka, zwłaszcza w ostatnim czasie, coraz szerzej zajmuje się badaniami nad potrzebą stworzenia jednolitej procedury administracyjnej dla administracji Unii Europejskiej, mogącej służyć też jako model kodeksu postępowania administracyjnego dla państw członkowskich²⁹. Zauważyć można, że prawo Unii Europejskiej nie jest oparte na ścisłym podziale na tradycyjne dziedziny, a jego regulacje koncentrują się na poszczególnych zagadnieniach wyodrębnionych z materialnego punktu widzenia³⁰.

4. Nowelizacja kodeksu postępowania administracyjnego jako przykład petryfikacji tendencji coraz silniejszego uwzględniania sytuacji prawnej administrowanego

Wracając do zarzutu nieuwzględniania w należyтым stopniu kwestii dotyczących pozycji i interesu jednostek względem administracji publicznej jako całości, należy uznać, że regulacje prawa publicznego kładą coraz większy (choć być może jeszcze niewystarczający) nacisk na ochronę praw jednostki. Tendencję tę można wyraźnie zauważyć w stopniowych zmianach ustawy proceduralnej, jaką jest kodeks postępowania administracyjnego³¹. Szeroki wachlarz środków ochrony strony w postępowaniu administracyjnym, który uległ dodatkowo powiększeniu w wyniku wprowadzenia nowelizacji³², zapewniają zasady ogólne postępowania administracyjnego, będące integralną czę-

²⁶ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 31.

²⁷ Na wielu uczelniach tworzy się odrębne jednostki organizacyjne, specjalizujące się w prawie administracyjnym porównawczym. Tytułem przykładu: na Uniwersytecie Wrocławskim utworzono Zakład Porównawczej Administracji Publicznej, na Uniwersytecie Łódzkim istnieje Zakład Postępowania Administracyjnego Porównawczego.

²⁸ N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 62.

²⁹ Zob. J. Supernat, B. Kowalczyk (red.), *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017.

³⁰ J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 815.

³¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) – dalej: k.p.a.

³² Zob. ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 935).

ścią procedury administracyjnej i posiadające moc wiążącą na równi z pozostałymi przepisami k.p.a. Ważkie znaczenie dla zagwarantowania stronie postępowania administracyjnego ochrony jej interesu ma zasada czynnego jej udziału w postępowaniu, wyrażona w art. 10 § 1 k.p.a. Zgodnie z nią: „Organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań”. Od zasady tej można odstąpić „tylko w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na grożącą niepowetowaną szkodę materialną”, jednakże wówczas organ zobowiązany jest do utrwalenia w aktach sprawy, w drodze adnotacji, przyczyny odstąpienia od niej. Rozwinięcie tej zasady można odnaleźć w przepisach dotyczących postępowania dowodowego, zwłaszcza w art. 81 k.p.a., zgodnie z którym „Okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możliwość wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów, chyba że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 10 § 2”. Niebranie przez stronę bez własnej winy udziału w postępowaniu stanowi podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego (art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a.). Innym przykładem zapewnienia stronie gwarancji ochrony jej interesu w postępowaniu jest prawo strony do żądania zawieszenia (art. 98 § 1 k.p.a.) lub umorzenia (art. 105 § 2 k.p.a.) postępowania wszczętego na jej wniosek, pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu inne strony (o ile są) oraz nie zagraża to interesowi społecznemu (w przypadku wznowienia postępowania) oraz nie jest sprzeczne z interesem społecznym (w przypadku umorzenia postępowania). Ochronie jednostki służą także regulacje prawne realizujące zasadę ochrony praw słuszenie nabytych oraz zasadę trwałości decyzji ostatecznych. Prawa nabyte dają pewność, czyli niezachwiane i uzasadnione przekonanie o istnieniu czegoś lub o tym, że daną rzecz się posiada w określony sposób. Pewność ta jest gwarancją możliwości polegania na czymś lub wiary w coś³³. Zasada trwałości decyzji administracyjnej została wyrażona w art. 16 § 1 k.p.a. Zgodnie z nim „Decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie lub ustawach szczególnych”. Trwały to istniejący przez dłuższy czas lub nieulegający szybkim zmianom, zdalny do użytku przez dłuższy czas, pewny, stały³⁴. Bez wątpienia cechy te powinno posiadać ostateczne rozstrzygnięcie w postępowaniu administracyjnym. W znowelizowanym kodeksie postępowania administracyjnego wzmocniono zasadę trwałości decyzji administracyjnej,

³³ K. Sobieralski, *op. cit.*, s. 32.

³⁴ *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/sjp/trwaly;2530906.html> [dostęp: 17.05.2017].

wprowadzając m.in. możliwość zrzeczenia się prawa do wniesienia odwołania. Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania decyzja stanie się nie tylko ostateczna, ale również prawomocna (art. 127a § 2 k.p.a.). Decyzja prawomocna to taka decyzja ostateczna, której nie można zaskarżyć do sądu (art. 16 § 3 k.p.a.).

Strona niezadowolona z rozstrzygnięcia dysponuje szerokim wachlarzem środków zaskarżenia, do których należy zaliczyć w pierwszej kolejności odwołanie od decyzji (wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy od decyzji wydanej w I instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze) albo zażalenie na postanowienie. Po wyczerpaniu środków zaskarżenia w administracyjnym toku instancji istnieje możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego (art. 52 p.p.s.a.³⁵). Od większości orzeczeń wojewódzkiego sądu administracyjnego przysługuje natomiast skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Nie można zapominać również o możliwości weryfikacji decyzji lub postanowień w trybach nadzwyczajnych postępowania administracyjnego. Ponadto w określonych w art. 241 i art. 227 k.p.a. sprawach nawet podmioty nie posiadające statusu strony mogą składać wnioski lub skargi. Osoby zainteresowane (podmioty mające interes faktyczny w zaskarżeniu danego aktu, ale nieposiadające interesu prawnego) mogą ponadto zwrócić się do organizacji społecznej, aby ta jako podmiot na prawach strony wystąpiła z żądaniem wszczęcia postępowania lub dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu (art. 31 k.p.a.).

W ostatnim czasie należy odnotować tendencje rozwoju postępowania administracyjnego zmierzające do jego uelastycznienia, zmniejszenia poziomu formalizmu procesowego, zintensyfikowania współpracy między organem a stroną postępowania, a także niewładczego załatwiania spraw w postępowaniu administracyjnym. Mają do tego służyć instytucje takie jak zasada przekonywania, uregulowana w art. 11 k.p.a., zasada ugodowego załatwiania spraw administracyjnych (art. 13 k.p.a.), możliwość zawierania umów cywilnoprawnych zamiast władczej konkretyzacji przybierającej formę decyzji administracyjnej³⁶. Wskazane jest wspomnieć słowa J. Łętowskiego, który już w 1985 r. przewidywał, że „prawdopodobnie trzeba będzie niebawem odrzucić przekonanie, że coś (pewien stosunek) zawsze musi być prywatno – lub publiczno-prawne, nie może zaś

³⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1369 ze zm.).

³⁶ Tytułem egzemplifikacji, do legalnego zajęcia pasa drogowego niezbędne jest uzyskanie odpowiedniego aktu administracyjnego, poprzedzone obowiązkiem spełnienia niezbędnych wymagań. Na drodze administracyjnej jest nim zezwolenie na zajęcie pasa drogowego. Nie jest ono wymagane w przypadku zawarcia stosownej umowy cywilnoprawnej – zob. art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.).

być publiczno – i prywatno-prawne łącznie”³⁷. E. Schmidt-Aßmann, analizując konieczność rozdzielenia prawa publicznego i prawa prywatnego, doszedł do wniosku, że być może nie jest ono konieczne, bo zróżnicowane formy prawne umożliwiają lepsze ujęcie różnorodności zjawisk życiowych niż jeden model. Wskazał również, że formy prywatno-prawne działań administracji publicznej są równorzędne z formami tradycyjnymi. Administracji publicznej przysługuje natomiast ograniczone upoważnienie wyboru formy³⁸. J. Boć, opisując administrację inteligentną, poczynił cenne uwagi dotyczące relacji zachodzących między obywatelem a administracją, które można odnieść również do prawa administracyjnego. Wyraził pogląd, zgodnie z którym „Administracja inteligentna nie odchodzi z pól dotąd zajmowanych wyłącznie dlatego, by odejść, bo na przykład nowa doktryna ustrojowa widzi w tym miejscu usługi oparte na stosunkach cywilnoprawnych. Jeśli natomiast stosunki cywilnoprawne lepiej zapewniają realizację publicznych interesów obywateli inteligencja administracji objawi się w gruntowaniu takiego przejścia”³⁹.

Wspomniana nowelizacja kodeksu postępowania administracyjnego pozostaje paradygmatem, według którego w sferze stanowienia i stosowania prawa w centrum zainteresowania stawia się jednostkę. Do postępowań wszczętych od dnia 1 czerwca 2017 r.⁴⁰ należy stosować art. 7a k.p.a., stanowiący zasadę „przyjaznej interpretacji przepisów” przejawiającą się w rozstrzyganiu wątpliwości na korzyść strony. Przepis art. 8 k.p.a., wyrażający zasadę pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej, został rozszerzony o zasadę bezstronności, równego traktowania i proporcjonalności. Wprowadzono nowy rozdział dotyczący administracyjnego postępowania mediacyjnego. Mediacja mająca charakter dobrowolny może być przeprowadzona w każdym przypadku, pod warunkiem, że będzie na to pozwalał charakter sprawy. Celem tego rozwiązania jest zwiększenie możliwości polubownego rozwiązywania kwestii spornych, co ma stanowić wyraz dążenia do ograniczenia postrzeganej formalistycznie władczości administracji. Instytucja mediacji ma prowadzić do pokojowego postępowania z udziałem osoby trzeciej, polegającego na zbliżaniu stanowisk stron, łagodzeniu napięć i stworzeniu wa-

³⁷ J. Łętowski, *Administracja, prawo, orzecznictwo sądowe*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985, s. 129.

³⁸ E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 365 i 366.

³⁹ J. Boć, *Administracja inteligentna*, [w:] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski (red.), *Nauka administracji*, Kolonia Limited, Wrocław 2013, s. 375.

⁴⁰ Należy zastrzec, że do postępowań administracyjnych wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 czerwca 2017 r. ostateczną decyzją lub postanowieniem stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego w brzmieniu dotychczasowym, z tym że do tych postępowań stosuje się przepisy dotyczące mediacji (zob. art. 16 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw).

runków do osiągnięcia porozumienia⁴¹. Mediacje wymagają aktywizacji stron postępowania administracyjnego oraz wzięcia pod uwagę ich interesów, dążeń, a także stanowisk przy wypracowaniu rozstrzygnięcia problemu. Dzięki kształtowaniu stosunków prawnych z zastosowaniem mediacji działanie organów ma być odpowiednie do sytuacji społecznej i korespondować z aktualnymi w danym czasie potrzebami i dążeniami obywateli, a podmioty administrowane mają mieć możliwość wpływania na swoje sprawy i sprawy istotne dla społeczności, w której funkcjonują⁴². W przypadku bezczynności i przewlekłości postępowania planuje się wprowadzenie (właściwie zmodyfikowanie) możliwości ponaglenia organu pozostającego w zwłoce. Nowością ma być możliwość ponaglenia w przypadku przewlekłości postępowania obejmującego przypadki, w których formalnie nie dochodzi do przekroczenia terminu załatwienia sprawy, ale organ załatwia sprawę dłużej niż powinien w świetle zasady szybkości postępowania. Oprócz przedstawionych rozwiązań prawodawca sięgnął po konstrukcję milczącego załatwienia sprawy, której podstawą prawną jest art. 122a § 1 k.p.a. Rozwiązanie takie ma dla organu administracji publicznej charakter dyscyplinujący, co pozostaje w zgodzie z paradygmatem, w którym administracja sprawnie rozstrzyga o prawach i obowiązkach obywatela. Sprawa ma być uznana za załatwioną milcząco w sposób w całości uwzględniający żądanie strony, jeżeli w terminie miesiąca od dnia doręczenia żądania strony właściwemu organowi administracji publicznej albo w innym terminie określonym w przepisie szczególnym organ ten nie wyda decyzji lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie albo nie wniesie sprzeciwu w drodze decyzji. Kolejną propozycją, która jednak upadła w toku prac legislacyjnych, była konstrukcja tzw. umowy administracyjnej. Miała ona stanowić formę załatwienia sprawy administracyjnej w drodze osiągnięcia konsensu jako alternatywy wobec aktu administracyjnego. Do porozumienia mogłoby dojść między stroną (stronami) a organem administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w sprawie. Procedurą, która pozwala na poprawienie szybkości i sprawności działania organów administracji publicznej, jest postępowanie uproszczone, z którym związana jest m.in. możliwość milczącego załatwiania spraw. W postępowaniu uproszczonym mają być z założenia rozpoznawane sprawy proste, nieskomplikowane ani pod względem faktycznym, ani prawnym, a postępowanie dowodowe ma być ograniczone do dowodów przedstawionych przez stronę oraz faktów i dowodów powszechnie znanych i znanych z urzędu organowi, przed którym toczy się postępowanie, lub możliwych do ustalenia na podstawie danych, którymi rozporządza ten organ. Postępowanie uproszczone wiąże się z możliwością sporządzania podań

⁴¹ Z. Kmieciak, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 27 i n.

⁴² M. Tabernacka, *Opinia dr hab. Magdaleny Tabernackiej, UWr, dotycząca propozycji w przedmiocie mediacji, przedstawionych w toku prac Zespołu*, [w:] Z. Kmieciak (red.), *Raport zespołu eksperckiego z prac w latach 2012–2016. Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym*, Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2017, s. 452 i 453.

(żądań, wyjaśnień, odwołań, zażaleń) na urzędowych formularzach, co ma ułatwić obywatelowi kontakt z administracją publiczną⁴³. Nie sposób nie wspomnieć o wprowadzeniu rozwiązania, gdzie organ administracji publicznej jest obowiązany do wskazania przesłanek zależnych od strony, które nie zostały na dzień wysłania informacji o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań spełnione lub wykazane, co może skutkować wydaniem decyzji niezgodnej z żądaniem strony (art. 79a § 1 k.p.a.). Ponadto nowelizacja k.p.a. ustanowiła przepisy o charakterze ogólnym, dotyczące zasad wymiaru sankcji administracyjnych o charakterze pieniężnym, możliwości odstępowania od ich wymierzania w szczególnie uzasadnionych przypadkach, dotyczące unormowań o charakterze intertemporalnym, dotyczące regulacji odnoszących się do zbiegu sankcji, a także przedawnienia ich ustalania i egzekwowania. Rozwiązanie, zgodnie z którym organ administracji publicznej wymierzający administracyjną karę pieniężną bierze pod uwagę m.in. wagę i okoliczności naruszenia prawa, stopień przyczynienia się strony do powstania naruszenia prawa czy warunki osobiste strony, wobec której administracyjna kara pieniężna jest nakładana, jest posunięciem rewolucyjnym w stosunku do regulacji sprzed nowelizacji. Należy wyjaśnić, że wcześniej odpowiedzialność administracyjna miała zasadniczo charakter obiektywny i nie była zależna ani od świadomości naruszającego, ani od stopnia jego winy⁴⁴. Organ na ogół nie miał możliwości odstąpienia od wymierzenia kary⁴⁵. Ustawodawca, dostrzegając problemy wynikające w braku przepisów ogólnych z zakresu kar administracyjnych, uznał, że taki stan regulacji administracyjnoprawnej budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady sprawiedliwości społecznej i innych zasad obowiązujących w demokratycznym państwie prawnym. Warto zastanowić się, czy ulgowe traktowanie niezgodnych z prawem zachowań niweczy sankcję administracyjną. Podmiot skłonny do naruszeń będzie dokonywał kalkulacji. Może dojść do wniosku, że bardziej opłaci mu się popełnić delikt administracyjny zagrożony sankcją, niż działać zgodnie z prawem. Gdyby nie było ulg w spłacie kary administracyjnej, to rachunek korzyści, jakie mogłaby ewentualnie odnieść strona z nielegalnego działania, byłby zdecydowanie niższy niż w przypadku szansy, że organ zastosuje ulgę w wykonaniu kary administracyjnej. Co więcej – decyzję w sprawie udzielenia ulgi pozostawiono uznaniu organów. Stosującym prawo przyznano tak naprawdę duży zakres władzy dyskrecyjnej przy wymierzaniu i dochodzeniu należności z tytułu kar administracyjnych. Trzeba wziąć jednak pod uwagę, że nieodzowna jest tudzież współmier-

⁴³ H. Knysiak-Sudyka, L. Klat-Wertelecka, *Postępowanie uproszczone (art. 35 § 3a, art. 163g-163l)*, [w:] Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, s. 206 i 208.

⁴⁴ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 14 maja 2015 r., II SA/GI 117/15, LEX nr 1733621.

⁴⁵ W niektórych przypadkach możliwe było odpowiednie zastosowanie przepisów Działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.) zawierającego przede wszystkim regulacje dotyczące przedawnienia, umarzania, rozkładania na raty i odraczania płatności.

ność kary w stosunku do charakteru naruszenia prawa⁴⁶. W tym momencie warto wcielić się w rolę jednostki, która nieświadomie pierwszy raz dopuściła się drobnego deliktu administracyjnego. Być może zastosowanie ulgi byłoby dla niej wystarczającym bodźcem do przestrzegania prawa w przyszłości. Należy zwrócić uwagę, że przedstawione zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego, choć bezpośrednio dotyczą sposobu postępowania organów administracji publicznej, mają na celu poprawienie sytuacji procesowej stron postępowania administracyjnego. Na obecnym etapie, tj. niedługo po wejściu omówionych przepisów w życie, najważniejsze jest, aby organy administracji publicznej stosowały nowe regulacje w praktyce z należytą starannością oraz żeby ustawodawca, konstruując przepisy prawa materialnego, stworzył możliwości skorzystania z dobrodziejstwa nowych instytucji proceduralnych. Należy wyjaśnić, że stosowanie postępowania uproszczonego (art. 163b § 1 k.p.a.) oraz milczącego załatwienia sprawy (122a § 1 k.p.a.) możliwe jest wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi. Odnosząc się do regulacji dotyczącej sankcji administracyjnych, warto dostrzec, że wprowadzanie materialnych i formalnych rozwiązań normatywnych wyłącznie w zakresie wymierzania administracyjnych kar pieniężnych jest niewystarczające. Obok sankcji o charakterze pieniężnym występują bowiem sankcje o charakterze niepieniężnym, związane np. z tzw. negatywną reglamentacją, takie jak cofnięcie zezwolenia, koncesji, licencji. Nie powinno się zapominać o unormowaniu również zasad stosowania tego rodzaju sankcji administracyjnych, które nie są mniej dotkliwe niż administracyjne kary pieniężne.

Na przykładzie zmiany regulacji dotyczących sankcji administracyjnych wyraźnie widać zarysowującą się zmianę paradygmatu stosunków między podmiotami administrującymi a administrowanymi⁴⁷. Staje się widoczne, że w coraz większym stopniu to administracja publiczna jest dla obywatela, a nie obywatel dla administracji publicznej. Państwo ma rzeczywiście pomagać w szybkiej i sprawnej realizacji zbiorowych i indywidualnych potrzeb obywateli wynikających ze współżycia ludzi w społecznościach, a nie tylko być kojarzone z uciskiem społeczeństwa, władztwem i nakładaniem ciężarów publicznych. Należy jednak wziąć pod uwagę, że działalność administracji publicznej

⁴⁶ Zasada współmierności nazywana jest w doktrynie i orzecznictwie również zasadą proporcjonalności, miarkowania, adekwatności, jak również zakazem nadmiernej ingerencji. Wywodzi się z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 konstytucji – zob. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 122 i 123; D. Kijowski, *Zasada adekwatności w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 4, s. 59 i n.; M. Wyrzykowski, *Legislacja – demokratyczne państwo prawa – radykalne reformy polityczne i gospodarcze*, [w:] H. Suchocka (red.), *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, Wydawnictwo Sejmowe: Kancelaria Sejmu, Warszawa 1992, s. 51; L. Staniszevska, *Materialne i proceduralne zasady stosowane przy wymierzaniu administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] M. Błachucki (red.) *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015, s. 35.

⁴⁷ Należy zauważyć, że przepisy dotyczące kar administracyjnych są przepisami materialnoprawnymi, choć zawartymi w ustawie procesowej. Świadczy to o tym, że nie tylko w prawie procesowym nastąpiła zmiana paradygmatu na mocno uwzględniający sytuację prawną administrowanego.

nie opiera się wyłącznie na świadczeniu usług publicznych. Państwo pełni również funkcję reglamentacyjną i policyjną, gdzie nie sposób pozbyć się władztwa administracyjnego. Na wypadek gdyby jednostka nie chciała podporządkować się dobrowolnie ciążącym na niej obowiązkom, organy władzy publicznej muszą dysponować środkami władczymi, przy pomocy których w razie potrzeby będą miały możliwość autorytatywnego doprowadzenia do stanu postulowanego. Nie oznacza to, że będą one mogły uczynić to za wszelką cenę. Świadczą o tym choćby wyrażone w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁴⁸ zasady celowości postępowania egzekucyjnego, stosowania środka egzekucyjnego najmniej uciążliwego dla zobowiązanego, niezbędności postępowania egzekucyjnego, poszanowania minimum egzystencji czy zachowania pewnych względów wobec zobowiązanego. Również w zakresie szczegółowych rozwiązań proceduralnych można zauważyć modyfikacje dające jednostce większy wpływ na postępowanie. Jako przykład można podać zmianę mocy prawnej wniesienia zarzutu. Przed nowelizacją, która weszła w życie w dniu 21 listopada 2013 r., wniesienie przez zobowiązanego zarzutu w sprawie prowadzenia postępowania egzekucyjnego nie wstrzymywało jego biegu. Obecnie zgłoszenie przez zobowiązanego zarzutu w sprawie prowadzenia egzekucji administracyjnej zawiesza postępowanie egzekucyjne do czasu wydania ostatecznego postanowienia w przedmiocie zgłoszonego zarzutu, o ile wierzyciel po otrzymaniu zarzutu nie wystąpi z uzasadnionym wnioskiem o podjęcie zawieszono postępowania egzekucyjnego⁴⁹. R. Hauser i W. Piątek zajęli stanowisko, zgodnie z którym rozwiązanie takie może niejednokrotnie doprowadzić do nieosiągnięcia celu egzekucji w postaci wykonania dochodzonego obowiązku⁵⁰, co z pewnością zadowoliłoby zobowiązanego.

5. Podsumowanie

Twierdzeniem wypracowanym w sferze prawa publicznego, którego jeszcze do niedawna nie kwestionowano, jest postrzeganie administracji publicznej jako oddziaływującej władczo na jednostkę. Należy odnotować tendencję do ograniczania swobody i jednostronności w oddziaływaniu administracji na obywatela. Początkowo administrowani nie mieli prawie żadnych uprawnień wobec organów władzy. Przekształceniom stosunków między obywatelami a państwem towarzyszyły liczne przemiany społeczne, wojny, przeobrażenia światopoglądowe itp. Niebagatelny wpływ na zmiany paradygmatów w prawie publicznym miały również ideologie społeczne i doktryny polityczne, takie jak komu-

⁴⁸ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1201 ze zm.

⁴⁹ Art. 35 § 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

⁵⁰ R. Hauser, W. Piątek, *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 238.

nizm, socjalizm, faszyzm, nazizm. Administracji publicznej nie sposób zupełnie oddzielić od wpływów politycznych. Stąd np. w okresie socjalizmu działania administracji publicznej były dostosowane do ideologii, w której źródłem norm było społeczeństwo, kluczową rolę odgrywało państwo, wolność mogła być poświęcona dla sprawiedliwości, dominowała wspólna własność i kolektywizm. Kompetencje administracji skupiały się na działalności policyjnej i reglamentacyjnej, takiej jak represjonowanie działaczy opozycji, działalność propagandowa, silna kontrola społeczeństwa czy realizacja założeń gospodarki nakazowo-rozdzielczej. Obecnie w krajach demokratycznych odnotowuje się znaczną poprawę sytuacji jednostki w stosunkach z władzą publiczną. Odchodzi się od form oddziaływania władczego na rzecz form niewładczych. Obywatela stawia się w roli klienta. W niektórych dziedzinach ogranicza się działalność reglamentacyjną państwa. Wypada jednak zauważyć, że nie we wszystkich sferach działalności administracji publicznej można zrezygnować z jej dotychczasowego – władczego i jednostronnego – charakteru wyznaczanego przez normy bezwzględnie obowiązujące. Trudno wyobrazić sobie realizację zasady ugodowego załatwiania spraw w postępowaniu egzekucyjnym w administracji, dopuszczenie możliwości negocjacji przy nakładaniu obowiązków publicznoprawnych itp. Prowadząc badania nad prawem administracyjnym i administracją publiczną, należy pamiętać, że prawo administracyjne powstało nie dla administracji, ale dla ochrony człowieka przed administracją, że wartością nadrzędną dla prawa administracyjnego jest dobro człowieka, a jeśli jeszcze funkcjonuje czasami paradygmat prawa administracyjnego jako struktury normatywnej tworzonej na potrzeby aparatu administracyjnego, to trzeba go zmienić⁵¹. Badanie prawa administracyjnego nie jest zarezerwowane wyłącznie dla prawników i administratywistów. W dobie społeczeństwa informacyjnego pojawia się szereg zagadnień związanych z cyfryzacją i informatyzacją administracji publicznej. Stąd niezbędne jest, aby swój głos zabrali również przedstawiciele nauk ścisłych, zwłaszcza specjaliści z branży IT. Informatyzacja pociąga za sobą wyzwania natury zarówno technicznej, jak i finansowej, ale także często powoduje nieprzystosowanie i brak otwartości na zmiany w sposobach pracy wśród kadry urzędniczej. W badaniach nad prawem administracyjnym przydadzą się zatem badania z zakresu socjologii, zarządzania i organizacji, które pomogą zrozumieć problemy, które często napotyka się przy okazji wprowadzania zmian w prawie. Jak zauważyli J. Boć i E. Bojek: „Perspektywa właściwego badania powinna przynajmniej w sposób refleksywny uchwycić pewien wymiar empiryczny, drogą metod badawczych empiryzmu prawniczego, aby poszukiwać miar praktycznych oraz ustaleń zasadnych i sprawdzalnych. Samo poznanie prawa, oparte tylko na jego źródłach (*fontes iuris cognoscendi*) już w takim badaniu nie wystarczy”⁵².

⁵¹ A. Błaś, J. Boć (red.), *Stan...*, s. 7.

⁵² J. Boć, E. Bojek, *op. cit.*, s. 217.

Z pewnością nie należy zapominać, że prawo służy wartościom, które powstają poza jego systemem. Instytucja prawa stanowi wartość wtórną. Istnieje, aby zagwarantować realizację podstawowych ogólnoludzkich wartości i dóbr relewantnych także z prawnego punktu widzenia. Wartości chronione przez prawo powinny być zbieżne z wartościami powszechnie akceptowanych czynników pozapaństwowych⁵³. Odnosząc się do pytania o konieczność zmiany paradygmatu prawa administracyjnego, należy udzielić odpowiedzi, że jeżeli przyjąć by za paradygmat skoncentrowanie problematyki dotyczącej prawa administracyjnego wyłącznie wokół szeroko ujmowanego pojęcia administracji publicznej, to z pewnością jego zmiana byłaby konieczna. W pełni należy się zgodzić z J. Bociem i A. Błasiem, że „wśród kierunków badawczych we współczesnej nauce prawa administracyjnego najbardziej atrakcyjny poznawczo wydaje się kierunek badań nad prawem administracyjnym postrzeganym z punktu widzenia wartości uniwersalnych takich jak dobro człowieka, dobro wspólne, sprawiedliwość społeczna, moralność publiczna, i – co oczywiste, godność człowieka, która jest źródłem jego wolności i praw”⁵⁴. Obserwując jednak kierunki obecnych badań naukowych, należy stwierdzić, że zmiana paradygmatu nie jest potrzebna, ponieważ uległ on już przeobrażeniom. Dziś można już mówić o paradygmacie prawa administracyjnego, w którym jednostka i jej sytuacja prawna na płaszczyźnie stosunków z podmiotami administrującymi jest głównym, a zarazem centralnym punktem całej administratywistyki. Nie oznacza to, że w teorii i praktyce prawa administracyjnego nie ma już nic do odkrycia. Należy pamiętać, że „Wyzwaniem doktryny prawa publicznego, a nade wszystko nauki prawa administracyjnego, jest w szerokiej i intensywnej skali ciągle poszukiwanie dostatecznie wyraźnych paradygmatów sprawiedliwie społecznych rozstrzygnięć i wszelka oparta na prawie ochrona jednostki, obywatela, człowieka”⁵⁵.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 599 ze zm.).
- Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.).

⁵³ I. Niżnik-Dobosz, *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne. Błaski i cienie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 123–125.

⁵⁴ A. Błaś, J. Boć, *Wprowadzenie*, [w:] A. Błaś, J. Boć (red.), *Stan...*, s. 7.

⁵⁵ J. Boć, E. Bojek, *op. cit.*, s. 228.

Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 935).

Literatura

- Adamiak B., *Odwolanie w polskim systemie postępowania administracyjnego*, „Prawo” 1980, t. 88, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 503.
- Błaś A., *Zetknięcie władzy administracyjnej ze sferą osobistą człowieka – nowe problemy*, [w:] Błaś A., Boć J. (red.), *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, Kolonia Limited, Wrocław 2004.
- Błaś A., Boć J. (red.), *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, Kolonia Limited, Wrocław 2014.
- Błaś A., Boć J., Jeżewski J., *Nauka administracji*, [Kolonia Limited], Wrocław 2013.
- Boć J., *Administracja inteligentna*, [w:] Błaś A., Boć J., Jeżewski J. (red.), *Nauka administracji*, Kolonia Limited, Wrocław 2013.
- Boć J., *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 827, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1985.
- Boć J., [w:] Błaś A., Boć J., Jeżewski J., *Administracja publiczna*, Kolonia Limited, Wrocław 2003.
- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2007.
- Boć J., Bojek E., *Nauka prawa a współczesna administracja publiczna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, z. 2.
- Cieślak Z., [w:] Cieślak Z., Lipowicz I., Niewiadomski Z., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Lexis-Nexis, Warszawa 2002.
- Filipek J. (red.), *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, Wyższa Szkoła Administracji, Bielsko-Biała 2003.
- Hauser R., Piątek W., *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego: komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydaw. Prawnicze, Warszawa 1961.
- Jagielski J., Gołaszewski P., *Kryzys prawa administracyjnego a zmiana jego paradygmatu*, [w:] Kijowski D.R., Suwaj P.J. (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, tom 1, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Jeżewski J., *Problematyka przedmiotu i wyników badań w nauce administracji*, [w:] Łukasiewicz J. (red.), *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego prawa*, [Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa], Rzeszów 2002.
- Kaliński M., *Paradygmaty nauk prawnych*, <http://www.knhd.law.uj.edu.pl/documents/3035628/61d6-f407-17dd-4a64-b170-ad3f918c5db6>, [dostęp: 16.05.2017].
- Kamiński M., *O istocie sprawy sądownoadministracyjnej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 10.
- Kijowski D.R., Miruć A., Suławko-Karetko A., *Jakość prawa administracyjnego*, [w:] Kijowski D.R., Suwaj P.J. (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, tom 1, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Klat-Wertelecka L., *Sankcja egzekucyjna w administracji a kara administracyjna*, [w:] Stahl M., Lewicka R., Lewicki M., *Sankcje administracyjne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Kmieciak Z., *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2004.

- Kmieciak Z., *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Kmieciak Z., *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- Kmieciak Z.R., *Oświadczenia procesowe stron w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2008.
- Knysiak-Sudyka H., Klat-Wertelecka L., *Postępowanie uproszczone (art. 35 § 3a, art. 163g-163l)*, [w:] Kmiecik Z. (red.), *Raport zespołu eksperckiego z prac w latach 2012–2016. Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym*, Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2017.
- Kochanowski J., *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa*, [w:] Izdebski H., Stępkowski A. (red.), *Nadużycie prawa*, Liber, Warszawa 2003.
- Kotowski A., *Dyskrecjonalność władzy administracyjnej – próba nowego ujęcia*, „Krytyka Prawa” 2014, t. 6.
- Kudrycka B., Guy Peters B., Suwaj P.J., *Nauka administracji*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Kulesza M., Sześciło D., *Polityka administracyjna i zarządzanie publiczne*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.
- Kuta T., *Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992.
- Kwaśnicki W., *Historia myśli liberalnej. Wolność, własność, odpowiedzialność*, <http://kwasnicki.prawo.uni.wroc.pl/todownload/HMLKwasnicki.pdf> [dostęp: 17.06.2017].
- Leoński Z. (red.), *Rola materialnego prawa administracyjnego a ochrona praw jednostki*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej, Poznań 1998.
- Leoński Z., *Materialne prawo administracyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Longchamps F., *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis, „Prawo” XII Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1964.
- Łętowska E., Glosa do wyroku NSA z dnia 21 października 2004 r., FSK 571/04, OSP 2005, Nr 5, poz. 71, pkt III.1.
- Łętowski J., *Administracja, prawo, orzecznictwo sądowe*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985.
- Łukasiewicz J., *Tradycje badawcze i zmiany paradygmatów w nauce administracji*, [w:] Supernat J. (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009.
- Majchrzak B., *Dobro wspólne i interes publiczny jako elementy aksjologicznej definicji prawa administracyjnego (komunikat)*, [w:] Cieślak Z., Zalaszińska K. (red.), *Prace studialne Warszawskiego Seminarium Aksjologii Administracji*, Presscom, Warszawa 2012.
- Niżnik-Dobosz I., *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym*, [w:] Stahl M., Lewicka R., Lewicki M., *Sanckje administracyjne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Okolski A., *Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim*, t. 1, Biblioteka Umiejętności Prawnych, Warszawa 1880.
- Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Schmidt-Aßmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawoadministracyjnego*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

- Sobieralski K., *Nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego*, Presscom, Wrocław 2009.
- Starościak J., *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1969.
- Starościak J. (red.), *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1965.
- Stasikowski R., *Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Katowice 2009.
- Stasikowski R., *O istocie funkcji reglamentacyjnej administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 9.
- Supernat J., *Polityka administracyjna w świetle teorii wyboru racjonalnego*, 2008, http://www.supernat.pl/wyklady/plk/i_64_2_Polityka_administracyjna_w_swietle_teorii_wyboru_racjonalnego.pdf [dostęp: 08.01.2017].
- Supernat J., *Zarządzanie*, Kolonia Limited, Wrocław 2005.
- Supernat J., Kowalczyk B. (red.), *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017.
- Tabernacka M., *Opinia dr hab. Magdaleny Tabernackiej, UWr, dotycząca propozycji w przedmiocie mediacji, przedstawionych w toku prac Zespołu*, [w:] Kmieciak Z. (red.), *Raport zespołu eksperckiego z prac w latach 2012–2016. Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym*, Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2017.
- Tokarczyk R., *Komparatystyka prawnicza*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Ura E. (red.), *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, Mitel, Rzeszów 2001.
- Ura E. (red.), *Prawne gwarancje ochrony praw jednostki wobec działań administracji publicznej*, Wydział Prawa i Administracji Filii Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Rzeszów 2002.
- Zimmermann J., *Jedność prawa administracyjnego*, [w:] Supernat J. (red.) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009.
- Zimmermann M., *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, PTPN, Prace Komisji Nauk Społecznych, t. VII, z. 3, PWN, Poznań 1959.

Jakub Mrożek

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Status prawny komisji rekrutacyjnej z art. 157 ustawy Prawo oświatowe

Legal nature of recruitment committee as stipulated by art. 157,
Law on education

Streszczenie

Artykuł porusza kwestię charakteru prawnego komisji rekrutacyjnej przeprowadzającej postępowania rekrutacyjne odpowiednio do szkoły, przedszkola lub innej publicznej placówki oświatowej. Za punkt wyjścia analizy badawczej wyjaśniającej charakter tegoż podmiotu uznano konstytucyjne regulacje, które ściśle wiążą się z aktywnością przedmiotowej komisji i które wskazują publicznoprawny charakter tejże instytucji. W dalszej kolejności przedstawiono dodatkowe argumenty przemawiające za powyższą cechą komisji, jednocześnie zdawkowo nakreślając specyfikę postępowania rekrutacyjnego, a ponadto jego relację do przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Następnie, opierając się na przepisach dotyczących składu osobowego komisji oraz tych dotyczących dyrektora właściwej placówki oświatowej, wskazano na odmienny – względem organu administracji publicznej – charakter komisji rekrutacyjnej. W końcowej części, odwołując się do wcześniejszych rozważań oraz dorobku prawa administracyjnego, sformułowano precyzyjną definicję odzwierciedlającą charakter komisji rekrutacyjnej.

