Acta Universitatis Lodziensis

FOLIA IURIDICA

105

Varia

pod redakcją
Jerzego Leszczyńskiego

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO

COPE
Member since 2018
JM13714

Acta Universitatis Lodziensis

FOLIA IURIDICA 105

WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Acta Universitatis Lodziensis

FOLIA IURIDICA 105

Varia

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO
Łódź 2023

COPE
Member since 2018
JM13714

REDAKCJA NAUKOWO-DYDAKTYCZNA „FOLIA IURIDICA”

Jerzy Leszczyński (Redaktor Naczelny), *Bartosz Wojciechowski* (Zastępca Redaktora Naczelnego), *Anna Chmielarz-Grochal* (Zastępca Redaktora Naczelnego) *Martin Krygier* (University of New South Wales), *Zenon Bankowski* (University of Edinburgh), *Karolina M. Cern* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu) *Piotr W. Juchacz* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu) *Karolina Krzeszewska* (Sekretarz)

RADA NAUKOWA

Natalia Blazhivska (Taras Shevchenko National University of Kyiv) *Maciej Chmieliński* (Uniwersytet Łódzki), *Adam Czarnota* (University of New South Wales), *Zofia Duniewska* (Uniwersytet Łódzki), *Ana Margarida Simões Gaudêncio* (University of Coimbra), *Zbigniew Góral* (Uniwersytet Łódzki) *Janusz Jankowski* (Uniwersytet Łódzki), *Jurgita Paužaitė-Kulvinskienė* (Vilnius University), *Joanna Lam* (University of Kopenhagen), *Martin Škop* (Masaryk University), *Victor Tsilonis* (Aristotle University of Thessaloniki) *Monika Zalewska* (Uniwersytet Łódzki)

RECENZENCI

Lista recenzentów dostępna na stronie
https://czasopisma.uni.lodz.pl/Iuridica/reviewers

REDAKTOR INICJUJĄCY

Sylwia Mosińska

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Bogusława Kwiatkowska

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Agencja Komunikacji Marketingowej efectoro.pl

© Copyright by the Authors, Łódź 2023
© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2023

ISSN 0208-6069
e-ISSN 2450-2782

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.10966.23.0.Z

Ark. wyd. 17,0; ark. druk. 15,375

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-237 Łódź, ul. Jana Matejki 34A
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 635 55 77

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.01

*Jan Okoński**

https://orcid.org/0000-0001-7015-947X

PAŃSTWO AUTORYTARNE ERICA VOEGELINA NA TLE JEGO KRYTYKI CZYSTEJ TEORII PRAWA HANSA KELSENA

Streszczenie. Artykuł w swojej treści odnosi się do zagadnień przedstawionych w dziele E. Voegelina *The Authoritarian State: An Essey on the Problem of the Austrian State*, istotnych z punktu widzenia teorii i filozofii prawa. Zwrócono uwagę na krytykę normatywizmu H. Kelsena oraz dokonaną przez Voegelina interpretację parlamentaryzmu międzywojennej Austrii, umieszczonych na tle sporu o państwo austriackie. Wzięto szczególnie pod uwagę aspekt metodologiczny prezentowanego zagadnienia. Część z omawianych kwestii zarysowano na tle powojennej twórczości E. Voegelina.

Słowa kluczowe: Eric Voegelin, Hans Kelsen, filozofia prawa, autorytaryzm, austrofaszyzm

ERIC VOEGELIN'S AUTHORITARIAN STATE AGAINST THE BACKGROUND OF HIS CRITIQUE OF HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW

Abstract. The article refers to the issues presented in E. Voegelin's *The Authoritarian State: An Essey on the Problem of the Austrian State*, which are important from the point of view of the theory and philosophy of law. Attention was paid to the criticism of H. Kelsen's normativism and Voegelin's interpretation of the parliamentarism of the interwar Austria. This issue was placed against the background of the dispute over the Austrian state. The methodological aspect of the presented issue was especially taken into account. Some of the issues discussed were outlined against the background of the post-war works of E. Voegelin.

Keywords: Eric Voegelin, Hans Kelsen, philosophy of law, authoritarianism, Austrofascism

E. Voegelin znany jest z prac, które przede wszystkim zostały wydane już po II wojnie światowej. Obszarem jego twórczości, który pozostaje mniej znany, są dzieła, jakie Voegelin napisał przed swoim wyjazdem do Stanów Zjednoczonych w 1938 r. Jedną z wartych uwagi wczesnych książek niemieckiego filozofa jest bez wątpienia praca *The Authoritarian State: An Essey on the Problem of the Austrian State* (dalej: *The Authoritarian State*), której oryginał w języku niemieckim został po raz pierwszy opublikowany w Austrii w 1936 r. Książka ta była

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, jan.okonski@poczta.onet.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

wydana w języku angielskim dopiero w 1997 r., już po śmierci Voegelina. Autor podzielił zawartość swojego dzieła na trzy części. W pierwszej dokonał analizy słów „totalny" (ang. *total*) oraz „autorytarny" (ang. *authoritarian*) jako symboli politycznych. Część druga poświęcona jest zagadnieniu austriackich konstytucji po 1848 r. Natomiast część trzecia i ostatnia dotyczą problemu austriackiej konstytucji po 1933 r.

Materia, która mogłaby być zaliczona obecnie do dziedziny historii państwa i prawa, stanowi około połowy treści książki. Wśród reszty jej zawartości szczególnie wartą odnotowania jest przedstawiona przez Voegelina w trzeciej części krytyka czystej teorii prawa H. Kelsena. Ten spór mistrza z uczniem (Voegelin doktoryzował się pod kierunkiem H. Kelsena na Uniwersytecie w Wiedniu) osadzony jest na tle tytułowego problemu konstytucji państwa austriackiego. Voegelin przedstawił podstawowy problem dotyczący Austrii i jej ustaw zasadniczych w następujący sposób:

> austriacki problem konstytucyjny może być wyłożony w jednym zdaniu: Austria jest narodowo jednolitym państwem, nie będąc państwem narodowym. Populacja obecnego terytorium Austrii nigdy w historii nie tworzyła politycznej jednostki. Austria ma długą i wspaniałą historię, ale nie jest to historia obecnej Austrii jako niezależnego *body politic*; jest to historia Austrii jako części średniowiecznej Europy oraz jako integralnej i dominującej części starej austriackiej monarchii. (Voegelin 1997, 367–368)

Voegelin swoje zarzuty wobec czystej teorii prawa formułował już wcześniej, uczynił to chociażby w pracy *Race and State* z 1933 r., w której stwierdził, iż Kelsen „zredukował teorię państw (*Staatslehre*) do teorii prawa (*Rechtslehre*), w konsekwencji wyrzucając wszystkie wymiary socjologicznie, filozoficzne i kulturowe z tej dziedziny" (Weiss 1997, 4). W konsekwencji, zdaniem Voegelina przedmiot, jakim jest państwo, zostaje usunięty z teorii państwa. We własnym dziele *The Authoritarian State* Voegelin oparł swoją krytykę myśli H. Kelsena głównie na jego pracy pt. *Czysta teoria prawa* z 1934 r. Na stronach swojego dzieła Voegelin omówił wybrane aspekty teorii państwa wyartykułowane przez L. von Steina, M. Hauriou, E. Renana, W. von Humboldta oraz J. Eötvösa, istotne z punktu widzenia jego własnych rozważań. Voegelin uważał, że napisana przez niego książka, dotycząca tytułowego państwa autorytarnego, nie jest wystarczająco dogłębnym przedstawieniem poruszonych w niej problemów. Na jej wstępie skromnie ocenił, iż nawet gdyby na temat każdego z czterech obecnych w niej zagadnień problemowych napisał osobną monografię, nie wyczerpałoby to złożoności zagadnienia i dokonana analiza nadal pozostawałaby niedoskonała (Voegelin 1997, 54). Co więcej, Voegelin dość kurtuazyjnie stwierdził, że jego intencją nie jest poddanie teorii H. Kelsena surowej krytyce, ponieważ: „życzymy sobie zaprezentować nieodłączne metafizyczne, etyczne, historycystyczne, epistemologiczne i metodologiczne motywy stojące za ograniczeniem przedmiotu prawnego [Rechtssgegenstand] do norm określonego rodzaju" (Voegelin 1997, 164).

Biorąc pod uwagę zarysowaną uprzednio materię kości niezgody między H. Kelsenem a jego adwersarzem, warto przytoczyć część wyartykułowanej przez Voegelina krytyki czystej teorii prawa, istotnej z punktu widzenia dalszego rozważania kwestii ówczesnego państwa austriackiego. O ile intelektualnych protoplastów myśli H. Kelsena można widzieć w osobach R. Mohla oraz P. Labanda (Chrząszcz 2021, 92–93), to sam Voegelin dopatrywał się proweniencji myśli ojca normatywizmu w dziedzictwie reform edukacyjnych dawnej Austrii sięgających początku XIX w. Wówczas silnie ograniczono dyskusję związaną z materią konstytucji, natomiast skwapliwie studiowano prawo administracyjne, przez co jurysprudencja jako taka, w przekonaniu Roberta von Mohla, na którego powołuje się E. Voegelin, miała stracić na znaczeniu (Voegelin 1997, 191).

Zdaniem E. Voegelina w teorii H. Kelsena państwo jest tożsame z ucieleśniającymi je normami prawnymi. Voegelin wyraża wątpliwość, czy państwo austriackie, które ze względu na uwarunkowania historyczne i okoliczności swojego istnienia po I wojnie światowej jest przypadkiem, co do którego czystą teorię prawa można w sposób poprawny zastosować (Voegelin 1997, 163). E. Voegelin uważał, że metodologia H. Kelsena, mająca neokantowską i pozytywistyczną proweniencję, nakłada na siebie problematyczne ograniczenia ontologiczne, przyjmując, zdaniem Voegelina, że: „istota, którą można poznać nie istnieje poza przedmiotem percepcji w takiej postaci, w jakiej jest ukonstytuowana w aktach percepcji w ramach formowanych przez kategorie" (Voegelin 1997, 167). Voegelin stwierdził, że w takich okolicznościach niemożliwe jest zadanie pytania dotyczącego materii ontologicznej, które poprzedzałoby omawianą kwestię metodologii, toteż przedmiot postrzegania nie będzie nim dopóki nie przejdzie osądu przez kategoryzację, w konsekwencji może w ogóle nie być postrzegany. Jak zauważył pochodzący z Kolonii myśliciel, wówczas: „nie ma postrzegania przed postrzeganiem, nie ma problemu ontologicznego przed metodologicznym" (Voegelin 1997, 167). Przedmiot ten zawsze będzie „czystym" oraz istniejącym tylko w jednym systemie kategorii. Voegelin przyjmował, że dziedzina bytu taka jak państwo obejmuje wiele przedmiotów, takie jak chociażby „relacje siły", „system norm" oraz „masy i elity", których, jego zdaniem, nie można ująć w jednym, ukonstytuowanym przedmiotowo, systemie kategorii, w ostateczności tylko jeden z tych przedmiotów może zostać obrany jako „czysty" przedmiot – przedmiotem tym, zgodnie z czystą teorią prawa odczytywaną przez Voegelina, jest prawo utożsamiane ze zjawiskiem państwa. Co więcej, prawo jako kontekst rzeczywistości, który poprzedza ogląd naukowy, w perspektywie zaprezentowanej przez H. Kelsena, zdaniem Voegelina również musi być usunięty z teorii państwa (Voegelin 1997, 169–170).

Prócz tego, nawet jeśli przedmiotem badań socjologii może być państwo rozumiane inaczej niż państwo, jako pojęcie normatywne w czystej teorii prawa, co dopuszczał H. Kelsen, to według Voegelina takie państwo, które byłoby

przedmiotem badań socjologii, nie będzie przedmiotem badań jurysprudencji oraz nie byłoby zadaniem prawnika zajmować się taką dziedziną (Voegelin 1997, 206).

Uczeń Kelsena, krytykując podejście swojego promotora, zdawał się opowiadać za synkretycznym podejściem w przedmiocie nauk prawnych. Wskazuje na to jego odwoływanie się do koncepcji jednego z austriackich teoretyków konstytucji: F. Stoerka. Voegelin wyraził swoje przekonanie w następujących słowach: „zauważyliśmy, że przedmiot poznania nie jest wyznaczany metodą, lecz z racji relewancji tkwiącej w istnieniu podmiotu poznawczego i że po wyznaczeniu należy zastosować wszystkie dostępne metody, które odpowiednio wyczerpują przedmiot poznania" (Voegelin 1997, 200). Stanowisko to w oczywisty sposób nie jest zgodne z oglądem metodologicznym H. Kelsena.

Voegelin argumentował, że opisane wcześniej przez Kelsena ograniczenia dokonane zostały z punktu widzenia dogmatyka prawa, jednak praca samego dogmatyka prawa, który na przykład wykonuje wstępną pracę w celu późniejszego stosowania prawa przez organ publiczny, nie jest aktywnością przekraczającą byt, którą ma za swój przedmiot, lecz raczej sama jest częścią tegoż bytu. Ponadto Voegelin zaznaczył, iż można przyjąć, że we współczesnym państwie może być tyle porządków normatywnych, ile jest dziedzin ludzkiej aktywności rozróżnianych ze względu na cel działania człowieka. Toteż porządek normatywny, dzielący się na określone gałęzie prawa, nie będzie jedynym porządkiem, lecz wieloma porządkami, mniej lub bardziej otwartymi w swojej strukturze inne porządki (Voegelin 1997, 172). Jest to przekonanie, które wydaje się być raczej nie do pogodzenia z modelem, który zakłada pewien rodzaj samowystarczalności systemu prawnego, tak jak na przykład u jednego z architektów koncepcji *Rechsstaat* P. Labanda (Chrząszcz 2021, 93). W swoim późniejszym dziele *The Nature of Law* Voegelin napisał, iż prawo nie ma swojego statusu ontologicznego, lecz: „jest częścią procesu, w którym społeczeństwo powołuje siebie do istnienia i zachowuje siebie w uporządkowanym istnieniu" (Voegelin 1991, 38).

Zdaniem E. Voegelina dociekania intelektualne, takie jak próba udzielenia odpowiedzi na pytania, jaka jest natura federacji albo co to jest demokracja, według Kelsena mogły być co najwyżej zakwalifikowane do dziedziny „socjologii", gdyż nie należą do czystej teorii prawa, natomiast jeśli nie mają one wymaganego przez Kelsena waloru naukowości, można je oznaczyć jako „pseudoproblemy", „ideologie" albo kiedy dotyczą one kwestii tego, jakie powinno być prawo, „postulaty etyczno-polityczne" (Voegelin 1997, 178–180).

Zaprezentowana interpretacja nauki czystego prawa ma rodzić poważne implikacje dla osób fizycznych i prawnych *in abstracto.* Voegelin dosadnie napisał o „dezintegracji" tychże, która ma następować w jej ramach. Prawa podmiotowe jednostki, które ogniskują się wokół jej własności i ontologicznej wolności, mogą sprawiać wrażenie istniejących poza sferą prawa pozytywnego, w które państwo mogłoby nie ingerować i tym samym noszą, zdaniem H. Kelsena, nienaukowe znamię ideologii. Samo rozróżnienie porządku społecznego od porządku

prawnego ma być niedopuszczalne, według Voegelina, w ramach krytykowanej przez niego teorii. Według K. Dobrowolskiej istniejące w teorii H. Kelsena praktyczne zrównanie porządku społecznego z porządkiem prawnym oraz ograniczenie osoby fizycznej do „uosobienia norm regulujących zachowanie się człowieka" implikuje zupełną nieograniczoną dowolność państwa w kształtowaniu praw i obowiązków tejże (Dobrowolska 2013, 126).

Z drugiej strony autor krytyki czystej teorii prawa wskazał na pewne, jego zdaniem, ukryte w tejże propozycje polityczne. Dotyczą one po pierwsze tego, że prawo, według H. Kelsena, to system powszechnie obowiązujących norm – co według Voegelina jest niesłuszne, według niego norma prawna niekoniecznie musi być normą powszechnie obowiązującą, ponieważ, jak stwierdził: „norma prawna jako taka nie istnieje, istnieją tylko różne typy norm, które z historycznego punktu widzenia mogą zostać udokumentowane jako zasadnicze w realizowaniu politycznego porządku rzeczy", oraz zaznaczył, że twierdzenie o prawie jako systemie powszechnie obowiązujących norm tylko w pewnym zakresie dotyczy norm prawa konstytucyjnego (Voegelin 1991, 187).

Pod koniec omawianego rozdziału autor *The Authoritarian State* zwrócił uwagę na możliwe kłopoty, związane z wykładnią tekstu prawnego, które, jego zdaniem, mogą się pojawić przy poprawnym użyciu czystej teorii prawa. Voegelin napisał, że to, co znaczą czynności, takie jak: „glosowanie" i „nominacja" oraz podmioty jak chociażby „król", „parlament", „naród" nie są zawarte bezpośrednio w normie prawnej, a przesłanki metafizyczne czystej teorii prawa powodują, iż norma prawa ma sprawiać wrażenie, że wiemy, jaka jest jej zawartość. Dla Voegelina prawnik, aby zrozumieć sens używanych pojęć, musi sięgnąć do rzeczywistości, której oznaczone przez te słowa przedmioty są częścią, inaczej nie będzie on mógł zrozumieć treści norm prawnych, których owe słowa dotyczą, zostało to przez niego wyrażone w następujący sposób:

> Ich pełne znaczenie można zrozumieć tylko wtedy, gdy są zintegrowane z kontekstami znaczeń odnoszących się do sfery istnienia, której mają narzucić porządek (…) Nie możemy interpretować norm, jeśli nie wiemy, co oznaczają słowa w nich zawarte i możemy to poznać na bieżąco i całkowicie tylko wtedy, gdy dziedzina przedmiotu, do której wyrażenia się odnoszą jest treścią nauki. (Voegelin 1997, 207–208)

Osoba, która dokonuje interpretacji konstytucji państwa, na przykład w celu odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z państwem demokratycznym lub federacją, według metody, za którą opowiadał się Voegelin, musi być w posiadaniu wiedzy z zakresu nauk politycznych, ponieważ egzegeza samej zawartości tekstu prawnego nie pozwoliłaby, jego zdaniem, na poprawne udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie. Dla przykładu, konstytucja Republiki Austriackiej z 1920 r. (państwa, które istniało od 1919 do 1934 r.) normowała istnienie państwa, które pomimo tego, że na podstawie treści konstytucji właściwym byłoby interpretować je jako państwo demokratyczne, to w interpretacji Voegelina owa

konstytucja, z racji braku obecności w Austrii rzeczywistej wspólnoty narodowej, umożliwiała powstanie zbioru partii politycznych, dla których różne części konstytucji stanowiły kompromis chroniący przed groźbą wewnętrznych niepokojów politycznych (Voegelin 1997, 211). Voegelin nazwał ówczesną ustawę zasadniczą „ekstremalnie demokratycznym eksperymentem" (Voegelin 1997, 251). Z drugiej strony, w przypisie do opublikowanego w 1940 r. eseju Voegelin napisał, że jego zdaniem Austria w okresie od 1918 do 1934 r. nie była demokracją (Voegelin 2000a, 22), ponieważ w państwie, co zostało zauważone już wcześniej, nie istniał *demos*, który Voegelin scharakteryzował jako „ludzi (ang. *a people*) dostatecznie zjednoczonych i upolitycznionych, aby reagować jako jednostka pod kierownictwem politycznej elity" (Voegelin 2000a, 22).