Słowa kluczowe

rekrutacja, oświata, komisja rekrutacyjna, szkoła, przedszkole, decyzja

Abstract

The article addresses the question of legal nature of recruitment committees which conduct recruitment procedures for school, kindergarten or other public educational institution, respectively. The starting point for the research analysis explaining the nature of this entity is the constitutional regulations that are closely linked to the activity of the committee in question and which indicate the public character of the institution. In the following, additional arguments in favor of this feature of the commission were presented, at the same time outlining the specifics of the recruitment procedure and, moreover, its relation to the provisions of the Code of Administrative Procedure. Subsequently, based on the composition of the committee and on the director of the appropriate educational institution, the nature of the recruitment committee was different to the public administration body. In the final section, referring to previous considerations and the acquis of administrative law, a precise definition was made – reflecting the nature of the recruitment commission.

Key words

recruitment, education, Selection Committee, school, kindergarten, decision

1. Wstęp

Tematem niniejszego opracowania jest określenie statusu prawnego komisji rekrutacyjnej, o której mowa w art. 157 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe¹. Określenie to ma bardzo istotne znaczenie. Komisja rekrutacyjna jest bowiem jednostką organizacyjną² prawa oświatowego, odpowiedzialną za przeprowadzenie tzw. postępowania rekrutacyjnego do: a) publicznych przedszkoli, b) oddziałów przedszkolnych w publicznych szkołach podstawowych, c) innych publicznych form wychowania przedszkolnego, d) publicznych szkół i innych publicznych placówek oświatowych³.

2. Zadania komisji rekrutacyjnej

Biorąc powyższe pod uwagę, komisja rekrutacyjna jest jednostką, która z uwagi na swoje kompetencje współuczestniczy (w przypadku, o którym mowa w pkt d) w realizacji art. 70 ust. 1 zdanie drugie i trzecie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴ Mowa tutaj o realizacji prawa do nauki oraz o pozostającym w ścisłym

¹ Dz. U. z 2017 r. poz. 59, dalej również jako u.p.o.

² Mając na uwadze przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 283), należy stwierdzić, że na gruncie *stricto* ustrojowym, w sytuacji braku określenia danej jednostki organizacyjnej *expressis verbis* jako „organu”, wyklucza to możliwość domniemania – pomimo ewentualnego jej wyodrębnienia prawnego – że dana jednostka jest (w znaczeniu ustrojowym) organem. Podkreślenie tego faktu jest niezwykle istotne, gdyż na gruncie doktrynalnym nie ma powodów, aby tego przymiotu – organu – komisji rekrutacyjnej odmówić. Wynika to z faktu, że powyższe pojęcie posiada odmienne znaczenie w zależności od tego, czy jest ono prezentowane z perspektywy ustrojowej, procesowej czy też doktrynalno-materialnej. *Vide* definicję organu proponowaną przez naukę prawa, m.in. przez J. Bocię – *idem* (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2007, s. 130; E. Urę – *eadem*, *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 57; J. Zimmermanna – *idem*, *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 177–179; M. Wierzbowskiego i A. Wiktorowską – M. Wierzbowski, J. Jagielski, J. Lang [*et al.*], M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 91. *Vide etiam* tezę, jaką stawia M. Kotulski stwierdzający, że: „brak jest uniwersalnej definicji organu administracyjnego w obowiązującym prawie administracyjnym. Istnieją tylko definicje użyteczne na gruncie konkretnej ustawy”, *idem*, [w:] W. Jakimowicz, D. Dąbek, I. Niżnik-Dobosz [*et al.*], W. Jakimowicz (red.), *Przewodnik po prawie administracyjnym* Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 259. Niezależnie od tego warto odnotować, że powyższe – różne znaczenia pojęcia organu – jest szczególnie widoczne na gruncie ustaw normujących ustrój samorządu powiatowego oraz samorządu województwa. W ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 486 ze zm.), w art. 15 ustawodawca wprowadził zamknięty katalog organów (w znaczeniu ustrojowym) samorządu województwa, zaliczając do niego wyłącznie sejmik województwa oraz zarząd województwa. Tym samym również z perspektywy (wyłącznie) ustrojowej przewodniczący zarządu – marszałek województwa – takiego przymiotu nie będzie posiadał. Dopiero analiza przepisów procesowych (oraz w tym wypadku również materialnych) pozwala przyznać mu tenże charakter, *vide* m.in. art. 5 § 2 pkt 6 k.p.a. Podobnie prezentuje się sytuacja w przypadku „zespołu kontrolerów”, o których mowa w art. 17 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. Nr 185, poz. 1092). Zespół ten, na gruncie doktrynalno-materialnym, należy bowiem zakwalifikować jako organ, przy czym z perspektywy ustrojowej (oraz procesowej) powyższego przymiotu nie będzie posiadał.

³ W dalszej części pracy powyższy zbiór – pkt a-d – określane będzie jako „placówki oświatowe”.

⁴ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm., dalej jako Konstytucja RP.

związku z tymże prawem obowiązku pobierania nauki do 18. roku życia⁵ i wynikającym z tegoż obowiązku – obowiązku szkolnym⁶, którego sposób wykonania ma określać ustawa⁷. Fakt, iż realizacja obowiązku pobierania nauki – którą to należy utożsamiać przede wszystkim z obowiązkiem szkolnym⁸ – częściowo jest zadaniem rodziców (bądź opiekunów prawnych) niepełnoletniego (*vide* art. 40 u.p.o.), częściowo zaś władzy publicznej, pozwala określić pierwszą, doniosłą cechę. Jest nim publicznoprawny charakter przedmiotowej komisji rekrutacyjnej.

Charakter ten wyraża się nie tylko w powyżej zarysowanych uprawnieniach tejże jednostki, ale również w całokształcie przepisów ustawy Prawo oświatowe, na podstawie których komisja realizuje swoje kompetencje. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że omawiana komisja występuje wyłącznie w przypadku placówek publicznych, tj. szkół lub przedszkoli, o których mowa w art. 13 ust. 1–3 oraz art. 14 ust. 1 i 2

⁵ Tak W. Borysiak, M. Królikowski, K. Szczucki, *Komentarz do art. 70*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Legalis (wyd. elektr.).

⁶ Termin ten ma najwęższe znaczenie. Zgodnie z art. 35 ust. 1 u.p.o. obowiązek szkolny rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego w roku kalendarzowym, w którym dziecko kończy 7 lat, i trwa jedynie do ukończenia szkoły podstawowej, przy czym nie dłużej niż do ukończenia przez ucznia tejże szkoły 18. roku życia (*vide* art. 36 ust. 8 i 9 u.p.o.). Należy również podkreślić, że zadekretowany w art. 70 ust. 1 w zdaniu drugim Konstytucji RP i powtórzony w art. 35 ust. 1 u.p.o. obowiązek pobierania nauki rozpoczyna się nie z momentem powstania obowiązku szkolnego, ale z chwilą powstania obowiązku odbycia rocznego przygotowania przedszkolnego (tzw. zerówki), o którym mowa w art. 31 ust. 4 u.p.o. Na tej podstawie można zaryzykować stwierdzenie, że ww. obowiązkowa nauka na poziomie u.p.o. jest podzielona na etapy, czyli na: obowiązek rocznego przygotowania przedszkolnego, obowiązek szkolny oraz obowiązek nauki. Ten ostatni zaś, stosownie do art. 36 ust. 12 u.p.o., w przypadku ucznia, który ukończył szkołę ponadpodstawową przed ukończeniem 18. roku życia, jest realizowany również poprzez uczęszczanie do szkoły wyższej lub na kwalifikacyjne kursy zawodowe.

⁷ Warto zwrócić uwagę na podnoszony w nauce prawa konstytucyjnego fakt podwójnego adresata ww. przepisu. Tytułem przykładu można wymienić tutaj L. Garlickiego, który w komentarzu do Konstytucji RP podnosi, że adresatami powyższego przepisu z jednej strony są władze publiczne – gdyż to na nich spoczywa obowiązek urządzenia i prowadzenia systemu szkół publicznych, pozwalających każdemu na faktyczną realizację prawa do nauki. Z drugiej zaś jego adresatami są *de iure* osoby niepełnoletnie, *de facto* zaś ich rodzice bądź opiekunowie prawni, bez względu na to, czy są oni (bądź niepełnoletni) obywatelami polskimi czy też nie. Cytowany autor podnosi również, że powyższa konstrukcja prawna ma wyjątkowy charakter, gdyż regułą jest traktowanie praw i wolności jako możliwości, ale pozostawienie osobom uprawnionym decyzji co do sposobu i zakresu ich wykorzystania bądź powstrzymania się od ich wykorzystania. Dalej dodaje, że prawo do nauki uznawane jest za istotne na tyle, że nadano mu równocześnie postać powszechnego obowiązku, kierowanego zresztą nie tylko do osób uprawnionych, ale – przede wszystkim – do rodziców lub opiekunów. *Vide* L. Garlicki, *Komentarz do art. 70*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja..., Tom III*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 4. Por. co na ten temat piszą: S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Prawo do nauki i jego gwarancje*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 631 i n. oraz M. Czuba-Wąsowska, K. Mańko, *Egzekucja obowiązków szkolnego i nauki. Zagadnienia prawne. Teoria i praktyka*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 15–27. *Vide etiam* J. Behr, *Prawo do nauki w podmiotach leczniczych. Analiza na przykładzie publicznej szkoły podstawowej specjalnej*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, Vol. 5, No. 2, s. 165 i n.

⁸ Po wtóre zaś z zatrudnieniem w celu przygotowania zawodowego *vide* art. 191 § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.).

u.p.o. Innymi słowy „szkół” (w znaczeniu, jakie terminowi temu nadaje art. 4 pkt 1 u.p.o.), które są tworzone przez organy jednostek samorządu terytorialnego⁹ bądź naczelne organy administracji rządowej¹⁰. Ponadto wynika to z faktu, że przepisy art. 158 ust. 8 i 9 u.p.o. wprowadzają możliwość zaskarżenia rozstrzygnięć¹¹ komisji rekrutacyjnych do dyrektorów właściwych placówek oświatowych. Co więcej, od rozstrzygnięć wydanych przez dyrektorów przysługuje skarga do (właściwego miejscowo z uwagi na adres placówki oświatowej) wojewódzkiego sądu administracyjnego. Podkreślenie tegoż faktu ma bardzo istotne znaczenie dla dalszej analizy statusu prawnego komisji.

3. Specyfika postępowania przed komisją rekrutacyjną

Pomimo faktu, że wspomniane regulacje szczegółowo normują sposób procedowania omawianej komisji, błędne byłoby stwierdzenie, że przepisy rozdziału 6 ustawy Prawo oświatowe „tworzą” *sui generis* postępowanie, które prowadzone jest niezależnie od przepisów regulujących „modelowe” postępowanie (*ergo* ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego¹²). Istotnie, art. 130–164 u.p.o. w wielu miejscach wyczerpująco regulują poszczególne kwestie¹³. Są to jednak przepisy o charakterze *lex specialis* względem *lex generalis*, jakimi są unormowania kodeksowe. Innymi słowy, przepisy ustawy Prawo oświatowe pełnić będą funkcję prymarną, co zgodnie z zasadą *lex specialis derogat lex generalis* ograniczać będzie zastosowanie przepisów k.p.a., które to pełnić będą funkcję dopełniającą całokształt norm rządzących powyższym postępowaniem. Nie oznacza to jednak, że w wyniku tego postępowanie to traci swój administracyjny charakter.

Prezentowana wyżej teza uzasadniona zostaje m.in. analizą regulacji art. 154 u.p.o., *atque* art. 158 ust. 5, w zw. z ust. 6–8 u.p.o., tj. przepisów regulujących sposób obliczania terminów. Należy bowiem zwrócić uwagę – gdyż może to początkowo pozostawać

⁹ *Vide* art. 8 ust. 3 u.p.o.

¹⁰ *Vide* art. 8 ust. 4–14 u.p.o.

¹¹ Rozstrzygnięcia te zapadać będą w toku postępowania rekrutacyjnego, które w wypadku przedszkoli oraz szkół podstawowych będzie następowało wyjątkowo – wyłącznie w sytuacji, gdy do ww. placówek oświatowych zgłoszeni zostali kandydaci mający odpowiednio miejsce zamieszkania: poza terenem danej gminy (w wypadku rekrutacji do przedszkola) lub poza obwodem szkoły publicznej oraz gdy dane przedszkole/szkoła podstawowa nadal dysponuje wolnymi miejscami, *ergo* w sytuacji, gdy ww. kandydaci mający miejsce zamieszkania odpowiednio w danej gminie lub w obwodzie danej szkoły podstawowej nie wyczerpali wszystkich miejsc przeznaczonych dla odpowiedniej grupy w przedszkolu lub utworzenie klas pierwszych. Są oni bowiem przyjmowani „z urzędu” – wyłącznie na podstawie zgłoszenia danego dziecka (*vide* art. 133 ust. 1, w zw. z art. 130 ust. 2 *in fine* u.p.o.).

¹² T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257, dalej jako k.p.a.

¹³ Przykładem czego jest kwestia ograniczenia katalogu podmiotów uprawnionych do zainicjowania, a następnie kontynuacji postępowania przed komisją rekrutacyjną – art. 130 ust. 4 oraz 158 ust. 6 i 8 u.p.o. – wyłącznie do rodziców kandydata (definicja art. 4 pkt 19 u.p.o.) lub pełnoletniego kandydata, por. art. 28 i 38 k.p.a.

niewidoczne – że do powyższych regulacji, choć w ograniczonym zakresie, ma zastosowanie art. 57 k.p.a. Mowa tutaj o normach uregulowanych w § 4 i 5 art. 57 k.p.a. Wobec braku odmiennych postanowień z u.p.o. przepisy te będą miały zastosowanie podczas postępowania rekrutacyjnego przez stosowną komisją rekrutacyjną.

Powyższe pozwala również zrozumieć objęcie kontrolą sądownoadministracyjną rozstrzygnięć wydanych w wyniku wniesienia odwołania od komisji rekrutacyjnej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przepisy u.p.o. wprowadzają również odrębne unormowanie względem art. 104 § 1 k.p.a. Zgodnie bowiem z art. 158 ust. 6–8 u.p.o. aktem administracyjnym wstępnie kończącym postępowanie rekrutacyjne przed komisją rekrutacyjną jest „rozstrzygnięcie”. Jego cechą swoistą jest m.in. to, że jest ono uzasadnione wyłącznie na wniosek rodziców kandydata, któremu odmówiono przyjęcia do danej placówki oświatowej. Samo uzasadnienie z kolei jest warunkiem *sine qua non* wniesienia odwołania do dyrektora danej placówki oświatowej¹⁴. Niewątpliwie będzie to zatem akt administracyjny władczo decydujący o prawach i obowiązkach strony danego postępowania oraz załatwiający sprawę (rekrutację) co do istoty. To zaś – mając na uwadze posiłkowe zastosowanie przepisów k.p.a. – każde stwierdzić, że rozstrzygnięcie, o którym mowa w art. 158 ust. 6–8 u.p.o. należy utożsamiać z decyzją administracyjną¹⁵. Odnosić się będzie do niego bowiem art. 107 k.p.a.¹⁶, ponadto art. 108–113 k.p.a. Co więcej, będzie przysługiwał od niego środek zaskarżenia w postaci odwołania do dyrektora danej placówki oświatowej (*vide* art. 158 ust. 8 u.p.o.). Należy podkreślić także, że

¹⁴ Można wręcz zaryzykować stwierdzenie, że (terminowe) złożenie wniosku o sporządzenie uzasadnienia (art. 158 ust. 6 u.p.o.) powoduje materializację tegoż rozstrzygnięcia. Wcześniej bowiem jest to *de facto* czynność materialno-techniczna i taką pozostaje przez cały czas dla kandydatów przyjętych do danej placówki oświatowej.

¹⁵ Jest to szczególnie akcentowane na gruncie orzecznictwa sądownoadministracyjnego, *vide* Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., II SA/Wa 1288/14, Lex nr 1649930, gdzie WSA przyjął, niejako *contra legem*, że rozstrzygnięcie komisji rekrutacyjnej, mimo iż *expressis verbis* określone w przepisach jako „rozstrzygnięcie”, jest decyzją administracyjną. Wyrok ten co prawda dotyczył rozstrzygnięcia wydanego na podstawie art. 20zc ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1943 ze zm.), jednak są to regulacje analogiczne do omawianych, co też pozwala na subsumcję tezy z ww. wyroku na grunt odpowiednich przepisów z u.p.o. *Vide etiam* wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 20 października 2016 r., II SA/Sz 712/16, Lex nr 2183278, w którym sąd zaznaczył, że: „trzeba mieć przy tym na uwadze, że to oczywiście treść, a nie forma, przesądza o tym, czy dany akt jest decyzją administracyjną. Jeżeli jednak określona sprawa podlega załatwieniu w drodze decyzji, to za decyzję należy uznać pismo organu rozstrzygającego tę sprawę zawierające co najmniej oznaczenie tego organu, oznaczenie adresata aktu, rozstrzygnięcie w sprawie oraz podpis upoważnionego pracownika organu, gdyż wówczas spełnia ono podstawowe, niezbędne warunki decyzji wymienione w art. 107 § 1 k.p.a.”. *Vide atque* M. Pilich, *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 426–427.

¹⁶ Zaakcentowanie powyższego faktu jest istotne, gdyż wskazuje, że sporządzane wyłącznie na wniosek uzasadnienie rozstrzygnięcia komisji rekrutacyjnej bezwzględnie musi zawierać elementy określone w art. 107 k.p.a. i to niezależnie od dodatkowych elementów określonych art. 158 ust. 7 u.p.o. (podania w uzasadnieniu przyczyn odmowy przyjęcia, wskazania najniższej liczby punktów uprawniających do przyjęcia do klasy pierwszej oraz liczby punktów, którą kandydat uzyskał w postępowaniu rekrutacyjnym).

pomimo braku wyrażenia tego *expressis verbis* rozstrzygnięcie dyrektora, o którym mowa w art. 158 ust. 9 u.p.o., będzie miało tę samą formę prawną.

Na tej podstawie uzasadnione jest objęcie tychże rozstrzygnięć kognicją sądów administracyjnych, gdyż ostatecznie decydować będą one o konstytucyjnych prawach i obowiązkach. Nie wyjaśnia to jednak argumentu publicznego charakteru komisji rekrutacyjnej. Pomocny w tym miejscu będzie art. 184 Konstytucji RP, zgodnie z którym sądy administracyjne sprawują kontrolę nad działalnością administracji publicznej. Skoro ustrojodawca określił w ww. przepisie, że kontrolą sądów administracyjnych może zostać objęta (wyłącznie) działalność administracji publicznej i kontrolą tą objęto omawiane rozstrzygnięcia, należy stwierdzić, że w toku postępowania rekrutacyjnego mamy do czynienia z aktywnością jednostek administracji publicznej, co jednoznacznie przesądza o publicznoprawnym charakterze dyrektora szkoły oraz komisji rekrutacyjnej¹⁷.

Konkludując – fakt, że przepisy kodeksu postępowania administracyjnego będą w uzupełniający sposób regulowały tryb pracy komisji rekrutacyjnej oraz iż ostatecznie jej działalność może być przedmiotem kontroli sądownoadministracyjnej, niewątpliwie jednoznacznie przesądza o jej publicznoprawnym charakterze. Biorąc pod uwagę fakt, że jej rozstrzygnięcia będą decyzjami administracyjnymi, należy przyjąć, że w znaczeniu procesowym komisje te będą organami administracji publicznej¹⁸.

4. Charakter prawny komisji rekrutacyjnej

Analizując charakter prawny komisji rekrutacyjnej, należy zwrócić uwagę na jej skład. Stosownie do art. 157 ust. 1 u.p.o. członkowie komisji rekrutacyjnej są powoływani przez dyrektora właściwej placówki oświatowej. On to również, w arbitralny sposób, wyznacza jej przewodniczącego. W przypadku rekrutacji do szkół – choć przepisy u.p.o. wprost tego nie regulują – komisja rekrutacyjna składa się wyłącznie z nauczycieli¹⁹, których przełożonym służbowym jest, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. Karta Nauczyciela²⁰, dyrektor danej szkoły. On także jest organem odpowiedzialnym za ich awans zawodowy²¹. Ma to niepoślednie znaczenie, gdyż członkom

¹⁷ Por. co na temat art. 184 Konstytucji RP pisze L. Garlicki – *idem*, *Komentarz do art. 184*, [w:] L. Garlicki (red.) *Konstytucja...*, Tom IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 5.

¹⁸ Co wynikać będzie z procesowej definicji organu administracji publicznej – art. 5 § 2 pkt 3 w zw. z art. 1 pkt 2 k.p.a., w zw. z art. 157 ust. 1 u.p.o.

¹⁹ Wynika to dopiero z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 16 marca 2017 r. w sprawie przeprowadzania postępowania rekrutacyjnego oraz postępowania uzupełniającego do publicznych przedszkoli, szkół i placówek (Dz. U. poz. 610).

²⁰ T.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1379 ze zm.

²¹ Art. 9b ust. 4 pkt 1 ustawy – Karta Nauczyciela. *Vide etiam* co na temat tejże regulacji pisze J. Jakubowski – *idem*, [w:] M. Zając-Rzosińska, J. Jakubowski, *Komentarz. Karta Nauczyciela*, LexisNexis, War-

komisji rekrutacyjnych – inaczej niż np. członkom samorządowych kolegiów odwoławczych²² – nie została zapewniona niezależność.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w przypadku szkół dyrektor – stosownie do art. 62 ust. 1 u.p.o. – jest osobą kierującą daną publiczną szkołą²³. Został on również wyposażony w szereg kompetencji o administracyjno-prawnym charakterze²⁴, co wobec publicznego charakteru placówek oświatowych nie pozostaje bez wpływu na jego pozycję ustrojową. Pozwala bowiem przyjąć tezę, iż jest on organem administracji publicznej w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 5 kodeksu postępowania administracyjnego²⁵.

Mając powyższe na uwadze, należy z pewną ostrożnością stwierdzić, że komisja rekrutacyjna to powołany *ad hoc* przez dyrektora szkoły organ procesowy, którego zadaniem jest przeprowadzenie postępowania rekrutacyjnego do danej placówki oświatowej. W tymże zakresie komisja rekrutacyjna działa w imieniu danej placówki oświatowej, której zewnętrznym przedstawicielem jest dyrektor²⁶. Jej pozycja jest zatem do pewnego stopnia zbliżona do komisji rekrutacyjnej na studia wyższe²⁷. Należy jednak pamiętać, że w przeciwieństwie do placówek z systemu oświaty uczelnie (zwykle) posiadają złożoną wewnętrzną strukturę organizacyjną – wydziały, instytuty, pracownie badawcze, biblioteki itp. Przede wszystkim jednak posiadają (zadekretowaną w art. 70 ust. 5 Konstytucji RP) autonomię, stąd też należy z dużą ostrożnością dokonywać jakichkolwiek porównań obydwu instytucji²⁸.

szawa 2014, s. 42–56, oraz A. Barański – *idem*, [w:] A. Barański, M. Szymańska, J. Rozwadowska-Skrzeczyńska, *Karta Nauczyciela. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 65–71.

²² *Vide* art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1659 ze zm.).

²³ A. Barański przy okazji komentowania art. 7 ustawy – *Karta Nauczyciela*, stwierdza wręcz, że: „dyrektor szkoły jest jedynym organem szkoły uprawnionym do jej reprezentowania w stosunkach zewnętrznych”, *vide idem*, [w:] A. Barański, M. Szymańska, J. Rozwadowska-Skrzeczyńska, *Karta...*, s. 71, *vide etiam* J. Jakubowski, [w:] M. Zając-Rzosińska, J. Jakubowski, *Komentarz...*, s. 42–49.

²⁴ Zob. m.in. art. 33 ust. 2, art. 36 ust. 4, art. 38 ust. 2, art. 41 ust. 1, 68 ust. 2 u.p.o.

²⁵ Będzie on także adresatem pozostałych przepisów zawartych w k.p.a. Na poprawność tezy dodatkowo wskazuje regulacja art. 51 ust. 1 pkt 4 lit. b u.p.o., zgodnie z którą w sprawach z zakresu obowiązku szkolnego, obowiązku nauki oraz w sprawach skreślenia uczniów z listy uczniów organem wyższego stopnia, w rozumieniu k.p.a., w stosunku do dyrektora szkoły będzie kurator oświaty. Tym samym także na podstawie tychże przepisów przesądono o faksie, iż dyrektor szkoły będzie organem administracji publicznej, *ergo* organem zobowiązany do procedowania w oparciu o regulacje k.p.a., zastrzegając jednocześnie, że ww. sprawy podlegają rozpatrzeniu przez kuratora oświaty działającego wówczas jako organ II instancji. *Vide etiam* co na temat dyrektora szkoły pisze B. Madej – *eadem*, *Sytuacja prawna dyrektora szkoły odwołanego ze stanowiska kierowniczego*, [w:] P. Bieś-Srokosz, K. Mucha (red.), *Podmioty prawa we współczesnej administracji publicznej*, Wydawnictwo im. S. Podobińskiego Akademii im. Jana Długosza, Częstochowa 2016, s. 113 i n.

²⁶ *Vide* art. 62 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 1 u.p.o. Określenie zawarte w przytoczonych wcześniej przepisach jest dość niefortunne, stąd też należy je dekodować przez pryzmat analogicznych regulacji, np. art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – *Prawo o szkolnictwie wyższym* (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1842 ze zm.), gdzie wprost określono jego kompetencje do reprezentowania danej placówki (w tym wypadku uczelni) na zewnątrz.

²⁷ *Vide* art. 169 ust. 10–16 ustawy – *Prawo o szkolnictwie wyższym*.

²⁸ Przykładem czego jest regulacja art. 169 ust. 12 ustawy – *Prawo o szkolnictwie wyższym*, na podstawie których odwołania od decyzji wydanych przez komisję rekrutacyjną (na studia wyższe) są rozpoznawa-

Powyższe wynika z wcześniej wskazanego faktu, iż odwołanie jest kierowane do bezpośredniego przełożonego służbowego, jakim jest dyrektor danej placówki oświatowej. Jest on również – z uwagi na pełnioną funkcję – pracodawcą dla członków komisji. Stąd też powyższa procedura odwoławcza jest do pewnego stopnia podobna – z zastrzeżeniem, że w powyższym wypadku dochodzi jednak do uruchomienia toku instancji²⁹ – do występującej w sytuacji, gdy decyzję administracyjną w I instancji wydaje minister³⁰.

5. Wnioski

Jak zatem – wobec powyższej zakreślonej złożoności problemu – określić charakter przedmiotowej komisji rekrutacyjnej? Z jednej strony niewątpliwie będzie ona jednostką prawa publicznego, wyposażoną w uprawnienia władcze i niewątpliwie przyczyniającą się do realizacji art. 70 ust. 1 Konstytucji RP dekretującego jedno z zadań władzy publicznej. Z drugiej zaś nie można jej utożsamiać z organem administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym. Niemniej spełnia ona kryteria do uznania jej – jednakże wyłącznie w znaczeniu procesowym – za organ administracji publicznej³¹. Co więcej, objęcie kognicją sądów administracyjnych rozstrzygnięć organu odwoławczego – dyrektora szkoły, o którym mowa w art. 158 ust. 9 u.p.o., a tym samym *in genere* całego postępowania rekrutacyjnego placówek oświatowych, dodatkowo pogłębia analizowany problem. Pojęciem, które z perspektywy ustrojowej pozwala określić omawianą instytucję, akcentując jej szczególnie charakter oraz status prawny, jest termin „organ administracyjny”. Organem administracyjnym jest, stosownie do definicji, jaką proponuje J. Przedańska, wyodrębniona jednostka w administracji publicznej, która działa w imie-

ne przez jednostki od nich niezależne – uczelniane komisje rekrutacyjne. To zaś uzasadnia przyjęcie tezy, iż w tym wypadku mamy do czynienia z (do pewnego stopnia) klasycznym tokiem instancji. Trudno jednak będzie zaakceptować powyższą tezę *per analogiam* w stosunku do komisji rekrutacyjnej z prawa oświatowego. Wynika to z faktu, że placówki oświatowe nie posiadają równie rozbudowanej co uczelnie wewnętrznej struktury organizacyjnej. Co więcej, zgodnie z art. 169 ust. 10 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, komisję rekrutacyjną (co do zasady) powołuje kierownik podstawowej jednostki organizacyjnej uczelni, *ergo* organ (*vide* art. 60 ust. 6 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym) różny od tego odpowiedzialnego za rozpoznanie odwołań od decyzji przez nią wydanych.

²⁹ Wynika to z tezy, jaką stawia J. Zimmermann, podnoszący, że w sytuacji, gdy działa jeden organ, nie może on być nazwany instancją. Na tej podstawie, zdaniem J. Zimmermanna, o pojęciu instancji można mówić dopiero w sytuacji, gdy prawo przewiduje działanie przynajmniej dwóch organów powiązanych elementem ustrojowo-organizacyjnym. Na tej podstawie autor ten stwierdza, że tok instancji należy utożsamiać z działaniem dwóch instancji, rozpatrywanym łącznie – *idem Administracyjny tok instancji*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1986, s. 11–12.

³⁰ Faktycznie zaś rozstrzygnięcie jest wydawane przez działającego z jego upoważnienia pracownika ministerstwa (pracownik organu administracji publicznej). Niezależnie od tego, w takim wypadku środkiem odwoławczym będzie, stosownie do art. 127 § 3 k.p.a., wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, który to sprowadzać się będzie do ponownego przekazania sprawy organowi, *de facto* bezpośredniemu przełożonemu pracownika odpowiedzialnego za wydanie danego rozstrzygnięcia.

³¹ *Vide* przypis nr 15.

niu i na rachunek państwa³², w ramach prawnie określonych kompetencji oraz uprawniona jest do korzystania ze środków władczych³³. Niewątpliwie komisja rekrutacyjna jest wyodrębniona prawnie³⁴ (co znacząco odróżnia jej pozycję od pracowników organu administracji publicznej), posiada uprawnienia władcze (gdyż w jednostronny sposób rozstrzyga o przyjęciu bądź nieprzyjęciu danego kandydata do określonej placówki oświatowej), działając w tym zakresie na rzecz danej placówki oświatowej i na podstawie powołania pochodzącego ze strony organu reprezentującego daną instytucję, tj. dyrektora (właściwej) placówki oświatowej. Powyższe określenie pozwala również podkreślić fakt, że komisji rekrutacyjnej nie można utożsamiać ani z organem administracji publicznej (w znaczeniu ustrojowym), ani też z pracownikami organu administracji publicznej³⁵.

Reasumując, należy stwierdzić, że komisja rekrutacyjna, o której mowa w art. 157 u.p.o., jest **powoływany przez dyrektora właściwej placówki oświatowej kolegialnym organem administracyjnym do przeprowadzenia postępowania rekrutacyjnego, w znaczeniu procesowym będącym organem administracji publicznej I instancji.**

Bibliografia

Źródła

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.).

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.).

Ustawa z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1379 ze zm.).

³² Rozumianego tutaj nie tyle jako skarb państwa bądź administracja rządowa, ale jako ogół władzy publicznej, *ergo* w znaczeniu *sensu largissimo*, jaki wynika z art. 2 Konstytucji RP.

³³ J. Przadańska, *Samodzielność działania organu administracyjnego w świetle koncepcji nowego publicznego zarządzania*, „Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka” 2008, nr 2 (11), s. 177.

³⁴ Warto wskazać, że powyższego wyodrębnienia prawnego nie można kwalifikować jako nadania danemu podmiotowi przymiotów organu administracji publicznej. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie ustawy o samorządowych kolegiach odwoławczych, która w art. 4 ust. 1 enumeratywnie wymienia organy teje instytucji, czym również odmawia nadania tego przymiotu składom orzekającym w poszczególnych sprawach rozpoznawanych przez kolegia (*vide* art. 18 ustawy o samorządowych kolegiach odwoławczych). Por. też postanowienie składu siedmiu sędziów NSA z dnia 5 marca 2001 r., OSA 1/01, ze zdaniem odrębnym J. Zimmermanna, „ONSA” 2001, nr 3, poz. 95, gdzie problem ten był analizowany w przedmiocie dopuszczalności reprezentacji organu – samorządowego kolegium odwoławczego przez organ wewnętrzny tegoż kolegium – prezesa.

³⁵ Termin ten m.in. w art. 24, 26, 38, 39, 54 § 2 k.p.a., ale również np. w art. 20 ust. 2 ustawy o samorządowych kolegiach odwoławczych. Na tej podstawie można stwierdzić, że jest to niewyodrębniona prawnie, posiadająca upoważnienie administracyjne osoba, wykonująca w imieniu i na rzecz organu administracji publicznej część bądź całość zadań i będąca w określonym stosunku podległości służbowej względem tegoż organu.

- Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1943 ze zm.).
- Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1659 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 486 ze zm.).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 718 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1842 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. Nr 185, poz. 1092).
- Ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 59).
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 16 marca 2017 r. w sprawie przeprowadzania postępowania rekrutacyjnego oraz postępowania uzupełniającego do publicznych przedszkoli, szkół i placówek (Dz. U. poz. 610).
- Postanowienie składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 marca 2001 r., OSA 1/01, „ONSA” 2001, nr 3, poz. 95.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lutego 2015 r., II SA/Wa 1288/14, Lex 1649930.

Literatura

- Barański A., Szymańska M., Rozwadowska-Skrzeczyńska J., *Karta Nauczyciela. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Behr J., *Prawo do nauki w podmiotach leczniczych. Analiza na przykładzie publicznej szkoły podstawowej specjalnej*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, Vol. 5, No. 2.
- Czuba-Wąsowska M., Mańko K., *Egzekucja obowiązków szkolnego i nauki. Zagadnienia prawne. Teoria i praktyka*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Jabłoński M. (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014.
- Jakimowicz W., Dąbek D., Niżnik-Dobosz I. [et al.], Jakimowicz W. (red.), *Przewodnik po prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Garlicki L. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.
- Garlicki L. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom IV*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.
- Madej B., *Sytuacja prawna dyrektora szkoły odwołanego ze stanowiska kierowniczego*, [w:] Bieś-Srokosz P., Mucha K. (red.), *Podmioty prawa we współczesnej administracji publicznej*, Wydawnictwo im. S. Podobińskiego Akademii im. Jana Długosza, Częstochowa 2016.
- Plich M., *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2007.
- Przedzińska J., *Samodzielność działania organu administracyjnego w świetle koncepcji nowego publicznego zarządzania*, „Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka” 2008, nr 2 (11).
- Ura E., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

- Wierzbowski M., Jagielski J., Lang J. [et al.], Wierzbowski M. (red.), *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Zajac-Rzosińska M., Jakubowski J., *Komentarz. Karta Nauczyciela*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Zimmermann J., *Administracyjny tok instancji*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1986.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Grzegorz Stankiewicz
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Umowa koncesji na roboty budowlane

Concession contract for construction work

Streszczenie

Nowo uchwalona ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane z października 2016 r. implementuje tzw. dyrektywę koncesyjną do polskiego porządku prawnego.

W artykule przedstawiono rozwiązania prawne dotyczące implementacji przepisów Unii Europejskiej, w tym problem ryzyka związanego z wynagrodzeniem koncesjonariusza w ramach umowy koncesji na roboty budowlane. Umowę o koncesję na roboty budowlane zawiera podmiot publiczny z wykonawcą robót, który złożył najlepszą ofertę w wyniku przeprowadzonej procedury określonej przepisami ustawy. Umowa w trakcie jej realizacji w ściśle określonych przypadkach przewidzianych w ustawie może być zmieniona, rozwiązana lub unieważniona.

W artykule dokonano analizy porównawczej kwestii wynagrodzenia wykonawcy robót i ryzyka zamawiającego dla umów o roboty budowlane zawieranych w ramach koncesji, prawa zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-privatnego. Umowa koncesji o roboty budowlane, w porównaniu do umów zawieranych w ramach partnerstwa publiczno-privatnego lub umów zawieranych w związku z zamówieniami publicznymi, w największym stopniu wpływa na ochronę finansów publicznych i zmniejsza ryzyko ich wydatkowania.

Słowa kluczowe

koncesja, koncesja na roboty budowlane, umowa, umowa na roboty budowlane, ryzyko, zamawiający, wykonawca, koncesjonariusz, partnerstwo publiczno-privatne, podmiot publiczny, partner prywatny

Abstract

The recently adopted law on the concession for construction work contract of October 2016 implements the so-called concession directive to the Polish legal order. The article presents new legal solutions related to the implementation of the European Union law, including the problem of risk connected with the remuneration of the concessionaire under the concession contract for construction work. The contract for the concession for construction work contains a public entity with the contractor who submitted the best bid as a result of the procedure specified in the Act. The contract during its implementation in the cases specified in the Act may be amended, terminated or revoked.

The article provides a comparative analysis of remuneration of the contractor and risk issues of the purchaser for construction contracts concluded under concession, public procurement law, or public-private partnership. The concession contract, as compared to contracts concluded under public-private partnerships or contracts concluded in connection with public procurement, has the greatest impact on the protection of public finances and reduces the risk of disposing of them.

Key words

concession, concession for construction work, contract, contract for construction work, risk, contracting authority, contractor, concessionaire, public-private partnership, public entity, private partner

Wstęp

Koncesja to pojęcie prawa administracyjnego. Udzielenie koncesji przez organ administracji publicznej podmiotowi gospodarczemu na prowadzenie określonego typu działalności gospodarczej jest przejawem ochrony monopolu państwa w niektórych strategicznych dla państwa dziedzinach działalności, takich jak np. obronność lub bezpieczeństwo obywateli. Koncesja jest decyzją administracyjną strategiczną dla interesu państwa. Decyzja administracyjna zgodnie z art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego¹ jest załatwieniem sprawy przez organ administracji publicznej. Decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.

Jak twierdzi B. Adamiak, decyzja administracyjna to indywidualny akt administracyjny zewnętrzny, który stanowi: „Władcze działanie prawne organu administracji skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawnych. Akt administracyjny jest więc szczególną formą czynności prawnych organów administrujących, regulowaną przez przepisy prawa administracyjnego. Prawo administracyjne reguluje akty administracyjne jako działania jednostronne i władcze, a więc takie, które posiadają wobec adresata moc obowiązującą i których wykonanie zapewnia szereg środków, którymi administracja dysponuje we własnym zakresie”².

Wśród decyzji administracyjnych, związanych z koniecznością uzyskania uprawnień na prowadzenie działalności gospodarczej, występuje koncesja obok licencji, zezwolenia i zgody. Zdaniem T. Kocowskiego „istota koncesji jako konstytutywnej decyzji administracyjnej jest zbieżna z istotą innych aktów administracyjnych zezwalających (zezwoleń, licencji, zgód czy pozwoleń), gdyż celem ich jest dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności gospodarczej, czyli usunięcie ustawowej przeszkody do podjęcia i prowadzenia takiej działalności. To usunięcie tej ustawowej przeszkody wymaga pewnego wysiłku ze strony podmiotu ubiegającego się o otrzymanie koncesji. Związany jest on z koniecznością spełnienia przez podmiot koncesjonowany wielu przewidzianych przepisami prawa wymogów, niezbędnych do jej uzyskania”³.

¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 30, poz. 168 z późn zm.), dalej k.p.a.

² B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego – komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 391.

³ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 274.

Umowa koncesji na roboty budowlane nie jest decyzją administracyjną, lecz umową cywilno-prawną. Kodeks cywilny⁴ nie reguluje umowy koncesji na roboty budowlane, lecz umowę o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego, zawierając umowę o roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z kolei roboty budowlane regulowane są w przepisach prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7) ustawy Prawo budowlane⁵ przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Wykonywanie robót budowlanych związane jest z uzyskaniem szeregu decyzji administracyjnych i zezwoleń. Wymaga ono zazwyczaj uprzedniego uzyskania indywidualnego zezwolenia w postaci decyzji administracyjnej – pozwolenia na budowę – oraz stosownych zgłoszeń do organów nadzoru budowlanego, np. o rozpoczęciu robót budowlanych. Zgodnie z art. 3 p.b. pozwolenie na budowę jest decyzją administracyjną zezwalającą na rozpoczęcie i prowadzenie budowy lub wykonywanie robót budowlanych innych niż budowa obiektu budowlanego. Zezwolenie jest zatem ograniczeniem związanym z koniecznością uzyskania aktów indywidualnych, a koncesja jest ograniczeniem związanym z koniecznością uzyskania uprawnień na prowadzenie określonej działalności gospodarczej koncesjonowanej.

Podmioty publiczne, zgodnie z ustawą o finansach publicznych⁶, zobligowane są do gromadzenia i rozdysponowania finansów publicznych. W dobie racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi szukają one dodatkowych zewnętrznych środków na finansowanie inwestycji budowlanych. Możliwość taką daje udzielenie zamówienia na roboty budowlane przez podmioty publiczne w formie partnerstwa publiczno-prywatnego lub umowy koncesji na roboty budowlane.

Umowa koncesji na roboty budowlane nie dotyczy osób fizycznych, lecz podmiotów publicznych i gospodarczych. Umowa ta została uregulowana w nowej ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷. Ustawa u.k.r.b. została wprowadzona w związku z implementacją prawa Unii Europejskiej,

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.), dalej p.b.

⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

⁷ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920), dalej u.k.r.b.

dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁸ i derogowała ustawę z roku 2009⁹.

1. Pojęcie koncesji na roboty budowlane

Pomimo długiej historii koncesji¹⁰ w doktrynie przyjęto, że koncesja, obok zezwolenia, jest podstawowym środkiem reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce. „Wyraża również akt zgody władzy publicznej na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej przez dany podmiot, ma więc cechy pozwolenia, lecz różni się tym, że jest udzielana w pewnym tylko zakresie działalności gospodarczej oraz z odrębnych powodów i dla szczególnych celów, co uzasadnia zastosowanie specjalnego trybu postępowania przy udzielaniu koncesji”¹¹.

„Koncesją nazywa się decyzję administracyjną wydawaną na wniosek przedsiębiorcy, wyrażającą zgodę oraz określającą warunki prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wskazanym przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy szczególne”¹². W klasycznym ujęciu koncesja stanowi akt administracyjny o charakterze konstytutywnym i uznaniowym, wydawany przez centralne organy administracji państwowej, na czas oznaczony – długookresowy, na podstawie uznania admi-

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1, z późn. zm.), www.eur-lex.europa.eu.

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

¹⁰ Jako forma zamówienia publicznego, w wyniku którego wykonawca robót otrzymywał wynagrodzenie za realizację inwestycji w postaci korzystania z pożytków, Koncesja znana już była od czasów rzymskich. „2000 lat temu za transport poczty na obszarze cesarstwa rzymskiego, czyli «vehiculation», odpowiedzialny był Cesarz, natomiast wspólnoty lokalne (municipia) za «stationes», to znaczy stacje pocztowe. Na mocy umowy zawieranej w wyniku przetargu przez władze lokalne z zarządcami tych olbrzymich budynków pocztowych, powierzano tym ostatnim budowę takich obiektów, ich utrzymanie i prowadzenie przez okres pięciu lat”. Zob. opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, 2005/C 234/12, 10 marca 2005 r. (Dz. Urz. UE C 234 z 22.09.2005 r., s 52). Jak zauważa D.R. Kijowski: „w polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się koncesję otrzymaną w 1438 r. przez francuskiego szlachcica Luis de Bernam, która dotyczyła pobierania opłat za towary przewożone po Renie” – *idem*, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000, s. 35. Jak podaje P. Nowicki: „koncesje w prawie francuskim przeszły dużą metamorfozę w czasach Wielkiej Rewolucji Francuskiej. W XIX w. Koncesji używano przede wszystkim w ramach inwestycji związanych z budową kolei oraz dróg (tzw. concession de travaux publics), ale również dla zapewnienia usług publicznych, takich jak woda, gaz, elektryczność czy też wywóz odpadów. Na początku XX w. ich znaczenie zaczęło jednak słabnąć, ze względu na postępującą nacjonalizację różnych sektorów gospodarki” – *idem*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 398.

¹¹ C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Instytut Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996, s. 19.

¹² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2011, s. 261.

nistracyjnego, którego treść kształtowana jest z użyciem zwrotów niedookreślonych”¹³. „W literaturze uznawano ją za akt zgody władz publicznych na podjęcie działalności w obszarze zastrzeżonym na rzecz państwa lub objętym jego monopolem przez podmioty niepaństwowe, albo też mającym znaczenie dla bezpieczeństwa państwa i obywateli, związanym z ważnym interesem publicznym”¹⁴.

Prawo polskie nie przewiduje koncesji na roboty budowlane, lecz koncesją objęte jest prowadzenie określonych działalności gospodarczych. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁵ w art. 46 określiła zakres przedmiotowy działalności objętych koncesją, w tym poszukiwania, rozpoznawania złóż węglowodorów oraz kopalini stałych objętych własnością górnictw, wydobywania kopalini ze złóż, wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym; wytwarzania, przetwarzania, magazynowania lub przeładunku, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią itp.

Umowę koncesji na roboty budowlane wprowadzono w związku z koniecznością dostosowania polskiego prawa do przepisów Unii Europejskiej wynikających z dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane¹⁶.

Zakres jej stosowania określono początkowo w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹⁷. W art. 2 ust. 4 p.z.p. wprowadzono definicję koncesji na roboty budowlane jako zamówienia publicznego na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą. Zgodnie z ustawą koncesjonariusz to wykonawca, który uzyskał zamówienie na wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem koncesji (któremu została udzielona koncesja), podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego. W art. 118 ust. 2 p.z.p. wskazano tryby odpowiednie dla koncesji na roboty budowlane – „koncesji udziela się stosując odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem”. Zdaniem

¹³ M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej – komentarz*, Komentarz do art. 46, Lex 2013; M. Karpiuk, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Problematyka prawna i aksjologiczna*, Alma Mer Szkoła Wyższa, Warszawa 2011, s. 61–82.

¹⁴ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabczyk, *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Rejent” 2001, nr 4, s. 68.

¹⁵ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.).

¹⁶ M. Lemke, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. II poprawione, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 217.

¹⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), dalej p.z.p.

A. Panasiuka „koncesja na roboty budowlane jako umowa publicznoprawna może być również formą wykonywania zadań i realizacji uprawnień, stosowaną przez administrację publiczną. Co prawda funkcjonowanie koncesji opiera się na przepisach prawa cywilnego, jednak cel i istota koncesji dotyczy realizacji zadań publicznych. Zatem – zdaniem autora – jest to instytucja prawa administracyjnego. Od typowego aktu administracyjnego różni się tym, że dla jej powstania potrzebne jest osiągnięcie konsensusu zamawiającego, będącego zazwyczaj podmiotem publicznym, oraz wykonawcy (koncesjonariusza), będącego podmiotem prywatnym”¹⁸.

Koncesję na roboty budowlane wyłączono z ustawy Prawo zamówień publicznych już w 2009 r. i objęto ją szczególną regulacją ustawową, odnoszącą się wyłącznie do koncesji na roboty budowlane i usługi¹⁹. Ustawa nie wprowadziła definicji legalnej koncesji na roboty budowlane, lecz określiła zasady, tryb i środki ochrony prawnej. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązywał się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które w przypadku koncesji na roboty budowlane stanowiło wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

W wyniku konieczności implementacji przez prawo polskie prawa unijnego – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji²⁰ (dalej dyrektywa koncesyjna) ustawa z 2009 r. została uchylona i zastąpiona obecnie obowiązującą ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Nowa ustawa doprecyzowała pojęcie zasadniczego ryzyka związanego z zapłatą za roboty budowlane. Zgodnie z ustawą zapłata koncesjonariusza występuje w formie eksploatacji wybudowanego obiektu budowlanego objętego umową koncesji oraz pobierania pożytków. Ryzyko ekonomiczne związane z prawem popytu i podaży ponosi koncesjonariusz (wykonawca) i nie ma on gwarancji odzyskania nakładów inwestycyjnych oraz kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego.

Nowa ustawa zastąpiła ustawę z 2009 r. i wprowadziła minimalny próg jej stosowania tożsamy z progiem stosowania ustawy p.z.p. Sprecyzowała w sposób jednoznaczny ryzyko ekonomiczne wykonawcy w związku z zapłatą za realizację umowy koncesji, wprowadziła fakultatywne i obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonaw-

¹⁸ A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 192.

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

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), www.eur-lex.europa.eu.

cy z postępowania na wzór przesłanek uwzględnionych w p.z.p. Zmieniła organy państwa, do których należy się zwrócić w celu egzekwowania środków ochrony prawnej – zamiast skargi w drodze postępowania sądowo-administracyjnego wprowadzono odwołanie na zasadach określonych w p.z.p. *etc.*

Ustawa u.k.r.b. wprowadziła definicję legalną roboty budowlanej. Zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy lub realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Aby określić pojęcie obiektu budowlanego, ustawa u.k.r.b. odesłała do art. 2 pkt 5d ustawy p.z.p., zgodnie z którym obiektem budowlanym jest wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Definicja roboty budowlanej w ustawie u.k.r.b. ma węższe znaczenie niż powszechnie obowiązująca definicja w ustawie Prawo budowlane²¹ i ograniczona jest zakresem robót wymienionych enumeratywnie w załączniku I dyrektywy koncesyjnej. Zgodnie z art. 3 ust. 7 ustawy p.b. pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast pod pojęciem obiektu budowlanego (art. 3 ust. 1 p.b.) należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Pojęcie roboty budowlanej zdefiniowano również w art. 2 ust. 8 ustawy p.z.p. Należy przez nią rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, określonych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych²². Rozporządzenie zawiera zamknięty wykaz robót budowlanych podlegających definicji roboty budowlanej oraz jest efektem implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych²³.

²¹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.).

²² Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125.).

²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), www.eur-lex.europa.eu.

2. Umowa koncesji na roboty budowlane

Ustawodawca w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi u.k.r.b. określił w art. 3 cel zawarcia umowy o roboty budowlane. Zgodnie z ustawą na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych za wynagrodzeniem, a wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego.

Umowa o koncesję na roboty budowlane musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 43 ust. 1 ustawy u.k.r.b.), a zakres świadczeń wykonawcy musi być zgodny z ofertą złożoną przez niego w postępowaniu o udzielenie koncesji (art. 42 ustawy u.k.r.b.). Umowa, poza wyjątkami zawartymi w ustawie, powinna być zawierana na czas oznaczony 5 lat (art. 45 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Ustawa określiła również tzw. próg bagatelności, do wartości którego przy zawieraniu umów koncesji nie stosuje się ustawy i który wynosi 30 000 euro (art. 4 ustawy u.k.r.b.). Ustawa wskazuje też konieczność publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 18 ust. 1 u.k.r.b.) po przekroczeniu granicznej, szacunkowej wartości umowy tzw. progu unijnego²⁴.

Przed publikacją ogłoszenia zamawiający jest zobligowany określić szacunkową wartość umowy koncesji. Musi to uczynić z zachowaniem należytej staranności, przez uwzględnienie całkowitego przychodu koncesjonariusza uzyskanego w okresie obowiązywania umowy, bez podatku od towarów i usług, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, będących przedmiotem koncesji, powiększonego o wartość dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom (art. 6 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Umowa koncesji na roboty budowlane podlega szeregowi ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych. Jednym z ograniczeń stosowania ustawy u.k.r.b. jest próg finansowy wartości szacunkowej umowy, od którego należy stosować ustawę. Zgodnie z art. 4 przepisów ustawy nie stosuje się do umów koncesji, których szacunkowa wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, ustaloną z zastosowaniem średniego kursu złotego w stosunku do euro określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 ustawy p.z.p.

Ustawa określa też pozytywne i przedmiotowe przesłanki jej stosowania dotyczące katalogu robót budowlanych, dla jakich można zawierać umowę koncesji na roboty budowlane. Ma ona zastosowanie do robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów

²⁴ Projekt rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Rządowe Centrum Legislacji, 27 grudnia 2016 r.), www.legislacja.rcl.gov.pl.

działalności określonych w załączniku I do dyrektywy koncesyjnej. Są nimi między innymi następujące grupy robót budowlanych:

- przygotowanie terenu pod budowę;
- wznoszenie kompletnych obiektów budowlanych lub ich części, inżynieria lądowa i wodna;
- wykonywanie instalacji budowlanych;
- wykończeniowe roboty budowlane;
- usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską.

3. Strony umowy koncesji na roboty budowlane

Obowiązująca ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane w odniesieniu do ustawy z 2009 r. określiła na nowo strony umowy. Zamiast koncesjodawcy wprowadziła pojęcie zamawiającego, natomiast pojęcia: zainteresowany podmiot, kandydat, oferent lub koncesjonariusz, zastąpiła pojęciami wykonawcy i koncesjonariusza.

Zamawiającym zgodnie z art. 2 ust. 11 są:

- podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy p.z.p., w tym jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych²⁵ oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego;
- przedsiębiorstwo publiczne, na które mogą wywierać dominujący wpływ podmioty wymienione powyżej, poprzez:
 - posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,
 - kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,
 - prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa,
 - jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej.

Ustawa rozszerzyła również krąg zamawiających na podmioty wykonujące działalność sektorową wskazaną w art. 132 ustawy p.z.p., między innymi działalność z zakresu:

- wydobywania ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobywania węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych;

²⁵ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

- zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła;
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej;
- obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych.

W art. 5 ust. 1 pkt 11 ustawy u.k.r.b. wskazano przesłanki negatywne zastosowania umowy o koncesję na roboty budowlane, określając katalog podmiotów wyłączonych spod reżimu koncesyjnego. Zgodnie z tą regulacją przepisów ustawy nie stosuje się do zawierania umów koncesji przez podmioty wykonujące działalność sektorową, jeżeli umowa koncesji jest zawierana z podmiotami, które są zależne kapitałowo od zamawiającego, np.:

- z którymi zamawiający sporządza roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości;
- w których zamawiający posiada ponad połowę udziałów albo akcji, kontroluje ponad 50 procent akcji lub posiada prawo wybierania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego;
- kontrolują ponad połowę głosów przypadających na akcje wyemitowane przez zamawiającego lub posiadają prawo wybierania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego.

Wykonawcą zgodnie z art. 2 ust. 10 ustawy u.k.r.b. jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę. W odróżnieniu od definicji wykonawcy określonej w ustawie p.z.p. nie uwzględniono podmiotu, który zawarł już umowę. Podmiot, który zawarł umowę koncesji, jest określony koncesjonariuszem (art. 2 ust. 3 ustawy u.k.r.b.). Ustawa daje też możliwość zmiany koncesjonariusza na nowego koncesjonariusza, jeśli taka możliwość była przewidziana w ogłoszeniu o koncesji (art. 46 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Wykonawcą zgodnie z art. 15 ustawy u.k.r.b. może być również konsorcjum przedsiębiorstw, którego utworzenie i działanie oparte jest na zasadach określonych przepisami p.z.p.

4. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 12 ust. 1 ustawy u.k.r.b.). Postępowanie jest jawne, w związku z tym zamawiający ma obowiązek udostępnić informacje związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji, a po zakończeniu postępowania albo po unieważnieniu tego postępowania informacje z nim związane podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (art. 13 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Nowa ustawa u.k.r.b. wprowadziła nowe rozwiązania dotyczące procedury wyboru koncesjonariusza. Jedną z nowości jest rozszerzenie trybów wyboru koncesjonariusza. Dotychczasowe przepisy przewidywały, że wybór koncesjonariusza musi być poprzedzony negocjacjami z zaproszonymi do nich kandydatami. Nowa ustawa z grudnia 2017 r. jest bardziej elastyczna, gdyż określa trzy tryby wyboru koncesjonariusza²⁶. Postępowanie jest wszczynane zazwyczaj w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji. Zamawiający może przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji w jednym z wybranych trybów pod warunkiem spełniania kryteriów wyboru danego trybu określonych w ustawie. Zamawiający może przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, w którym:

- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji albo
- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zamawiający zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji, albo
- przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 29 ust. 1 u.k.r.b.).

Ogłoszenie o koncesji powinno być przygotowane przez zamawiającego zgodnie ze wzorcami formularzy określonymi w rozporządzeniu wykonawczym²⁷ i musi być pu-

²⁶ M. Oszczak, *Koncesja na roboty budowlane*, „Rzeczpospolita” z 6.12.2017 r., www.rp.pl/Nieruchomosci.

²⁷ Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze UE 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015 r.), www.eur-lex.europa.eu.

blikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 18 ust. 1 ustawy u.k.r.b.), jeśli umowa przekroczy wartość określoną w ustawie. Przeprowadzenie samych negocjacji z wykonawcami robót, bez konieczności publikacji ogłoszenia za pośrednictwem Biuletynu Zamówień Publicznych i Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, może być zastosowane jedynie w wyjątkowych przypadkach przewidzianych w art. 20 ust. 1 ustawy u.k.r.b. Między innymi w przypadku, gdy roboty budowlane lub usługi mogą być wykonane lub świadczone tylko przez jednego koncesjonariusza z powodu braku konkurencji, ze względów technicznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych albo praw własności intelektualnej, w przypadku gdy w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji nie wpłynął wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, nie została złożona oferta albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji zostały odrzucone ze względu na wykluczenie wykonawców.

W ogłoszeniu o koncesji zamawiający jest zobowiązany zamieścić: opis przedmiotu umowy koncesji, przesłanki wykluczenia wykonawców, kryteria kwalifikacji, w tym sytuację ekonomiczną i finansową oraz zdolność techniczną lub zawodową, opis kryteriów oceny ofert, minimalne wymagania, jakie muszą spełnić wykonawcy (art. 21 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji określone jest w rozdziale 5 ustawy u.k.r.b. W zależności od wybranego przez zamawiającego trybu podstawowego, w odpowiedzi na ogłoszenie, wykonawcy:

- składają oferty, z których najkorzystniejsza zostanie wybrana przez zamawiającego wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji;
- składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zaproszeni wykonawcy składają oferty i negocjują umowę albo składają oferty bez negocjacji umowy.

Dla trybu negocjacyjnego zamawiający przeprowadza negocjacje z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 29 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy u.k.r.b. zamawiający ma obowiązek przedstawić wykonawcom opis postępowania o zawarcie umowy koncesji. W opisie postępowania musi określić w szczególności kryteria kwalifikacji, sposób komunikowania się z wykonawcami, warunki, którym mają odpowiadać, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, pod rygorem ich odrzucenia oraz planowany termin zakończenia postępowania.

Na wzór art. 17 ust. 1 ustawy p.z.p. ustawa u.k.r.b. w art. 30 ust. 1 określa przesłanki wykluczenia osób wykonujących czynności w postępowaniu, jeżeli ich bezstronność lub niezależność w związku z tym postępowaniem jest lub może być zagrożona, z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. Nawiązując do art. 24 ust. 1 p.z.p., ustawa u.k.r.b. w art. 32 określa również bogaty katalog obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania związany między innymi z prawomocnymi orzeczeniami sądów za przestępstwa karne lub skarbowe w stosunku do osób fizycznych albo członków organów zarządzających czy nadzorczych spółek.

Postępowanie o udzielenie umowy koncesji na roboty budowlane kończy się informacją zamawiającego skierowaną do wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, powodach odrzucenia oferty wraz z przysługującymi środkami odwoławczymi lub informacją o unieważnieniu lub ponownym wszczęciu postępowania (art. 34 ust. 1 ustawy u.k.r.b). Zamawiający, na podstawie kryteriów oceny ofert, zawiera umowę koncesji z wybranym wykonawcą (art. 40 ustawy u.k.r.b.).

5. Zmiana, rozwiązanie i unieważnienie umowy koncesji

W trakcie realizacji umowy koncesji nie można zmieniać warunków umowy, chyba że zaistniała jedna z przesłanek określonych w art. 46 ust. 1 ustawy u.k.r.b.:

- możliwość takich zmian została przewidziana w ogłoszeniu o koncesji;
- konieczność zmiany spowodowana była okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- dotychczasowego koncesjonariusza zastąpił nowy, co zostało przewidziane i szczegółowo określone w ogłoszeniu o koncesji;
- zmiany nie przekraczają 10% oszacowanej przez zamawiającego wartości umowy koncesji i nie przekraczają wartości określonych w rozporządzeniu określonym w art. 18 ust. 2 ustawy u.k.r.b.;
- zmiany nie mogą być zmianami istotnymi, powodującymi, że charakter zmienionej umowy różni się w sposób istotny od pierwotnego jej charakteru i spełniającymi co najmniej jedną z przesłanek określonych w ust. 6 art. 46 ustawy u.k.r.b.

Zamawiający może rozwiązać umowę koncesji w przypadku przekroczenia zmian umowy uznanych za dopuszczone w art. 46 ust. 1 oraz w przypadku, gdy koncesjonariusz w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu z powodu i w wyniku prawomocnego skazania go jako osoby fizycznej lub członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego jako osoby prawnej. Inną przesłanką rozwiązania umowy jest stwierdzenie

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, że zamawiający zawarł umowę koncesji z naruszeniem przepisów prawa Unii Europejskiej (art. 47 ust. 1 ustawy u.k.r.b.).

Umowa koncesji podlega unieważnieniu zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy u.k.r.b. w następujących przypadkach:

- jeżeli zamawiający zawarł umowę koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji we wskazanych w ustawie publikacjach;
- jeśli umowa została zawarta przed minimalnym terminem wskazanym w art. 41 ust. 1 ustawy u.k.r.b. od dnia ogłoszenia o wyborze oferty lub umowa została zawarta przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku odwołania się wykonawcy od informacji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, co uniemożliwiło KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- jeśli przedmiot umowy wykracza poza zakres koncesji.

6. Wynagrodzenie koncesjonariusza za roboty budowlane i ryzyko dotyczące wynagrodzenia

Wynagrodzenie za roboty budowlane dla wykonawcy robót wypłacane jest w różny sposób w zależności od przepisów, na podstawie których została zawarta umowa. Inaczej kształtuje się płatność dla umów zawieranych w wyniku postępowania przetargowego, inaczej dla partnerstwa publiczno-prywatnego i zupełnie inaczej dla koncesji na roboty budowlane.

W umowie o roboty budowlane, zawartej w wyniku zamówienia publicznego, rozliczenie dla wykonawcy robót następuje po wykonaniu części robót budowlanych lub po dokonaniu odbioru końcowego. Prawo zamówień publicznych w zakresie w nim nieuregulowanym w odniesieniu do wynagrodzenia odsyła do Kodeksu cywilnego²⁸ (art. 139 ust. 1 p.z.p.). Artykuł 647 Kodeksu cywilnego nakłada na strony umowy o roboty budowlane podstawowe obowiązki: na wykonawcę robót budowlanych obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a na inwestora – dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przypadku gdy sposób zapłaty nie jest określony przez strony, inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia (art. 654 ustawy k.c.). Odnosnie

²⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c.

do wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane k.c. reguluje jedynie wynagrodzenie za roboty budowlane dla umów, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, uzależniając wynagrodzenie dla generalnego wykonawcy od dokonania rozliczenia się z podwykonawcami (art. 143a ust. 1 ustawy p.z.p.). W przypadku zamówień publicznych zamawiający przed zawarciem umowy musi mieć zapewnione środki na jej realizację.

W praktyce rozróżnia się dwa sposoby wynagradzania za roboty budowlane. Pierwszym jest umowa ryczałtowa, która obejmuje roboty budowlane opisane projektem budowlanym i dla których wartość wynagrodzenia umownego jest stała. Drugim jest umowa obmiarowa, w której rozliczenia obliczane są na podstawie stałych stawek robocizny i nakładów rzeczowych uwzględnionych w rozliczeniach przygotowanych w postaci obmiarów i kosztorysów za rzeczywiście wykonane roboty, a wartość umowna może ulec zmianie w zależności od obliczonej liczby rzeczywiście wykonanych robót budowlanych.

Jak podkreśla się w literaturze, ryzyko jest zjawiskiem obiektywnym wynikającym z zewnętrznej rzeczywistości, dającym się zmierzyć²⁹. W umowie ryczałtowej wykonawca bierze na siebie ryzyko związane z ewentualnym niedoszacowaniem robót, gdyż musi je dokładnie skalkulować i wykonać zgodnie z projektem budowlanym, a w przypadku gdy jakieś prace pominięto w szacowaniu robót, to nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia, jeśli ich wykonanie wynikało z projektu budowlanego. Ryzyko w umowie obmiarowej niedoszacowania ceny ofertowej nie istnieje, gdyż umowa rozliczana jest na podstawie obmiarów po wykonaniu robót i kosztorysów powykonawczych – ten rodzaj umowy jest bardziej korzystny dla wykonawcy robót, gdyż w umowie ryczałtowej zamawiający przenosi je w całości na wykonawcę robót.

Zamawiający, zawierając umowę o koncesję na roboty budowlane, ponosi mniejsze ryzyko niż w przypadku zamówienia publicznego, gdyż nie musi dysponować środkami na realizację inwestycji. Zamawiający nie płaci wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, lecz następuje to dopiero po realizacji inwestycji w postaci użytkowania i czerpania pożytków z wybudowanego przez wykonawcę obiektu budowlanego. Zamawiający – podmiot publiczny – w ten sposób jakby na koszt koncesjonariusza (wykonawcy robót budowlanych) realizuje inwestycję budowlaną bez uszczerbku na finansach publicznych na etapie jej realizacji.

Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 3 ustawy u.k.r.b.). Ustawodawca w nowej ustawie u.k.r.b. wskazał, że ryzyko dotyczy eksploatacji obiektu budowlanego oraz dookreślił pojęcie ryzyka tak, by w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przeniesione zostało one wyłącznie na koncesjonariusza, wzmac-

²⁹ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2006, s. 116.

niając w ten sposób swoją pozycję w stosunku do wykonawcy robót i bardziej chroniąc finanse publiczne, niż to miało miejsce w poprzedniej ustawie dotyczącej koncesji na roboty budowlane z roku 2009. W art. 1 ust 3 ustawy o koncesji na roboty budowlane z roku 2009 ryzyko wykonawcy dotyczyło jedynie części wynagrodzenia, wskazanej jako płatność na rzecz koncesjonariusza, która nie mogła prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Element ryzyka powinien zostać odpowiednio zidentyfikowany i opisany w umowie koncesji (w takim przypadku dochodzi bowiem do określenia sposobu podziału ryzyka). Polega on na przypisaniu ryzyka określonej stronie umowy partnerskiej, która to strona w przypadku zaistnienia okoliczności powodujących pojawienie się stanu będącego wynikiem określonego ryzyka, będzie ponosiła negatywne konsekwencje wystąpienia określonych okoliczności³⁰. W umowie koncesji nie wolno tym samym zamieszczać postanowień, na podstawie których koncesjodawca mógłby zostać zobowiązany do zapewnienia określonego przychodu koncesjonariuszowi³¹.

Dyrektywa koncesyjna określa zakres ryzyka przy udzielaniu koncesji jako ryzyko operacyjne, związane z realizacją przedmiotu koncesji, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą albo oba te ryzyka jednocześnie. Nie wymaga ona przeniesienia na koncesjonariusza całości ryzyka, istotne jest jednak, aby ryzyko przeniesione na koncesjonariusza obejmowało rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne lub nieistotne z punktu widzenia całego projektu. Podstawą ryzyka muszą być czynniki pozostające poza kontrolą stron, ryzyko zaś związane ze złym zarządzaniem czy działaniem siły wyższej nie powinno być decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, gdyż jest ono częścią każdej zawieranej umowy³².

Art. 3 ust. 4 u.k.r.b. definiuje ryzyko w sposób następujący – „przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego [...] będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne”. W przepisie tym jednoznacznie wska-

³⁰ A. Panasiuk, *Koncesja na roboty...*, s. 192.

³¹ W. Szydło, *Sytuacja prawna stron umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawieranej w zakresie wykonywania zadań jednostek samorządu terytorialnego*, „Partnerstwo Publiczno-Prywatne” 2012, nr 3/7, s. 26.

³² A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8, s. 53–62.

zuje się, że ryzyko wahań rynkowych musi skalkulować koncesjonariusz (a nie tylko ponieść tzw. znaczne ryzyko jak w poprzedniej ustawie). Koncesjonariusz nie ma gwarancji na odzyskanie potencjalnych nakładów.

Niewspółmiernie mniejsze niż w umowie koncesji na roboty budowlane ryzyko ponosi wykonawca robót budowlanych (partner prywatny), jeśli wykonuje roboty budowlane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. W art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym³³ przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W odróżnieniu od koncesji klasyczne partnerstwo publiczno-prywatne (dalej PPP) nie wymaga od partnerów oparcia wynagrodzenia inwestora prywatnego wyłącznie na prawie eksploatacji obiektu, co oznacza, że poziom płatności ze strony podmiotu publicznego może nawet w całości pokrywać koszty ponoszone przez przedsiębiorcę³⁴. Zamawiający publiczny w przypadku PPP musi dysponować częścią środków już na etapie realizacji inwestycji budowlanej i ponosi większe ryzyko niż zamawiający, który zlecił realizację inwestycji w ramach umowy o koncesję na roboty budowlane, gdyż w tym przypadku nie musi dysponować środkami na realizację inwestycji.

Zmiany wprowadzane ustawą koncesyjną będą miały znaczenie nie tylko dla przedsięwzięć o charakterze „czysto” koncesyjnym, ale także dla projektów realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, bowiem postępowanie zmierzające do wyboru partnera prywatnego, w zależności od modelu jego wynagradzania, może być prowadzone albo w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, albo właśnie na podstawie przepisów o udzielaniu koncesji³⁵.

Zakończenie

Jak wykazano w niniejszym artykule, umowa koncesji na roboty budowlane przyczynia się do racjonalnego dysponowania środkami publicznymi. Dzieje się tak dzięki przeniesieniu ryzyka i ciężaru wydatku środków publicznych dotyczących realizacji inwestycji budowlanej na podmiot prywatny, w zamian za możliwość eksploatacji przez ten podmiot zrealizowanego obiektu budowlanego i korzystania z pożytków.

W umowie koncesji na roboty budowlane pozycja zamawiającego publicznego jest chroniona bardziej niż w typowych umowach na roboty budowlane wykonywanych

³³ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).

³⁴ R. Cieślak, *PPP czy koncesja*, „Builder”, wrzesień 2009, s. 20.

³⁵ A. Kawik T. Korczyński, *Koncesja na roboty budowlane i usługi na nowych zasadach*, „Rzeczpospolita”, 13.12.2016, www.rp.pl/Administracja [dostęp 20.12.2016].

w ramach PPP lub zamówienia publicznego. Zamawiający publiczny w tych przypadkach musi dysponować częścią (dla PPP) lub całością (dla zamówienia publicznego) środków, aby sfinansować inwestycję na etapie jej realizacji, a dla umowy koncesji na roboty budowlane zamawiający nie musi dysponować środkami publicznymi.

Wynagrodzenie dla koncesjonariusza jest płatne w postaci użytkowania i czerpania pożytków z wybudowanego przez wykonawcę obiektu budowlanego, a nie za wykonane roboty budowlane lub ich część jak w typowej umowie o roboty budowlane zawartej w wyniku zamówienia publicznego lub w ramach PPP.

Zamawiający publiczny w wyniku zawarcia umowy koncesji realizuje inwestycję budowlaną na koszt koncesjonariusza (wykonawcy robót budowlanych), minimalizując własne ryzyko, oraz zleca ją bez uszczerbku na finansach publicznych na etapie jej realizacji, a po zakończeniu umowy koncesji przejmuje inwestycję na własny użytek i może pobierać również pożytki związane z jej eksploatacją.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 30, poz. 168 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 101 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).
- Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125).
- Projekt rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Rządowe Centrum Legislacji, 27.12.2016 r.), www.legislacja.rcl.gov.pl.

- Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, 2005/C 234/12, 10 marca 2005 r. (Dz. Urz. UE C 234 z 22.09.2005 r.), www.eur-lex.europa.eu.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), www.eur-lex.europa.eu.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r.), www.eur-lex.europa.eu.
- Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze UE nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015 r.), www.eur-lex.europa.eu.

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Bieniek-Koronkiewicz E., Sieńczyło-Chlabicz J., *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Rejent” 2001, nr 4.
- Cieślak P., *PPP czy koncesja*, „Builder”, wrzesień 2009.
- Karpiuk M., *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Problematyka prawna i aksjologiczna*, Alma Mer Szkoła Wyższa, Warszawa 2011.
- Kawik A., Korczyński T., *Koncesja na roboty budowlane i usługi na nowych zasadach*, „Rzeczpospolita”, 13.12.2016 r., www.rp.pl/Administracja.
- Kijowski D.R., *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Instytut Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996.
- Kulesza M., Bitner M., Kozłowska A., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska S. A., Warszawa 2006.
- Lemke M., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. II poprawione, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001.
- Nowicki P., [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013.
- Oszczak M., *Koncesja na roboty budowlane*, „Rzeczpospolita” 06.12.2017 r., www.rp.pl/Nieruchomosci.
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Panasiuk A., *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/UE*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 7–8.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer Polska SA, Warszawa 2011.
- Szydło W., *Sytuacja prawna stron umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawieranej w zakresie wykonywania zadań jednostek samorządu terytorialnego*, „Partnerstwo Publiczno-Prywatne” 2012, nr 3/7.

Maciej Błażewski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Samowola rozbiórkowa

Demolition lawlessness

Streszczenie

Samowola rozbiórkowa oznacza rozpoczęcie lub prowadzenie robót rozbiórkowych z naruszeniem przepisów prawa budowlanego. Organ nadzoru budowlanego sanuje samowolę rozbiórkową w toku postępowania naprawczego. Sanacja może mieć charakter negatywny lub pozytywny ze względu na zamiar inwestora, właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego. Negatywna sanacja oznacza nakaz zaniechania dalszych robót budowlanych lub doprowadzenia obiektu budowlanego do stanu poprzedniego. Pozytywna sanacja oznacza udzielenie pozwolenia do wznowienia robót rozbiórkowych.

Słowa kluczowe

samowola rozbiórkowa, rozbiórka, organ nadzoru budowlanego, inwestor, roboty budowlane

Abstract

Demolition lawlessness covers the start and the conduct of demolition work in breach of the construction provisions. The authority of construction supervision improves the demolition lawlessness. The action of the authority could be negative or positive, due to the intention of the investor, the owner or the manager of a building structure. The negative action covers an order to discontinue the demolition work or restoring the structure to the previous state. The positive action includes a permit to resume demolition works.