Podobnie jak w wielu państwach europejskich okresu międzywojennego austriacki system polityczny był silnie niestabilny – w kraju bez ugruntowanej tradycji parlamentaryzmu do 1934 r. istniało aż 28 gabinetów (Czerwińska-Schupp 2012, 93).

Dla Voegelina konstytucja jest tekstem prawnym, która „nie istnieje w próżni", lecz w określonej sytuacji historycznej i politycznej, gdzie pełni funkcję porządkowania społeczeństwa, w Voegelinowskim rozumieniu tego słowa (Voegelin 1997, 221). Voegelin uważał, że przepisy prawa to jedno z narzędzi, przez które społeczeństwo dąży do utrzymania siebie w uporządkowanym istnieniu (ang. *ordered existence*) (Voegelin 1991, 157–165). Próby przedstawienia tych dążeń są wyartykułowane w tzw. projektach porządku. Voegelin wyodrębnił dwa rodzaje takich projektów. Za pierwszymi stoi zamysł ich empirycznej realizacji w świecie, są to na przykład projekty ustaw, drugi rodzaj projektów ma za zadanie wskazać ramy prawdziwego porządku, jednakże bez oczekiwań ich realizacji w rzeczywistości (Voegelin 1991, 49). Są to dla przykładu projekty konstytucji modelowej polis przygotowane przez Platona i Arystotelesa.

Voegelin skwitował Kelsenowską koncepcję normy podstawowej (niem. *grundnorm*) jako: „fetyszyzm", czyli zjawisko sformalizowanej wiary w legalność, wolnej od jakiejkolwiek substancji, niedopuszczające rozważań na temat prawomocności jako czegoś innego od legalności (Voegelin 1997, 217). Jego zdaniem norma konstytucyjna, która miałaby otrzymywać swoją prawomocność dzięki normie podstawowej, byłaby zupełnie niezwiązana z rzeczywistością, od której otrzymywałaby swoje znaczenie, i nie byłoby żadnego powodu, dla którego ktokolwiek miałby takiej normy przestrzegać (Voegelin 1997, 215–216).

Wydaje się jednak, że Voegelin nie wyczerpał poprzez swoją krytykę esencji normy podstawowej, albowiem H. Kelsen uważał, że „stanowienie i skuteczność są w normie podstawowej uczynione warunkiem obowiązywania", a samo obowiązywanie oczywiście nie jest równoznaczne ze skutecznością (Kelsen 2014, 323). Voegelinowska krytyka koncepcji Kelsena wpisuje się w ogół występującej u tego myśliciela tendencji do krytykowania wielkich „systemów" w ogólności, a pozytywistycznych i progresywistycznych w szczególności. Pojęcie systemu

w ogóle stoi w opozycji do charakteru pracy samego Voegelina – w „większym stopniu zetetyka i poszukiwacza niż chłodnego badacza" (Czarnecki 2010, 20), którego niewątpliwie charakteryzowała, rozumiana dosłownie, antysystemowość. W jednej z przedwojennych prac napisał wprost, że: „Systemy są zawsze fałszywe. Zawsze łatwo jest wykryć w nich niespójności i skrytykować odsłonięte punkty, takie jak te, które tutaj zidentyfikowaliśmy. System to tylko część garderoby, czasem dobrze skrojone, a czasem źle dopasowane, którego kształt wskazuje na to, co okrywa" (Voegelin 2003, 223).

Interesujące na tym tle jest zagadnienie zmian konstytucji w Austrii po I wojnie światowej. Biorąc pod uwagę przykład Austrii, Voegelin uważał, że według czystej teorii prawa nie ma związku pomiędzy państwem przed rewolucją a państwem po rewolucji, ponieważ nie istnieje prawne kontinuum, które dotyczyłoby ich obu, dla Voegelina byłyby to dwa byty, które mają ze sobą taki związek, jak dwa państwa leżące na różnych kontynentach w odległych od siebie epokach (Voegelin 1997, 214). W 1933 r. w wyniku kryzysu politycznego w ówczesnej Austrii i nieprzewidzianej przez prawo sytuacji (aby wziąć udział w głosowaniu wszyscy trzej przewodniczący niższej izby austriackiego parlamentu opuścili swoje stanowiska) działalnie austriackiego parlamentu zostało sparaliżowane. Ówczesny kanclerz E. Dollfuss stwierdził, że parlament dokonał „samoeliminacji" (niem. *Selbstausschaltun*) i wykorzystując obowiązujące jeszcze z czasów I wojny światowej prawo, rozpoczął rządy za pomocą dekretów z mocą ustawy oraz uniemożliwił ponowne zebranie się parlamentu. W 1934 r., po ledwie pięciodniowej wojnie domowej, austriacki parlament kadłubowy przyjął ustawę zasadniczą, która normowała istnienie nowego państwa: Federalnego Państwa Austriackiego.

Dla Voegelina nowa konstytucja była niemalże czystym przykładem autorytaryzmu poprzez sposób legitymizacji suwerenności, który nie ma miejsca dzięki dynastycznej władzy monarszej lub demokracji (Voegelin 1997, 249). Państwo wykonuje autorską (niem. *urherberschaftlich*) pracę w tworzeniu i utrzymywaniu państwa (Voegelin 1997, 282). Państwo autorytarne jest instytucją, której władza państwowa – jego najwyższy organ: „jest legitymizowany jego autorskimi dążeniami do ustanowienia, zachowania oraz rozwoju państwa" (Voegelin 1997, 338). Voegelin, szukając źródeł, które mogłyby pomóc przy interpretacji omawianego kłopotu państwa austriackiego, sięgnął, na przykład, do Heglowskiej krytyki angielskiego projektu reformy wyborczej z 1831 r. (dokonanej, między innymi, przez odebranie mandatów zgniłym miasteczkom oraz zmianę kryteriów cenzusu majątkowego). Dla Hegla zmiana prawa wyborczego i możliwe uzyskanie praw wyborczych przez część klasy niższej mogło być w przyszłości kołem zamachowym rewolucji, jeśli nowi posłowie ją reprezentujący nie będą odpowiednio temperowani w Izbie Gmin (Hegel 1994, 373). Voegelin dostrzegał w obserwacji Hegla istotną refleksję dotyczącą przyszłych losów pluralistycznych państw partyjnych, w których miałoby się dokonać wchłonięcie państwa przez nowe siły społeczne (Voegelin 1997, 287). *Homines novi* zmieniający oblicze europejskiego

parlamentaryzmu pochodzić będą z drobnomieszczaństwa oraz wyłaniać się z sił wielkomiejskiego proletariatu.

Obserwowane z perspektywy pierwszej połowy XX w. zmiany społeczne oraz towarzyszący im polityczny ferment, zachodzące od czasów nowożytnych, według Voegelina stanowiły wyzwanie dla prób zmian parlamentu. Biorąc pod uwagę przykład Anglii, piastujący swój urząd w drugiej połowie XIX w. premier B. Disraeli uważał, wskazując na reformę prawa wyborczego z 1832 r., iż lepiej byłoby powołać trzecią izbę parlamentu niż przeprowadzać reformę wyborczą, która zniszczyłaby unikalny charakter Izby Gmin (Voegelin 1997, 295). Voegelin mniemał, że polityczna aktywizacja mas społecznych nie powinna dopuszczać ograniczenia reprezentacji w parlamencie mniejszych grup, których interesy mogłyby zostać przyćmione przez skalę ruchu tych pierwszych, toteż postulaty urzeczywistnienia powszechności czynnego prawa wyborczego bez reform samego parlamentu nie były, w jego przekonaniu, drogą do uzyskania lepszego modelu reprezentacji społeczeństwa.

Dla Voegelina jedną z przyczyn niepowodzeń demokracji w wielu państwach międzywojennej Europy stanowiła okoliczność, iż władza polityczna nie była reprezentacją narodu, lecz była dzierżona przez grupy przedstawicieli interesów zawodowych, takich jak na przykład przemysłowców, robotników oraz rolników. W ocenie Voegelina takim parlamentem był właśnie parlament austriacki po 1920 r. Dla określania takiej konstelacji sił politycznych w państwie przywołał on Schmittowską koncepcję pluralistycznego państwa partyjnego, w którym zasiadający w parlamencie przedstawiciele różnych grup społecznych nie są równoważeni przez państwo z jego autorytetem (Voegelin 1997, 325). Dominacja interesów ekonomicznych i partyjnych nie sprzyjała rozważaniu bieżących kłopotów w sposób, który miałby na względnie cały kraj. Zdaniem Voegelina egzystencja polityczna pojedynczego posła była w praktyce zupełnie uzależniona od podporządkowania się partii (Voegelin 1997, 315) „tyrania, najstraszniejsza ze wszystkich" (fr. *la tyrannie, la plus rédoutable de toutes*). „Nikt, kto nie ma w głowie tej frazy, nie może zrozumieć problemu austriackiego parlamentu" (Voegelin 1997, 328).