Key words

demolition lawlessness, demolition, authority of construction supervision, investor, construction works

Wstęp

Samowola rozbiórkowa jest jednym z rodzajów samowolnych robót budowlanych, które są prowadzone w sposób niezgodny z przepisami prawa budowlanego. Samowola rozbiórkowa dotyczy rozpoczęcia lub prowadzenia likwidacji z naruszeniem tych przepisów. Celem opracowania jest wykazanie, że sanacja tej samowoli zależy od woli inwestora, właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego oraz od zakresu naruszeń prawa. Opracowanie zostało przygotowane na podstawie badań prowadzonych nad re-

gulacjami ustawy Prawo budowlane¹, jak również nad orzecznictwem sądowno-administracyjnym i dorobkiem nauki prawa budowlanego, z wykorzystaniem metody analityczno-dogmatycznej.

1. Rozbiórka obiektu budowlanego

Samowola rozbiórkowa dotyczy wykonywania robót rozbiórkowych z naruszeniem prawa. Zgodnie z art. 3 pkt 7 p.b. rozbiórka jest jednym z rodzajów robót budowlanych. Z. Leoński podkreśla, że rozbiórką są swoiste roboty budowlane, uregulowane w sposób szczególny wobec pozostałych rodzajów robót². Zdaniem T. Asmana i Z. Niewiadomskiego rozbiórka oznacza działania mające na celu fizyczną likwidację obiektu budowlanego³. Jak słusznie wskazuje W. Piątek, rozbiórka może przybierać różne formy oraz zakres⁴. Roboty rozbiórkowe mogą dotyczyć części lub całości obiektu budowlanego. Rozbierany obiekt może być wybudowany lub jeszcze niewybudowany w całości.

Rozbiórka może mieć fakultatywny lub obligatoryjny charakter. Kryterium tego podziału jest wola inwestora, właściciela lub zarządy obiektu budowlanego⁵. Rozbiórka fakultatywna jest reglamentowana przez organy administracji architektoniczno-budowlanej (starostę, wojewodę oraz Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego). Nauka prawa budowlanego zaznacza, że zasadą jest rozpoczęcie rozbiórki fakultatywnej na podstawie decyzji o pozwoleniu na rozbiórkę⁶. Przepisy prawa budowlanego określają rodzaje obiektów budowlanych, których likwidacja nie wymaga uzyskania pozwolenia na rozbiórkę⁷. Zgodnie z art. 31 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1 pkt 1 p.b. rozbiórka budynków i budowli spełniających warunki określone w tych przepisach jest

¹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.), dalej p.b.

² Z. Leoński, *Prawo budowlane* [w:] Z. Leoński, M. Szewczyk (red.), *Zasady prawa budowlanego i zagospodarowania przestrzennego*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Poznań 2002, s. 254.

³ T. Asman, Z. Niewiadomski, *Komentarz do art. 3*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 56.

⁴ W. Piątek, *Komentarz do art. 3*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 35.

⁵ M. Błażewski, *Prawo budowlane*, [w:] M. Miemiec (red.), *Materialne prawo administracyjne*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 241; M. Błażewski, *Polski proces budowlany*, AT Wydawnictwo, Kraków 2014, s. 101.

⁶ J. Siegień, *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2003, s. 228; R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2005, s. 163; A. Gliniecki, *Komentarz do art. 31*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane...*, s. 279; J. Dessoulavy-Śliwiński, *Komentarz do art. 31*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane...*, s. 403.

⁷ R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane...*, s. 163; A. Gliniecki, *Komentarz do art. 31...*, s. 279; A. Kosicki, *Komentarz do art. 31*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 263.

możliwa na podstawie zgłoszenia rozbiórki⁸. Warunkami tymi są: budowa lub budowla nie została wpisana do rejestru zabytków oraz nie została objęta ochroną konserwatorską; wysokość obiektu nie osiąga poziomu 8 m; odległość obiektu od granicy działki jest nie mniejsza niż połowa jego wysokości.

Ustawa Prawo budowlane określa roboty rozbiórkowe, których rozpoczęcie nie jest reglamentowane. W myśl art. 31 ust. 1 pkt 2 p.b. pozwolenia na rozbiórkę nie wymaga likwidacja obiektów i urządzeń budowlanych, na budowę których nie jest wymagane pozwolenie na budowę, jeżeli nie podlegają ochronie jako zabytki. *A contrario* art. 31 ust. 2 p.b. rozbiórka tych obiektów nie wymaga także zgłoszenia rozbiórki⁹. Jak stanowi art. 31 ust. 5 p.b., niereglamentowane są także roboty zabezpieczające i rozbiórkowe, które mają na celu usunięcie bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa ludzi lub mienia. Rozpoczęcie takich robót nie zwalnia od obowiązku bezzwłocznego uzyskania pozwolenia na rozbiórkę lub zgłoszenia rozbiórki¹⁰.

Nieprawidłowe wykonanie rozbiórki oznacza przeprowadzenie robót rozbiórkowych w sposób sprzeczny z pierwotnym zamierzeniem, które może dotyczyć fakultatywnej oraz obligatoryjnej likwidacji obiektu budowlanego.

Zgoda organu administracji architektoniczno-budowlanej na rozbiórkę określa zakres rozbiórki fakultatywnej. Zgodnie z art. 33 ust. 4 pkt 3 i 6 p.b. inwestor powinien dołączyć do wniosku o pozwolenie na rozbiórkę m.in.: opis zakresu i sposoby prowadzenia robót rozbiórkowych oraz, w zależności od potrzeb, projekt rozbiórki obiektu. W myśl 31 ust. 2 p.b. zgłoszenie rozbiórki określa rodzaj, zakres i sposób wykonywania robót rozbiórkowych.

Nakaz rozbiórki powinien określać zakres rozbiórki obligatoryjnej. Nakaz rozbiórki wydany w toku postępowania legalizacyjnego lub postępowania naprawczego obejmuje całość lub część obiektu budowlanego. Zgodnie z art. 48 ust. 1 oraz art. 49b ust. 1 p.b. organ nadzoru budowlanego (powiatowy inspektor nadzoru budowlanego, wojewoda przy pomocy wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego, Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego) nakazuje rozbiórkę całości lub części obiektu budowlanego, jeżeli postępowanie legalizacyjne zakończyło się negatywnie. Podobnie stanowi art. 51 ust. 1 pkt 1 p.b., w myśl którego organ nadzoru budowlanego, w przypadku negatywnego zakończenia postępowania naprawczego, w drodze decyzji nakazuje rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części.

⁸ R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane...*, s. 163.

⁹ J. Dessoulavy-Śliwiński, *Komentarz...*, s. 403, 404.

¹⁰ J. Siegień, *Prawo budowlane...*, s. 229–230; R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane...*, s. 164; H. Kisilowska, *Komentarz do art. 31*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 167; A. Gliniecki, *Komentarz do art. 31...*, s. 281–284; J. Dessoulavy-Śliwiński, *Komentarz...*, s. 403, 406–407; A. Kosicki, *Komentarz...*, s. 268.

2. Samowola rozbiórkowa jako skutek naruszenia przepisów prawa budowlanego

Samowolą rozbiórkową jest wykonywanie robót rozbiórkowych z naruszeniem przepisów prawa budowlanego¹¹, które dotyczą:

- 1) rozpoczęcia rozbiórki;
- 2) nieprawidłowego wykonywania rozbiórki.

Zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 1 p.b. samowolą rozbiórkową jest rozpoczęcie rozbiórki bez wymaganego pozwolenia na rozbiórkę lub zgłoszenia rozbiórki¹². Ten rodzaj samowoli dotyczy jedynie rozbiórki fakultatywnej. Samowolne rozpoczęcie robót rozbiórkowych jest zawsze zgodne z zamierzeniem inwestora, właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego. Zdaniem R. Godlewskiego rozbiórka ta jest rodzajem samowolnie realizowanych robót budowlanych niebędących budową¹³. Podobnie uważa Z. Niewiadomski, który określa zakres samowolnych robót budowlanych, uznając za jego element m. in. rozbiórkę obiektu budowlanego¹⁴.

W świetle art. 50 ust. 1 pkt 4 p.b. samowola rozbiórkowa może także oznaczać roboty rozbiórkowe prowadzone w sposób istotnie odbiegający od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na rozbiórkę, projekcie rozbiórki lub w przepisach. R. Godlewski podkreśla, że ten rodzaj naruszenia dotyczy istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu rozbiórki lub innych warunków pozwolenia na rozbiórkę¹⁵. Jak zauważył A. Gliniecki, naruszenia te dotyczą także istotnego odstąpienia od ustaleń określonych w przepisach, w tym przepisach techniczno-budowlanych, ochrony przeciwpożarowej, ochrony środowiska i ochrony przyrody¹⁶.

3. Postępowanie naprawcze w sprawie samowoli rozbiórkowej

Sanacja każdego z rodzajów samowoli rozbiórkowej wymaga przeprowadzenia postępowania naprawczego. W świetle wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2009 r. „tryb postępowania przewidziany w art. 50 i 51 p.b. zmierza bowiem do doprowa-

¹¹ Zob. M. Błażewski, *Polski proces...*, s. 81.

¹² Zgodnie z treścią art. 50 ust. 1 pkt 1 p.b. organ nadzoru budowlanego wszczyna postępowanie naprawcze wobec robót budowlanych prowadzonych bez wymaganego pozwolenia na budowę, jeżeli ma miejsce przypadek inny niż opisany w art. 48 ust. 1 oraz art. 49b ust. 1 p.b. Jak słusznie wskazuje A. Gliniecki, pozwolenie na rozbiórkę jest jednym z rodzajów pozwolenia na budowę. A. Gliniecki, *Komentarz do art. 31 ...*, s. 279.

¹³ R. Godlewski, *Komentarz do art. 50*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami...*, s. 252.

¹⁴ Z. Niewiadomski, *Komentarz do art. 50*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane...*, s. 559.

¹⁵ R. Godlewski, *Komentarz do art. 50...*, s. 253.

¹⁶ A. Gliniecki, *Komentarz do art. 50*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane...*, s. 480–481.

dzenia obiektu do stanu zgodnego z prawem”¹⁷. Przepisy prawa budowlanego dotyczące postępowania naprawczego jedynie częściowo odnoszą się do samowoli rozbiórkowej.

Organ nadzoru budowlanego wszczyna postępowanie naprawcze, wydając postanowienie wstrzymujące prowadzenie robót budowlanych¹⁸. Zdaniem WSA w Łodzi, wyrażonym w wyroku z dnia 12 grudnia 2011 r., dotyczącym podstawy prawnej tego postanowienia, „przepis ten ma charakter incydentalny, prewencyjny, jest to przepis związany z art. 51 p.b. i sam jako taki ani nie rozstrzyga sprawy, ani jej nie kończy”¹⁹.

Zgodnie z art. 50 ust. 2 p.b. organ nadzoru budowlanego powinien w tym postanowieniu podać przyczynę wstrzymania robót oraz ustalić wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń. W myśl art. 50 ust. 3 p.b. w tym postanowieniu można nałożyć obowiązek przedstawienia, w terminie 30 dni od dnia doręczenia postanowienia, inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych lub odpowiednich ocen technicznych bądź ekspertyz. Jak słusznie podkreśla R. Godlewski, organ nadzoru budowlanego nakłada ten obowiązek w granicach uznania administracyjnego²⁰.

Zgodnie z art. 50 ust. 4 p.b. postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych traci ważność po upływie 2 miesięcy od dnia doręczenia. Zdaniem R. Godlewskiego organ nadzoru budowlanego powinien w tym terminie wykonać czynności umożliwiające określenie naruszenia przepisów prawa²¹. Podobnie uważa A. Gliniecki, który podkreśla, że organ powinien w tym okresie wszechstronnie wyjaśnić sprawę oraz podjąć jedną z decyzji kończących postępowanie naprawcze²². Nauka prawa budowlanego podkreśla, że po upływie tego okresu możliwe jest wykonywanie robót rozbiórkowych, jeżeli organ nadzoru budowlanego nie wyda żadnej decyzji administracyjnej związanej z samowolą rozbiórkową²³.

Jak stanowi art. 50 ust. 5 p.b., na postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych służy zażalenie. Zdaniem J. Siegienia, jeżeli zażalenie nie zostanie rozpatrzone w terminie dwóch miesięcy, organ drugiej instancji powinien umorzyć postępowanie naprawcze, które stanie się wówczas bezprzedmiotowe²⁴. NSA, w wyroku z dnia 4 czerwca 2007 r., podkreślił: „postanowienie nakazujące wstrzymanie robót budowlanych, odnoszące się do tego samego obiektu budowlanego i tego samego stanu faktycznego z po-

¹⁷ Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2009 r., II SA/Wr 277/09, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

¹⁸ A. Gliniecki, *Komentarz do art. 50...*, s. 484.

¹⁹ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 12 grudnia 2011 r., II SA/Łd 999/11, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

²⁰ R. Godlewski, *Komentarz do art. 50...*, s. 254.

²¹ R. Godlewski, *Komentarz do art. 51*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami...*, s. 257.

²² A. Gliniecki, *Komentarz do art. 50...*, s. 483.

²³ R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane...*, s. 226; J. Siegień, *Prawo budowlane...*, s. 296; Z. Niewiadomski, *Komentarz do art. 50...*, s. 563.

²⁴ J. Siegień, *Prawo budowlane...*, s. 296.

wołaniem się na jeden z przepisów art. 50 ust. 1 p.b. może być wydane tylko jednokrotnie, po czym w przeciągu 2 miesięcy powinna być wydana decyzja na podstawie art. 51 ust. 1 p.b.”²⁵. Następne postanowienie powinno określać inne przyczyny wstrzymania robót budowlanych²⁶.

Stronami postępowania naprawczego są: inwestor, właściciel lub zarządca obiektu budowlanego oraz osoby trzecie, których interesu prawnego dotyczy to postępowanie. Katalog stron powinien zostać określony na podstawie art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego²⁷. Zgodnie z tym przepisem stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek²⁸.

Należy także zaznaczyć, że zgodnie z treścią z art. 50a pkt 2 p.b. organ nadzoru budowlanego nakazuje w drodze decyzji administracyjnej doprowadzenie obiektu budowlanego do stanu z dnia wydania postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych, jeżeli roboty te były prowadzone pomimo obowiązku ich wstrzymania. A. Gliniecki podkreśla, że decyzja ta przerywa bieg dwumiesięcznego terminu wstrzymania robót, do czasu doprowadzenia obiektu do stanu poprzedniego²⁹.

4. Sanacja samowoli rozbiórkowej polegającej na rozpoczęciu rozbiórki z naruszeniem przepisów prawa budowlanego

Sanacja samowoli rozbiórkowej oznacza doprowadzenie jej do stanu zgodnego z prawem. Sanacja może mieć negatywne lub pozytywne znaczenie dla inwestora, właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego. Negatywne zakończenie postępowania naprawczego ma miejsce, gdy organ nadzoru budowlanego wydaje na podstawie art. 51 ust. 1 pkt 1 oraz art. 51 ust. 3 pkt 2 p.b. decyzję nakazującą zaniechanie dalszych robót rozbiórkowych bądź doprowadzenie obiektu budowlanego do stanu poprzedniego. Zgodnie z wykładnią celowościową tych przepisów wykluczona jest sanacja samowoli rozbiórkowej poprzez wydanie nakazu rozbiórki. Nakaz doprowadzenia obiektu budowlanego do stanu poprzedniego nie może obejmować obowiązku wykonywania reglamentowanych robót budowlanych.

²⁵ Wyrok NSA z dnia 4 czerwca 2007 r., II OSK 861/06, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

²⁶ M. Błażewski, *Polski proces...*, s. 86.

²⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.).

²⁸ Zob. A. Gliniecki, *Komentarz do art. 51*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane...*, s. 491; M. Błażewski, *Zasada ochrony uzasadnionych interesów osób trzecich w procesie budowlanym*, AT Wydawnictwo, Kraków 2014, s. 91; M. Wincenciak, *Komentarz do art. 51*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane...*, s. 457; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 27 listopada 2009 r., II SA/Po 538/09, CBOSA, wygenerowane w dniu 14.12.2015 r.; wyrok WSA w Łodzi z dnia 27 sierpnia 2013 r., II SA/Łd 459/13, CBOSA, wygenerowane w dniu 14.12.2015 r.

²⁹ A. Gliniecki, *Komentarz do art. 50a*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane...*, s. 487.

Podobne zdanie jest wyrażane w orzecznictwie sądownoadministracyjnym. Jak słusznie podkreślił WSA w Warszawie w wyroku z dnia 14 grudnia 2009 r.: „w związku z całkowitą rozbiórką przedmiotowego obiektu budowlanego, jedynym możliwym rozwiązaniem jest zastosowanie nakazu zaniechania dalszych robót budowlanych, wymienionym w art. 51 ust. 1 pkt 1 p.b. Nakaz doprowadzenia do stanu poprzedniego w istocie prowadziłyby bowiem do wykonania robót budowlanych polegających na budowie zupełnie nowego obiektu budowlanego, a zatem niezgodnie z *ratio legis* art. 51 ust. 1 p.b., który znajduje zastosowanie jedynie w przypadkach wymienionych w art. 50 ust. 1 p.b., a więc do robót budowlanych nie będących budową, w rozumieniu art. 3 pkt 6 p.b.”³⁰. WSA w Gdańsku, w wyroku z dnia 14 maja 2014 r., wskazał, że: „w przypadku likwidacji obiektu budowlanego, strona pokrzywdzona takim działaniem nie może dochodzić obrony swoich uprawnień poprzez domaganie się od organu nadzoru budowlanego nakazania realizacji obiektu. Skoro rozebrany zjazd od wielu lat nie istnieje brak jest podstaw do ingerencji organu nadzoru budowlanego, poprzez nakazanie jego budowy”³¹. Zbliżony pogląd wyraził WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 28 sierpnia 2009 r., w którym zaznaczył: „organy administracyjne nie miały uprawnień do nakazania sprawcy samowolnej rozbiórki odbudowy rozebranego obiektu”³².

Nauka prawa budowlanego zaznacza, że negatywne zakończenie dotyczy sytuacji, których nie można w inny sposób sanować³³. Pozytywne zakończenie postępowania naprawczego wymaga wydania szeregu aktów administracyjnych oraz wykonania prac doprowadzających do stanu zgodnego z prawem. Jak słusznie zaznacza S. Jędrzejewski, sanacja obejmuje ciąg rozstrzygnięć organu nadzoru budowlanego³⁴. Pierwsze rozstrzygnięcie dotyczy określenia obowiązków, których wykonanie służy naprawie naruszonego prawa. Drugie rozstrzygnięcie obejmuje uprawnienie do wznowienia robót budowlanych. W świetle art. 51 ust. 1 pkt 2 p.b. pozytywnym zakończeniem jest nałożenie, w drodze decyzji administracyjnej, obowiązku wykonania określonych czynności lub robót rozbiórkowych w celu doprowadzenia wykonywanych robót rozbiórkowych do stanu zgodnego z prawem oraz określenie terminu ich wykonania. Zdaniem A. Glinieckiego innymi czynnościami są prace niebędące robotami budowlanymi³⁵. WSA w Gdań-

³⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 grudnia 2009 r., VII SA/Wa 1952/09, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

³¹ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 14 maja 2014 r., II SA/Gd 816/13, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

³² Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2009 r., II SA/Wr 277/09, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

³³ R. Godlewski, *Komentarz do art. 51...*, s. 258; A. Gliniecki, *Komentarz do art. 51...*, s. 491.

³⁴ Zdaniem S. Jędrzejewskiego ciąg rozstrzygnięć dotyczy każdego rodzaju postępowania naprawczego i zaczyna się wydaniem postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych. S. Jędrzejewski, *Proces budowlany. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 1995, s. 124.

³⁵ A. Gliniecki, *Komentarz do art. 51...*, s. 495. Podobnie M. Wincenciak, *Komentarz...*, s. 454-455.

sku, w wyroku z dnia 8 grudnia 2010 r., zaznaczył, że czynności te „mają charakter faktyczny, a decyzja nie może ograniczać się do nakazania inwestorowi przedłożenia określonej dokumentacji (inwentaryzacji robót budowlanych lub oceny technicznej)”³⁶. J. Siegień podkreśla, że decyzja ta nie nadaje jeszcze uprawnienia do wznowienia robót rozbiórkowych³⁷. Zgodnie z art. 51 ust. 3 pkt 1 p.b. po upływie terminu lub na wniosek inwestora (właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego) organ nadzoru budowlanego sprawdza wykonanie tego obowiązku i wydaje decyzję o stwierdzeniu wykonania obowiązku, która uprawnia do wznowienia robót. Decyzja ta może być wydana, gdy zostaną wykonane wcześniej określone czynności lub roboty.

5. Sanacja samowoli rozbiórkowej polegającej na wykonywaniu rozbiórki z naruszeniem przepisów prawa budowlanego

Sanacja samowoli rozbiórkowej może dotyczyć także naruszeń przepisów prawa budowlanego przy wykonywaniu rozbiórki. Naruszenia te polegają na prowadzeniu robót w sposób istotnie odbiegający od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na rozbiórkę, projekcie rozbiórki lub w przepisach prawa. W świetle art. 51 ust. 1 pkt 3 p.b. organ nadzoru budowlanego, przed upływem 2 miesięcy od dnia wydania postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych, nakłada obowiązek sporządzenia i przedstawienia, w określonym przez siebie terminie, zamiennego projektu rozbiórki, uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz – w razie potrzeby – wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem. Zgodnie z art. 51 ust. 5 p.b. negatywne zakończenie ma miejsce, jeżeli obowiązek ten nie zostanie wykonany w terminie. Organ nadzoru budowlanego wydaje wówczas decyzję nakazującą zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego. W świetle art. 51 ust. 4 p.b. pozytywnym zakończeniem postępowania naprawczego jest wydanie decyzji w sprawie zatwierdzenia projektu rozbiórki i pozwolenia na wznowienie robót budowlanych. Nauka prawa budowlanego zaznacza, że pozytywne zakończenie ma miejsce, jeżeli organ nadzoru budowlanego, po upływie terminu lub na wniosek inwestora (właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego), stwierdzi wykonanie obowiązków sporządzenia i przedstawienia zamiennego projektu rozbiórki i wykonania określonych czynności lub robót budowlanych³⁸.

³⁶ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 grudnia 2010 r., II SA/Gd 681/10, CBOSA, wygenerowano w dniu 14 grudnia 2015 r.

³⁷ J. Siegień, *Prawo budowlane...*, s. 299.

³⁸ K. Małyśa-Sulińska, *Administracyjnoprawne aspekty inwestycji budowlanych*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 230; A. Gliniecki, *Komentarz do art. 51...*, s. 499.

6. Zakończenie

Przepisy prawa budowlanego określają dwa rodzaje samowoli rozbiórkowej związane z nieprawidłowym rozpoczęciem oraz prowadzeniem likwidacji obiektu budowlanego. Ustawa Prawo budowlane różnicuje sanację tych rodzajów samowoli rozbiórkowej. Sanacja nie ma pełnego charakteru. Organ nadzoru budowlanego nie może bowiem nakazać wykonania robót budowlanych, na które wymagane jest pozwolenie na budowę lub zgłoszenie budowy.

Bibliografia

Źródła prawa

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.).

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.).

Orzecznictwo

Wyrok NSA z dnia 4 czerwca 2007 r., II OSK 861/06, CBOSA.

Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2009 r., II SA/Wr 277/09, CBOSA.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 27 listopada 2009 r., II SA/Po 538/09, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 grudnia 2009 r., VII SA/Wa 1952/09, CBOSA.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 grudnia 2010 r., II SA/Gd 681/10, CBOSA.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 12 grudnia 2011 r., II SA/Łd 999/11, CBOSA.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 27 sierpnia 2013 r., II SA/Łd 459/13, CBOSA.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 14 maja 2014 r., II SA/Gd 816/13, CBOSA.

Literatura

Asman T., Niewiadomski Z., *Komentarz do art. 3*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2013.

Błażewski M., *Polski proces budowlany*, AT Wydawnictwo, Kraków 2014.

Błażewski M., *Prawo budowlane*, [w:] M. Miemiec (red.), *Materialne prawo administracyjne*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.

Błażewski M., *Zasada ochrony uzasadnionych interesów osób trzecich w procesie budowlanym*, AT Wydawnictwo, Kraków 2014.

Dessoulavy-Śliwiński J., *Komentarz do art. 31*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2013.

Dziwiński R., Ziemiński P., *Prawo budowlane. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2005.

Gliniecki A., *Komentarz do art. 31*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.

- Gliniecki A., *Komentarz do art. 50*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Gliniecki A., *Komentarz do art. 50a*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Gliniecki A., *Komentarz do art. 51*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Godlewski R., *Komentarz do art. 50*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Godlewski R., *Komentarz do art. 51*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Jędrzejewski S., *Proces budowlany. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 1995.
- Kisilowska H., *Komentarz do art. 31*, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Kosicki A., *Komentarz do art. 31*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014.
- Leoński Z., *Prawo budowlane* [w:] Z. Leoński, M. Szewczyk (red.), *Zasady prawa budowlanego i zagospodarowania przestrzennego*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Poznań 2002.
- Małyśa-Sulińska K., *Administracyjnoprawne aspekty inwestycji budowlanych*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Niewiadomski Z., *Komentarz do art. 50*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2013.
- Piątek W., *Komentarz do art. 3*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Siegień J., *Prawo budowlane. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2003.
- Wincenciak M., *Komentarz do art. 51*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014.

Zagadnienia prawa prywatnego

Maksymilian Mamos
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Wybrane problemy związane z modelem podmiotowym instytucji zachowku

Selected issues connected with the subjective model of a legitimate portion

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są wybrane problemy związane z modelem podmiotowym instytucji zachowku w prawie polskim. Autor skupia się na trzech najistotniejszych zagadnieniach. Pierwsze z nich dotyczy sytuacji, w której spadkobierca testamentowy, przy spadku o znikomej wartości, zobowiązany jest do zapłaty zachowku ze względu na dokonane przez spadkodawcę darowizny lub zapisy windykacyjne. Drugie dotyczy uprawnienia spadkobiercy do żądania zachowku. Trzecie zaś wiąże się z tożsamością podmiotową spadkobiercy z obdarowanym lub zapisobiercą w kontekście terminu przedawnienia roszczenia o zachówek. Autor dokonuje przeglądu dominujących w doktrynie i judykaturze opinii, aby w zakończeniu przedstawić własne wnioski oraz propozycje zmian w obowiązującej regulacji prawnej.

Słowa kluczowe

dziedziczenie, zachówek, zasady współżycia społecznego, uprawnienia spadkobiercy, termin przedawnienia

Abstract

The subject of the article concerns selected issues connected with the subjective model of a legitimate portion in Polish law. The author focuses on three most important matters. The first of them concerns a situation in which in case of an estate of negligible value a testamentary heir is obliged to pay the legitimate portion due to donations or a vindicatory legacy made by the testator. The second regards the heir's right to demand a legitimate portion. The third is connected with the subjective identity of the heir and a donee or a legatee in the context of the limitation period for a claim for a legitimate portion. The author presents an overview of dominating opinions in case-law and jurisprudence and complements them by drawing his own conclusions and suggestions of amendments to binding legal regulations.

Key words

inheriting, legitimate portion, rules of social intercourse, heir's rights, limitation period

1. Wstęp

W europejskich regulacjach prawa spadkowego spotyka się najczęściej dwa alternatywne systemy mające służyć ochronie interesów najbliższych członków rodziny spadkodawcy. Są to: rezerwa przyjęta w ustawodawstwie francuskim oraz występujący w niemieckim kodeksie cywilnym zachówek¹. Pierwszy ze wskazanych modeli opiera się na podziale majątku spadkowego na część rozrządzalną, którą spadkodawca może swobodnie dysponować, oraz część obowiązkową dziedziczną z mocy prawa przez uprawnionych do rezerwy niezależnie od woli zmarłego². W przypadku gdy spadkodawca swoimi rozrządzeniami naruszy rezerwę, podmioty uprawnione mogą żądać odpowiedniego zmniejszenia jego dyspozycji, w tym także darowizn. Nadal jednak istotą systemu rezerwy jest dziedziczenie części obowiązkowej z mocy prawa ze wszelkimi tego konsekwencjami, a nie roszczenie uprawnionych. Warto zauważyć w tym miejscu, że instytucja ta, tradycyjnie kojarzona z cywilistyką francuską, obowiązuje także w wielu innych państwach w Europie i na świecie³. Nadto, system rezerwy występował w przeszłości przez długi okres w regulacji prawa spadkowego obowiązującej na pewnych obszarach obecnego terytorium Rzeczypospolitej. Ustawodawstwo napoleońskie wprowadzone zostało bowiem już w roku 1808, w Księstwie Warszawskim i zakorzeniło się na ziemiach centralnych Polski, obowiązując tam aż do wejścia w życie zunifikowanego prawa spadkowego w roku 1946⁴. Rozważania nad przyjęciem w polskim kodeksie cywilnym jednego z modeli dominujących w europejskiej cywilistyce doprowadziły jednak ostatecznie do wprowadzenia wzorowanego na rozwiązaniach niemieckich modelu zachowku, którego istota, jak również związane z nim problemy podmiotowe, opisane zostaną w dalszej części niniejszego artykułu.

Systemu zachowku przewiduje, że spadkodawca może swobodnie dysponować całym swoim majątkiem, osoba uprawniona zaś nie dziedziczy z mocy prawa, jak w przypadku instytucji rezerwy, lecz może jedynie kierować roszczeniem, najczęściej

¹ K. Przybyłowski, *Rezerwa czy zachówek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 21.

² Na temat charakterystyki ogólnej systemu rezerwy zob. m.in.: K. Przybyłowski, *op. cit.*; A. Szpunar, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948, z. 8, s. 51–64; J. Gwiazdomorski, *Rezerwa czy zachówek?*, „Prawo i Życie” 1959, nr 12; J.S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1979, s. 261; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, PWN, Warszawa 1985, s. 258; J. Kosik, *Zachówek*, [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, C.H. Beck, Wrocław 1985, s. 535; M.A. Zachariasiewicz, *Zachówek czy rezerwa? Głos w dyskusji nad potrzebami i kierunkami zmian polskiego prawa spadkowego*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 180–202.

³ Można tu wskazać chociażby Szwecję, Litwę, Łotwę, Estonię, Belgię, Luksemburg, Portugalię, Włochy, Grecję, Bułgarię, Rumunię, Chorwację, Słowenię, Republikę Czeską, Ukrainę, Rosję, Turcję, a także kraje Ameryki Południowej, w tym Brazylię oraz Argentynę. Zob. M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 183–184; W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym i prawnoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8/2, s. 160–161.

⁴ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 243–272.

przeciwko spadkobiercy testamentowemu, o zapłatę sumy pieniężnej stanowiącej równowartość lub uzupełnienie przysługującego jej zachowku⁵. Model zachowku przewiduje polski kodeks cywilny z 1964 r.⁶ Najistotniejszym przepisem określającym instytucję zachowku wydaje się być art. 991 k.c., który głosi, że zstępni, małżonek oraz rodzice spadkodawcy, w przypadku gdy nie otrzymali należnego im zachowku w postaci powołania do spadku, zapisu lub uczynionej darowizny, uprawnieni są do kierowania roszczenia o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej przeciwko spadkobiercy. W kontekście wskazanego wyżej przepisu nie budzi kontrowersji spostrzeżenie, że instytucja zachowku zdaje się koncentrować na spadkobiercy, a w szerokim mniemaniu zwłaszcza na spadkobiercy testamentowym jako powołanym do spadku kosztem najbliższej rodziny spadkodawcy⁷. Jednocześnie nie należy bagatelizować znaczenia regulacji zawartej w art. 999¹ oraz 1000 k.c., która umożliwia występowanie z roszczeniem o zapłatę zachowku także przeciwko zapisobiercy windykacyjnemu oraz obdarowanemu. Podkreślić należy, że ich odpowiedzialność ma charakter subsydiarny. Zapisobierca windykacyjny może być adresatem roszczenia dopiero wówczas, gdy jego spełnienie przez spadkobiercę jest niemożliwe. Z kolei obdarowany będzie odpowiadał w trzeciej kolejności, wyłącznie w braku możliwości dochodzenia określonej sumy pieniężnej od zapisobiercy windykacyjnego. Przepisy kodeksu cywilnego tworzą więc charakterystyczny, kaskadowy układ podmiotów kolejno zobowiązanych z tytułu żądania zachowku przez uprawnionego.

Regulacja ta początkowo wydaje się być na tyle logiczna i precyzyjna, że jej zastosowanie w praktyce nie powinno budzić wątpliwości. Okazuje się jednak, że jest przeciwnie – jej pozorna prostota owocuje licznymi trudnościami. Praktyka zna wiele stanów faktycznych, w przypadku których literalne zastosowanie prawa budzi kontrowersje. Rolę interpretacyjną i doprecyzowującą pełni tutaj orzecznictwo sądów powszechnych. W dalszej części artykułu przedstawione zostaną konfiguracje podmiotowe o charakterze bardziej skomplikowanym niż przewiduje to klasyczny model ustawowy. Po pierwsze warto zwrócić uwagę na sytuację, w której wartość dziedzicznego spadku jest minimalna lub nawet zerowa, a jednak spadkobierca może stać się adresatem roszczenia o zachówek w wyniku dokonanych przez spadkodawcę darowizn lub zapisów windykacyjnych, które zwiększają substrat zachowku. Po drugie, opracowane zostanie zagadnie-

⁵ Zob. m.in.: K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 4; A. Szpunar, *op. cit.*, s. 52; J.S. Piąkowski, *op. cit.*, s. 262; J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 258; J. Kosik, [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System...*, s. 535; M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 185.

⁶ T.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380.

⁷ J. Kosik, *Dwie kwestie z zakresu odpowiedzialności spadkobiercy za zachówek w Kodeksie cywilnym*, „Prawo” 1983, t. 105, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 609, s. 95, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/59709/directory.pdf> [dostęp 15.03.2017]; B. Kordasiewicz, *Zachówek*, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, B. Kordasiewicz (red.), t. 10. *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1096.

nie uprawnienia spadkobiercy do żądania zachowku. Trzecim analizowanym problemem będzie natomiast tożsamość podmiotowa spadkobiercy testamentowego oraz obdarowanego lub zapisobiercy windykacyjnego w kontekście terminu przedawnienia roszczenia o zachówek. Wskazane zagadnienia problemowe poddane będą analizie i na podstawie orzecznictwa oraz opinii doktryny wyróżnione zostaną możliwe ich rozwiązania. Przegląd najistotniejszych poglądów zwięźzony zostanie wnioskami własnymi autora oraz propozycją kierunku modyfikacji regulacji ustawowej.

2. Odpowiedzialność spadkobiercy przy znikomej wartości czynnej spadku

Zgodnie z poczynionymi powyżej uwagami spadkobierca, zwłaszcza testamentowy, jest podmiotem, którego odpowiedzialność z tytułu roszczenia o zachówek wydaje się być wpisana w tę instytucję. Jednocześnie kodeks cywilny wskazuje przesłankę polegającą na niemożności otrzymania zachowku od spadkobiercy, której wystąpienie aktualizuje odpowiedzialność zapisobiercy windykacyjnego, a w następnej kolejności obdarowanego. Należy zauważyć, że regulacja ta pozostaje dość enigmatyczna. Kodeks nie precyzuje bowiem sytuacji, w których owa „niemożność” występowałaby, pozostawiając pole do interpretacji doktrynie oraz judykaturze. Konieczne jest przywołanie w tym miejscu trzech podstawowych wypadków wskazywanych w piśmiennictwie, których wystąpienie blokować ma możliwość otrzymania zachowku od spadkobiercy⁸. Po pierwsze, zgodnie z art. 999 k.c. spadkobierca, który sam jest uprawniony do zachowku, odpowiada tylko do wysokości nadwyżki przekraczającej jego własny zachówek. Oznacza to, że otrzymanie zachowku od takiego spadkobiercy nie będzie możliwe, gdy uzyskał on ze spadku korzyść równą jego zachowkowi lub też nadwyżka nie wystarcza na zaspokojenie roszczenia. Po drugie spadkobierca może przyjąć spadek z dobrodziejstwem inwentarza, co skutkuje tym, że odpowiada on za długi spadkowe tylko do wysokości czystej wartości majątku spadkowego. W związku z tym ujemna czysta wartość majątku spadkowego wyłączać będzie odpowiedzialność spadkobiercy. Po trzecie niemożność otrzymania zachowku od spadkobiercy może wynikać z jego wyjątkowo niekorzystnej sytuacji majątkowej, co w praktyce wiązać będzie się z bezskutecznością egzekucji.