Dla Voegelina korporacjonizm państwa austriackiego po 1934 r. był jedną z możliwych odpowiedzi na ten problem, która to odpowiedź miała za zadanie uchronić państwo przed ruchami totalitarnymi, walką klas i możliwą monopolizacją reprezentacji w parlamencie przez największe grupy wyborców (Voegelin 1997, 308). Widoczna jest w *The Authoritarian State* pewna inspiracja myślą polityczną austriackiego filozofa Othmara Spanna, który w tym samym czasie co Voegelin również opowiadał się za reformą austriackiego parlamentu w kierunku korporacjonizmu (Petropulos, Weiss 2003, 2). Zgodnie z konstytucją austriacką z 1934 r. Austria była „Państwem Stanowym" (niem. *Ständestaat*), cztery organy doradcze (tzw. Rady zajmujące się kolejno materiami: państwa, kultury, ekonomii oraz poszczególnych części federacji) miały opiniować ustawy oraz wyłaniać spośród siebie członków parlamentu. Dotychczasowo istniejące partie

polityczne zostały rozwiązane. Należy dodać, że pomimo przepisów konstytucji, które w swoim dziele Voegelin poddał skrzętnej analizie, w praktyce po 1934 r. parlament i rady nie odgrywały prawie żadnej roli (Czerwińska-Schupp 2012, 95–96). Nigdy też nie doszło do wyborów nowego prezydenta zgodnie z procedurami przewidzianymi w nowej konstytucji, urząd ten aż do zajęcia Austrii przez Rzeszę Niemiecką pełnił dotychczasowy prezydent, wybrany na urząd w 1928 r.

Wiele dość demokratycznych instytucji prawnych, które istniały w konstytucji Federalnego Państwa Austriackiego, tak jak chociażby instytucja referendum, nigdy nie doczekało się zastosowania w krótkim, 4-letnim żywocie tegoż państwa. Bez wątpienia najsilniejszą pozycję w państwie zajmował kanclerz sprawujący faktycznie autorytarną władzę. Taka przewaga władzy wykonawczej nad parlamentem, a w praktyce daleko sięgająca kontrola parlamentu przez władzę wykonawczą, była przez Voegelina określona jako rząd autorytarny (Voegelin 1997, 305). Biorąc pod uwagę ogół myśli filozoficzno-prawnej Voegelina, warto zauważyć, że ma ona pewne wyraźne konotacje z problemami podejmowanymi przez C. Schmitta. Obaj uczeni obrali za przedmiot swojej krytyki liberalną, parlamentarną demokrację okresu międzywojennego. Dla pierwszego z nich była to demokracja państwa austriackiego, dla drugiego weimarskich Niemiec, obaj występowali także przeciwko czystej teorii prawa H. Kelsena. Obydwaj myśliciele doświadczyli okresu społecznych niepokojów i chaosu po zakończeniu I wojny światowej, które nierzadko przybierały krwawy charakter, szczególnie w sferze polityki. Bez wątpienia okoliczności, w jakich znajdowały się wówczas Austria i Niemcy – państwa o napiętych stosunkach wewnętrznych, zagrożone przez widmo rewolucji – skłaniały ich do filozoficzno-prawnej krytyki i refleksji nad instytucjami państwa.

Z drugiej strony inaczej sytuowały się ich sympatie polityczne. E. Voegelin w okresie poprzedzającym jego ucieczkę z Austrii sprzyjał partii socjaldemokratycznej, a następnie austriackiej, przedwojennej chadecji (Weinzierel 1997, 27). C. Schmitt w ostateczności (powodowany, rzecz sporna, być może oportunizmem) związał się z NSDAP. Tymczasem E. Voegelin od samego początku był zażartym wrogiem niemieckiego narodowego socjalizmu, toteż po zajęciu Austrii przez Rzeszę Niemiecką sprzedaż jego książki *The Authoritarian State* została zakazana (Weiss 1997, 1), a sam Voegelin uciekł z Austrii do Anglii, a następnie wyemigrował do Stanów Zjednoczonych, gdzie zmarł w 1985 r. Voegelin powoływał się w swojej wczesnej twórczości na prace C. Schmitta, mając raczej pozytywne zdanie na temat części rezultatów jego badań. Dla przykładu Voegelin dość przychylnie oceniał książkę C. Schmitta *Nauka o konstytucji*, której recenzję napisał w 1931 r. Voegelin podzielał pewne przekonania właściwe dla Schmitta, uważał np., że: „nie istnieje zamknięty system konstytucyjny o czysto normatywnym charakterze", a treść norm konstytucyjnych jest zależna od politycznej i społecznej sytuacji okresu ich powstania (Voegelin 2001a, 44) oraz wskazywał na słuszny, jego zdaniem, brak metodologicznej izolacji

jurysprudencji od empirycznej rzeczywistości zjawisk społecznych (Voegelin 2001a, 45). W treści swojej recenzji Voegelin brał także pod uwagę pewne elementy myśli Schmitta, które, jego zdaniem, nie były wystarczająco przekonujące. Dla przykładu stwierdził, że autor *Nauki o konstytucji* w pewnych obszarach swoich dociekań ma „immanentystyczny punkt widzenia", traktując niektóre kwestie teoretyczne tylko przy użyciu języka idei politycznych, tam, gdzie jego zdaniem należałoby spojrzeć na pewne zagadnienia w szerszym, filozoficznym kontekście (Voegelin 2001a, 63). Choć, co zostało zauważone wcześniej, Voegelin zapewne poparłby samo użycie wiedzy z zakresu nauk politycznych do interpretacji tekstów prawnych.

Kelsen podobnie jak Voegelin nie został na okres wojny w Austrii, lecz wyemigrował do Szwajcarii, a następnie do USA. Powojenny kontakt obu uczonych nie miał jednak zbyt kordialnego charakteru. Przykrą wydaje się być uwaga, że intensywne różnice zdań w ostateczności doprowadziły do braku dalszej relacji (Weinzierel 1997, 30). Kelsen po wojnie odniósł się do twórczości Voegelina – napisał recenzję książki *Nowa nauka polityki* (pracy, która może być interpretowana jako filozoficzny manifest myśliciela) zatytułowaną *Krucjata przeciw pozytywizmowi*. Kelsen podniósł w niej typowe dla pozytywisty argumenty, zarzucając Voegelinowi podporządkowanie nauki teologii i spekulacjom metafizycznym (Kelsen 2010, 149–152), które, w jego ocenie, są oczywiście szkodliwe dla nauki. O ile sam H. Kelsen starał się unikać w swoim głównym dziele merytorycznie wątpliwych, jego zdaniem, porównań, to uczynił w nim kilka analogii teologicznych. Stwierdził dla przykładu, iż „droga od prawdziwej nauki do natury uwolniona zostaje dopiero przez panteizm" identyfikujący Boga ze światem, na podobieństwo tego jak czysta nauka prawa identyfikuje państwo z pozytywnym porządkiem prawnym (Kelsen 2014, 447). Według A. Górniszewicza taki panteizm miał być dla H. Kelsena przesłanką nauki wolnej od metafizyki, a także eliminować moc suwerena – istniejącego jako coś niezależnego od pozytywnego porządku prawnego (Górniszewicz 2016, 104).

Można zaznaczyć, że na tym tle lepiej wypadał stosunek Voegelina do pracy H. Arendt. Voegelin recenzował słynną pracę niemieckiej autorki *Korzenie totalitaryzmu*. Dzieło ocenił w gruncie rzeczy pozytywnie, choć podnosił w niej zarzuty dotyczące intelektualnego warsztatu myślicielki, szczególnie podłoża teoretycznego (Borycki 2015, 219). Biorąc pod uwagę jedną z prac Voegelina pt. *Hitler i Niemcy*, można w obu dziełach zauważyć pewne podobieństwa. Dla przykładu, bardzo silne akcentowanie roli antysemityzmu w rozwoju ruchu narodowo-socjalistycznego. Według A. Wielomskiego stawianie przez Voegelina tezy, iż narodowy socjalizm był ideologią, która nie była w historii Niemiec przypadkiem, a dotychczasowe losy narodu niemieckiego były wręcz „preludium do holocaustu" do Voegelina, ze względu na przypisywane mu afiliacje światopoglądowe, po prostu „nie pasuje" (Wielomski 2010, 53), ponieważ Voegelin określony przez A. Wielomskiego jako „kulturowy i polityczny konserwatysta",

głosił tezę o prekursorskiej wobec totalitaryzmu „całej tradycji narodowej i religijnej społeczności", z której sam się wywodził, co zarazem miało być powodem słabego odbioru książki w Niemczech (Wielomski 2010, 53–54).

Omawiane dzieło E. Voegelina można interpretować jako próbę przedstawienia okoliczności konsolidacji państwa narodowego w okolicznościach odmiennych od tych, jakie występowały w czasach nowożytnych. Voegelin, opisując krystalizację późnośredniowiecznego i nowożytnego państwa narodowego, zazwyczaj przedstawiał je jako zjawisko, któremu towarzyszył religijny ferment (Voegelin 2001, 26), który w świecie anglosaskim ostatecznie doprowadził do przewagi ideologii liberalnej jako próby rozwiązania konfliktów religijnych w społeczeństwie. W przypadku austriackim powstanie nowego państwa zbiegło się w czasie z napięciami ideologicznymi i etnicznymi. Voegelin nie był usatysfakcjonowany postawą zwycięskich mocarstw wobec pokonanych Austro-Węgier – uważał, że upadek suwerennej monarchii i pojawienie się w jej miejsce nowych państw były cofnięciem się z osiągniętego już poziomu zorganizowania ponadnarodowego. Voegelin przypuszczał, że wielonarodowe imperium Austro-Węgry mogłyby pokojowo ewoluować w stronę państwa federalnego (Voegelin 2000a, 70). Biorąc pod uwagę czynnik międzynarodowy, niemiecki filozof z jednej strony krytykował „szaleństwo" wprowadzania liberalnego modelu państwa narodowego do krajów, których społeczeństwa takiego nie wypracowały, podając za przykłady Niemcy i Austrię po I wojnie światowej (Voegelin 2000, 96). Z drugiej strony wskazywał na konieczność wyraźnego oporu, jaki państwa demokratyczne powinny postawić państwom przejętym przez siły gnostyckie i totalitarne, opisując, w jak łatwy sposób spora część Azji po II wojnie światowej znalazła się za „bambusową kurtyną" (Voegelin 1992, 156–157).