Powyższe wypadki zarysowują dość wąską możliwość wyłączenia odpowiedzialności spadkobiercy. Tymczasem realne jest wystąpienie stanu faktycznego, w którym nie pojawi się żadna ze wskazanych okoliczności, a jednak obciążanie spadkobiercy odpowiedzialnością z tytułu zachowku będzie wiązać się z istotnymi wątpliwościami

⁸ Zob. m.in.: E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 244–245; szersza grupa okoliczności przedstawiona jest w publikacji: P. Książak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 412.

aksjologicznymi. W celu poparcia tego spostrzeżenia można poddać bliższej analizie następującą sytuację. Spadkobiercą jest w niej podmiot nieznajdujący się w kręgu osób uprawnionych do zachowku. Tym samym nie dotyczy go ograniczenie odpowiedzialności na podstawie art. 999 k.c. Powołany do spadkobrania przyjmuje spadek wprost i posiada majątek, który pozwala na egzekucję należności z tytułu zachowku. Zgodnie z art. 922 § 1 w związku z art. 1031 § 1 k.c. należy stwierdzić, że spadkobierca odpowiada w takiej sytuacji za zachówek bez ograniczeń tak samo jak za inne długi spadkowe. Jednocześnie przyjmijmy, że jego przysporzenie jest minimalne albo nawet zerowe, ponieważ spadkodawca dokonał na rzecz podmiotów innych niż spadkobierca zapisów windykacyjnych lub darowizn wyczerpujących jego majątek, a równocześnie znacznie podwyższających substrat zachowku będący podstawą dla obliczenia konkretnego żądania. Wykonanie omawianego roszczenia obciąża tym samym majątek osobisty spadkobiercy, co zdaje się być akceptowane w doktrynie⁹.

Poniżej przedstawione zostaną stanowiska, jakie zajmowała judykatura, rozpatrując sprawy o stanie faktycznym analogicznym do opisanego. W celu praktycznej analizy zagadnienia wskazane zostaną dwa wyroki sądów drugiej instancji, które zawierają przeciwstawne rozstrzygnięcia. Na wstępie należy wspomnieć, że w obu przypadkach sądy pierwszej instancji oddaliły powództwa uprawnionych do zachowku przeciwko spadkobiercom testamentowym w związku z tym, że majątek spadkowy bliski był zeru w wyniku wcześniej dokonanych przez spadkodawcę darowizn¹⁰. Swoje wnioski składy orzekające opierały na orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r., którego teza zawiera następujące twierdzenie: „Jeżeli spadkodawca dokonał darowizny wyczerpującej cały spadek, uprawniony do zachowku może dochodzić od obdarowanego roszczenia o zachówek w granicach określonych w art. 1000 kc”¹¹. Stosowały także art. 5 k.c. dotyczący nadużycia prawa podmiotowego.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku, rozpatrując odwołanie od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie (sygn. akt I C 579/11), stwierdził, że orzeczenie SN o sygn. akt III CSK 255/07 dotyczyło przedmiotowo innej sprawy niż ta podlegająca rozstrzygnięciu i nie może ono być stosowane przez analogię do podważania słuszności roszczenia o zachówek¹². Sąd w tym zakresie nie minął się z prawdą, gdyż wskazany wyrok SN odnosił się do stanu faktycznego, w którym to spadkobierca testamentowy, nie uzyskawszy nawet kwoty odpowiadającej wysokości jego zachowku, kierował roszczenie do obdaro-

⁹ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 278; P. Księżak, *op. cit.*, s. 412.

¹⁰ Mowa tutaj o wyrokach Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 22 stycznia 2013 r. (I C 579/11), niepubl. oraz wyroku Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 23 kwietnia 2013 r. (III C 236/12), niepubl.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r. (III CSK 255/07), OSNC 2009/3/47.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 lutego 2014 r. (I ACa 302/13), niepubl., LEX nr 1362991.

wanej¹³. Rzeczywiście więc występowały istotne różnice pomiędzy analizowaną sytuacją a stanem faktycznym, w którym orzekał Sąd Najwyższy. Możliwość dochodzenia należnego zachowku przez spadkobiercę nie rozstrzyga o tym, że podobne roszczenie nie może być kierowane w stosunku do niego samego. Określony podmiot może być jednocześnie uprawnionym i adresatem żądań o tożsamym charakterze. Odnośnie do zastosowania przez Sąd Okręgowy w Olsztynie klauzuli z art. 5 k.c. rozumowanie to zostało podważone przez SA w Białymstoku. Sąd drugiej instancji stwierdził, że nie zostały udowodnione żadne negatywne zachowania powódki wobec spadkobierczyń lub spadkodawczyni, które mogłyby uzasadniać zastosowanie art. 5 k.c., a ponadto sytuacja majątkowa pozwanych pozwalała im na spełnienie kierowanego przeciwko nim roszczenia. Ostatecznie Sąd skonstatował: „W sytuacji prostego przyjęcia spadku, którego stan czynny wynosi zero, nie ma podstaw do wyłączenia odpowiedzialności spadkobiercy za zapłatę sumy pieniężnej potrzebnej do pokrycia zachowku albo do jego uzupełnienia”¹⁴. Taka interpretacja przepisów doprowadziła do uwzględnienia apelacji powódki. Wyrok ten nie wywołuje szczególnych kontrowersji pod względem aksjologicznym. Osobą, na rzecz której dokonana została darowizna wyczerpująca majątek spadkowy, była bowiem jedna ze spadkobierczyń testamentowych, która z kolei przekazała otrzymane od spadkodawczyni spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu swojej siostrze, także powołanej do dziedziczenia w testamencie. Należy więc zauważyć, że każda z pozwanych, kolejno po sobie, czerpała pewne korzyści z prawa, które pierwotnie wchodziło w skład majątku spadkobierczyni. Nie powstaje więc przy tym stanie faktycznym wrażenie aksjologicznego absmaku, jakie pojawia się wówczas, gdy teza wyroku SA w Białymstoku zostanie zastosowana do sytuacji, w której spadkobierca nie uzyskał żadnej korzyści w wyniku dziedziczenia lub innego rozporządzenia majątkowego spadkodawcy, a jest obciążony roszczeniem o zachówek.

Pojawiające się w tym przypadku poczucie niesprawiedliwości zostało antycypowane przez Sąd Okręgowy w Łodzi¹⁵, który nie uwzględnił apelacji od wyroku sądu rejonowego¹⁶ oddalającego roszczenie o zachówek wobec spadkobiercy przy wartości czynnej spadku równej zero. Należy wspomnieć, że w tej sprawie sąd odwoławczy również nie zaakceptował powoływania się przez sąd pierwszej instancji na orzeczenie SN o sygn. akt III CSK 255/07. Sąd Okręgowy w Łodzi nie wskazał jednak na brak analogii pomiędzy przedmiotem wyroku SN a rozpoznawanym stanem faktycznym, tak jak uczy-

¹³ Zagadnienia problemowe związane z roszczeniem spadkobiercy ustawowego lub testamentowego o zachówek zostały opisane w rozdziale 3 artykułu.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 6 marca 2014 r. (III Ca 1119/13), niepubl., LEX nr 2128843.

¹⁶ Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 21 lutego 2014 r. (III C 236/12), niepubl.

nił to SA w Białymstoku, lecz odwołał się bezpośrednio do treści tezy orzeczenia Sądu Najwyższego. Stwierdził bowiem, że SN jedynie wskazuje fakultatywną możliwość kierowania roszczenia do obdarowanego, ale nie wyklucza żądania zachowku od spadkobiercy w sytuacji, gdy wartość czynna spadku wynosi zero. Tym samym powołanie się na orzeczenie o sygn. akt III CSK 255/07 nie może być podstawą do oddalenia roszczenia będącego przedmiotem postępowania. Podobnie jak w analizowanej już powyżej sprawie sąd I instancji oparł swoje orzeczenie także na art. 5 k.c. Szczególnie istotne jest to, że w tym przypadku sąd odwoławczy zaakceptował takie stanowisko. Sąd Okręgowy w Łodzi stwierdził, że roszczenie o zachówek przeciwko spadkobiercy było zgodne z prawem, jednak godziło w zasady współżycia społecznego, ponieważ wywołuje ono sytuację, w której status spadkobiercy prowadzi do uszczuplenia majątku osobistego, stając się krzywdą i uciążliwością. W uzasadnieniu wyroku sąd zawarł następujące rozumowanie: „Jak bowiem ustalono, wartość czynna spadku w przedmiotowej sprawie wynosi 0 zł, zachówek zaś należny powodkom niewątpliwie wielokrotnie i znacząco przewyższałyby czynną wartość spadku. W takiej sytuacji spadkobierczyni, która faktycznie w drodze dziedziczenia testamentowego nie uzyskała żadnych aktywów finansowych, zobowiązana byłaby do zapłaty zachowku o znacznej wysokości kosztem swojego majątku osobistego. W rezultacie, jak słusznie to podkreślił Sąd Rejonowy, skutkiem żądania powódek byłoby pogorszenie sytuacji życiowej pozwanej, która nie dość, że nie uzyskała żadnego majątku, to jeszcze zostałaby obciążona koniecznością spełnienia roszczenia o zachówek. To zaś oznaczałoby, że fakt uzyskania przez pozwaną statusu spadkobierczyni byłby dla niej niewątpliwie bardzo krzywdzący”¹⁷.

Należy w tym miejscu pochylić się nad istotą zastosowania art. 5 k.c. w sprawach spadkowych. Doktryna zauważała taką możliwość już w drugiej połowie ubiegłego wieku, jednak waga przykładana do tego rozwiązania ewoluowała. J. Gwiazdomorski wspominał jedynie na marginesie o dopuszczalności obniżenia wysokości zachowku w oparciu o art. 5 k.c.¹⁸ Odnosił się w tym przedmiocie do uchwały Sądu Najwyższego z 19 maja 1981 r. o sygn. akt III CZP 18/81. Tymczasem P. Księżak wskazuje już oddalenie powództwa o zachówek w oparciu o klauzulę z art. 5 k.c. jako jedną z podstaw dla uznania, że otrzymanie zachowku od spadkobiercy jest niemożliwe¹⁹. W jego ujęciu zajmuje ona tę samą pozycję co trzy pozostałe, klasyczne przyczyny wskazywane szeroko w piśmiennictwie. Jednocześnie doktryna wyróżnia dwa podstawowe przypadki, w których dojdzie do zastosowania klauzuli niezgodności z zasadami współżycia społecznego²⁰. Pierwszy z nich polega na takim ukształtowaniu stosunków osobistych po-

¹⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi...

¹⁸ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 276, przypis 27.

¹⁹ P. Księżak, *op. cit.*, s. 412.

²⁰ J. Bieluk, *Rozliczenia związane ze spadkiem*, C.H.Beck, Warszawa 2015, s. 205.

między spadkobiercą, spadkodawcą oraz uprawnionym do zachowku, że kierowanie omawianego roszczenia jest sprzeczne z podstawowymi wartościami społecznymi²¹. Drugi wynika właściwie z sytuacji majątkowej zobowiązanego z tytułu roszczenia o zachówek, przy której żądanie zaspokojenia prowadziłoby do stanu skrajnego, zagrażającego możliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb np. wówczas gdy dłużnik zostałby pozbawiony jedyne miejsce zamieszkania. W obliczu wskazanego powyżej stanowiska doktryny zastosowanie normy wynikającej z art. 5 k.c. przez Sąd Okręgowy w Łodzi wydawać się może kontrowersyjne. Pod rozwagę można poddać twierdzenie, że nie wystąpiły przesłanki uzasadniające użycie tej szczególnej klauzuli. Innymi słowy należy się zastanowić nad tym, czy sam fakt przeistoczenia się spadkobrania w wywołującą straty uciążliwość powoduje możliwość posłużenia się regulacją z art. 5 k.c. w celu oddalenia powództwa o zachówek. Przy próbie udzielenia odpowiedzi na to pytanie konieczna jest analiza orzecznictwa. Przedtem należy jednak wspomnieć, że przedmiotem dociekań będzie możliwość zastosowania art. 5 k.c. w kontekście obciążenia ekonomicznego, pominięte zaś zostanie zagadnienie sfery stosunków osobistych pomiędzy stronami w sprawie.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1981 r. o sygn. akt III CZP 18/81, której teza głosi: „W sprawie o zachówek nie jest wyłączone obniżenie wysokości należnej z tego tytułu sumy na podstawie art. 5 kc”²². W orzeczeniu zwraca się uwagę na ewentualną niezgodność roszczenia z zasadami współżycia społecznego. Sąd Najwyższy zauważył słusznie, że realizacja prawa do zachowku nie może odbywać się kosztem zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych zobowiązanego w sytuacji, gdy w skład spadku wchodzi lokal lub spółdzielcze prawo do lokalu będące jedyną możliwą gwarancją zabezpieczenia mieszkaniowego spadkobiercy, a ewentualne pozostałe składniki spadku nie wystarczą dla zaspokojenia roszczenia. Uchwała ta jest podstawą dla wskazanego już powyżej stanowiska, że realizacja roszczenia o zachówek nie może prowadzić do sytuacji skrajnych, powodujących wyjątkową krzywdę po stronie zobowiązanego, utrudniających mu realizację jego podstawowych potrzeb. Przedstawiona powyżej teza Sądu Najwyższego zaakceptowana została w głosie A. Szpunara²³. Jej autor podkreślił jednak, że obniżenie zachowku na podstawie art. 5 k.c. jest dopuszczalne w sytuacjach szczególnych, zwłaszcza takich, na które spadkobierca nie miał wpływu. Głosator mówi: „Poprzestaśmy na stwierdzeniu, że art. 5 k.c. może być środkiem ochrony zobowiązanego z tytułu zachowku, jeżeli spadek został

²¹ Należy wspomnieć, że wpływ relacji osobistych pomiędzy spadkodawcą a uprawnionym do zachowku na uwzględnienie jego roszczenia wiąże się z kontrowersjami i był przedmiotem analizy m.in. w głosie T. Justyniańskiego do wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r. (IV CK 215/03).

²² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1981 r. (III CZP 18/81), OSNC 1981/12/228.

²³ A. Szpunar, *Glosa do uchwały SN z 19.5.1981 r.*, „Nowe Prawo” 1983, nr 2, s. 94–99.

zbyt wysoko oszacowany. Podobnie wypada rozstrzygnięcie, gdy stan czynny spadku uległ znacznemu zmniejszeniu (np. skutek kradzieży już po śmierci spadkodawcy)²⁴. Spośród nowszych orzeczeń należy wskazać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r.²⁵, w którym popierana jest teza o możliwości zastosowania art. 5 k.c. w stosunku do roszczenia o zachówek. W uzasadnieniu prawnym Sąd stwierdził: „Wskazana sprzeczność z zasadami współzycia zachodziłaby wówczas, gdyby w świetle reguł lub wartości moralnych powszechnie społecznie akceptowanych żądanie zapłaty należności z tytułu zachowku musiało być ocenione negatywnie”. Ponadto należy wskazać na głosę do wyżej wskazanego wyroku²⁶, w której Tomasz Justyński akcentuje, że etyczna podstawa instytucji zachowku wymusza, aby przesłanką dla oddalenia roszczenia nawet w części były odpowiednio istotne i komplementarne okoliczności powodujące niezgodność z zasadami współzycia społecznego. Glosator posługuje się w tym przedmiocie nawet stwierdzeniem „podwyższona poprzeczka”. Powstaje więc obraz szczególnie wysokich wymagań, pewnego wyjątkowego standardu zawężającego możliwość nieuwzględnienia roszczenia o zachówek na podstawie klauzuli z art. 5 k.c. Z kolei w orzeczeniach sądów niższych instancji często pojawia się twierdzenie, że posługiwanie się klauzulą zasad współzycia społecznego, gdy sprawa dotyczy roszczenia o zachówek, służy zapobieżeniu sytuacjiom „jaskrawie niesprawiedliwym”²⁷.

Konkludując, naruszenie zasad współzycia społecznego może być podstawą dla obniżenia wysokości zachowku, gdy żądanie to jest aksjologicznie nieakceptowalne ze względu na dolegliwą stratę i stan skrajnej niesprawiedliwości wynikający ze szczególnych okoliczności, zwłaszcza takich, na które dłużnik nie miał wpływu. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy stan faktyczny, w którym roszczenie kieruje się przeciwko spadkobiercy pozbawionemu jakiegokolwiek korzyści w wyniku dokonanych przez spadkodawcę rozporządzeń, realizuje wskazany powyżej zespół cech. Zdaniem autora można odpowiedzieć na to pytanie twierdząco. Podmiot powołany testamentowo do dziedziczenia jest już w pewnej mierze pokrzywdzony tym, że potencjalna masa spadkowa nie istnieje, gdyż jej wartość została zniwelowana przez dokonane darowizny lub zapisy windykacyjne. W takiej sytuacji realizacja roszczenia o zachówek wiąże się w sposób oczywisty z uszczupleniem majątku osobistego spadkobiercy. Nieuczciwością byłoby niezwrócenie uwagi na to, że dla zajścia takiego stanu faktycznego ko-

²⁴ *Ibidem*, s. 98.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r. (IV CK 215/03), niepubl., LEX nr 152889.

²⁶ T. Justyński, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., IV CK 215/03*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 6, s. 111–115.

²⁷ Z nowszych orzeczeń m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 października 2016 r. (I ACa 609/16), niepubl., LEX nr 2188884; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2016 r. (VI ACa 868/15), niepubl., LEX nr 2137047; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 grudnia 2015 r. (VI ACa 1779/14), niepubl., LEX nr 1971055.

nieczne jest obecnie wyrażenie przez powołanego do dziedziczenia woli przyjęcia spadku wprost. Statystyczny obywatel może jednak w ogóle nie zdawać sobie sprawy z istnienia instytucji zachowku, a tym bardziej ma prawo nie wiedzieć o dokonanych darowiznach, które podwyższają substrat zachowku. Możliwe jest także, że nie orientuje się, jak duże jest grono osób mających prawo wystąpić w stosunku do niego z żądaniem. Abstrahując od ogólnych wad regulacji, nie sposób nie zauważyć, że spadkobierca taki narażony jest na stratę, która może nawet przewyższać jego majątek osobisty i zagrażać jego stabilizacji bytowej. W związku z tym ingerencja sądu w wysokość zachowku ze względu na ocenę aksjologiczną skutków roszczenia wydaje się jak być najbardziej słuszną, a nawet konieczną. Następnie istotne jest zwrócenie uwagi nie tylko na potencjalną stratę, ale też wiążący się z nią stan niesprawiedliwości. Spadkobierca ponosi *de facto* odpowiedzialność za przysporzenia, z których korzyść osiągną osoby trzecie. Posługując się lapidarnością rodem z nauk ekonomicznych, należy stwierdzić, że jest on zobowiązany zapłacić za cudzy przychód. Podmiot, który mógł otrzymać znaczne przysporzenia, czyli zapisobierca windykacyjny lub obdarowany, nie ponosi żadnej odpowiedzialności materialnej, zaś obciąża się osobę, która została pozbawiona jakiegokolwiek rzeczywistej korzyści. Jest to stan skrajnej niesprawiedliwości, który powinien być korygowany przez sądownictwo, bez względu nawet na sytuację ekonomiczną spadkobiercy. Nawet wtedy, gdy posiada on środki potrzebne dla zaspokojenia roszczenia, trudno jest znaleźć argument uzasadniający zobowiązanie go do pokrycia należności wynikających z cudzych korzyści. Przedstawiony tok rozumowania należy uzupełnić stwierdzeniem, że rozporządzenie majątkiem przez spadkodawcę poprzez darowizny lub zapisy windykacyjne powinno być traktowane jako okoliczność, na którą spadkobierca nie miał wpływu. Niezależny od niego, a nawet przez niego niespodziewany może być fakt zniwelowania wartości majątku spadkowego w wyniku dokonanych przez spadkodawcę czynności, zwłaszcza darowizn. Tym samym niesłuszna wydaje się być odpowiedzialność spadkobiercy wynikająca z wysokości substratu zachowku, gdy nie miał on żadnego wpływu na czynności prawne, które go ukształtowały.

Podsumowując, należy wyrazić opinię, że w sytuacji gdy wartość czynna spadku wynosi zero lub też jest ona znikoma, roszczenie o zachówek powinno być kierowane do podmiotu, który faktycznie doznał przysporzenia, a więc zapisobiercy windykacyjnego lub obdarowanego. Tym samym słuszne jest stanowisko Sądu Okręgowego w Łodzi, który podtrzymał wyrok oddalający żądanie przy analizowanym stanie faktycznym. Judykatura powinna odgrywać w takiej sytuacji rolę korygującą literalną interpretację przepisów tak, aby przyjęte rozwiązania służyły zachowaniu stanu sprawiedliwości.

3. Uprawnienie spadkobiercy do zachowku

W niniejszym rozdziale opisany zostanie problem uprawnienia spadkobierców, zarówno ustawowych, jak i testamentowych, do żądania zachowku. Na wstępie należy zauważyć, że jest to zagadnienie budzące mniej wątpliwości i kontrowersji niż to przeanalizowane w poprzedniej części artykułu. Jednocześnie jego przedstawienie jest zasadne. Po pierwsze, występuje istotne powiązanie pomiędzy problemami wskazanymi w poprzedniej części a tymi analizowanymi poniżej. W rozdziale drugim osią rozważań był stosunek zachodzący pomiędzy spadkobiercą nieosiągającym przysporzenia w związku z dziedziczeniem a bliskim członkiem rodziny zmarłego, któremu przysługiwało roszczenie na podstawie art. 991 k.c. W niniejszym rozdziale opisana będzie natomiast sytuacja polegająca na zbieżności podmiotowej pomiędzy dwiema wskazanymi powyżej osobami. Załóżmy więc, że spadkobierca znajduje się w kręgu osób uprawnionych do zachowku. Jednocześnie nie osiągnął z dziedziczenia korzyści, która odpowiadałaby kwocie, jaka przysługuje mu na podstawie art. 991 k.c. W związku z powyższym wskazanie odpowiedzi na pytanie, czy i od kogo może on żądać zachowku, służy całościowemu spojrzeniu na problemy związane z modelem podmiotowym omawianej instytucji. Po drugie, pomimo dość obszernej analizy dokonanej przez doktrynę w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat, zagadnienie to nadal budzi wątpliwości, zwłaszcza w praktyce orzeczniczej²⁸. Przydatne może się więc okazać dokonanie syntezy poglądów badaczy i judykatury w przedmiocie analizowanej konfiguracji podmiotowej.

Zagadnienie kręgu osób uprawnionych do zachowku było opisywane w publikacjach ukazujących się już niemalże bezpośrednio po wejściu w życie obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego. W swoim artykule z roku 1965 C. Trąbecki wymienia podmioty, jakim nie przysługuje prawo do kierowania roszczeniem o zachówek²⁹. Autor umieszcza w tej grupie osoby, które zostały uznane za niegodne, zrzekły się dziedziczenia w umowie ze spadkobiercą lub odrzuciły spadek. Nie wspomina natomiast o spadkobiercach, więc rozumując *a contrario*, należałoby uznać, że powołanie do dziedziczenia nie pozbawia prawa do występowania z roszczeniem o zachówek. W ten sam sposób można wnioskować w oparciu o treść klasycznego podręcznika do prawa spadkowego autorstwa J. Gwiazdomorskiego³⁰. Tymczasem Jan Kosik w swym artykule wskazuje precyzyjniej sytuacje, w których będzie się aktualizować uprawnienie do zachowku³¹. Autor wymienia m.in. następujące okoliczności: „Po trzecie, owa suma może należeć się

²⁸ Wystarczy wspomnieć, że zagadnienie to było dwukrotnie w ciągu ostatnich lat przedmiotem analizy Sądu Najwyższego: w wyroku z dnia 13 lutego 2004 r. (II CK 444/02) oraz w wyroku z dnia 30 stycznia 2008 r. (III CSK 255/07).

²⁹ C. Trąbecki, *Zachówek według kodeksu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1965, nr 10, s. 1123.

³⁰ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 260–261.

³¹ J. Kosik, *Dwie kwestie...*, s. 99–101.

i uprawnionemu, który (otrzymawszy wcześniej znikomą darowiznę) dochodzi jako spadkobierca ustawy do spadku, który nie ma wartości³² oraz „Testament spadkodawcy obejmuje rozrządzenie na rzecz uprawnionego do zachowku w postaci ułamkowej części spadku albo zapisu, wszakże nie odpowiada to rozmiarowi należnego zachowku. Uprawniony może więc żądać zapłaty sumy pieniężnej, potrzebnej do uzupełnienia zachowku³³. Z zacytowanych fragmentów wynika, że Jan Kosik akceptuje prawo spadkobiercy, zarówno ustawowego, jak i testamentowego, do występowania z roszczeniem o zachówek lub o jego uzupełnienie. Swoje stanowisko autor potwierdza bezpośrednio w *Systemie Prawa Cywilnego*³⁴. Przedstawiona powyżej interpretacja spotkała się z akceptacją w późniejszych publikacjach. P. Księżak mówi wprost: „W tym miejscu należy zaznaczyć, iż prawo do zachowku i roszczenie o zachówek przysługują niezależnie od tego, czy spadkodawca pozostawił testament, czy też następuje dziedziczenie ustawowe³⁵. Pogląd taki wyrażany jest także w nowszych publikacjach o charakterze zbiorowym oraz w komentarzach³⁶.

Odnosząc się do orzecznictwa, należy poświęcić uwagę kluczowemu wyrokowi Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2004 r.³⁷ Konieczne jest zarysowanie w tym miejscu stanu faktycznego, którego dotyczyło wspomniane orzeczenie. W roku 2000 spadkodawczyni podarowała swojej wnuczce nieruchomość zabudowaną o wartości 30 000 złotych. Darowizna ta spowodowała, że w chwili otwarcia spadku wartość masy spadkowej wynosiła zero złotych. Spadkobiercy ustawowi nie otrzymali więc w wyniku dziedziczenia należnego im zachowku. Dwoje z nich wystąpiło wówczas z roszczeniem przeciwko obdarowanej, notabene, także spadkobierczyni ustawowej. Orzekając przy przedstawionym stanie faktycznym sąd rejonowy oraz sąd okręgowy zgodnie stwierdziły, że strony nie mają legitymacji procesowej. Przepisy o zachowku znajdują bowiem zastosowanie dopiero, gdy najbliżsi członkowie rodziny nie zostaną powołani do dziedziczenia. Tymczasem są oni spadkobiercami ustawowymi, a więc nie mogą występować z przedmiotowym roszczeniem. Rozumowania tego nie zaakceptował Sąd Najwyższy, co poskutkowało uchyleniem zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Najwyższy dokonał wykładni art. 99 1 § 2 i doszedł do wniosku, że o prawie do żądania zachowku decyduje nie formalne powołanie do dziedziczenia, lecz otrzymanie wynikającej z właściwego tytułu rzeczywistej korzyści o odpowiedniej wysokości: „Sąd

³² *Ibidem*, s. 100.

³³ *Ibidem*.

³⁴ J. Kosik, [w:] J.S. Piątowski (red.), *System...*, s. 538–539.

³⁵ P. Księżak, *op. cit.*, s. 99–101.

³⁶ Zob. m.in.: B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 949; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *op. cit.*, s. 230; J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1798.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2004 r. (II CK 444/02), LEX nr 112873.

jednoznaczny wniosek, że o powstaniu na rzecz uprawnionego do zachowku roszczenia przeciwko spadkobiercy o pokrycie lub uzupełnienie w pieniądzu zachowku rozstrzyga tylko to, czy otrzymał on w całości należny mu zachówek w postaci powołania do spadku, zapisu lub uczynionej przez spadkodawcę na jego rzecz darowizny. Jeżeli otrzymał, roszczenie o zachówek nie przysługuje mu (co do zaliczenia darowizny na należny uprawnionemu zachówek – zob. art. 996 k.c.). Jeżeli natomiast nie otrzymał, roszczenie o zachówek przysługuje mu, choćby został powołany do spadku, nawet z ustawy, i choćby współspadkobierca – adresat jego roszczenia sam też był uprawniony do zachowku”³⁸. Należy więc uznać, że taka interpretacja przepisu usuwa wątpliwości co do słuszności żądania zachowku przez spadkobierców ustawowych w opisanym stanie faktycznym. Wskazane powyżej orzeczenie spotkało się z bardzo negatywną opinią zawartą w głosie autorstwa Agnieszki Rzeteckiej-Gil³⁹. Stanowisko glosatorki pokrywa się w zasadzie z tym, które prezentowały w analizowanej sprawie sądy niższych instancji. Ująć je można lapidarnie w stwierdzeniu, że powołanie do dziedziczenia, także z tytułu ustawy, definitywnie pozbawia dany podmiot prawa do żądania zachowku. Swój pogląd autorka kreuje w oparciu o wykładnię gramatyczną art. 99 § 1, kładąc nacisk na zwrot: „byliby powołani do spadku”. Wyraża to w następujących słowach: „Druga przesłanka (powstania roszczenia o zachówek) wynika z użytego w tym przepisie zwrotu – o podmiotach tych ustawodawca bowiem pisze, «którzy byliby powołani do spadku z ustawy». Czyli nie tacy spadkobiercy, którzy zostali powołani do spadku z ustawy, lecz tacy, którzy by byli powołani do spadku z ustawy, gdyby doszło do dziedziczenia ustawowego (art. 926 k.c.). Ta przesłanka zawiera w sobie, co wynika z użytego przez ustawodawcę zwrotu warunkowego «byliby», niejako dwa elementy: uprawniony dziedziczyłby z ustawy, gdyby do takiego dziedziczenia doszło, a jednocześnie do takiego dziedziczenia nie może dojść”⁴⁰. Glosatorka ogranicza także możliwość stosowania instytucji zachowku tylko do sytuacji, w których występuje dziedziczenie testamentowe: „W ten sposób spełnienie drugiej przesłanki związane jest z zaistnieniem konkurencyjnego i wykluczającego dziedziczenie ustawowe dziedziczenia testamentowego”⁴¹.

Wnioski zawarte w głosie zostały zakwestionowane przez doktrynę. Najobszerniejszej krytyki dokonał w swojej polemice W. Borysiak⁴². Jego spostrzeżenia można streścić w konkluzji, że A. Rzetecka-Gil nie uwzględniła dominującej i słusznej wykładni przepisów o zachowku, zarówno gramatycznej, jak i celowościowej oraz systemowej.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ A. Rzetecka-Gil, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 lutego 2004 roku, sygn. akt: 444/02*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2007, nr 2, s. 105–114, <http://www.lex.pl/akt/-/akt/glosa-do-wyroku-sn-z-dnia-13-lutego-2004-r-ii-ck-4442002> [dostęp: 08.04.2017].

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² W. Borysiak, *O prawie spadkobierców ustawowych do zachowku*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 5.

Po pierwsze glosatorka błędnie zinterpretowała zawarty w art. 991 § 1 k.c. tryb przypuszczający. To, że uprawnieni do zachowku są zstępni, małżonek oraz rodzice spadkodawcy, którzy byliby powołani do spadku z ustawy, nie oznacza, że dziedziczenie ustawowe wyłącza możliwość zastosowania omawianej instytucji. Wynika z tego natomiast, że żądać zachowku będzie mógł podmiot, który w danym stanie faktycznym dostępowalby lub też dostępuje do dziedziczenia na mocy ustawy. Należy zauważyć, że nie wszyscy członkowie rodziny wymienieni w art. 991 § 1 będą jednocześnie dziedziczyć, nawet przy braku testamentu. Uwarunkowane jest to przynależnością do określonego kręgu spadkobierców. Tak na przykład rodzice spadkodawcy nie będą uprawnieni do dziedziczenia, gdy zmarły pozostawi po sobie zstępnych. Tym samym nie będą oni mogli występować z roszczeniem o zachówek. Także podmiot, który został uznany za niegodnego, odrzucił spadek lub zrzekł się dziedziczenia, nie ma prawa do kierowania omawianego żądania, gdyż w żadnym wypadku nie dziedziczyłby on na mocy ustawy. Konkludując, rozstrzygające jest więc to, czy dana osoba w konkretnym stanie faktycznym mogła zostać dopuszczona do dziedziczenia ustawowego, a nie to, czy do takiego spadkobrania rzeczywiście doszło, czy też zostało ono zablokowane np. w wyniku sporządzenia testamentu. Następnie W. Borysiak zwraca uwagę na to, że tezy zawarte w glosie stoją także w sprzeczności z powszechnie akceptowaną wykładnią celowościową przepisów. *Ratio legis* instytucji zachowku polega na zagwarantowaniu najbliższym członkom rodziny spadkodawcy pewnego, przynajmniej minimalnego przysporzenia, gdy pozbawił on ich spadku wskutek dokonywanych przez siebie czynności prawnych. Interpretacja A. Rzeteckiej-Gil prowadzi do sytuacji, w której tylko testamentowe rozporządzenie majątkiem *mortis causa* aktualizowałoby uprawnienie do zachowku, natomiast wyzbycie się aktywów w drodze darowizny, nawet tuż przed samą śmiercią, pozbawiałoby spadkobierców ustawowych jakiegokolwiek możliwości ochrony swoich interesów. Takie rozwiązanie w sposób oczywisty kreuje wariant łatwego obejścia prawa i działa wbrew celowi analizowanej instytucji. W związku z tym konstatacja wyrażona w glosie nie odpowiada również wykładni systemowej. Jej skutek jest taki, że błędnie zinterpretowany art. 991 § 1 k.c. nie tworzy spójnej całości z pozostałymi przepisami dotyczącymi zachowku np. z art. 1000 k.c., który uprawnia do kierowania roszczenia przeciwko obdarowanym. Posługiwanie się wykładnią przedstawioną w glosie prowadziłoby do skrajnego ograniczenia zastosowania tego przepisu. W tym miejscu należy wspomnieć, że wskazana powyżej polemika autorstwa W. Borysiaka jest tylko jednym ze źródeł, w którym poddano stanowisko glosatorki zdecydowanej krytyce. Wystarczy zauważyć, że P. Księżak stwierdził wprost: „Autorka chyba nie do końca rozumie, jaki jest sens art. 991 k.c.”⁴³. Podsumowując, nie budzi wątpliwości fakt, że stanowisko Sądu

⁴³ P. Księżak, *op. cit.*, s. 152.

Najwyższego, zgodnie z którym spadkobiercy ustawowi mają prawo do kierowania roszczenia o zachówek, jest całkowicie słuszne.

Powyżej wskazany został pogląd Sądu Najwyższego w przedmiocie prawa spadkobierców ustawowych do żądania zachowku. W tym miejscu warto pochylić się nad stanowiskiem judykatury odnośnie do legitymacji czynnej spadkobiercy testamentowego do występowania z roszczeniem o uzupełnienie zachowku. Jako podstawa do rozważań może posłużyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r.⁴⁴ Przedmiotem orzeczenia jest interesujący stan faktyczny, w którym z roszczeniem o uzupełnienie zachowku wystąpił powołany testamentowo do dziedziczenia syn spadkodawczyni przeciwko wnuczce zmarłej, ponieważ ta otrzymała od swej babki darowiznę wyczerpującą cały jej majątek. Spadkobierca testamentowy, który *de facto* nie otrzymał żadnego przysporzenia, skierował więc żądanie przeciwko obdarowanej w oparciu o art. 1000 k.c. Sąd Najwyższy zaaprobował takie roszczenie. Dla rozstrzygnięcia wszelkich wątpliwości warto w tym miejscu przytoczyć dłuższy fragment zaczerpnięty z uzasadnienia wskazywanego wyroku: „Sytuacja w niniejszej sprawie jest jednak nietypowa, gdyż uprawniony jest jednocześnie jedynym spadkobiercą, dziedziczącym spadek na podstawie testamentu, wobec czego nie może realizować uprawnienia o zachówek na podstawie art. 991 § 2 k.c. Nie oznacza to jednak, wbrew pogładowi Sądu Okręgowego, że nie przysługuje mu żadne roszczenie. Powód twierdzi, że spadkodawczyni dokonała na rzecz pozwanej darowizny, której przedmiot obejmuje cały spadek. Gdyby tak było istotnie, w grę wchodzi roszczenie uprawnionego o zachówek w stosunku do obdarowanej na podstawie art. 1000 k.c., mające charakter zastępczy w tym sensie, że aktualizuje się, jeżeli uprawniony nie może otrzymać od spadkobiercy należnego mu zachowku. Stanowisko Sądu, wyrażające się kategorycznym stwierdzeniem, że status spadkobiercy wyklucza możliwość wystąpienia z roszczeniem o zachówek wobec obdarowanego przez spadkodawcę, nie uwzględnia treści tak rozumianego art. 1000 k.c. i prowadzi do tego, że uprawnionego można byłoby pozbawić korzyści ze spadku, zagwarantowanej mu ustawowo w postaci prawa do zachowku, mimo braku wydziedziczenia. Jest to sytuacja niedopuszczalna, stąd też konieczność uwzględnienia skargi kasacyjnej (art. 398¹⁵ w związku z art. 108 § 2 k.p.c.)”. Sąd Najwyższy ponownie, bo podobnie jak w orzeczeniu o sygn. akt II CK 444/02, zaakcentował więc, że o uprawnieniu do występowania z analizowanym roszczeniem decyduje otrzymanie w wyniku dziedziczenia faktycznego przysporzenia odpowiadającego wysokością kwocie, do której podmiot jest uprawniony na podstawie art. 991 k.c., a nie jedynie formalne powołanie do spadku, także w drodze testamentu. Przy tym art. 1000 k.c. pełni rolę gwarancji i swoistego wariantu awaryjnego zapewniającego, że spadkobierca niekoniecznie będzie pozbawiony zachowku. Jednocześnie rozpo-

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r. (III CSK 255/07), OSNC 2009/3/47.

rzządzenie majątkiem poprzez darowizny dokonane *inter vivos* nie będzie mogło pełnić roli zawołowanego wydziedziczenia. Interpretacja ta wydaje się w pełni odpowiadać *ratio legis* przepisów o zachowku.