Choć nie wszystkie twierdzenia Voegelina odnoszące się do przedwojennej Austrii okazały się w zupełności słuszne, dla przykładu w czasie konferencji w Paryżu w 1937 r. wyraził przekonanie, że Austria w najbliższym czasie, w związku z wyraźną konsolidacją sił wewnętrznych nie zniknie z mapy Europy (Voegelin 1997, 379), to ogólnie rzecz biorąc, raczej nie uległ zmianie jego pogląd dotyczący obrony państwa przed siłami, które, jego zdaniem, szczególnie mu zagrażały. To przekonanie wyraził w pracy *Nowa nauka polityki* w następujących słowach: „Rząd demokratyczny nie powinien być współwinnym własnego zniszczenia, pozwalając na niezwykły rozkwit ruchów gnostyckich (…) jeżeli to koniecznie, winien pokonać przeciwnika, złamać literę konstytucji, aby zachować jej ducha" (Voegelin 1992, 134). W okresie międzywojennym dla Voegelina dopuszczalną opcją, która postawiłaby tamę ruchom totalitarnym i jednocześnie stanowiła obronę demokracji, był autorytaryzm (Weinzierel 1997, 27). W przypadku austriackim – państwa parlamentarnej demokracji, które w ocenie Voegelina nie wykształciły jeszcze w dostatecznym stopniu politycznego podmiotu zbiorowego, do którego w swojej treści odnosiłaby się konstytucja z 1920 r., tj. *Bundesvolk* (Voegelin 1997, 243) reprezentowany przez Front Ojczyźniany. Niestety, w 1939 r. Voegelin stwierdził, już

po zajęciu Austrii przez hitlerowskie Niemcy, że istniejące przed aneksją Federalne Państwo Austriackie zbyt łagodnie obchodziło się z opozycją komunistyczną i narodowosocjalistyczną. Przebywający wtedy już w USA autor przedstawił proces, dzięki któremu państwo niemieckie dokonywało osłabiania państwa austriackiego finansowo i organizacyjnie, wspomagając grupy austriackiego elektoratu i dokonując jego „radykalizacji" (Voegelin 2000a, 21–22), co przypieczętowało burzliwy dla Austrii bieg wydarzeń.

BIBLIOGRAFIA

Borycki, Tomasz. 2015. „Spór o korzenie nazizmu. Hannah Arendt i Erica Voegelina koncepcje źródeł zjawiska". *Argument* 5: 211–227.

Chignola, Sandro. 1999. „«Fetishism with the Norm» and Symbols of Politics. Eric Voegelin between Sociology and «Rechtswissenschaft»" (1924–1938). *Occasional Papers* 10: 5–70.

Chrząszcz, Bartosz. 2021 „Carl Schmitt wobec koncepcji państwa prawa. Krytyka liberalizmu na tle sporu z Hansem Kelsenem". *Pro Fide Rege et Lege* 85: 87–109.

Czarnecki, Michał. 2010. „Eric Voegelin oczami krytyków i komentatorów". W *Problem ładu politycznego. Eseje o myśli Erica Voegelina*. Red. Agata Miętek, Michał J. Czarnecki. Warszawa: Teologia Polityczna.

Czerwińska-Schupp, Ewa. 2012. „Faszyzm austriacki (1934–1938) – założenia filozoficzno-ideowe, ustrojowe i praktyka polityczna". *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2: 87–100. https://doi.org/10.14746/fped.2012.1.2.5

Dobrowolska, Karolina. 2013. „Uczeń kontra nauczyciel: o polemice Erica Voegelina *z* myślą Hansa Kelsena". *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 1–2: 118–128.

Górnisiewicz, Arkadiusz. 2016. „Nauka o państwie a teologia w ujęciu Hansa Kelsena". *Politeja* 45: 87–107.

Hegel, Georg. 1994. *Ustrój Niemiec i inne pisma polityczne.* Warszawa: Spacja.

Kelsen, Hans. 2010. „Krucjata przeciwko pozytywizmowi". W *Problem ładu politycznego. Eseje o myśli Erica Voegelina*. 143–168. Red. Agata Miętek, Michał J. Czarnecki. Warszawa: Teologia Polityczna.

Kelsen, Hans. 2014. *Czysta teoria prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Petropulos, William. Gilbert Weiss. 2003. „Editors' Introduction". W *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 32: The Theory of Governance and Other Miscellaneous Papers, 1921–1938*. Red. William Petropulos, Gilbert Weiss. Columbia: University of Missouri Press.

Voegelin, Eric. 1991. *The Nature of Law and Related Legal Writings*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.

Voegelin, Eric. 1992. *Nowa nauka polityki*. Warszawa: Fundacja ALETHEIA.

Voegelin, Eric. 1997. *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 4: The Authoritarian State: An Essay on the Problem of the Austrian State*. Columbia: University of Missouri Press.

Voegelin, Eric. 2000. *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 11: Published Essays, 1953–1965*. Columbia: University of Missouri Press.

Voegelin, Eric. 2000a. *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 10: Published Essays, 1940–1952*. Columbia: University of Missouri Press.

Voegelin, Eric. 2001. *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 9: Published Essays, 1934–1939*. Columbia: University of Missouri Press.

Voegelin, Eric. 2003. *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 7: Published Essays, 1922–1928*. Columbia: University of Missouri Press.

Weinzierel, Erika. 1997. „Historical Commentary on the Period". W *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 4: The Authoritarian State: An Essay on the Problem of the Austrian State*. Columbia: University of Missouri Press.

Weiss, Gilbert. 1997. „Editor's Introduction". W *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 4: The Authoritarian State: An Essay on the Problem of the Austrian State*. Red. Gilbert Weiss. Columbia: University of Missouri Press.

Wielomski, Adam. 2010. „Eric Voegelin wobec narodowego socjalizmu. Próba filozoficzno-religijnej interpretacji zjawiska". *Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi* 32: 33–54.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.02

C O P E
Member since 2018
JM13714

*Łukasz Krzyżewski**
https://orcid.org/0000-0001-6123-8993

PROBLEMATYKA POWÓDZTWA O USTALENIE PŁCI

Streszczenie. Ostatnio w Polsce do coraz wyższej rangi urasta zagadnienie prawne dotyczące tego, jak traktować osoby transseksualne w świetle prawa. Na gruncie polskiego prawa nigdy nie było przepisu wprost odnoszącego się do możliwości zmiany płci. Niemniej jednak w obliczu istnienia społecznej potrzeby istnienia takiej prawnej możliwości większość sądów stanęła na stanowisku, że na podstawie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego można wytoczyć powództwo o ustalenie płci. Niemniej zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sądowe są w tym zakresie niejednolite, a praktyka pokazuje, że nawet w tożsamych stanach faktycznych różne sądy wydają różne wyroki, niekiedy uwzględniając powództwo na tej podstawie, a niekiedy je oddalając wobec braku podstawy prawnej. Największe jednak kontrowersje budzą poszczególne kwestie procesowe, związane z prowadzeniem takich spraw. W związku z tym artykuł ma na celu przybliżenie argumentów przemawiających za każdym z kierunków orzeczniczych oraz poddanie pod dyskusje poszczególnych aspektów i samej dopuszczalności powództwa o ustalenie płci na gruncie obowiązującego prawa polskiego oraz wypracowanie postulatów, jakie w tym zakresie powinny być spełnione w oparciu o standardy krajowe i międzynarodowe oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Słowa kluczowe: transseksualizm, zmiana płci, procedura, legitymacja bierna, orzecznictwo

PROCEDURE OF GENDER CHANGE

Abstract. Lately in Poland the topic of transgender is rising to the higher ranks then before. These paper presents legal aspect of sex change in Poland which is one of a few countries that does not address that issue in the statutory form but has only resolved it by jurisprudence. Author presents current procedure of changing gender in Poland and history of its evolution over the years. Procedure of sex change has been fully developed by jurisprudence based on art. 189 of the Civil Procedure Code which made numerous problems arise. All of them require addressing and will be covered in this article. Paper also shows most important judicature of The European Court of Human Rights and international law regarding transsexualism and legal aspects of it. Author concludes the paper by pointing necessary steps that Polish legislator should take in discussed matter.

Keywords: transsexualism, gender change, procedure, capacity to be sued, jurisprudence

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych UŁ, krzyzewski.mail@gmail.com

creative commons
© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

1. WSTĘP

Od wielu lat, także w Polsce, można zauważyć zintensyfikowanie dyskusji dotyczącej tożsamości płciowej, a w konsekwencji również przynależności płciowej poszczególnych osób do innej płci niż ta, z jaką się urodzili. O ile nie sposób jednoznacznie ustalić, czy kilkadziesiąt albo kilkaset lat temu odsetek ludzi utożsamiających się z inną płcią niż płeć urodzenia był niższy, to nie ulega wątpliwości, że obecnie jest to coraz mniejszy temat tabu oraz, że dopiero względnie niedawny rozwój medycyny umożliwił zmianę płci również na poziomie faktycznym. Obecnie osoby takie nie są ograniczone jedynie do zmian w sferze psychicznej, ale mają możliwość przejścia terapii hormonalnych i zabiegów medycznych skutkujących również realną, fizyczną zmianą płci. W związku z powyższym pojawił się nowy problem, albo raczej już istniejący problem przyjął nową formę, mianowicie, czy, a jeśli tak to w jakich sytuacjach i na jakich zasadach jest możliwa prawna zmiana płci. W czasach, kiedy tożsamość płciowa sprowadzała się jedynie do wewnętrznych odczuć człowieka, łatwiejszą do rozwiązania była kwestia orzekania w przedmiocie przynależności do płci. Natomiast w sytuacji, w której za mentalnością idą również fizyczne, dostrzegalne zmiany w budowie osoby, zagadnienie stało się bardziej skomplikowane. Poza wewnętrzną potrzebą bycia, również w świetle prawa, traktowanym jako płeć odczuwana, metrykalne określenie płci niesie za sobą szereg istotnych konsekwencji na gruncie chociażby prawa rodzinnego i prawa pracy. Wyrażona w dokumentach płeć wpływa na możliwość wstępowania w związki małżeńskie, które obecnie mogą być zawierane wyłącznie z osobą odrębnej płci. Ponadto płeć wiąże się z wymiernymi korzyściami, wynikającymi z odrębnych przepisów, wśród najistotniejszych można wymienić odmienny wiek progu emerytalnego przypisany kobiecie i mężczyźnie. W związku z powyższym zagadnienie jest wielowymiarowe i jako takie wymaga dokładnego pochylenia się nad problemem.