Tezy wskazanego powyżej orzeczenia zostały zaakceptowane w głosie autorstwa J. Kremisa⁴⁵. Glosator, podobnie zresztą jak sam Sąd Najwyższy, kładzie nacisk przede wszystkim na konieczność niedopuszczenia do sytuacji, w której dokonane za życia darowizny zastępowałyby wydziedziczenie. Instrument prawny wynikający z art. 1008 k.c. przewiduje rygorystyczne warunki, zarówno o charakterze formalnoprawnym, jak i materialnoprawnym. Wydziedziczenie wynikać może wyłącznie z ważnego testamentu, a ponadto musi być oparte na jednej ze ściśle wskazanych prawem przesłanek. Należy też wspomnieć, że sam zapis oparty na art. 1008 k.c. nadal nie pozbawia spadkobiercy ochrony. Może on po pierwsze wskazywać w postępowaniu w sprawie nabycia spadku na nieważność testamentu, a po drugie podnosić, że nie została spełniona żadna z ustawowych przesłanek wydziedziczenia, wystąpiwszy wcześniej z roszczeniem o zachówek. Tymczasem rozporządzenie przez spadkobiercę całym majątkiem poprzez dokonanie darowizn, przy wykładni przepisów pozbawiającej spadkobiercę testamentowego uprawnienia do kierowania roszczeniem o zapłatę zachowku, powodowałoby brak jakiegokolwiek możliwości starania się przez niego o otrzymanie przysporzenia należącego mu się na podstawie art. 991 k.c. Na koniec warto zacytować samego glosatora: „Przyjęcie stanowiska, że status jedyne go spadkobiercy testamentowego wyklucza wszelkie jego roszczenia o zachówek, w tym także roszczenie względem obdarowanego (art. 1000 k.c.), prowadziłoby do niedopuszczalnej na gruncie obowiązującego prawa sytuacji, w której spadkodawca mógłby pozbawić osobę uprawnioną prawa do zachowku bez konieczności zachowania rygorów przewidzianych do skutecznego wydziedziczenia”⁴⁶.

Konkludując, należy jednoznacznie podkreślić, że słuszne jest stwierdzenie, iż spadkobiercy ustawowemu albo testamentowemu przysługuje uprawnienie do występowania z roszczeniem o zapłatę albo uzupełnienie zachowku przeciwko współspadkobiercy, zapisobiercy lub obdarowanemu, gdy nie otrzymał on w wyniku dziedziczenia zachowku w wysokości, którą przewiduje dla niego art. 991 k.c. Jest to zgodne nie tylko z poglądem dominującym w doktrynie oraz judykaturze, ale, co szczególnie ważne, także *ratio legis* przepisów o zachowku. Wykładnia taka gwarantuje bowiem najbliższym członkom rodziny spadkobiercy otrzymanie przysporzenia, także wbrew woli spadkodawcy. Odpowiednie, zaprezentowane powyżej, zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego blokuje możliwość powstania sytuacji, w której dopuszczalne byłoby pozbawienie danego podmiotu schedy z ominięciem regulacji ustawowej. Omawiana

⁴⁵ J. Kremis, *Glosa do wyroku z dnia 30 stycznia 2008 r., III CSK 255/07, OSP 2009/5/54.*

⁴⁶ *Ibidem.*

interpretacja służy więc zarówno interesowi indywidualnemu poszczególnych spadkobierców, jak i wartościom ogólnospołecznym ogniskującym się wokół przestrzegania prawa zgodnie z jego literą oraz duchem. Pogląd odmienny należy uznać za niszowy i obarczony oczywistymi, wskazanymi już powyżej, wadami.

4. Zbieżność podmiotowa spadkobiercy i obdarowanego a roszczenie o zachówek

Rozpoczęcie rozważań dotyczących przedmiotu niniejszego rozdziału poprzedzone winno być zwróceniem uwagi na relację pomiędzy poniżej wskazanym problemem a zagadnieniami przeanalizowanymi w poprzednich częściach artykułu. Warto przypomnieć, że w pierwszym rozdziale zawarte zostały uwagi dotyczące modelu podmiotowego, w którym występowały trzy osoby: spadkobierca nieuprawniony do zachowku, członek rodziny spadkodawcy znajdujący się w gronie wskazanym na podstawie art. 991 k.c. oraz obdarowany lub zapisobierca windykacyjny. Kolejny rozdział opisywał sytuację polegającą na zbieżności podmiotowej pomiędzy spadkobiercą a uprawnionym do zachowku. Nieomówiony natomiast został jeszcze model, w którym tożsamość zachodziłaby między osobami spadkobiercy i obdarowanego. Jest to natomiast sytuacja możliwa do wyobrażenia i występująca w praktyce⁴⁷. Mówiąc lapidarnie istotą zagadnienia pozostaje status prawny podmiotu, do którego kierowane jest roszczenie o zachówek. Potrzebna jest więc odpowiedź na pytanie, czy przy przedstawionej powyżej konfiguracji podmiotowej żądanie jest zasadne na podstawie art. 991 § 2 k.c. lub też art. 1000 k.c., innymi słowy – czy sąd orzeka o obowiązku zapłaty zachowku przez spadkobiercę, czy też obdarowanego?

Zagadnienie to wydawać się może czysto teoretyczne. Dla uprawnionego rzeczywiście najistotniejsze jest to, że zagwarantowane mu zostanie otrzymanie należnej kwoty, a nie to, jaki status prawny ma jego dłużnik. Bardziej dogłębna analiza przepisów pozwala jednak zauważyć, że odpowiedź na postawione powyżej pytanie może posiadać istotny wymiar praktyczny. Nabiera ona bowiem nowego znaczenia, gdy weźmie się pod uwagę treść art. 1007 k.c. dotyczącego przedawnienia roszczeń o zachówek. Zgodnie z nim bieg pięcioletniego terminu rozpoczyna się w przypadku roszczenia kierowanego przeciwko spadkobiercy testamentowemu z dniem ogłoszenia testamentu, odnośnie zaś do żądania wobec obdarowanego lub zapisobiercy windykacyjnego już wraz z otwarciem spadku. Oczywiście jest, że pierwszy ze wskazanych okresów upłynie później niż drugi⁴⁸. Ponadto dopuszczalność przedawnienia się roszczenia przeciwko spadkobiercy testamentowemu może zostać czasowo zawieszona ze względu na okoliczności

⁴⁷ Wystarczy wskazać ponownie na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2004 r. (II CK 444/02), którego przedmiotem było roszczenie kierowane przeciwko obdarowanej będącej jednocześnie współspadkobierczynią.

⁴⁸ Zob. m.in.: P. Księżak, *op. cit.*, s. 470; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *op. cit.*, s. 253–254.

wskazywane przez doktrynę. Zgodnie ze stanowiskiem B. Kordasiewicza, w sytuacji gdy spadkodawca pozostawił kilka testamentów, bieg terminu przedawnienia rozpoczynać się będzie dopiero wówczas, gdy ogłoszona zostanie treść ostatniego z nich⁴⁹. Odmienną opinię prezentuje P. Księżak, który uważa, że początkiem terminu przedawnienia będzie ogłoszenie pierwszego testamentu, a dopiero w sytuacji gdy zostanie stwierdzone, że kolejny testament ma wpływ na roszczenie o zachówek, termin zacznie biec od początku⁵⁰. Najobszerniejszą grupę okoliczności opóźniających moment początkowy wskazanego terminu prezentują E. Skowrońska-Bocian i J. Wierciński. Autorzy wiążą instytucję przedawnienia roszczenia o zachówek z jego wymagalnością, prezentując sytuacje, w których żądanie nie będzie wymagalne, *implicite*, nie rozpocznie się bieg terminu wskazanego w art. 1007 § 1 k.c.⁵¹ Nieuczciwością byłoby niewskazanie, że komentatorzy wiążą te okoliczności oraz ich skutek także z roszczeniem przeciwko obdarowanemu⁵². W tym wymiarze więc spadkobierca testamentowy nie jest „uprzywilejowany”. Konieczne jest także wspomnienie, że zaprezentowany powyżej pogląd nie spotyka się z powszechną akceptacją w doktrynie. P. Księżak akcentuje, że oba terminy wskazane w art. 1007 k.c. mają charakter obiektywny i są ściśle oraz precyzyjnie określone, a więc ich przestrzegania nie powinno się wiązać z regulacją zawartą w art. 120 k.c.⁵³ Abstrahując od rozstrzygnięcia powstałego w doktrynie sporu, nie jest to przedmiotem i celem niniejszego artykułu, należy zauważyć, że występuje istotna rozbieżność pomiędzy momentem, w którym przedawni się roszczenie kierowane przeciwko spadkobiercy testamentowemu, a tym, w którym dojdzie do przedawnienia analogicznego żądania, adresowanego jednak do obdarowanego lub zapisobiercy windykacyjnego. Istotny problem praktyczny powstaje więc, gdy jeden podmiot jest jednocześnie spadkobiercą testamentowym i obdarowanym, ewentualnie zapisobiercą windykacyjnym. Należy jeszcze zauważyć, że podobnego problemu nie powoduje dziedziczenie ustawowe. Odnośnie do roszczenia przeciwko spadkobiercy ustawowemu stosuje się *per analogiam* art. 1007 § 2, ten sam, co w przypadku obdarowanego i zapisobiercy windykacyjnego⁵⁴. Nie powstaje więc rozbieżność w terminie przedawnienia żądania.

⁴⁹ B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 1112.

⁵⁰ P. Księżak, *op. cit.*, s. 460.

⁵¹ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *op. cit.*, s. 252. Autorzy wymieniają następujące okoliczności powodujące brak wymagalności roszczenia o zachówek:

- 1) niewyjaśnienie, który z pozostawionych przez spadkodawcę testamentów jest ważny i wiążący,
- 2) nieustalenie, czy spadkodawca doszedł do dziedziczenia po innej osobie,
- 3) uprawniony do zachowku jest uważany z mocy prawomocnego postanowienia sądu za spadkobiercę testamentowego,
- 4) na rzecz uprawnionego do zachowku został poczyniony w testamencie zapis zawieszający.

⁵² *Ibidem*, s. 254.

⁵³ P. Księżak, *op. cit.*, s. 260–264.

⁵⁴ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, C.H.Beck, Warszawa 2016, s. 189.

Przedstawione zagadnienie problemowe sygnalizował już w swojej monografii P. Księżak, posługując się następującym przykładem: „Przykładowo troje dzieci A, B, C powołanych zostało do spadku o wartości 120 000 testamentem, przy czym A otrzymał wcześniej darowiznę 600 000. Zachówek B i C wynoszą po 120 000. Każdy z nich ma roszczenie wobec A o zapłatę tytułem uzupełnienia zachowku kwoty 80 000”⁵⁵. Dalej autor stwierdza, że w przedstawionym stanie faktycznym możliwe jest liczenie biegu terminu od momentu otwarcia spadku lub ogłoszenia testamentu, aby ostatecznie dojść do konstatacji, iż należy zastosować art. 1007 § 1 k.c., ponieważ spadkobierca zawsze odpowiada w pierwszym rzędzie, a obdarowany jedynie subsydiarnie⁵⁶. W stosunku do takiego, jakkolwiek jasnego i spójnego, rozwiązania można próbować przedstawić alternatywę. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, że dziecko A jest osobą uprawnioną do zachowku, a więc jego odpowiedzialność ogranicza się do nadwyżki nad własnym zachowkiem. Wartość spadku dziedziczonego przez A wynosi 40 000, łączna zaś wysokość roszczeń o zachówek to 160 000. Oczywiście konieczne jest zaliczenie na poczet zachowku A otrzymanej przez niego darowizny. Dla przedstawienia skutków takiej operacji można ponownie posłużyć się przykładem: „Spadkodawca powołał do spadku o wartości 10 000 syna A, na rzecz którego uczynił wcześniej darowiznę 20 000. Wielkość zachowków synów A i B wynosi po 7500. Na zachówek A zalicza się darowiznę, co powoduje, że za zachówek B odpowiada on do wysokości spadku (10 000), a zatem w pełnym wymiarze”⁵⁷. Stosując analogię do analizowanego powyżej przykładu należy stwierdzić, że zaliczenie darowizny na zachówek nie powoduje, że A odpowiada w granicach całego swojego przysporzenia (640 000), lecz tylko do wysokości spadku (40 000). W tym też zakresie będzie on musiał zrealizować roszczenie swojego rodzeństwa jako spadkobierca, na podstawie art. 991 k.c. Ze względu na zasadę, że w przypadku gdy niemożliwe jest pełne zaspokojenie roszczeń wszystkich uprawnionych, spadkobierca spełnia roszczenia poszczególnych wierzycieli proporcjonalnie⁵⁸, rodzeństwo powinno otrzymać na podstawie art. 991 k.c. po 20 000 od A. W pozostałym zakresie dłużnikiem będzie ta sama osoba, jednak uzasadnienie dla jej odpowiedzialności stanowić będzie już art. 1000 k.c. Oznacza to, że osoba A obowiązana będzie zapłacić po 60 000 każdemu z rodzeństwa jako obdarowany. Interpretacja taka, z pewnością bardziej zawiła, wydaje się jednak lepiej odpowiadać wykładni przepisów, zarówno gramatycznej, jak i celowościowej. Odpowiedzialność osoby A wynika bowiem właśnie z tego, że otrzymała ona darowiznę, dlatego też w większym zakresie powinna być regulowana w sposób właściwy dla podmiotu obdarowanego. W związku z tym bieg

⁵⁵ P. Księżak, *op. cit.*, s. 470.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 470–471.

⁵⁷ P. Księżak, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Spadki*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 745.

⁵⁸ J. Kremis, R. Strugała, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1821.

przedawnienia odnośnie do kwoty 20 000 rozpoczynałby się wraz z ogłoszeniem testamentu, zaś odnośnie do pozostałych 60 000 w momencie otwarcia spadku.

Wydaje się, że wskazane powyżej rozwiązanie można zastosować analogicznie do sytuacji, w której spadkobierca, także nieposiadający prawa do zachowku, przyjmuje spadek z dobrodziejstwem inwentarza, a więc jego odpowiedzialność za długi spadkowe jest ograniczona do stanu czynnego spadku. Warto zmodyfikować przytoczony powyżej stan faktyczny w ten sposób, że podmiot A nie jest dzieckiem, lecz np. bratem spadkodawcy. Wówczas nie znajduje się on w kręgu osób uprawnionych na podstawie art. 991 § 1 k.c. Może jednak przyjąć spadek z dobrodziejstwem inwentarza. Dzięki temu odpowiada za długi spadkowe, także za zachówek, w granicach 40 000 otrzymanych z tytułu dziedziczenia testamentowego. Odnośnie do pozostałej kwoty aktualizować będzie się przesłanka niemożliwości spełnienia świadczenia, co rodzi odpowiedzialność obdarowanego. Ponownie więc, pomimo tożsamości podmiotowej dłużnika, dochodzić będzie do rozdwojenia podstaw jego odpowiedzialności, a tym samym wewnętrznego zróżnicowania terminów przedawnienia.

Mniej skomplikowana jest sytuacja, w której darowizna dokonana na rzecz podmiotu powołanego do dziedziczenia testamentem sprawia, że wartość czynna spadku wynosi zero. Spadkobierca, a jednocześnie obdarowany, który będzie uprawniony do zachowku lub przyjmie spadek z dobrodziejstwem inwentarza, odpowiadać będzie wówczas wyłącznie na podstawie art. 1000 k.c. Interpretacja taka nie powinna budzić kontrowersji ze względu na swoją zgodność zarówno z literą, jak i duchem prawa. Po pierwsze bowiem, bezsprzecznie realizowana jest w takiej sytuacji przesłanka niemożliwości spełnienia świadczenia. Jakakolwiek byłyby wysokość roszczenia o zachówek lub wartość zachowku, do którego uprawniony jest sam spadkobierca, nieskuteczne będzie kierowanie przeciwko niemu żądań w oparciu o art. 991 k.c., gdy wartość spadku wynosi zero. Po drugie, przysporzenie rodzące odpowiedzialność ewentualnego dłużnika pochodzi właśnie z darowizny, przypuszczalnie z niej właśnie będzie też zaczerpnięta kwota służąca realizacji roszczenia. Celowe jest więc tutaj posługiwanie się instytucją odpowiedzialności obdarowanego oraz przepisem art. 1007 § 2 w odniesieniu do przedawnienia roszczenia. Twierdzenie to pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem judykatury. Orzekając w sprawie o stanie faktycznym analogicznym do opisywanego, Sąd Najwyższy zauważył: „Trafnie także skarżący wskazali na możliwość zastosowania w sprawie art. 1000 § 1 k.c. Przy czystej wartości spadku równej zero ustanowiona w tym przepisie subsydiarna odpowiedzialność obdarowanego, gdy uprawniony nie może od spadkobiercy otrzymać należnego mu zachowku, aktualizowałaby się ze względu na odnoszące się do pozwanej jako spadkobierczyni ograniczenie odpowiedzialności za zapłatę zachowku, przewidziane w art. 999 k.c. W świetle tego ostatniego

przepisu spadkobierca uprawniony do zachowku odpowiada za zachówek innej osoby tylko do wysokości nadwyżki czystej wartości spadku nad swoim zachowkiem”. Sąd Najwyższy dopuszcza więc możliwość odpowiadania przez spadkobierczynię za zachówek na podstawie art. 1000 k.c. ze względu na to, że wcześniej otrzymała ona darowiznę wyczerpującą cały spadek⁵⁹.

Należy zauważyć, że występuje także układ okoliczności, w którym spadkobierca, na rzecz którego spadkodawca dokonał darowizny, będzie odpowiadać w pełnym zakresie na podstawie art. 991 § 2 k.c., niezależnie od wartości spadku. Mowa tutaj o sytuacji, w której powołany do dziedziczenia nie jest uprawniony do zachowku i przyjął spadek wprost. Nie występują w takiej sytuacji okoliczności, które w jakikolwiek sposób ograniczałyby odpowiedzialność spadkobiercy za zachówek⁶⁰. Jak już wspomniano powyżej, z powszechną akceptacją doktryny spotyka się sięganie do majątku osobistego dłużnika w celu realizacji analizowanego roszczenia⁶¹. Wartość otrzymanej przez spadkobiercę darowizny wchodzi natomiast w skład takiego majątku. Bezcelowe i niemające oparcia w prawie byłoby więc stosowanie art. 1000 k.c. Po pierwsze, nie aktualizuje się tutaj przesłanka niemożliwości spełnienia świadczenia. Po drugie, bezprzedmiotowe jest swoiste „wyłączenie” darowizny z majątku spadkodawcy, skoro i tak odpowiada on za zachówek całą jego wartością. Należy też podkreślić, że nie aktualizuje się w analizowanej sytuacji możliwość zastosowania art. 5 k.c., o której mowa była szeroko w rozdziale drugim artykułu. Nie występuje bowiem tutaj żądanie, które byłoby aksjologicznie nieakceptowalne ze względu na dolegliwą stratę lub stan skrajnej niesprawiedliwości wynikający ze szczególnych okoliczności. Spadkobierca otrzymał przysporzenie z majątku spadkodawcy, więc słuszne jest kierowanie przeciwko niemu żądania o zapłatę zachowku.

Konkludując, przedstawiona powyżej zbieżność podmiotowa pomiędzy osobą spadkobiercy i obdarowanego prowadzi do komplikacji związanych z określeniem podstawy odpowiedzialności materialnej za zachówek, a co za tym idzie określeniem terminu przedawnienia. Szczególnie interesujący wydaje się być stan faktyczny, w którym dopuszczalność spełnienia świadczenia przez spadkobiercę jest ograniczona. Wykładnia gramatyczna, zwłaszcza posłużenie się pojęciem niemożliwości otrzymania zachowku, każe zakładać, że w takiej sytuacji, pomimo jednoczesnego statusu spadkobiercy, dłużnik ponosić może odpowiedzialność jako obdarowany. Zastosowanie więc odnośnie do terminu przedawnienia znajdzie art. 1007 § 2 k.c. Zakres posłużenia się nim będzie jed-

⁵⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2004 r. (II CK 444/02), LEX nr 112873.

⁶⁰ Warto w tym miejscu ponownie przywołać cytowany już fragment orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 lutego 2014 r. (I ACa 302/13), niepubl., LEX nr 1362991: „Jeżeli spadkodawca dokonał darowizny wyczerpującej cały spadek, uprawniony do zachowku może dochodzić od obdarowanego roszczenia o zachówek w granicach określonych w art. 1000 k.c.”.

⁶¹ Zob. m.in.: J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 278; P. Księżak, *op. cit.*, s. 412.

nak uzależniony nie tylko od sytuacji prawnej, ale też faktycznej wysokości poszczególnych przysporzeń i roszczeń, co wykazane zostało szczegółowo powyżej.

5. Zakończenie i *de lege ferenda*

Celem niniejszego artykułu było wskazanie wybranych problemów związanych z modelem podmiotowym instytucji zachowku oraz próba określenia ich rozwiązań. Powyższe rozważania pozwalają dojść do konstatacji, że pozornie jasna i przejrzysta regulacja wymaga ciągłego uzupełniania, a nawet korygowania przez doktrynę oraz judykaturę. Wzbogacenie instytucji zachowku o dopuszczalność zastosowania klauzuli zasad współżycia społecznego, potwierdzenie uprawnienia spadkobiercy do występowania z przedmiotowym roszczeniem czy wreszcie odpowiednie dostosowanie podstawy ustawowej świadczenia do stanu faktycznego i prawnego służy temu, aby analizowane instrumenty prawne w pełni realizowały swój cel i odzwierciedlały powiązane z nim poczucie sprawiedliwości społecznej. Wtórne dostosowywanie litery prawa do potrzeb prakseologicznych i wymogów aksjologicznych za pomocą odpowiedniej wykładni bywa zjawiskiem naturalnym i pozytywnym. Z drugiej strony nagromadzenie takich zabiegów budzi wątpliwości co do tego, czy sam zespół norm nie powinien zostać ustawowo zmodyfikowany.

Jak już wspomniano we wstępie, podstawową alternatywą dla systemu zachowku jest wywodząca się z ustawodawstwa francuskiego rezerwa. Ze względu na jej wieloletnie obowiązywanie na obecnym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, była ona opisywana i analizowana w rodzimej doktrynie. Warto więc również w niniejszym artykule pochylić się nad tym, czy instytucja części obowiązkowej posiada zalety, które mogłyby sprawić, że byłaby ona rozwiązaniem lepszym i sprawniejszym od systemu zachowku uregulowanego w polskim kodeksie cywilnym. Rezerwa z pewnością pełniej chroni najbliższych członków rodziny spadkodawcy. Uprawniony do części obowiązkowej dziedziczy z mocy prawa, a w związku z tym jest stroną postępowania w przedmiocie działu spadku i częściej niż w przypadku zachowku otrzymuje w naturze składniki majątkowe, do których, jako członek rodziny, może być przywiązany. Rozwiązanie to sprawia także, że łatwiejsze jest kontynuowanie przez spadkobierców działalności gospodarczej opartej na rodzinnym przedsiębiorstwie⁶². Analizowana instytucja przejawia także pewne walory pod względem procesowym. Całościowe rozstrzygnięcie o przysporzeniach, jakie otrzymują poszczególni zainteresowani, może się zamykać na etapie działu spadku⁶³. Istotnie odróżnia to rezerwę od zachowku, gdyż w przypadku tego drugiego systemu stwierdzenie

⁶² M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 196.

⁶³ *Ibidem*, s. 197.

nabycia spadku oraz występowanie z roszczeniem o wypłatę należnej kwoty z tytułu zachowku podlega dwóm odrębnym postępowaniom, co rodzi nie tylko daleko idące komplikacje, ale też jest uciążliwe dla członków rodziny spadkodawcy⁶⁴. Zawsze istnieje też pewna doza ryzyka, że roszczenie uprawnionego do zachowku ostatecznie nie będzie mogło być zrealizowane. W przypadku rezerwy również występuje element roszczenia. Wydaje się jednak, że każdorazowo odnosi się ono do konkretnego przysporzenia, gdyż jest to roszczenie o zmniejszenie dyspozycji spadkodawcy. Nie decyduje tutaj więc sam formalny status, jak jest to w przypadku zachowku, gdzie spadkobierca testamentowy może być obciążony roszczeniem o zapłatę zachowku, choć *de facto* został on pozbawiony przysporzenia, np. wskutek wcześniejszych darowizn spadkodawcy. Problemy takie rezerwa zdaje się eliminować, skoro roszczenie każdorazowo dotyczy konkretnej szkodliwości, czy to testamentowej, czy w formie darowizny. Nie jest jednak też system części obowiązkowej wolny od wad. Kluczowym mankamentem wydaje się być bardzo radykalne ograniczanie swobody testowania, skoro zakłada się z góry, że spadkodawca może swobodnie dysponować tylko określoną częścią swojego majątku. Problemem bywa także zagrożenie pewności obrotu. Uregulowanie rezerwy zezwala na wzruszanie darowizn dokonanych nawet wiele lat przed otwarciem spadku, przy czym obecnie ten daleko idący skutek jest często łagodzony poprzez zastosowanie klauzuli dobrej wiary osób obdarowanych, jak również wprowadzanie krótkich terminów przedawnienia roszczeń⁶⁵. System rezerwy może także rodzić pewne komplikacje. Pozornie prosta regulacja prawa materialnego wywołuje wiele trudności związanych zwłaszcza z tym komu i w jakiej wielkości przysługuje część obowiązkowa w konkretnym stanie faktycznym. Konieczność podziału rodzinnych majątków bywa z kolei mankamentem wynikającym z występującego w rezerwie dziedziczenia w naturze⁶⁶.

Nie jest więc łatwo odpowiedzieć na pytanie, czy zmiana ustawowa polegająca na wprowadzeniu do polskiego prawa spadkowego systemu części obowiązkowej, byłaby korzystna. Być może stanowiłaby ona pewne remedium na problemy wskazane w niniejszym artykule ze względu na przewidywany w modelu francuskim związek pomiędzy roszczeniem uprawnionego a konkretnym przysporzeniem dokonany przez spadkodawcę. Jednocześnie jednak system części obowiązkowej zawiera pewne mankamenty, które w perspektywie czasu mogłyby zacząć przeważać nad zaletami instytucji. Należy także zwrócić uwagę na to, że wprowadzenie modelu części obowiązkowej do polskiego kodeksu cywilnego z jednoczesnym zachowaniem dotychczasowej

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 947.

⁶⁶ K. Przybyłowski, *op. cit.*, s.13; w powojennej literaturze mankament ten wskazywano także m.in. w: A. Szpunar, *Zachówek...*, s. 52; J.S. Piąkowski, *op. cit.*, s. 263; M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 197, B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 947.

regulacji prawa spadkowego w obecnym kształcie, mogłoby się okazać rozwiązaniem wadliwym. Doszłoby bowiem do wewnętrznej sprzeczności ideowej pomiędzy zaczerpniętą z niemieckiej cywilistyki szeroką swobodą testowania a francuskim jusnaturalizmem, który na piedestale stawia więzy krwi, jedynie zaś w zakresie nieuregulowanym zezwala na rozrządzenie majątkiem zgodnie z wolą spadkodawcy. Konieczna więc mogłaby okazać się głębsza reforma całego prawa spadkowego, co jednak byłoby zabiegiem zdecydowanie nastrożającym wiele trudności.

Warto zastanowić się więc nad modyfikacjami, jakie można by zastosować w odniesieniu do przyjętego w Polsce instrumentarium prawnego. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że instytucja zachowku jest regulacją kierowaną do szerokiego grona adresatów. Większość z nich to osoby, u których świadomość treści prawa jest niska. Prawdopodobnie nie korzystają też one z profesjonalnych usług prawniczych oraz nie mają na co dzień styczności z wykładnią i stosowaniem norm ustawowych. Dlatego regulacja, tak istotna dla przeciętnego obywatela, powinna być jak najprostsza i najbardziej przejrzysta. Tymczasem pozornie prosty i logiczny model podmiotowy instytucji okazuje się rodzić wiele komplikacji oraz wątpliwości. Wydaje się, że istotną rolę odgrywa tutaj charakterystyczna struktura kaskadowa kreującą odpowiedzialność kolejnych podmiotów. Jak wiadomo, w pierwszym rzędzie odpowiadają spadkobiercy, dopiero po nich zapisobiercy windykacyjni, a na końcu obdarowani. Można by więc rozważyć znaczne uproszczenie tego modelu poprzez ustanowienie równoległej odpowiedzialności za zachówek podmiotów, które w danym okresie przed otwarciem spadku otrzymały nieodpłatne przysporzenie z majątku spadkobiercy oraz tych, którzy zostali powołani do dziedziczenia lub otrzymali zapis windykacyjny. Wysokość roszczenia kierowanego przeciwko danej osobie musiałaby być proporcjonalna do wartości otrzymanej przez adresata korzyści materialnej w stosunku do całego substratu zachowku.

Łatwo zobrazować taką konstrukcję prawną na przykładzie. Przypuśćmy, że w danej sprawie występują trzy podmioty: A, B, C, gdzie A jest uprawnionym do zachowku małżonkiem spadkobiercy, B spadkobiercą testamentowym nieuprawnionym do zachowku, a C obdarowanym. Spadkodawca pozostawił po sobie także jedno dziecko. A nie otrzymał żadnego przysporzenia, B odziedziczył 200 000, zaś C otrzymał darowiznę o wartości 600 000. Substrat zachowku wynosi więc 800 000. A przysługuje roszczenie o zachówek w wysokości 200 000⁶⁷. Ze względu na to, że wartość spadku odziedziczony przez B wynosi 200 000, a jest to $\frac{1}{4}$ substratu zachowku (800 000), podmiot ten odpowiada proporcjonalnie do $\frac{1}{4}$ zachowku przysługującego A. Oznacza

⁶⁷ Zakładając, że A jest osobą pełnoletnią i zdolną do pracy, należy uznać, że przysługuje mu roszczenie o zachówek w wysokości $\frac{1}{2}$ udziału spadkowego. W przypadku małżonka, gdy spadkodawca pozostawił także zstępne, udział taki wynosi $\frac{1}{2}$ majątku spadkowego. Tak więc konieczne jest przeprowadzenie następującej operacji: $(800\ 000 \times \frac{1}{2}) \times \frac{1}{2} = 200\ 000$.

to, że A może kierować przeciwko B roszczenie o zachówek w wysokości 50 000 ($200\ 000 \times \frac{1}{4} = 50\ 000$). Tymczasem darowizna otrzymana przez C stanowi aż $\frac{3}{4}$ substratu zachowku, a więc A może żądać od tego podmiotu zapłaty pozostałych 150 000 ($200\ 000 \times \frac{3}{4} = 150\ 000$).

Wskazana powyżej konstrukcja może okazać się korzystna dla każdej ze stron. Uprawniony do zachowku otrzymuje bowiem szerszą możliwość działania i większą gwarancję spełnienia przysługującego mu świadczenia. Może kierować żądanie jednocześnie do spadkobiercy i zapisobiercy windykacyjnego lub obdarowanego. Dopuszczalność występowania przez niego z roszczeniem przeciwko danemu podmiotowi nie jest już uzależniona od tego, czy spełnienie świadczenia przez poprzedniego adresata przewidzianego w ustawowym modelu okaże się niemożliwe. Tymczasem spadkobierca korzysta z szerszej ochrony, gdyż jego odpowiedzialność zostaje znacznie ograniczona. Wystarczy wskazać, że zgodnie z obecną regulacją, przy stanie faktycznym analogicznym do powyższego, spadkobierca testamentowy odpowiadałby za zachówek w pełnej wysokości 200 000, co konsumowałoby cały jego spadek. Natomiast obdarowany nie traciłby nic ze swojej wysokiej darowizny, ponieważ spadkobiercy nie przysługuje przeciwko niemu nawet roszczenie regresowe. Można także zmodyfikować wskazany stan faktyczny w ten sposób, że C otrzymywałaby darowiznę o wartości 800 000, która wyczerpywałaby cały majątek spadkodawcy. W tej sytuacji, gdyby B przyjął spadek wprost, roszczenie o zachówek w wysokości 200 000 obciążałoby jego majątek osobisty. Jedynym rozwiązaniem byłoby podważanie słuszności żądania w oparciu o art. 5 k.c., zgodnie z tym, co wykazane zostało w rozdziale 2 artykułu. Rodzi to jednak dodatkowe komplikacje i wątpliwości. Proponowane rozwiązanie służyłoby więc też utrzymaniu ogólnospołecznego poczucia sprawiedliwości. Każdy z dłużników odpowiadałby bowiem stosownie do wysokości przysporzenia, jakiego doznał, a nie jego formalnej podstawy.

Uproszczeniu regulacji, której przedmiotem jest roszczenie o zachówek, towarzyszyć mogłaby także unifikacja terminu przedawnienia. Przy równoległej odpowiedzialności wszystkich podmiotów, które otrzymały przysporzenie z majątku spadkodawcy, trudno jest znaleźć racjonalne uzasadnienie dla wspomnianej rozbieżności. Jednocześnie warto rozważyć przedłużenie terminu przedawnienia przynajmniej do okresu dziesięcioletniego.

Konkludując, instytucja zachowku w prawie polskim, pomimo zamierzonej etycznej podstawy, rodzi wiele wątpliwości aksjologicznych. Korygowane bywają one przez judykaturę oraz doktrynę, co jest zjawiskiem pozytywnym. Z czasem konieczne może się jednak okazać wprowadzenie głębokich modyfikacji regulacji ustawowej.

Bibliografia

Źródła

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2008 r. (III CSK 255/07), OSNC 2009/3/47.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r. (IV CK 215/03), niepubl., LEX nr 152889.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2004 r. (II CK 444/02), niepubl., LEX nr 112873.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1981 r. (III CZP 18/81), OSNC 1981/12/228.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 października 2016 r. (I ACa 609/16), niepubl., LEX nr 2188884.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2016 r. (VI ACa 868/15), niepubl., LEX nr 2137047.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 grudnia 2015 r. (VI ACa1779/14), niepubl., LEX nr 1971055.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 lutego 2014 r. (I ACa 302/13), niepubl., LEX nr 1362991.

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 6 marca 2014 r. (III Ca 1119/13), niepubl., LEX nr 2128843.

Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 21 lutego 2014 r. (III C 236/12), niepubl.

Literatura

Bieluk J., *Rozliczenia związane ze spadkiem*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

Borysiak W., *O prawie spadkobierców ustawowych do zachowku*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 5.

Borysiak W., *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym i prawnoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8/2.

Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe w zarysie*, PWN, Warszawa 1985.

Gwiazdomorski J., *Rezerwa czy zachówek?*, „Prawo i Życie” 1959, nr 12.

Justyński T., *Glosa do wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r.*, IV CK 215/03, „Państwo i Prawo” 2005, nr 6.

Kordasiewicz B., *Zachówek*, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, B. Kordasiewicz (red.), t. 10. *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

Kosik J., *Dwie kwestie z zakresu odpowiedzialności spadkobiercy za zachówek w Kodeksie cywilnym*, „Prawo” 1983, t. 105, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 609, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/59709/directory.pdf>.

Kosik J., *Zachówek*, [w:] J.S. Piątoski (red.), *System Prawa Cywilnego*, Ossolineum, Wrocław 1985.

Kremis J., *Glosa do wyroku z dnia 30 stycznia 2008 r.*, III CSK 255/07, OSP 2009/5/54.

Kremis J., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.

- Kremis J., Strugała R., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Księżak P., *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Piątowski J.S., *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1979.
- Przybyłowski K., *Rezerwa czy zachowek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 21.
- Rzetecka-Gil A., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 lutego 2004 roku, sygn. akt: 444/02*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2007, nr 2, <http://www.lex.pl/akt/-/akt/glosa-do-wyroku-sn-z-dnia-13-lutego-2004-r-ii-ck-4442002>.
- Skowrońska – Bocian E., *Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Skowrońska-Bocian E., Wierciński J., [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Sójka-Zielińska K., *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Liber, Warszawa 2009.
- Szpunar A., *Glosa do uchwały SN z 19.5.1981 r.*, „Nowe Prawo” 1983, nr 2.
- Szpunar A., *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948, z. 8.
- Trąbecki C., *Zachowek według kodeksu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1965, nr 10.
- Zachariasiewicz M.A., *Zachowek czy rezerwa? Głos w dyskusji nad potrzebami i kierunkami zmian polskiego prawa spadkowego*, „Rejent” 2006, nr 2.