2. ZARYS ZAGADNIENIA TRANSSEKSUALIZMU

W nauce występuje wiele definicji transseksualizmu, natomiast na potrzeby niniejszego opracowania będzie ono traktowane jako zaburzenie identyfikacji płciowej, które polega na rozbieżności między płcią psychiczną a budową ciała, przy czym stwierdzone zmiany mają charakter nieodwracalny i trwały. Natomiast jedynym skutecznym postępowaniem w przypadku osób transseksualnych jest dostosowanie ciała do płci przeżywanej psychicznie poprzez zastosowanie hormonów płciowych i operacyjną zmianę płci, gdyż leczenie seksuologiczne i psychiatryczne nie przynosi w ich przypadku efektów (Bieńkowska 2012, 34). Innymi słowy, „transseksualizm jest pragnieniem życia i akceptacji w roli osoby

przeciwnej płci, związane zwykle z żądaniem doprowadzenia ciała za pomocą zabiegów chirurgicznych lub leczenia hormonalnego do postaci możliwie najbardziej zbieżnej z płcią preferowaną" (Urbanowicz, Bętkowska 2018, 99–100). Powyższe powoduje, że zmiana płci metrykalnej jest bardzo istotna dla funkcjonowania osobistego i społecznego.

Do końca 2021 r. obowiązywała 10 wersja Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób (MKC), wedle której transseksualizm był uznawany za zaburzenie psychiczne. Natomiast w najnowszej, 11 wersji MKC (Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób ICD-11 HA60 *Gender incongruence of adolescence or adulthood*), dokonano znaczących zmian w rozumieniu tego zagadnienia. Obecnie transseksualizm nazywany jest niezgodnością płci, tj. stanem związanym ze zdrowiem seksualnym, definiowanym jako wyraźną i trwałą niezdolność pomiędzy doświadczoną tożsamością płciową osoby a przypisaną jej płcią. Stan ten często prowadzi do pragnienia zmiany w celu życia i bycia akceptowanym jako osoba odczuwanej płci za pomocą leczenia hormonalnego, zabiegów chirurgicznych i innych usług medycznych podejmowanych w celu dostosowania ciała do odczuwanej płci. Takiej diagnozy nie można jednak postawić przed rozpoczęciem dojrzewania, a samo zachowanie i preferencje związane z płcią nie są podstawą do postawienia diagnozy. Tym samym zniknęło powiązanie z zaburzeniami psychicznymi i zaburzeniami zachowania, które zostało uznane za niezgodne z obecną wiedzą medyczną i przyczyniające się do stygmatyzacji tych osób, a rozpoczęto odmienne medyczne kwalifikowanie transseksualności. Zmiana ta stanowi medyczno-etyczne uzasadnienie do modyfikacji prawnych regulacji zmian płci obowiązujących w poszczególnych krajach. Polska jest przy tym jednym z nielicznych krajów w Unii Europejskiej, który nadal traktuje osoby transseksualne w sposób prawnie obojętny (RPO-660929-I/10/MO, s. 2).

3. PRÓBY ROZWIĄZANIA PROBLEMU W ORZECZNICTWIE SĄDÓW POLSKICH

Niniejsze rozważania należy rozpocząć od przywołania treści art. 30 Konstytucji RP (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.), zgodnie z którym przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona są obowiązkiem władz publicznych. Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, na gruncie tego artykułu godność jest utożsamiana z istnieniem „pewnego minimum materialnego, zapewniającego jednostce możliwość samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie oraz stworzenie każdemu człowiekowi szans na pełny rozwój osobowości w otaczającym go środowisku kulturowym i cywilizacyjnym" (wyr. TK z 4.04.2001 r., K 11/00). Naruszenie przez przepis prawa godności następuje zdaniem Trybunału m.in. wówczas, gdy

jest dla jednostki poniżające, skutkuje krzywdzącym traktowaniem czy wywołuje usprawiedliwione okolicznościami intersubiektywne przeświadczenie, że jednostkę dotknęła poprzez takie regulacje prawne niesprawiedliwa, nieuzasadniona krzywda (wyr. TK z 7.03.2007 r., K 28/05). Wynika z tego również obowiązek władz publicznych do stworzenia każdemu możliwości rozwoju osobowości. Natomiast na gruncie niniejszych rozważań, godność powinna sprowadzać się do swobodnego wyrażania swojej tożsamości płciowej oraz niebycia stygmatyzowanym z tego tytułu (Śledzińska-Simon 2013, 151–152).

Początkowo orzecznictwo rozważało możliwość formalnej korekty płci, widniejącej w akcie stanu cywilnego w drodze sprostowania. Pojawiło się nawet orzecznictwo Sądu Najwyższego aprobujące takie stanowisko i dopuszczające dokonanie zmiany płci w trybie nieprocesowym poprzez sprostowanie aktu stanu cywilnego. W orzeczeniu z 25.02.1978 r. (III CZP 100/77) SN uznał, że w wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny. Zauważono, że o płci decydują nie tylko zewnętrzne organy, ale i cechy wewnętrzne, w tym świadomość tej osoby. Podkreślano przy tym, że niedopuszczalnym jest uzależnienie możliwości zmiany metrykalnej płci od dokonania stosownego zabiegu medycznego, uznając, że jest to kwestia zbyt osobista, by mogła być wymagana przez prawo. Uznano, iż operacja narządów płciowych nie jest konieczna dla ustalenia, że doszło do zmiany płci. Było to niewątpliwie orzeczenie przełomowe, bardzo korzystne dla transseksualistów, przy czym spotkało się z mieszanym odbiorem doktryny. Sąd trafnie zauważył, że akty stanu cywilnego powinny stwierdzać stan zgodny z prawdą, a każda osoba powinna mieć prawo występować w społeczeństwie, w świetle dokumentów jako taka płeć, jaką się czuje. Nie sposób jednak zgodzić się z argumentacją dotyczącą możliwości stosowania w drodze analogii ówczesnego art. 26 dekretu prawo o aktach stanu cywilnego (Dekret z dnia 8.06.1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego; Dz.U. nr 25 poz. 151 z późn. zm.). Zgodnie z ww. przepisem sąd rozstrzygał o sprostowaniu aktu stanu cywilnego w razie błędnego lub nieścisłego jego zredagowania. W przywołanym orzeczeniu SN stanął na stanowisku, że skoro prawo nie przewiduje wprost możliwości zmiany aktu stanu cywilnego, to występuje „oczywista luka w prawie", która powoduje, że przepis ten można stosować w drodze analogii do sytuacji następczych po sporządzeniu aktu stanu cywilnego, które powodują, że nie odzwierciedla on stanu obecnego.

Nie sposób zgodzić się z takim rozumowaniem i rację należy przyznać stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonemu w mającej moc zasady prawnej uchwale z 1989 r., w której stwierdził, że taka możliwość jest niedopuszczalna (uchw. SN (7) z 22.06.1989 r., III CZP 37/89). Sprostowaniu podlegają jedynie błędy i nieścisłości zaistniałe w stworzonym akcie względem stanu początkowego,

tj. stanu na moment sporządzania aktu, a nie względem każdorazowego stanu aktualnego. Innymi słowy, wydarzenia następcze powstałe w pewnym momencie życia człowieka nie mogą być przesłanką domagania się sprostowania aktu stanu cywilnego, gdyż ten opisuje właściwości człowieka, w tym jego płeć, jedynie w oparciu o stan występujący w momencie jego urodzenia i stanowi odzwierciedlenie tego właśnie momentu. Ciężko natomiast zaakceptować pogląd, a tym bardziej go udowodnić jakoby różnica w płci faktycznej i odczuwanej istniała już od momentu urodzenia. Właściwą drogą do poczynienia zmian w akcie stanu cywilnego w oparciu o wydarzenia następcze jest wyrażona w art. 21 ustawy prawa o aktach stanu cywilnego instytucja wzmianki dodatkowej (uchw. SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95). Jest to właściwe narzędzie do zmiany treści aktu stanu cywilnego w oparciu o wydarzenia następcze, a jako takie wydarzenie niewątpliwie należałoby uznać również sądową zmianę płci, gdyż prawomocne orzeczenie sądu stanowi podstawę do dokonania wzmianki. O ile zdaje się, że powyższy pogląd jest powszechnie akceptowany, o tyle poważne wątpliwości budzi możliwość takiej sądowej zmiany płci. Zarówno obecnie, jak i w przeszłości nie występował bowiem przepis wprost stanowiący podstawę prawną takiego wniosku czy powództwa. Ustawodawca nigdy nie wypowiadał się w tym zakresie oraz nie wskazał rozwiązania problemu. W związku z tym wobec narastającej potrzeby społecznej możliwości funkcjonowania przez osoby transseksualne w sposób zgodny ze swoim poczuciem przynależności ciężar rozstrzygnięcia tego zagadnienia spadł na sądy.