Monika Szczotkowska
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Odpowiedzialność osób fizycznych działających w imieniu spółki kapitałowej za jej szkodę spowodowaną doprowadzeniem do naruszenia prawa konkurencji

Liability of persons acting on behalf of a capital company towards the company for infringement of competition law

Streszczenie

Powszechny nieograniczony dostęp do kapitału oraz związany z tym wzrost liczby konkurujących ze sobą na rynku podmiotów sprzyja popełnianiu przez konkurentów czynów naruszających zasady uczciwej rywalizacji. Najcięższych naruszeń dopuszczają się zwykle najwięksi gracze rynkowi – w szczególności spółki kapitałowe. Dopuszczenie się przez spółkę kapitałową czynu naruszającego prawo konkurencji może się dla niej wiązać z licznymi dolegliwościami, w szczególności karami finansowymi. W przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą oraz spółek osobowych popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przez przedsiębiorcę jednocześnie oznacza dolegliwość dla osób działających w imieniu takich podmiotów. W przypadku spółek kapitałowych nie jest to już zasadą, a ponadto zdarza się, że osoby zarządzające spółkami kapitałowymi działają w obliczu konfliktu interesów prywatnych i interesów spółki. W polskim prawie istnieją mechanizmy dochodzenia przez spółkę kapitałową odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę wyrządzoną czynem nieuczciwej konkurencji spowodowaną działaniem konkretnych osób fizycznych. Podstawą roszczeń odszkodowawczych są przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej według zasad ogólnych k.c., a w przypadku funkcjonariuszy spółki zastosowanie znajdą także przepisy k.s.h. dotyczące odpowiedzialności wobec spółki za szkodę powstałą na skutek bezprawnego działania lub zaniechania członka organu. Odpowiedzialność pracowników jest ograniczona przepisami kodeksu pracy – pracownik odpowie do trzykrotności wysokości wynagrodzenia, chyba że wyrządził szkodę umyślnie.

Słowa kluczowe

odpowiedzialność osób fizycznych, czyn nieuczciwej konkurencji, odpowiedzialność osób zarządzających

Abstract

A universal and unrestricted access to capital and the related increase in the number of entities competing on the market favors the situation where competitors commit acts violating the principles of fair competition. The gravest infringements are usually committed by the largest market players – in particular capital companies. Violation of competition law by a company may result in numerous punishments, in particular financial penalties. In the case of natural persons running a business and partner-

ships, the act of unfair competition committed by an entrepreneur also means a complaint for persons acting on behalf of such entities. In the case of companies, this is no longer a rule, and moreover, forces managers to operate in a situation of conflict between private interests and company's interests. In Polish law there are mechanisms allowing a company to claim compensation for the damage caused by an act of unfair competition caused by the action of specific natural persons. The basis for claims for damages are the provisions on liability for damages according to general rules of civil liability, and in the case of company's officers the provisions of the Commercial Companies Code concerning liability to the company for the damage resulting from an unlawful action or omission of a member of the company's body. The liability of employees is limited by the provisions of the Labor Code – an employee is accountable to three times the amount of remuneration, unless he or she caused the damage intentionally.

Key words

responsibility of natural persons; act of unfair competition; liability of managing persons

Wprowadzenie

Powszechny nieograniczony dostęp do kapitału oraz związany z tym wzrost liczby konkurujących ze sobą na rynku podmiotów sprzyja popełnianiu przez konkurentów czynów naruszających zasady uczciwej rywalizacji. To z kolei powoduje, że coraz większą rolę odgrywają instytucje ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji. Pomimo tego, że popełnianie najbardziej szkodliwych dla rynku czynów nieuczciwej konkurencji, takich jak zmony przetargowe, porozumienia dotyczące kształtowania cen lub podziału rynku, a także niedozwolone koncentracje mają zwykle charakter niejawni¹ i są trudne do wykrycia, to jednak walka z łamaniem konkurencji jest coraz skuteczniejsza. Efektywność wzrasta nie tylko dzięki zabiegom legislacyjnym, ale również dzięki prowadzonym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) badaniom mającym na celu wypracowanie mechanizmów wykrywania czynów nieuczciwej konkurencji, a także kampaniom edukacyjnym prowadzonym przez UOKiK i wzrastającą dzięki temu świadomością prawną.

Najcięższych naruszeń dopuszczają się zwykle najwięksi gracze rynkowi – w szczególności spółki kapitałowe². Dopuszczenie się przez spółkę kapitałową czynu naruszającego prawo konkurencji może się dla niej wiązać z licznymi dolegliwościami, w szczególności karami finansowymi³. W przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą oraz spółek osobowych popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przez przedsiębiorcę pociąga za sobą automatycznie dolegliwość dla osób działających w imieniu takich podmiotów – szkoda poniesiona przez któregokolwiek z powyższych przedsiębiorców powoduje bezpośrednio szkodę dla konkretnej osoby fizycznej, która działa-

¹ *Zmony przetargowe*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2013, s. 15.

² *Ibidem*, s. 11.

³ *Ibidem*, s. 15.

ła w imieniu tego przedsiębiorcy. W przypadku spółek kapitałowych jest to bardziej skomplikowane. Sam fakt poniesienia szkody przez spółkę kapitałową jako rezultat uczestnictwa w porozumieniu naruszającym uczciwą konkurencję nie musi automatycznie oznaczać adekwatnego uszczerbku w majątku osoby fizycznej działającej w imieniu spółki kapitałowej, oczywiście poza odpowiedzialnością indywidualną tych osób⁴. Dodatkowo różnego rodzaju programy motywacyjne powiązane z wyceną akcji (udziałów) mogą sprawiać, że osoby zarządzające spółką kapitałową będą działać w perspektywie krótkoterminowego wzrostu wartości akcji za wszelką cenę⁵. Wyjątek stanowią sytuacje, w których osoba fizyczna działająca w imieniu spółki kapitałowej jest jednocześnie jej współnikiem lub akcjonariuszem – wtedy wyrządzenie szkody w majątku spółki bezpośrednio wpływa na szkodę tej osoby w postaci zmniejszenia wysokości przysługującej dywidendy. W związku z tym konieczne jest zapewnienie spółce kapitałowej możliwości dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej od osób, które działały w jej imieniu. Taką możliwość zapewniają spółce zarówno przepisy kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.) przewidujące odpowiedzialność odszkodowawczą funkcjonariuszy wobec zarządzanej spółki, jak i przepisy kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) stanowiące ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, a nawet przepisy kodeksu pracy (dalej: k.p.).

1. Osoby działające w imieniu spółki kapitałowej i podstawy ich odpowiedzialności wobec spółki

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne jako osoby prawne działają przez swoje organy⁶. Zgodnie z art. 201 § 1 k.s.h. (368 § 1 k.s.h.) prawo prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji posiada zarząd⁷. Prawo reprezentacji obejmuje wszystkie czynności sądowe i pozasądowe i nie może być ograniczone względem osób trzecich. W określonych przypadkach prawo członka zarządu lub poszczególnych jego członków może zostać ograniczone w stosunkach wewnętrznych, tj. w stosunkach między członkiem zarządu a spółką. Przykładem może być wyłączenie z art. 209 k.s.h. oraz 379 k.s.h.,

⁴ Odpowiedzialność osób fizycznych, które dopuściły do naruszenia przez spółkę prawa konkurencji, reguluje art. 106a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331); dalej u.o.k.k. Jest to jednak odpowiedzialność autonomiczna, obok odpowiedzialności spółki i ta odpowiedzialność nie ma wpływu na odpowiedzialność spółki kapitałowej, a ponadto ograniczona podmiotowo – stosuje się ją do osób zarządzających w rozumieniu definicji zawartej w u.o.k.k. (tak M. Kulesza, *Zakres podmiotowy pojęcia osoby zarządzającej w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, internetowy „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 4, s. 105).

⁵ E. Brigham, J. Houston, *Zarządzanie finansami*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2015, s. 15.

⁶ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el. 2018.

⁷ Z. Kuniewicz, *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2005, s. 113–114.

zgodnie z którymi w umowie lub w sporze między spółką a członkiem zarządu spółkę reprezentuje rada nadzorcza, chyba że został do tego ustanowiony pełnomocnik. Kompetencje rady nadzorczej ograniczają się jednak do sprawowania kontroli nad działalnością zarządu – nie pozwalają ingerować w decyzje zarządu, wyraźnie tego zakazując. Statut lub umowa spółki mogą przewidywać, że zarząd w określonych przypadkach jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem określonych w tej umowie (statucie) czynności. Dość szczególną sytuacją jest natomiast oddelegowanie członka rady nadzorczej do czasowego pełnienia funkcji członka zarządu⁸. W takiej sytuacji członkowi rady nadzorczej przysługuje prawo reprezentacji na równi z pozostałymi członkami zarządu. Taka sytuacja jest jednak nietypowa, w k.s.h. przewidziana jest jedynie dla spółki akcyjnej⁹.

W okresie od dnia otwarcia likwidacji do dnia wykreślenia spółki z rejestru prawo prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji przysługuje likwidatorom. Prawo to jest jednak ograniczone zakresem kompetencji likwidatorów¹⁰, które obejmują czynności zmierzające do zakończenia bieżących interesów spółki, ściągnięcia wierzytelności, wypełnienia zobowiązań i upłynnienia majątku spółki.

Wyżej wymieniony krąg osób jest objęty ustawowym prawem reprezentacji. Oprócz ww. istnieje jeszcze druga grupa podmiotów, które mają prawo reprezentowania spółki w oparciu o czynność prawną – np. prokura lub pełnomocnictwo. Do tego kręgu osób zaliczyć należy głównie: prokurentów, pełnomocników, pracowników spółki kapitałowej lub osoby współpracujące ze spółką na podstawie umowy cywilno-prawnej. Prokurent w zakresie pozaustawowej podstawy swojego prawa do reprezentowania spółki ma prawo działania w granicach wyznaczonych przepisami kodeksu cywilnego, czyli do dokonywania czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej – prawa tego, analogicznie jak w przypadku członków zarządu, nie można ograniczyć względem osób trzecich¹¹. Pracownicy i pełnomocnicy działają natomiast w granicach wyznaczonych zakresem pełnomocnictwa udzielonego przez organ uprawniony do reprezentacji spółki, zgodnie z odpowiednimi przepisami k.s.h. i k.c.

Na potrzeby niniejszego artykułu postaram się ograniczyć powyższy krąg podmiotów, dokonując selekcji na podstawie kryterium możliwości dopuszczenia się przez po-

⁸ Możliwość taką przewiduje art. 383 k.s.h.

⁹ W doktrynie istnieje stanowisko, zgodnie z którym radę nadzorczą spółki z ograniczoną odpowiedzialnością można upoważnić do delegowania członka rady nadzorczej do czasowego pełnienia funkcji członka zarządu w umowie spółki – zob. m.in.: A. Szajkowski, M. Tarska, A. Szumański, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. II*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 591.

¹⁰ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. VI, LEX/el., LexisNexis, Warszawa 2014, art. 276 k.s.h.

¹¹ Zob. art. 109¹ k.c.

szczególne osoby czynu naruszającego prawo konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że nieograniczeni w możliwościach w powyższym zakresie są członkowie zarządu¹², którzy zarówno swoim działaniem, jak i zaniechaniem mogą doprowadzić do wypełnienia przez spółkę znamion czynu sprzecznego z prawem ochrony konkurencji. Podobnie kształtują się kompetencje likwidatorów, jednak w nieco ograniczonym zakresie ze względu na charakter ich kompetencji, które mają zmierzać do zakończenia bytu spółki. Inaczej wygląda pozycja członków rady nadzorczej. Umowa lub statut spółki kapitałowej może rozszerzać kompetencje rady nadzorczej poprzez uzależnienie możliwości dokonania czynności przez zarząd od zgody rady nadzorczej. Mając na względzie ograniczenie kompetencji decyzyjnych członków rady nadzorczej¹³, a także ściśle poufny charakter czynów nieuczciwej konkurencji, można co najwyżej stwierdzić, że mogą oni przyczynić się do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Rozszerzenie kompetencji rady nadzorczej często ma miejsce w odniesieniu do zawierania umów o strategicznym dla spółki kapitałowej znaczeniu. Wyrażenie przez radę nadzorczą zgody na dokonanie czynności skutkującej naruszeniem prawa konkurencji przez spółkę może stanowić przykład przyczynienia się członków rady nadzorczej do wypełnienia przez spółkę kapitałową znamion czynu antykonkurencyjnego. Członkowie rady nadzorczej muszą jednak posiadać wiedzę lub przynajmniej mieć możliwość powzięcia wiedzy o sprzecznych z prawem intencjach danej czynności prawnej, co w większości przypadków może być trudne w związku z poufnością czynów nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu zaś do osób, które dysponują prawem reprezentacji spółki wynikającym z czynności prawnej, w zasadzie każdy może spowodować swoim działaniem lub zaniechaniem wypełnienie przez spółkę znamion czynu antykonkurencyjnego. W szczególności dotyczy to prokurenta. Osoby działające na mocy prokury (samoistnej, łącznej lub tzw. prokury niewłaściwej) podobnie jak zarząd są uprawnione do nieograniczonego i samodzielnego reprezentowania spółki¹⁴.

W przypadku pracowników i pełnomocników zakres ich umocowania każdorazowo wyznaczony jest zakresem pełnomocnictwa lub zakresem obowiązków wynikających z umowy o pracę. Zakres tych czynności jak najbardziej będzie obejmował możliwość wywołania swoim działaniem lub zaniechaniem wypełnienia przez spółkę kapitałową znamion czynu sprzecznego z zasadami konkurencji. Dodatkowo należy

¹² A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*

¹³ Za wyjątkiem wspomnianej sytuacji delegowania członka rady nadzorczej do czasowego pełnienia funkcji członka zarządu.

¹⁴ Patrz art. 109(1) i nast. k.c.

wskazać sytuację, w której pracownik doprowadzi do popełnienia przez spółkę naruszenia prawa konkurencji w wyniku przekroczenia swoich uprawnień¹⁵.

Każda z wymienionych wyżej osób może więc teoretycznie doprowadzić do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez spółkę. W zależności od stosunku łączącego spółkę z konkretną osobą fizyczną działającą w jej imieniu różne będą podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej takiej osoby za poniesienie przez spółkę szkody spowodowanej popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji.

2. Odpowiedzialność funkcjonariuszy spółki

Kodeks spółek handlowych przewiduje szczególne przepisy dotyczące odpowiedzialności funkcjonariuszy spółek kapitałowych. Zgodnie z art. 293 k.s.h. § 1 „Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator odpowiada wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponosi winy”. Analogiczna treść zawarta jest w art. 483 § 1 k.s.h. Przepis ten zapewnia spółce ochronę przed bezprawnymi działaniami osób, które na mocy ustawy mają obowiązek podejmowania działań, kierując się najwyższym interesem spółki¹⁶. Przepis ten określa przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej funkcjonariuszy wobec spółki, tj.:

- 1) pełnienie funkcji wskazanej w zamkniętym katalogu osób wymienionych w art. 293 lub 483 k.s.h.;
- 2) działanie lub zaniechanie dokonane przez konkretną osobę jest sprzeczne z: (i) prawem lub (ii) postanowieniami spółki lub statutu;
- 3) działanie lub zaniechanie wyrządziło spółce szkodę.

Katalog osób odpowiedzialnych za działanie lub zaniechanie obejmuje tylko członków władz spółki¹⁷ – oznacza to, że na podstawie art. 293 lub 483 k.s.h. mogą odpowiadać tylko osoby pełniące funkcje w nim wymienione¹⁸.

Ad 1) Pełnienie funkcji w spółce kapitałowej

Dla pociągnięcia konkretnej osoby do odpowiedzialności z art. 293 k.s.h. (483 k.s.h.) konieczne jest pełnienie jednej z funkcji wymienionych w przedmiotowych przepisach.

¹⁵ Taka sytuacja jest możliwa w szczególności w przypadku, gdy w ramach wykonywanych obowiązków pracownik reprezentuje spółkę przez podmiotami trzecimi, czy w sytuacji, kiedy zajmuje on stanowisko kierownicze i dysponuje pewnym zakresem kompetencji decyzyjnych.

¹⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13, zgodnie z którym: „Przy podejmowaniu decyzji dotyczących prowadzenia spraw spółki członek zarządu powinien się kierować wyłącznie jej interesem [...]”.

¹⁷ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*

¹⁸ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*

Podkreślenia wymaga jednak fakt, że na tej podstawie można pociągnąć do odpowiedzialności również byłych funkcjonariuszy. W odniesieniu do funkcjonariusza, który swoim zachowaniem doprowadził do popełnienia przez spółkę czynu sprzecznego z prawem ochrony konkurencji, brak jest wątpliwości, że ponosi on za takie zachowanie pełną odpowiedzialność wobec spółki (np. brał udział w zawarciu porozumienia cenowego lub podziału rynku). W przypadku naruszenia polegającego na działaniu odpowiedzialność będzie ponosił członek zarządu, który w imieniu spółki działał. Pozostali członkowie będą odpowiadać, jeśli o porozumieniu wiedzieli, ale nie spowodowali wycofania się spółki z porozumienia. Skoro bowiem na funkcjonariuszach spółki ciąży obowiązek dołożenia najwyższej staranności przy sprawowaniu swoich funkcji, to mają oni obowiązek chronić jej interesy, a w przypadku istnienia niebezpieczeństwa wyrządzenia spółce szkody – takie niebezpieczeństwo odwrócić. Gdy dochodzi do naruszenia polegającego na zaniechaniu, będą odpowiadać wszyscy członkowie zarządu solidarnie – np. w sytuacji zaniechania zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK. Warto zauważyć, że często w umowie spółki dokonuje się podziału czynności między członków zarządu. Nie można twierdzić, że podział taki nie ma żadnego wpływu na odpowiedzialność członków zarządu. W art. 293 k.s.h. wyraźnie jest mowa o odpowiedzialności członków władz spółki, a nie całego organu. W związku z tym podział czynności między członków organów może powodować zaostrenie lub złagodzenie, zindywidualizowanie ich odpowiedzialności¹⁹.

Wątpliwości natomiast budzi odpowiedzialność członka zarządu, który w momencie popełnienia przez spółkę czynu sprzecznego z prawem konkurencji nie piastował funkcji jej organu. W mojej ocenie taka osoba powinna wycofać się z porozumienia antykonkurencyjnego. Wydaje się być słusznym rozwiązaniem, aby nowy funkcjonariusz odpowiadał w granicach tego obowiązku.

Ad 2) Działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami spółki (statutu)

Działalność poszczególnych członków organów spółek kapitałowych sprzeczna z prawem obejmuje naruszenie przepisów zarówno k.s.h., jak również jakichkolwiek innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego²⁰. Działania lub zaniechania funkcjonariusza spółki polegające na naruszeniu prawa konkurencji niewątpliwie będą stanowiły podstawę jego ewentualnej odpowiedzialności wobec spółki. Doprowadzenie do naruszenia przez spółkę prawa konkurencji teoretycznie może również nastąpić w wyniku działania lub zaniechania sprzecznego z umową spółki (choć należy zaznaczyć, że kwestie związane z prawem konkurencji raczej nie są uwzględniane w umowie spółki czy statucie).

¹⁹ I. Weiss, [w:] K. Kruczałak, *Komentarz do Kodeksu handlowego*, C.H. Beck, Warszawa 1998, s. 377.

²⁰ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*

Ad 3) Wyrządzenie spółce szkody działaniem lub zaniechaniem

Ostatnią z przesłanek odpowiedzialności funkcjonariusza spółki kapitałowej za działania (zaniechania) sprzeczne z prawem jest wyrządzenie spółce tym działaniem lub zaniechaniem szkody. Szkada jest rozumiana jako stan niekorzystny (uszczerbek) w prawnie chronionych dobrach poszkodowanego stanowiący różnicę między rzeczywistym stanem dóbr spółki a stanem hipotetycznym, gdyby do owego zdarzenia nie doszło²¹. Obejmuje zarówno szkodę rzeczywistą, jak i utracone korzyści²².

W przypadku dopuszczenia się przez spółkę czynu naruszającego konkurencję szkoda może przybierać różne postaci, a pod pojęciem szkody należy rozumieć wszystkie dolegliwości, jakich spółka dozna w związku z naruszeniem prawa konkurencji. W szczególności szkoda może mieć charakter kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa UOKiK; odszkodowania, jakie spółka będzie musiała wypłacić konkurentom lub klientom; kosztów związanych z dochodzeniem tych odszkodowań²³ czy środków karnych polegających na ograniczeniu praw takiej spółki (np. wykluczenie z postępowań o zamówienia publiczne²⁴). Całość dodatkowo potęgowana jest stratami wizerunkowymi związanymi z publikacją przez Prezesa UOKiK decyzji o dopuszczeniu się przed przedsiębiorcą naruszenia²⁵.

W tym miejscu warto podkreślić, że dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji przez spółkę nie zawsze będzie równoznaczne z wyrządzeniem spółce szkody. Może się bowiem okazać, że na skutek antykonkurencyjnego czynu spółka uzyskała korzyści przekraczające wartość poniesionych szkód. Dotyczy to w szczególności przypadków, w których czyn nieuczciwej konkurencji trwa wiele lat²⁶. Ciężar dowodu wykazania braku szkody pomimo dopuszczenia do popełnienia czynu naruszającego konkurencję będzie jednak leżał po stronie funkcjonariusza spółki.

Dalsza część przepisu sugeruje, że odpowiedzialność funkcjonariusza spółki wyrządzona jego działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem oparta jest na zasadzie

²¹ A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, wyd. II, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014.

²² Zob. art. 361 k.c.

²³ Wzrost świadomości przedsiębiorców w zakresie ochrony konkurencji sprzyja rozwojowi tzw. *private enforcement*, czyli dochodzenia przed sądem powszechnym roszczeń odszkodowawczych od spółki zaangażowanej w antykonkurencyjną praktykę przez poszkodowanych konkurentów.

²⁴ H. Drynkorn, *Nowy katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, <http://www.codozasady.pl/nowy-katalog-przeslanek-wykluczenia-wykonawcy-z-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/> [dostęp: 05.02.2017].

²⁵ A. Olejniczak podkreśla, że szkoda powinna być rozumiana szeroko, obejmując szkodę majątkową i szkodę niemajątkową – zob. *idem*, *op. cit.*

²⁶ Zgodnie z art. 106 ust. 1: „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary [...]”. W przypadku naruszeń trwających np. dekadę maksymalna wysokość kary może być zdecydowanie niższa od zysku osiągniętego na skutek naruszenia.

winy, przy czym przepis art. 293 (483) k.s.h. ustanawia domniemanie, że członek zarządu swoim zachowaniem podlegającym ocenie zawinił, a ciężar wykazania braku winy spoczywa na funkcjonariuszu²⁷. Kwestia zawinienia przez funkcjonariusza oceniana jest przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. W związku z tym funkcjonariusz spółki nie może zasłaniać się np. nieznajomością prawa konkurencji.

Osoby z ww. katalogu, które wyrządziły spółce szkodę, odpowiadają solidarnie²⁸. Ponadto należy podkreślić, że przepisy k.s.h. odnoszące się do wyrządzenia spółce szkody przez członków zarządu nie wyłączają ani nie ograniczają stosowania ogólnych przepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej.

3. Udzielenie absolutorium a odpowiedzialność

W doktrynie niejednokrotnie podejmowano próbę odpowiedzi na pytanie, czy udzielenie absolutorium zwalnia członka organu z odpowiedzialności cywilnej względem spółki²⁹. Po głębszej analizie należy przyznać, że absolutorium wywołuje skutki prawne na tle odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych, jednak znaczenie prawne absolutorium nie polega na zwolnieniu funkcjonariuszy spółki z odpowiedzialności za szkodę lub rezygnacji spółki z dochodzenia od nich roszczeń. Może jedynie służyć funkcjonariuszowi jako okoliczność prowadząca do obalenia domniemania winy lub też stanowić okoliczność uzasadniającą zmianę rozkładu ciężaru dowodu przesłanki bezprawności³⁰. Analiza doktryny pozwala na przyjęcie stanowiska, że uchwała wspólników (akcjonariuszy) w przedmiocie udzielenia członkowi organu spółki absolutorium jest prawnie relewantna jedynie wewnątrz spółki, w ramach stosunków pomiędzy jej organami i nie ma ona wpływu na relacje zewnątrz korporacyjne, w tym obejmujące odpowiedzialność cywilną poszczególnych członków tych organów. Co więcej, decyzja o udzieleniu absolutorium nie dotyczy bezpośrednio kwestii roszczeń odszkodowawczych, wobec czego nie można założyć, że wyraża ona wolę wspólników w zakresie niedochodzenia roszczeń. Nawet gdyby przyjąć, że udzielenie członkom zarządu absolutorium z wykonywanych przez członków organów obowiązków zwalnia z odpowiedzialności wobec spółki w zakresie czynności dokonanych przez członka organu, o których walne zgromadzenie spółki lub zgromadzenie wspólników wiedziało, to w przypadku naruszeń polegających na łamaniu prawa antymonopolowego

²⁷ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*

²⁸ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*

²⁹ Zob. R. Pabis, *Prawny charakter absolutorium udzielanego członkom organów spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 1. Autor dokonuje pewnego rodzaju podsumowania występujących wątpliwości.

³⁰ P. Błaszczuk, *Znaczenie prawne absolutorium w świetle odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 3, s. 30.

zazwyczaj nie chroniłoby to funkcjonariuszy spółki, a to z uwagi na specyfikę tych naruszeń. Należy bowiem przypomnieć, że czyny antykonkurencyjne są z natury dokonywane w sposób potajemny³¹. Osoby udzielające absolutorium członkom organów zazwyczaj nie są poinformowane o bezprawnych działaniach. O ile w sytuacji gdy mamy do czynienia z naruszeniami polegającymi na niedozwolonej koncentracji (czyli na zaniechaniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji prezesowi UOKiK), wspólnicy (akcjonariusze) są poinformowani o zamiarach zarządu, a nawet mają obowiązek odnieść się do zamiaru połączenia się spółki z innym przedsiębiorcą, to w sytuacji zmów przetargowych lub zmów cenowych działania te są podejmowane w taki sposób, aby nikt się o tym nie dowiedział, a w szczególności nie są podpisywane żadne dokumenty. Do tego typu porozumień może dojść nawet w sposób dorozumiany³². Ponadto nawet jeśli udzielający absolutorium będą mieli wiedzę w zakresie popełnienia przez spółkę konkretnego czynu (który obiektywnie jest sprzeczny z prawem konkurencji), to jednak nie muszą być świadomi tego właśnie obiektywnie antykonkurencyjnego charakteru. Zdaniem autorki tego artykułu udzielenie absolutorium nie powinno być utożsamiane ze zwolnieniem z odpowiedzialności cywilnej poszczególnych członków organów, którym jest ono udzielone.

4. Odpowiedzialność prokurenta, pełnomocnika i pracownika

Powyższe zasady nie mają zastosowania do osób działających w ramach prokury, mimo że kompetencje prokurenta zakresowo zbliżone są do kompetencji zarządu. Katalog osób zawarty w art. 293 (483) k.s.h. ustanawiający szczególną odpowiedzialność ma charakter enumeratywny i nie wymienia prokurenta³³. Nie oznacza to jednak, że prokurent nie będzie odpowiadał za spowodowanie swoim zachowaniem czynu sprzecznego z prawem konkurencji przez spółkę. Odpowiedzialność prokurenta będzie jednak oparta na innej podstawie – będzie on mógł być pociągnięty do odpowiedzialności na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej z k.c. W przypadku zastosowania ogólnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej nie znajdzie zastosowania domniemanie przewidziane wobec funkcjonariuszy spółki. Wydaje się zasadne stanowisko, że do prokurenta również będzie miał zastosowanie miernik podwyższonej staranności.

Pełnomocnicy będą odpowiadali na podobnych zasadach co prokurenci. Możliwość dopuszczenia przez nich do popełnienia czynu sprzecznego z prawem konkurencji będzie jednak ograniczona zakresem ich umocowania.

³¹ *Zmowy przetargowe*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2013, s. 15.

³² Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 lipca 2017 r., XVII AmA 11/17.

³³ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*

5. Odpowiedzialność pracowników

Odpowiedzialność pracowników za szkodę wyrządzoną pracodawcy podlega regulacjom kodeksu pracy. Pracownik na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych, ze swej winy, wyrządził pracodawcy szkodę (art. 114–127 k.p.). Pracownik co do zasady odpowiada do wysokości trzykrotności wynagrodzenia³⁴, chyba że wyrządził pracodawcy szkodę umyślnie³⁵. W takim przypadku pracownik odpowie za szkodę w pełnej wysokości. Trudno jednak wymagać od pracownika (np. przedstawiciela handlowego, sprzedawcy czy pracownika marketingu), aby posiadał szczegółową wiedzę z zakresu prawa konkurencji. Z tego względu zwykle szkoda wyrządzona działaniem lub zaniechaniem pracownika nie będzie wyrządzona umyślnie.

Należy jednak zwrócić uwagę, że pracownicy często działają według instrukcji udzielonych przez pracodawcę. W przypadku pracownika spółki kapitałowej instrukcji pracownikowi udziela zarząd lub osoba upoważniona przez zarząd. W takim przypadku za szkodę wyrządzoną spółce w ten sposób odpowiedzialny będzie zarząd na zasadach przewidzianych w art. 293 (483) k.s.h.

6. Podsumowanie

W polskim prawie istnieją mechanizmy dochodzenia przez spółkę kapitałową odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę wyrządzoną czynem nieuczciwej konkurencji spowodowaną działaniem konkretnych osób fizycznych. Podstawą roszczeń odszkodowawczych są przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej według zasad ogólnych k.c., a w przypadku funkcjonariuszy spółki zastosowanie znajdą surowsze przepisy k.s.h. dotyczące odpowiedzialności funkcjonariusza spółki za poniesioną szkodę na skutek bezprawnego działania lub zaniechania funkcjonariusza. Odpowiedzialność pracowników jest ograniczona przepisami kodeksu pracy – pracownik odpowie do trzykrotności wysokości wynagrodzenia, chyba że wyrządził szkodę umyślnie.

³⁴ Zob. art. 119 k.p.: „Odszkodowanie ustala się w wysokości wyrządzonej szkody, jednak nie może ono przewyższać kwoty trzymiesięcznego wynagrodzenia przysługującego pracownikowi w dniu wyrządzenia szkody”.

³⁵ Zob. art. 122 k.p.: „Jeżeli pracownik umyślnie wyrządził szkodę, jest obowiązany do jej naprawienia w pełnej wysokości”.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).
Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141).
Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037).
Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331).

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 627/13.
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 lipca 2017 r., XVII AmA 11/17.

Literatura

- Błaszczyk P., *Znaczenie prawne absolutorium w świetle odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 3.
Brigham E., Houston J., *Zarządzanie finansami*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 2015.
Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna, wyd. II*, LEX/el, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
Kruczalak K., *Komentarz do Kodeksu handlowego*, C.H. Beck, Warszawa 1998.
Kulesza M., *Zakres podmiotowy pojęcia osoby zarządzającej w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, internetowy „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015.
Kuniewicz Z., *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*.
Pabis R., *Prawny charakter absolutorium udzielanego członkom organów spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 1.
Rodzyńkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. VI, LEX/el. 2014.
Zmowy przetargowe, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, LexisNexis, Warszawa 2013.
Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. II*, C.H. Beck, Warszawa 2005.

Inne

- Drynkorn H., *Nowy katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, <http://www.codozasady.pl/nowy-katalog-przeslanek-wykluczenia-wykonawcy-z-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/> [dostęp: 05.02.2017].

Marek Zaprzaluk

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Przeciwegzekucyjne powództwo opozycyjne z art. 840 k.p.c. – charakter prawny, zadania i cel

Anti-executory opposition proceeding of art. 840 c.c.p. – legal nature,
tasks and objective

Streszczenie

Tematem niniejszego artykułu jest opozycyjne powództwo przeciwegzekucyjne z artykułu 840 Kodeksu postępowania cywilnego. W toku analizy tej instytucji postaram się omówić jego charakter prawny oraz cel i funkcje, a także odpowiedzieć na pytanie, czy instytucja ta spełnia wymogi przed nią stawiane, a tym samym stanowi formę chronionej realizacji prawa w sposób umożliwiający powodowi ochronę swoich interesów. Podejmę także próbę wysunięcia pewnych postulatów *de lege ferenda*, które moim zdaniem mogą wpłynąć na poprawę skuteczności i rzetelności działania sądów w zakresie orzekania związanego z tym powództwem. Zaznajomienie się z poruszaną problematyką omawianej instytucji wydaje się istotne także ze względu na fakt, że sama już sprawa wynikająca z wniesienia omawianego powództwa należy do spraw egzekucyjnych, rozumianych jako rodzaj spraw cywilnych związanych ze stadium wykonawczym postępowania cywilnego. Stanowi ono samodzielne powództwo, którego istotą jest ukształtowanie prawa określonego w tytule wykonawczym w następstwie wystąpienia podstaw z artykułu 840 k.p.c. Cechą charakterystyczną powództwa opozycyjnego pozostaje również fakt, że znajduje się ono na styku norm prawa procesowego i materialnego oraz działa na pograniczu z prawomocnością.

Słowa kluczowe

powództwo opozycyjne, artykuł 840 k.p.c., egzekucja, tytuł egzekucyjny, tytuł wykonawczy

Abstract

The subject of the article is an anti-executory opposition proceeding of article 840, Code of civil procedure (hereinafter c.c.p.). In the process of analyzing this institution, I will try to discuss its legal nature along with the purpose and functions as well as answer the question whether the institution meets the requirements imposed on it and thus constitutes a form of legally protected implementation of the law so as to enable the claimant to protect his or her rights. I will also try to put forward some of the postulates of *de lege ferenda* which, in my view, may improve the effectiveness and reliability of the court action in terms of adjudicating the proceeding. It is also essential to familiarize oneself with the issues raised by the institution, as the case itself is not a matter of an executory case, understood as a type of civil action related to the stage of civil proceedings. It is a nondependent action, the essence of which is to shape the law referred to the enforceable title following the legal basis of article

840 c.c.p. The characteristic of the opposition proceeding is the fact that it is at the junction of procedural and substantive law norms, and acts in the borderland with the validity in law.

Key words

opposition proceeding, article 840 c.c.p., executory law, executory title, enforceable title

1. Uwagi wstępne

W ostatnim czasie wiele uwagi poświęca się analizowaniu patologicznych przypadków działalności komorników. Równolegle w parlamencie trwają zaawansowane prace legislacyjne, mające na celu zmianę statusu i sposobu wykonywania pracy przez komorników i asesorów komorniczych. Wielu niewłaściwych sytuacji w obszarze ich działalności można by uniknąć, gdyby częściej sięgano po powództwa przeciwegzekucyjne. W takich sytuacjach kluczowe są bowiem przepisy regulujące formę obrony merytorycznej przed działalnością komornika. W niniejszym artykule przedstawię zagadnienia związane z instytucją powództwa opozycyjnego, które przybliżą czytelnikowi jego charakter prawny, cel oraz związane z nim funkcje.

Zaczynając od kwestii podstawowych, wskazać należy, że postępowanie egzekucyjne uregulowane w kodeksie postępowania cywilnego (dalej k.p.c.) jest postępowaniem wykonawczym w stosunku do rozpoznawczego. Ma ono na celu przymusowe, w majestacie prawa, wyegzekwowanie należności stwierdzonej, co do zasady, tytułem wykonawczym, a więc tytułem egzekucyjnym zaopatrzonym w klauzulę wykonalności w postępowaniu klauzulowym. Znaczenie tytułu wykonawczego jako podstawy do wszczęcia i prowadzenia egzekucji polega na wytyczeniu przedmiotowych oraz podmiotowych granic, w jakich egzekucja może być prowadzona. Tytuł wykonawczy określa więc przede wszystkim treść i zakres świadczenia podlegającego egzekucji oraz osoby, na rzecz których (wierzyciele) oraz odpowiednio przeciwko którym (dłużnicy) egzekucja może być prowadzona. Oznacza to niedopuszczalność egzekwowania świadczeń nieobjętych tytułem wykonawczym oraz niedopuszczalność prowadzenia egzekucji na rzecz lub przeciwko osobom niewymienionym w tytule, z pewnymi wyjątkami przewidzianymi w ustawie¹.

Początki postępowania egzekucyjnego sięgają prawa rzymskiego, gdzie dostrzeżono potrzebę uregulowania kwestii egzekucji należnych świadczeń z wykorzystaniem autorytetu państwa. W innym wypadku orzeczenia sądu wydane w postępowaniu rozpoznawczym mogłyby pozostawać martwe. Równie stare jak sama procedura egzekucyjna są środki prawne służące do ochrony przed nią, a zatem spełniające rolę powództw przeciwegzekucyjnych. W aktualnie obowiązującym k.p.c. przewidziane zostały dwa rodzaje powództw przeciwegzekucyjnych.

¹ A. Marciniak, *Sądowe postępowanie egzekucyjne*, LexisNexis Polska, Warszawa 2013, s. 163.

Pierwszym z nich jest powództwo interwencyjne (ekscydencyjne) – służące osobie trzeciej w przypadku prowadzenia egzekucji względem niej. Najczęściej jest to związane z prawem własności. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której przedmiot będący własnością osoby trzeciej znajduje się niejako w posiadaniu dłużnika, względem którego prowadzona jest egzekucja. Komornik jako organ egzekucyjny w takiej sytuacji domniemywa prawo własności. W celu obrony merytorycznej przysługuje takiej osobie trzeciej właśnie powództwo interwencyjne, zmierzające do wyłączenia spod egzekucji wskazanego składnika majątku. Warto wspomnieć, że niezależnie od tego w toku prowadzonej egzekucji osobie trzeciej służą także środki prawne, takie jak zażalenie czy też skarga na czynności komornika, które znajdują jednak zastosowanie w przypadku uchybień procesowych i jako takie również nie są objęte tematyką niniejszego artykułu.