4. PODSTAWA POWÓDZTWA O USTALENIE PŁCI

Wobec braku ingerencji ustawodawcy, chcąc wyjść naprzeciw oczekiwaniom społecznym, sądy zaczęły zastanawiać się nad tym, czy na gruncie obowiązującego prawa kodeksu postępowania cywilnego (Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.; dalej: k.p.c.) możliwe jest dokonanie sądowej zmiany płci. Zagadnienie to trafiło również pod analizę Sądu Najwyższego, który w jednym z orzeczeń stwierdził, że przynależność do danej płci może być uznana za dobro osobiste i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. (post. SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91). Co więcej, stwierdził on, że wyłączenie sprostowania i jakiejkolwiek innej drogi prowadzącej do zmiany ustalenia płci w akcie urodzenia ze względu na zjawisko transseksualizmu idzie za daleko. Było to niewątpliwie orzeczenie przełomowe, które wywarło duży wpływ na orzecznictwo sądów powszechnych. Nie rozwiązało jednak problemu całkowicie, gdyż co prawda uchwale została nadana moc zasady prawnej, to jednak stan prawny się nie zmienił. Choć znaczna większość sądów podąża wytyczoną przez SN ścieżką orzeczniczą, to jednak nadal istnieje pewien dualizm

orzeczniczy. Większość sądów zaakceptowała głoszoną przez SN tezę, że „judykatura powinna dążyć do wykorzystania wszelkich możliwości interpretacyjnych i takiej wykładni obowiązujących przepisów prawnych, która pozwoliłaby już obecnie na uwzględnienie dążeń odczuwających boleśnie sprzeczność między płcią nieodparcie pożądaną a płcią biologiczną i wpisaną do aktu urodzenia" uznaje dopuszczalność powództwa o ustalenie przynależności do płci i orzeka jej zmianę. Natomiast część opowiada się za stanowiskiem, że takie powództwo jest niedopuszczalne, gdyż nie ma w polskim systemie prawnym wymaganej podstawy prawnej (wyr. SO w Warszawie z 24.04.2019 r., I C 138/17; wyr. SO w Warszawie z 26.02.2019 r., I C 478/18).

Samo prawo do powództwa jako element prawa do sądu należy wiązać z uprawnieniem podmiotu do uzyskania sądowej ochrony swoich praw (Błaszczak 2021, 24–25). Powództwo zaś zgodnie z treścią art. 187 k.p.c. jest skierowanym do sądu i opartym na przytoczonych faktach żądaniem powoda do wydania określonej treści wyroku. Z uwagi natomiast na treść doktrynalnie wyróżnia się powództwo o zasądzenie, o ustalenie i o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa (Marciniak 2020, 218). Kwestia umiejscowienia ustalenia płci w takim zestawieniu jest problematyczna i stanowić może szerokie pole do dyskusji. Z jednej strony omawiane powództwo zmierza do dokonania przez sąd stwierdzenia w formie orzeczenia już istniejącego stanu faktycznego w postaci odmiennej płci powoda, która musi istnieć przez długi czas, aby powództwo mogło być uwzględnione. Orzeczenie sądu nie ma zatem w tym zakresie charakteru kształtującego, co skłania ku zakwalifikowaniu jako powództwa o ustalenie. Z drugiej zaś strony w znaczeniu prawnym płcią osoby jest płeć wpisana w jej akcie urodzenia i pozostaje nią do chwili zmiany aktu lub sporządzenia nowego. Możliwością zmiany płci jest wzmianka dodatkowa, której dokonanie możliwe jest dopiero z chwilą uprawomocnienia orzeczenia o ustaleniu płci. Orzeczenie to jest więc warunkiem *sine qua non* do dokonania kształtującej stan prawny wzmianki w akcie urodzenia i tworzy nową sytuację prawną po stronie zainteresowanego. Wydaje się, że jednoznaczne zakwalifikowanie omawianego powództwa jako ustalającego lub kształtującego jest niemożliwe i należałoby posłużyć się pojęciem powództwa hybrydowego – ustalająco-kształtującego, które sprowadza się do ustalenia stanu prawnego, ale w praktyce jest *de facto* żądaniem jego zmiany, czyli dokonania ustalenia kształtującego (Błaszczak 2007, 149–150). Za przyjęciem takiego charakteru, zdaniem autora, przemawia również wyjątkowy przedmiot procesu, który winien być rozumiany zarówno biologicznie, jak i metrykalnie. Uznanie powództwa za kształtujące oznaczałoby w konsekwencji, że sąd dysponuje możliwością zmieniania tak osobistego przymiotu, jakim jest płeć, co aksjologicznie byłoby trudne do zaakceptowania. Natomiast przeciwko czystemu charakterowi ustalającemu przemawia również fakt wywierania skutku *ex nunc*. Pewnym wyjściem z sytuacji może być zmiana nazewnictwa omawianego zagadnienia na powództwo o ustalenie przynależności do płci. W ten sposób uciec można

od aspektu biologicznego i ograniczyć się do płci metrykalnej, co ułatwia analizę teoretyczną[1].

Orzecznictwo stworzyło funkcjonujący, sądowy model zmiany płci, jaki powstał w wyniku stosowania przez sądy wykładni kreatywnej, która choć potrzebna społecznie, niekiedy jest uznawana za niedopuszczalną (Czech 2019, 1309–1310). Podstawą dochodzenia przez transseksualistów zmiany płci stał się art. 189 k.p.c., zgodnie z którym powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Użyty w przepisie zwrot „prawo" należy przy tym rozumieć jako prawo podmiotowe (Czech 2019, 1258). Sam art. 189 k.p.c., choć zamieszczony wśród przepisów procesowych, jest podstawą wytaczania powództw o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, a więc uzasadnia ochronę praw podmiotowych, która nie jest możliwa na podstawie przepisów prawa materialnego. Tym samym ma on charakter materialnoprawny, jest źródłem uprawnień do dochodzenia ochrony praw podmiotowych oraz podstawą wytaczania powództw o ustalenie prawa lub stosunku prawnego (Manowska 2020, art. 189; wyr. SN z 17.11.2000 r., V CKN 221/00). Przesłankami takiego powództwa są interes prawny powoda w dokonaniu żądanego ustalenia oraz istnienie stosunku prawnego lub prawa. Natomiast ciężar dowodu w tego rodzaju sprawach w myśl zasad ogólnych spoczywa na powodzie (wyr. SN z 30.11.2000 r., I CKN 903/00). W literaturze często określa się ten przepis wytrychem, który stanowi podstawę powództwa w przypadku, gdy nie ma żadnego przepisu szczegółowego. Również i w tym przypadku stanowi on każdorazową podstawę wytaczania powództw o ustalenie płci wobec braku przepisów regulujących tę materię. Ów interes prawny nie zachodzi jedynie wtedy, gdy osoba zainteresowana może na innej drodze dojść swych praw, a zatem na gruncie omawianego zagadnienia ta przesłanka negatywna nie występuje (wyr. SO w Słupsku z 20.11.2017 r., I C 36/17). Jak argumentował SN,

> interes rozumieć należy jako 'potrzebę', interes prawny zaś jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej się powód znajduje. Jeżeli z prawa przedmiotowego nie wynika, że ma on potrzebę ustalenia, wyrok ustalający jest zbyteczny. Wydanie wyroku ustalającego ma sens wtedy, gdy powstała sytuacja grożąca naruszeniem stosunku prawnego lub powstała wątpliwość co do jego istnienia. Interes prawny oznacza interes odnoszący się do stosunków prawnych, w jakich znajduje się powód, a nawet obie strony. Interes prawny transseksualisty wyraża się w sprzeczności między stanem rzeczywistym a stanem wynikającym z aktu urodzenia. Ustalenie stosunku prawnego lub prawa może nastąpić tylko wtedy, gdy twierdzony stosunek prawny rzeczywiście istnieje. (uchw. SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95)

Możliwość uwzględnienia powództwa o ustalenie płci zależeć powinna od oceny przez sąd trwałości poczucia przynależności transseksualisty do innej płci, przy czym o płci decydują nie tylko zewnętrzne organy oraz cechy wewnętrzne, ale także świadomość zainteresowanego przynależności do określonej płci.

[1] Szerzej na temat rozróżnienia na powództwo ustalające i kształtujące w kontekście ustalenia płci: Błaszczak (2007, 140–150).

Wyrok ustalający zmianę płci działa *ex nunc* i może stanowić podstawę do ujawnienia tej okoliczności w akcie urodzenia powoda w formie wzmianki dodatkowej. SN za element praw stanu człowieka, należący do kategorii praw osobistych, chronionych przez art. 23 i 24 k.c., uznał płeć człowieka oraz stwierdził, że poczucie przynależności do danej płci może być chronione w drodze powództwa o ustalenie (post. SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91). Podstawą powództwa o ustalenie przynależności do płci jest interes prawny transseksualisty w uzyskaniu obiektywnej ochrony wobec niepewności stanu prawnego lub prawa, a w razie zmiany płci – interes prawny wyrażający się w sprzeczności między stanem rzeczywistym a stanem wynikającym z aktu urodzenia (post. SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91).