Drugim z powództw uregulowanych w ustawie procesowej jest powództwo opozycyjne, a więc powództwo dłużnika, któremu poświęcony jest niniejszy artykuł. Z wykonawczego charakteru postępowania egzekucyjnego wynika, że stanowi ono podstawę do urzeczywistnienia prawa poprzez wyegzekwowanie postanowień objętych tytułem wykonawczym. Stanowi zatem formę, poprzez którą najczęściej następuje przekształcenie stanu faktycznego w stan zgodny z orzeczeniem sądu wydanym w postępowaniu rozpoznawczym. Orzeczenie takie następnie zaopatrzone zostaje przez sąd w postępowaniu klauzulowym, będącym łącznikiem między postępowaniem rozpoznawczym i egzekucyjnym, w klauzulę wykonalności. W doktrynie podnoszone jest, że nadanie klauzuli wykonalności oznacza „generalne dozwoleństwo egzekucji sądowej na podstawie danego tytułu egzekucyjnego”². Co jednak charakterystyczne dla postępowania egzekucyjnego, które jest postępowaniem cywilnym, mamy z natury regulowanych nim stosunków element przymusu władzy państwowej, co przybliżyć je może w odbiorze do postępowania administracyjnego, w którym status stron nie jest równy oraz występuje znacznie mniejsza swoboda. Poprzez wszczęcie i przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego wierzyciel zostaje zaspokojony z majątku dłużnika również wbrew jego woli.

Egzekucja sądowa jako nadzwyczaj daleko idąca forma ingerencji w prawa podmiotowe jednostki, dokonywana przy tym w formie przymusu państwowego, powinna obwarowana być równie daleko idącą kontrolą i ochroną stron, zwłaszcza będącego w gorszej sytuacji dłużnika. Wyważenia wymaga tu uzasadniony interes wierzyciela po jednej stronie, a ochrona dłużnika po drugiej, co uwidacznia także funkcję ochronną tego powództwa. Następstwa przeprowadzenia postępowania egzekucyjnego często rzucają bowiem na całe życie dłużnika, a co za tym idzie ryzyko egzekucji przeprowadzonej z naruszeniem prawa, zasad słuszności czy też współżycia społecznego rodzić może

² W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część szczegółowa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 303 i n.

bardzo daleko idące, niekorzystne konsekwencje. Jednocześnie „powództwo przeciwegzekucyjne może być skutecznie wniesione tylko pod warunkiem, że istnieje potencjalna możliwość wykonania tytułu wykonawczego w całości lub w określonej jego części. Dłużnik traci możliwość wytoczenia powództwa opozycyjnego z chwilą wyegzekwowania świadczenia objętego tytułem wykonawczym w całości lub w określonej części w odniesieniu do już wyegzekwowanego świadczenia. Powództwo to jest więc niedopuszczalne w części, w której wykonalność tytułu wykonawczego wygasła na skutek jego zrealizowania”³.

Przez wzgląd na wykonawczy charakter postępowania egzekucyjnego służącego przecież wyegzekwowaniu należności najczęściej w praktyce stwierdzonej orzeczeniem sądu, a także potwierdzonej klauzulą wykonalności wydawać by się mogło, że powództwa te niejako przeczą spójności procedury cywilnej. Prawomocne orzeczenia sądu posiadają wszakże przymiot prawomocności, a więc powództwa zmierzające do ich obalenia zbliżają je do nadzwyczajnych środków zaskarżenia, którymi jednak nie są. Są one za to jedynymi merytorycznymi środkami obrony przed prowadzoną egzekucją. Co za tym idzie, zgodnie z art. 804 k.p.c. komornik będący organem egzekucyjnym nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym. Bada on tytuł wykonawczy jedynie pod względem formalnym, a skarga na czynności komornika obejmować może wyłącznie naruszenia proceduralne.

2. Charakter prawny, zadania i cel

Przechodząc do omówienia charakteru prawnego powództwa opozycyjnego, wskazać należy, że w postępowaniu cywilnym występuje podział powództw na powództwa o świadczenie, o ustalenie i o ukształtowanie prawa⁴. Zawarte w powództwie żądanie, określające przedmiot ochrony prawnej, kwalifikuje konkretne powództwo do jednej z tych trzech grup. Zakwalifikowanie powództwa do danej grupy nie ma znaczenia wyłącznie teoretycznego, rodzi ono również konsekwencje praktyczne. Decyduje bowiem o skutkach, jakie powodować będzie orzeczenie uwzględniające powództwo w danej sprawie. Chodzi tutaj o aspekt skuteczności, wykonalności wyroku oraz zakres powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), a także o możliwość czy też formę zastosowania pew-

³ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2002 r., I PKN 197/01, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520150141/1?directHit=true&directHitQuery=I%20PKN%20197~2F01> [dostęp 19.01.2018] oraz z dnia 30 maja 2014 r., II CSK 679/13, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521568777/1?directHit=true&directHitQuery=II%20CSK%20679~2F13> [dostęp 19.01.2018].

⁴ Wyrok SN z dnia 19 grudnia 2007 r., V CSK 301/07, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520476723/1?directHit=true&directHitQuery=V%20CSK%20301~2F07> [dostęp 19.01.2018].

nych konstrukcji prawnych do postępowania po wniesieniu pozwu⁵. Powództwo opozycyjne kształtuje stosunek prawny, a jego celem jest zmiana sytuacji procesowej pomiędzy powodem (dłużnikiem) a pozwanym (wierzycielem). Powodowi wnoszącemu powództwo opozycyjne nie przysługuje przy tym roszczenie względem wierzyciela, ponieważ jego prawa nie zostały przez pozwanego naruszone. Ma on natomiast możliwość zwrócenia się do sądu o ukształtowanie stosunku prawnego między nim a pozwanym wierzycielem. Owo uprawnienie ma charakter prawotwórczy, ponieważ sąd w swoim orzeczeniu tworzy (kształtuje) nową sytuację prawną poprzez zniesienie dotychczasowego stosunku prawnego, który ich łączył. Świadczy o tym już sam cel wniesienia powództwa, a więc z reguły pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego. W konsekwencji orzeczenie sądu uwzględniające powództwo opozycyjne ma charakter konstytutywny (prawnokształtujący). Sam wierzyciel nie ma możliwości pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego, ukształtowanie takie ma możliwość przeprowadzić za pomocą swojego orzeczenia wyłącznie sąd. Powództwo opozycyjne nie ma charakteru środka zaskarżenia ani zwykłego, ani w swojej postaci kwalifikowanej – jako środka nadzwyczajnego. Przysługuje ono co prawda w odniesieniu do tytułu wykonawczego, będącego najczęściej skutkiem prawomocnego orzeczenia sądu, jednakże powództwo to jest samoistnym powództwem, do którego oprócz regulacji zawartych w art. 840 k.p.c. stosuje się odpowiednio także przepisy zawarte w k.p.c. o procesie na mocy odesłania z art. 13 § 2 k.p.c. Wyrok sądu uwzględniający powództwo opozycyjne nie podlega egzekucji, a wręcz odwrotnie, zamyka on wierzycielowi możliwość dalszego jej prowadzenia. Wraz z uprawomocnieniem się orzeczenia tytuł wykonawczy traci swoją wykonalność albo wykonalność ta zostaje ograniczona. W ten sposób następuje ukształtowanie nowego stosunku prawnego między stronami⁶. Wyrok taki nie powoduje automatycznie umorzenia egzekucji, wymagany jest do tego wniosek dłużnika skierowany do organu egzekucyjnego. „Wyrok taki wyklucza również przeprowadzenie w przyszłości jakiegokolwiek egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego, który został pozbawiony wykonalności, chyba że nastąpi zmiana okoliczności uzasadniająca ponowne nadanie klauzuli wykonalności”⁷.

Nie ulega wątpliwości, że najważniejszym zadaniem powództwa opozycyjnego jest umożliwienie dłużnikowi, będącemu w tej sytuacji powodem, podjęcie obrony merytorycznej przeciwko tytułowi wykonawczemu. Przy zastosowaniu tegoż powództwa

⁵ E. Wengerek, *Przeciwegzekucyjne powództwa dłużnika – poradnik*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 35.

⁶ W. Siedlecki, [w:] Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, wyd. 1, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1969, s. 1148.

⁷ K. Korzan, *Sądowe postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 210.

możliwe jest jego zwalczenie poprzez pozbawienie go wykonalności w całości lub w części, bądź jego ograniczenie za pomocą podstaw ujętych w art. 840 k.p.c. Dłużnik nie jest jednak jego wyłącznym dysponentem. Prokurator może żądać wszczęcia postępowania w każdej sprawie, a także przystąpić do postępowania, które jest już w toku, jeżeli oceni on, że jest to wymagane ze względu na ochronę praworządności, praw obywateli czy też wymaga tego interes społeczny. Prokurator może żądać wszczęcia postępowania niejako w interesie dłużnika, gdyż pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności ze względu na przesłanki zawarte w art. 840 k.p.c. nie jest niezgodne z wyżej wymienionymi wartościami. Odwrotnie – jest to uprawnione wykonywanie prawa, które podlega ochronie i jako takie jest zgodne z zasadami praworządności i interesem społecznym. Jednakże nie można wykluczyć także innej sytuacji, w której prokurator korzysta ze swoich uprawnień. Takiej, gdzie interes dłużnika nie jest wcale zgodny z interesem społecznym czy praworządnością. Mowa tutaj o sytuacji, w której dłużnik staje się nim wskutek celowego zabiegu, dokonanego niejako dla pozoru, w celu uszczuplenia swojego majątku do wykazania względem rzeczywistego wierzyciela. Jest to możliwe do wykonania przykładowo poprzez odpowiednie czynności notarialne, takie jak fikcyjne umowy sprzedaży czy też darowizny. Jest to tym bardziej efektywne, że w przypadku darowizny względem bliskich, pod pewnymi warunkami, nie odprowadza się podatku. Wówczas prokurator może wytoczyć owo powództwo wbrew woli dłużnika, dla ochrony wartości wyartykułowanych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Jej artykuł drugi stanowi, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. „Powyższa klauzula generalna stanowi nakaz dla całego aparatu państwowego, aby jego działania dążyły do jej urzeczywistniania”⁸. Dotyczy to więc także prokuratora, który powinien dążyć, aby na podstawie aktów prawnych podejmować sprawiedliwe indywidualne rozstrzygnięcia.

W określonych sytuacjach skorzystanie przez dłużnika z tego środka powoduje dopasowanie stanu prawnego do sytuacji faktycznej, a tym samym prowadzi do ostatecznej stabilizacji prawnej – co jest jednym z głównych celów procedury cywilnej. Często zadaniem powództwa opozycyjnego pozostaje ogólna ochrona praworządności, rozumiana jako uniemożliwienie realizacji roszczeń, które pozbawione są podstaw prawnych (funkcja ochronna). Wówczas aktywizuje się również funkcja gwarancyjna postępowania cywilnego polegająca na gwarancji zgodności zobowiązania z powszechnie obowiązującym prawem, a także prawna, polegająca na wyjaśnieniu treści obowiązujących norm prawnych, rozwijaniu prawa, legitymizacji wydawanych przez sądy orzeczeń⁹.

⁸ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*, Liber Księgarnia, Warszawa 2009, s. 63.

⁹ Ł. Błaszczak, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 5 i n.

W unormowaniach dotyczących powództwa opozycyjnego nie sposób pominąć prekluzji i wynikającej z niej konieczności przytoczenia w pozwie wszystkich zarzutów, jakie powód w chwili jego wniesienia mógł zgłosić. Stanowi to wyraz obowiązującej w postępowaniu cywilnym zasady prawdy formalnej, aktywizującej strony postępowania w duchu kontryktoryjności procesu cywilnego. Zgodnie z tą zasadą prawa cywilnego to strona, która wyciąga z danej czynności skutki prawne dla siebie korzystne, musi wskazać dowody na prawdziwość własnych twierdzeń.

Sam tytuł egzekucyjny w polskim prawie nie jest jeszcze podstawą do prowadzenia egzekucji. Określany on jest w nauce jako dokument urzędowy, stwierdzający istnienie i zakres nadającego się do egzekucji roszczenia wierzyciela, co odpowiada istnieniu i zakresowi obowiązku po stronie dłużnika. Sam katalog tytułów egzekucyjnych, mogących zostać dalej tytułami wykonawczymi, stanowiącymi następnie podstawę do wszczęcia postępowania egzekucyjnego przez uprawniony organ zawarł ustawodawca w art. 777 k.p.c. Tytułami takimi są m.in: orzeczenia sądu prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu, jak również ugoda zawarta przed sądem, orzeczenia referendarza sądowego prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu, inne orzeczenia, ugody i akty, które z mocy ustawy podlegają wykonaniu w drodze egzekucji sądowej, a także akty notarialne spełniające określone przesłanki. Podstawę do wszczęcia i prowadzenia egzekucji stanowi dopiero tytuł wykonawczy, a więc tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności przez sąd w postępowaniu klauzulowym. „Sąd nadając klauzulę wykonalności nie bada w sposób merytoryczny samej treści tytułu egzekucyjnego, zwłaszcza zasadności roszczenia wierzyciela bądź obowiązku dłużnika, lecz ogranicza się jedynie do badania formalnych warunków tytułu egzekucyjnego oraz zdatości jego do egzekucji”¹⁰. Gdy wierzyciel w postępowaniu klauzulowym uzyska już tytuł wykonawczy, to właśnie on stanowi dla organu egzekucyjnego, czyli komornika, podstawę do wszczęcia i prowadzenia egzekucji na jego wniosek. Wynika z tego, że postępowanie klauzulowe jest niejako pomostem, który łączy postępowanie rozpoznawcze z postępowaniem egzekucyjnym. Postulatem *de lege ferenda* byłoby przekazanie właściwości z opozycyjnego powództwa przeciwegzekucyjnego do sądu, który klauzulę wykonalności nadawał, tym bardziej, że z reguły jest to ten sam sąd, który sprawę rozpoznawał w postępowaniu rozpoznawczym. Skoro w postępowaniu klauzulowym sąd dokonuje jeszcze formalnej weryfikacji tytułu egzekucyjnego, to ma on pełniejszy ogłąd na stan danej sprawy aniżeli sąd, w którego okręgu toczy się egzekucja. Ponadto w postępowaniu klauzulowym przysługują dłużnikowi jeszcze dwa inne środki prawne – zażalenie na postanowienie o nadaniu klauzuli, a także wniosek o uchylenie postanowienia

¹⁰ E. Wengerek, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961, s. 198 i n.

o nadaniu klauzuli wykonalności ze względu na zmianę okoliczności. Zażalenie przysługuje w kwestiach proceduralnych, natomiast wnioski w przypadku zmiany okoliczności, takich jak ujawnienie, że pisma w sprawie kierowane były na błędny adres.

O wyraźnym rozróżnieniu postępowania rozpoznawczego i egzekucyjnego stanowi, wskazany już, art. 804 k.p.c. stanowiący, że organ egzekucyjny nie jest uprawniony do badania wymagalności i zasadności obowiązku objętego tytułem wykonawczym. Konsekwencją wynikającą z tego przepisu jest konieczność umożliwienia kontroli i ewentualnej modyfikacji sytuacji procesowej przez sąd. Zgodnie z tymi uwarunkowaniami przewidziane zostało właśnie opozycyjne powództwo, którego głównym zadaniem jest umożliwienie dłużnikowi obrony merytorycznej w przypadku zaistnienia ku temu podstaw z art. 840 k.p.c. – artykuł ten przewiduje możliwość pozbawienia tytułu wykonawczego wykonalności w całości lub w części, a także jego ograniczenie.

W praktyce najczęściej powoływaną podstawą opozycyjnego powództwa przeciw egzekucyjnego pozostaje ust. 2 § 1 art. 840 k.p.c. Odwołuje się on do przesłanek wygaśnięcia bądź niemożności egzekwowania zobowiązania objętego tytułem wykonawczym. Co ważne, wytaczając powództwo na tej podstawie, po rozpoznaniu przez sąd dana przesłanka nie może być już podstawą do wytoczenia takiego powództwa na jej podstawie ponownie. Orzeczenie sądu wydane bowiem w tym zakresie chroni prawomocność materialna (*res iudicata*)¹¹. Zdarzenia wskazane w tej przesłance, a mogące stanowić zarzut będący podstawą powództwa opozycyjnego należy rozumieć jako „zjawiska i stany świata zewnętrznego, a także objawy życia wewnętrznego stron, z którymi pozytywne przepisy prawa materialnego wiążą wygaśnięcie zobowiązań bądź niemożność ich egzekwowania w drodze postępowania egzekucyjnego”¹².

Przykładem jego zastosowania może być sytuacja, w której powód będący dłużnikiem podnosi zarzut przedawnienia świadczenia stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem sądu w postaci tytułu egzekucyjnego z nadaną klauzulą wykonalności. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu¹³, „z reguły skutek upływu terminu przedawnienia określa się jako utratę zaskarżalności roszczenia, czyli utratę możliwości dochodzenia go na drodze sądowej. Przez pryzmat art. 125 kodeksu cywilnego (dalej k.c.) należy tę utratę zaskarżalności rozumieć szerzej – chodzi tu bowiem o utratę możliwości korzystania przez wierzyciela z pomocy przymusu państwowego nie tylko dla dochodzenia roszczenia, ale także dla jego wyegzekwowania. Skutkiem upływu terminu przedawnie-

¹¹ Uchwała SN z dnia 23 września 2009 r., III CZP 50/09. <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520611859/1?directHit=true&directHitQuery=III%20CZP%2050~2F09> [dostęp 19.01.2018].

¹² Wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 439/10. <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521054196/1?directHit=true&directHitQuery=I%20CSK%20439~2F10> [dostęp 19.01.2018].

¹³ Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 7 marca 2013 r., I C 556/11. <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521942352/1/i-c-556-11-wyrok-sadu-okregowego-we-wroclawiu?keyword=I%20C%20556~2F11&cm=SREST> [dostęp 19.01.2018].

nia, o jakim mowa w art. 125 k.c., będzie utrata możliwości egzekucji roszczenia zasądzonego prawomocnym orzeczeniem lub objętego ugodą sądową”.

Sytuacja ta dobrze ilustruje charakter i cel powództwa opozycyjnego, wykazując tym samym, że w sytuacji takiej sąd nie ingeruje w samą treść prawomocnego orzeczenia korzystającego z przymiotu prawomocności materialnej (*res iudicata*), ale stwierdza zaistnienie zajścia negatywnej przesłanki, która w sytuacji skutecznego podniesienia zarzutu przedawnienia uniemożliwia prowadzenie egzekucji. Tytuł egzekucyjny zostaje więc pozbawiany skutków z powodu zdarzeń zaistniałych w późniejszym okresie – w tym przypadku jest to długotrwała bezczynność wierzyciela. W opisanym przypadku dodać należy, że przesłanka przedawnienia wyczerpuje dodatkowo zarzut nadużycia prawa.

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Nieuzasadnione zwlekanie wierzyciela ze skutecznym przeprowadzeniem egzekucji stanowi przejaw takiego zachowania, wprowadzając stan niepewności w obrocie prawnym. Samo prowadzenie egzekucji stanowi wykonywanie prawa podmiotowego przez wierzyciela, jednakże zwłoka w jego wykonywaniu wiąże się z negatywnymi skutkami dla dłużnika, chociażby ciągłym naliczaniem odsetek. Nie bez znaczenia jest fakt, że z reguły mamy tu do czynienia z długim – 10-letnim terminem przedawnienia roszczeń stwierdzonych prawomocnym wyrokiem, a więc wierzyciel ma wystarczająco dużo czasu na podjęcie stosownych działań zmierzających do zaspokojenia swojej należności.

Powyższe rozważania wykazują, że powództwo opozycyjne nie może być traktowane jako nadzwyczajny środek zaskarżenia powodujący rewizję prawomocnego orzeczenia wydanego wcześniej w postępowaniu rozpoznawczym. Na przeszkodzie temu stoi, powoływana już wyżej, prawomocność wiążąca sąd rozpatrujący powództwo opozycyjne, a w przypadku orzeczeń z klauzulą natychmiastowej wykonalności przeszkodę ku temu stanowi zawisłość sporu (*lis pendens*). Jednakże w praktyce choć najczęściej, to przecież nie zawsze prawomocne orzeczenie sądu stanowi tytuł wykonawczy. Są też takie, które zostały nimi przykładowo w oparciu o akt notarialny. Roszczenia wierzyciela wynikające z takiego tytułu nie były uprzednio merytorycznie badane przez sąd. W takiej sytuacji znaleźć może zastosowanie ust. 1 § 1 art. 840 k.p.c. będący podstawą powództwa opozycyjnego w sytuacji, gdy powód przeczy zdarzeniom, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności, a w szczególności gdy kwestionuje istnienie obowiązku stwierdzonego tytułem egzekucyjnym. „Zaprzeczenie zdarzeniom, na których oparto wydanie klauzuli wykonalności może obejmować zdarzenia i okoliczności wskazujące, że określony tytuł nie powinien być klauzulą taką w ogóle opatrzony, jako niepodlegający wykonaniu lub nie-

spełniający warunków przypisanych prawem egzekucyjnym¹⁴. Tytułu takiego nie obejmie już przesłanka prawomocności materialnej (*res iudicata*), ponieważ nie toczyło się w sprawie wydania tego tytułu egzekucyjnego postępowanie rozpoznawcze. Jak już wskazano, w postępowaniu klauzulowym zakres kognicji sądu był niepełny i ograniczał się do stwierdzenia, czy dokument, który ma być opatrzony klauzulą wykonalności, stanowi tytuł egzekucyjny. Sąd nie badał natomiast istnienia, jak również zasadności roszczenia objętego tym tytułem. W takich sytuacjach uniemożliwienie sądowi badania i wpływu na treść tytułu wykonawczego stanowiłoby *de facto* naruszenie prawa do obrony dłużnika, albowiem w takiej sytuacji nie zachodzą bezwzględne negatywne przesłanki procesowe uniemożliwiające ingerencję w treści tytułu wykonawczego, tj. wspomniane *lis pendens* czy *res iudicata*. Odnosząc się do tytułu egzekucyjnego w postaci aktu notarialnego, któremu sąd nadaje klauzulę wykonalności w postępowaniu klauzulowym, za przykład może służyć sytuacja przekroczenia uprawnień przez pełnomocnika, gdy ten składał oświadczenie o poddaniu się egzekucji, efektem czego tytuł egzekucyjny w ogóle nie powstał.

„W przypadku egzekucji na podstawie aktu notarialnego stanowiącego uznanie długu przepis art. 840 § 1 pkt 1 k.p.c. umożliwia zatem dłużnikowi obronę swoich praw przez wykazanie, że sam tytuł egzekucyjny zawiera treść nieodpowiadającą istotnemu stanowi rzeczy bądź od początku tj. w chwili jego sporządzenia, bądź też co najmniej w dacie gdy na jego podstawie nadano klauzulę wykonalności¹⁵. Podobny charakter, a nawet idący nieco dalej, ma podstawa z ust. 3 § 1 art. 840 k.p.c. umożliwiająca małżonkowi dłużnika zwalczanie treści tytułu egzekucyjnego w przypadku, gdy sąd nadał klauzulę wykonalności na podstawie art. 787 tego kodeksu także przeciwko niemu. Na uwagę ze względu na charakter prawny omawianego powództwa zasługuje także rozwiązanie zawarte w § 2 art. 840 stwierdzające, że w przypadku gdy tytuł egzekucyjny pochodzi od organu administracyjnego, to on, a nie sąd jest władny do stwierdzenia, czy zobowiązanie wygasło bądź nie może być egzekwowane. W takiej sytuacji strona nie może wnieść swojego powództwa do sądu, powołując się na ust. 2 § 1 art. 840 kodeksu. Badanie to przeprowadza się w drodze administracyjnej, co dla sądu oznacza bezwzględną negatywną przesłankę procesową w postaci niedopuszczalności drogi sądowej. Powództwo opozycyjne oparte na podstawie art. 840 § 2 k.p.c. znajduje zastosowanie jedynie w sprawach egzekucyjnych toczących się na podstawie przepisów tego kodeksu, a nie postępowań, które prowadzone są na podstawie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Nie jest dopuszczalne stosowanie tych dwóch trybów postępowania zamiennie lub równoległe, zaś organ egzekucyjny działający na podstawie przepi-

¹⁴ H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom IV, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, s. 340 i n.

¹⁵ Orzeczenie SN z dnia 19 maja 1961 r., I CR 540/60. <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520199401/1?directHit=true&directHitQuery=I%20CR%20540-2F60> [dostęp 19.01.2018].

sów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji nie jest wówczas zobowiązany do wydania – na podstawie art. 840 § 2 k.p.c. – rozstrzygnięcia stwierdzającego, że zobowiązanie wygasło lub nie może być wyegzekwowane”¹⁶.

W efekcie pozytywnego rozpoznania powództwa opozycyjnego skutkującego pozbawieniem w całości wykonalności tytułu wykonawczego zakres *res iudicata* takiego orzeczenia skutkuje uniemożliwieniem prowadzenia jakiegokolwiek egzekucji na podstawie danego tytułu wykonawczego, jednocześnie stanowiąc przesłankę do umorzenia prowadzonych już egzekucji. Zaznaczyć należy, że okoliczność, czy w danym momencie egzekucja jest prowadzona, nie jest istotna. Powództwo to może zostać wytoczone także w sytuacji, gdy aktualnie egzekucja prowadzona nie jest, natomiast istnieje ważny tytuł wykonawczy, który stanowić może podstawę do jej wszczęcia, a jednocześnie istnieją określone przesłanki mogące wpłynąć na pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności, jak przedawnienie zobowiązań objętych tytułem wykonawczym. Wniesienie powództwa opozycyjnego ma bowiem na celu uniemożliwienie wierzycielowi prowadzenia jakiegokolwiek egzekucji na podstawie danego tytułu wykonawczego w zakresie żądania dłużnika ujętego w powództwie. Powództwo o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego (o ukształtowanie prawa), jako dalej idące, konsumuje zatem żądanie ustalenia, że zobowiązanie objęte tytułem wykonawczym wygasło lub nie może być wyegzekwowane, także w sytuacji, gdy wierzyciel nie naruszył jeszcze prawa dłużnika przez wszczęcie egzekucji, lecz dłużnikowi egzekucja taka grozi w przyszłości¹⁷.

Dopóki nie dojdzie do całkowitego zaspokojenia roszczeń wierzyciela, dłużnik ma interes prawny w pozbawieniu tytułu wykonawczego wykonalności. Często w toku prowadzonej egzekucji wierzyciel nie zostaje całkowicie zaspokojony, co nie wyklucza możliwości wszczęcia egzekucji kolejny raz, chociażby po upływie roku od ukończenia egzekucji poprzedniej – dopiero całkowite zaspokojenie wierzyciela pozbawia go możliwości dysponowania tytułem wykonawczym, powodując konieczność jego zatrzymania w aktach.

Pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności jedynie w części bądź też ograniczenie jego wykonalności rodzi nieco inne konsekwencje prawne. Częściowe pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego skutkować będzie niezdatnością do egzekucji tej właśnie części tytułu egzekucyjnego, co może mieć miejsce chociażby w przypadku potrącenia pewnej kwoty należnej dłużnikowi od wierzyciela. Natomiast jego ograniczenie może być spowodowane przeszkodami uniemożliwiającymi jego wykonanie tylko w danym momencie. Wybór dokonany przez dłużnika co do zakresu żądania zawartego w po-

¹⁶ Postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 13 listopada 2015 r., IV SAB/Wr 305/15. <https://sip.lex.pl/#/orzeczenie/522044013/1/iv-sab-wr-305-15-postanowienie-wojewódzkiego-sadu-administracyjnego-we-wroclawiu?keyword=IV%20SAB~2FWr%20305~2F15,&cm=STOP> [dostęp 19.01.2018].

¹⁷ E. Wengerek, *Powództwo o ustalenie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959, nr 21(1), s. 1–33.

zwie, a związanego z podstawami powództwa opozycyjnego wpływa zatem na zakres mocy prawnej tytułu wykonawczego po pozytywnym rozpatrzeniu sprawy przez sąd.

Nadrzędnym, z punktu widzenia powoda, celem wniesienia powództwa opozycyjnego pozostaje pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego zobowiązującego do świadczenia pieniężnego bądź niepieniężnego. Konieczna w tym miejscu staje się zatem próba ustalenia znaczenia samego pojęcia wykonalności, właściwego w odniesieniu do powództwa opozycyjnego. Najprościej powiedzieć można, że orzeczenia są wykonalne, jeżeli nadają się do egzekucji sądowej. Orzeczenie zaś nadaje się do egzekucji, jeżeli została mu nadana klauzula wykonalności bądź samo orzeczenie zawiera klauzulę wykonalności natychmiastowej. Z powyższych rozważań wysnuć możemy wniosek, że „powództwo opozycyjne przysługuje wyłącznie od orzeczeń, które pozostają wymagalne sensu stricto, wykluczone jest jego stosowanie w szerokim rozumieniu wymagalności (sensu largo) obejmującym także skuteczność, czyli możliwość dokonywania innych jeszcze czynności zmierzających do tego, aby prawomocne orzeczenie wywołało skutki prawne, dla których zostało ono wydane”¹⁸.

Pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności nie jest równoznaczne z pozbawieniem danego orzeczenia, będącego jego podstawą, prawomocności. W sytuacji pozbawienia danego tytułu wykonawczego wykonalności samo orzeczenie dalej pozostaje prawomocne, a zatem *res iudicata* uniemożliwia ponowne rozpoznanie danej sprawy między tymi samymi stronami w postępowaniu rozpoznawczym. Ponadto wskazać należy, że pozbawione wykonalności mogą być orzeczenia, które wcale prawomocne nie były. Tak jest w przypadku nadania rygoru natychmiastowej wykonalności. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku tytułów wykonawczych, których źródłem pozostają nie orzeczenia sądu, a przykładowo akty notarialne. Jak już wcześniej wspomniano, one wcale nie korzystają z przymiotu prawomocności materialnej, a po wniesieniu powództwa opozycyjnego sąd ma możliwość ingerencji nawet w samą treść takiego tytułu wykonawczego. W tym miejscu także staje się jasne, dlaczego powództwo opozycyjne nie może być traktowane jako nadzwyczajny środek zaskarżania. Wniesienie powództwa opozycyjnego, a następnie pozytywne jego rozpatrzenie nie wpływa na prawomocność orzeczenia, a tym samym na powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Postępowanie rozpoznawcze nie zostaje tu w żaden sposób wznowione, a postępowanie po wniesieniu powództwa opozycyjnego ma charakter wtórny.

Prawomocny wyrok jedynie ograniczający wykonalność tytułu wykonawczego różnie jest w doktrynie postępowania cywilnego oceniany. Jedni uważają, że także on stanowić może podstawę do umorzenia egzekucji przez organ egzekucyjny. Inni natomiast twierdzą, że stanowi on wyłącznie podstawę do złożenia wniosku o zawieszenie postępo-

¹⁸ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne...*, s. 209.

wania. Twierdzą tak przez wzgląd na możliwe przejściowe tylko ograniczenie wykonalności tytułu wykonawczego. Jako uzasadnienie swojego stanowiska wskazują ewentualne negatywne konsekwencje dla wierzyciela przy założeniu, że w przyszłości będzie on mógł kolejny raz przystąpić do egzekucji¹⁹. Za przykład posłużyć może rozpoczęcie na nowo biegu przedawnienia. Ma to szczególne znaczenie przy innych tytułach wykonawczych niż prawomocne orzeczenia sądowe, korzystające z dziesięcioletniego terminu przedawnienia, jak chociażby niektóre tytuły, których podstawą są akty notariale.

3. Wnioski końcowe

Podsumowując niniejszy artykuł, w odpowiedzi na pytanie zadane na wstępie, powiedzieć można, że instytucja powództwa opozycyjnego co do zasady spełnia cel, który jest przed nią stawiany. Powództwo to umożliwi bowiem dłużnikowi podjęcie obrony merytorycznej przed prowadzoną egzekucją. Z przeprowadzonej w artykule analizy charakteru prawnego omawianej instytucji przeciwegzekucyjnego powództwa opozycyjnego z art. 840 k.p.c. można wysnuć wniosek, że sprawa wynikająca z wniesienia omawianego powództwa nie należy do spraw egzekucyjnych, rozumianych jako rodzaj spraw cywilnych związanych ze stadium wykonawczym postępowania cywilnego. Stanowi ono samodzielne powództwo, którego istotą jest ukształtowanie prawa określonego w tytule wykonawczym w następstwie wystąpienia podstaw z art. 840 k.p.c. Postępowanie procesowe, mające na celu rozpoznanie wniesionego powództwa opozycyjnego, mimo wielu odrębności, prowadzone jest według zasad ogólnych, zatem stosuje się tu przepisy o procesie. O jego rozpoznawczym charakterze przesądza jego materialnoprawna podstawa, co wskazuje także, że pozostaje ono jedyną formą obrony merytorycznej dłużnika przed egzekucją.

Dłużnik staje się powodem, a wierzyciel pozwanym, co rodzi wiele konsekwencji, chociażby odnośnie do rozłożenia ciężarów procesowych między stronami. Wątpliwości, także w obliczu wprowadzenia możliwości wyboru komornika w odniesieniu do egzekucji z rzeczy ruchomych, budzić może zagadnienie właściwości sądu. Biorąc pod uwagę całościowy kształt analizowanej instytucji, optymalnym ze względu na znajomość sprawy rozwiązaniem *de lege ferenda* byłoby, jak już wspomniałem, powiązanie właściwości sądu odnośnie do wniesienia powództwa opozycyjnego z sądem, który nadawał klauzulę wykonalności w postępowaniu klauzulowym. Powództwo opozycyjne nie stanowi w żadnym razie nadzwyczajnego środka zaskarżenia, podważającego prawomocność orzeczeń. Jego cechą charakterystyczną pozostaje natomiast fakt, że pełniąc funkcje gwarancyjne i ochronne, znajduje się ono na styku norm prawa procesowego i materialnego oraz działa

¹⁹ A. Daczyński, *Uchylenie natychmiastowej wykonalności tytułu i wstrzymanie jego wykonania jako podstawy zawieszenia postępowania egzekucyjnego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2004, nr 10–12, s. 52 i n.

na pograniczu z *lis pendens* i *res iudicata*. Pozwala przy tym na realizację ostatecznego celu procesu cywilnego, którym pozostaje zapewnienie pewności stanu prawnego oraz jego zgodności ze stanem faktycznym, co służy zapewnieniu ładu prawnego.

Bibliografia

Źródła

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380).
- Orzeczenie SN z dnia 19 maja 1961 r., I CR 540/60, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520199401/1?directHit=true&directHitQuery=I%20CR%20540~2F60> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Uchwała SN z dnia 23 września 2009 r., III CZP 50/09, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520611859/1?directHit=true&directHitQuery=III%20CZP%2050~2F09> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 439/10, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521054196/1?directHit=true&directHitQuery=I%20CSK%20439~2F10> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 13 listopada 2015 r., IV SAB/Wr 305/15, <https://sip.lex.pl/#/orzeczenie/522044013/1/iv-sab-wr-305-15-postanowienie-wojewodzkiego-sadu-administracyjnego-we-wroclawiu?keyword=IV%20SAB~2FWr%20305~2F15,&cm=STOP> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 7 marca 2013 r., IC 556/11, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521942352/1/i-c-556-11-wyrok-sadu-okregowego-we-wroclawiu?keyword=I%20C%20556~2F11&cm=SREST> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2002 r., I PKN 197/01, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520150141/1?directHit=true&directHitQuery=I%20PKN%20197~2F01> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Wyrok SN z dnia 30 maja 2014 r., II CSK 679/13, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/521568777/1?directHit=true&directHitQuery=II%20CSK%20679~2F13> [dostęp 19.01.2018 r.]
- Wyrok SN z dnia 19 grudnia 2007 r., V CSK 301/07, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/520476723/1?directHit=true&directHitQuery=V%20CSK%20301~2F07> [dostęp 19.01.2018 r.]

Literatura:

- Daczyński A., *Uchylenie natychmiastowej wykonalności tytułu i wstrzymanie jego wykonania jako podstawy zawieszenia postępowania egzekucyjnego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2004, nr 10–12.
- Dolecki H., Wiśniewski T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I i IV, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*, Liber Księgarnia, Warszawa 2009.
- Korzan K., *Sądowe postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986.
- Marciniak A., *Sądowe postępowanie egzekucyjne*, LexisNexis Polska, Warszawa 2013.
- Marszałkowska-Krzyszewska E. (red.), *Postępowanie cywilne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Część szczegółowa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.

- Siedlecki W., [w:] Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1969.
- Wengerek E., *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961.
- Wengerek E., *Powództwo o ustalenie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, Poznań 1959.
- Wengerek E., *Przeciwegzekucyjne powództwa dłużnika – poradnik*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998.

ISSN 2450-3932