Z analizy orzecznictwa wynika, że do zmiany płci prawnej dochodzi zwykle na podstawie samej tylko diagnozy biegłych, stwierdzającej występowanie u powoda transseksualizmu. Zazwyczaj sądy nie wymagają od powoda uprzedniego przeprowadzenia operacji zmiany płci narządów płciowych ani w zasadzie odbywania terapii hormonalnej (Ostojska 2014, 125). Wręcz przeciwnie, osoba transseksualna, aby w Polsce mogła poddać się operacji na narządach płciowych, musi uprzednio zmienić oznaczenie płci w swym akcie urodzenia, gdyż lekarze nie przeprowadzają zabiegów zmiany narządów płciowych bez uprzedniego uzyskania oparcia w orzeczeniu sądowym (Ostojska 2014, 126). Art. 156 § 1 pkt 1 KK (Ustawa z dnia 6.06.1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.) penalizuje działania mające na celu pozbawienie człowieka zdolności płodzenia. Wobec tego lekarze w obawie przed odpowiedzialnością karną odmawiają przeprowadzenia operacji bez orzeczenia sądu w sprawie ustalenia płci. Jedynie zabieg mastektomii, który nie pozbawia zdolności płodzenia może być wykonywany u osób zdiagnozowanych jako transpłciowe (Adamczewska-Stachura, Pilch 2020, 28). Należy również zaznaczyć, że niektórym transseksualistom wystarczy jedynie metrykalna zmiana płci i nie muszą oni być skłonni do fizycznej jej zmiany. Poza tym w konkretnych przypadkach mogą również wystąpić przeciwwskazania medyczne blokujące możliwość przejścia niezbędnych ku temu operacji.

5. LEGITYMACJA BIERNA

Art. 13 § 1 k.p.c. formułuje ogólną regułę postępowania cywilnego, zgodnie z którą sąd rozpoznaje sprawy w procesie, chyba że ustawa stanowi inaczej. Tym samym wobec braku odrębnej regulacji, dotyczącej procedury ustalenia płci na drodze sądowej, niewątpliwie wytoczenie powództwa jest konieczne i nie ma możliwości rozpatrywania takiej sprawy w ramach postępowania nieprocesowego. W związku z ustaleniem trybu postępowania w sprawach z zakresu zmiany płci w drodze powództwa o ustalenie pojawiło się niezwykle istotne pytanie o legitymację bierną uczestników takiego procesu. Co do zasady w procesach o ustalenie skutecznie można pozywać jedynie podmiot zainteresowany wyrokiem

postępowania (uchw. SN z 25.01.1995 r., III CZP 176/94). Wobec wynikającej z zasady dwustronności procesu, formalnej konieczności istnienia strony pozwanej, należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że w tej kategorii spraw legitymację bierną do występowania po stronie pozwanej mają wyłącznie rodzice powoda, a w razie ich śmierci konieczne jest wytoczenie powództwa przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd (uchw. SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95, wyr. SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18). Uzasadnienia takiego zapatrywania należy doszukiwać się w podobieństwie przedmiotowym do innych spraw dotyczących praw stanu, gdzie pozwanymi zazwyczaj są rodzice, a w ich braku kurator (np. sprawy dotyczące pochodzenia dziecka). W sytuacji, w której brak jest jedynie jednego z rodziców ustanawianie kuratora jawi się jako zbędne, gdyż jego obecność tak jak i rodziców powoda jest tworem sztucznym i nie służy zabezpieczeniu jakichkolwiek interesów rodzica. Z tej samej przyczyny jako wystarczające należy uznać wyznaczenie jednego kuratora w miejsce obojga rodziców, a nie po jednym za każdego z nich. Podzielić należy również pogląd, iż ewentualne dzieci powoda nie mają legitymacji do wstąpienia do sprawy po stronie pozwanej (wyr. SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18). Jak wskazał SN w jednym z orzeczeń, z uwagi na to, że udział rodziców w tym procesie jest wymogiem sztucznym to *de facto* ich stanowisko nie powinno mieć wpływu na orzeczenie sądu (wyr. SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18). Występujące po stronie rodziców więzi prawnorodzinne uzasadniają, tak jak w innych przypadkach uregulowanych w k.r.o. (Ustawa z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.; dalej: k.r.o.), występowanie ich jako pozwanych[2]. Taki system ustalania legitymacji biernej funkcjonuje w polskim systemie prawnym od wielu lat i jako taki został przyjęty, toteż wydaje się, że również w sprawach podobnej natury, acz bezpośrednio nieuregulowanych, należy zastosować analogię również w tym zakresie (uchw. SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95). Przy czym oczywiście analogia do zasad rządzących postępowaniami procesowymi ze stosunków rodzinnych nie jest przejawem założenia, że rodzice osoby dochodzącej ustalenia zmiany płci są prawnie zainteresowani sposobem realizacji prawa do płci przez ich dziecko, lecz służy wyłącznie temu, aby formalnie dochować zasady dwustronności procesu (wyr. SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18).

Ponadto, jako dodatkowy argument za legitymacją bierną rodziców podać można fakt występowania ich w określającym płeć akcie urodzenia dziecka – transseksualisty. Wyrok ustalający płeć jest zaś podstawą do wprowadzenia do tego aktu dodatkowej wzmianki (wyr. SA w Łodzi z 15.12.2017 r., I ACa 531/17). Powyższa zależność nie ma miejsca w przypadku dzieci powoda, które nie są wcale uwzględnione w dokumencie dotyczącym bezpośrednio ich rodzica. Sama płeć metrykalna rodziców jest dla sytuacji prawnej dzieci obojętna, a zatem nie sposób znaleźć po ich stronie interes prawny w uczestnictwie w tego

[2] Por. art. 66 k.r.o., art. 84 k.r.o.

rodzaju sprawach. Cecha człowieka, jaką jest jego płeć, ma wpływ wyłącznie na jego osobę i tylko ona ma interes w ustaleniu jej treści jako jedyny podmiot tego prawa. Skoro prawa wynikające z przynależności do płci nie mają charakteru wzajemnego, dzieci nie mają interesu w ustaleniu płci swojego rodzica, gdyż proces dotyczący praw ich rodzica nie wpływa na stosunki rodzicielskie zachodzące między dziećmi a osobą dochodzącą ustalenia, w tym również na obowiązki alimentacyjne (wyr. SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18). Sytuacja prawna dzieci osoby dochodzącej ustalenia przynależności do płci wyrażona w ich akcie urodzenia nie ulega zmianie na skutek dokonania wzmianki dodatkowej na akcie urodzenia ich rodzica. Tym samym nie ma ani merytorycznej, ani procesowej potrzeby rozszerzania kręgu osób legitymowanych biernie do udziału w procesie, a ograniczenie tego kręgu do rodziców osoby dochodzącej ustalenia, a w razie ich śmierci – kuratora jawi się jako wystarczające do uczynienia zadość zasadzie dwustronności. Same dzieci natomiast nie stanowią uczestników koniecznych postępowania, a występujący u nich interes nie uzasadnia przyznania legitymacji biernej (wyr. SA w Łodzi z 15.12.2017 r., I ACa 531/17). Nie sposób nie zauważyć również problemu etycznego w pozywaniu własnych dzieci. Stanowi to dotkliwą i niepotrzebną ingerencję w życie rodzinne, w szczególności gdy dzieci są małoletnie. O ile dla rodziców występowanie w sprawie może powodować negatywny psychologiczny efekt, to w przypadku dzieci zagrożenie to jest jeszcze bardziej spotęgowane, toteż w sytuacji, w której nie jest to konieczne, powinno się wystąpienia takiego skutku unikać.

W orzecznictwie SN można również spotkać odmienne stanowisko w tej sprawie, gdzie SN uznaje, że w wytoczonym przez transseksualistę pozostającego w związku małżeńskim i posiadającym dzieci procesie o ustalenie płci, po stronie pozwanej muszą występować nierozwiedziony małżonek oraz dzieci (wyr. SN z 6.12.2013 r., I CSK 146/13). Takie stanowisko wynika z uznania, że wydanie orzeczenia w takiej sprawie może mieć doniosłe znaczenie także dla praw stanu i dóbr osobistych innych osób – małżonka i dzieci transseksualisty, bo odnosi się do więzi prawnych łączących go i z tymi osobami (post. SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91). Część przedstawicieli doktryny stoi również na stanowisku, że fakt pozostawania w stosunkach prawnorodzinnych uzasadnia legitymację bierną (Zielonacki 1988, 52–53).

Zgodnie z art. 18 Konstytucji RP małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny. Przepis ten należy rozumieć tak, że nie może istnieć związek małżeński osób tej samej płci zarówno w momencie zawierania małżeństwa, jak i przez cały okres jego trwania. Możliwa jest sytuacja, w której osoba pozostaje w związku małżeńskim i chce dokonać sądowej zmiany płci. W takim jednak przypadku w razie uwzględnienia powództwa doszłoby do usankcjonowania sprzecznego z Konstytucją związku małżeńskiego dwóch osób tej samej płci, co jest niedopuszczalne. Interes prawny powoda w tych sprawach musi być zgodny z zasadami współżycia społecznego i prawem. Tym samym

w przypadku, w którym w wyniku ustalenia płci mogłoby dojść do ukształtowania stosunku prawnego w sposób sprzeczny z przepisami, Sąd powinien oddalić powództwo. Świadomi tego faktu transseksualiści, którzy pozostawali w związku małżeńskim rozwiązują go przed wystąpieniem na drogę sądową z omawianym powództwem. Należy przy tym podkreślić, że rozwód jest jedyną dopuszczalną formą wyjścia z małżeństwa, gdyż powoływanie się na transseksualizm nie uzasadnia ustalenia nieistnienia małżeństwa na podstawie art. 2 k.r.o. ani nie stanowi przesłanki jego unieważnienia w świetle art. 15^1 § 1 k.r.o., mimo że zgodnie z art. 1 k.r.o. małżeństwo zawiera się przez oświadczenie złożone przez mężczyznę i kobietę. Aczkolwiek kwestia ta jest dyskusyjna, gdyż rozbieżność płciowa mogła istnieć już w momencie zawierania małżeństwa (Śledzińska-Simon 2013, 167).

Warto również nadmienić, iż swego czasu rozważano możliwość oznaczenia jako strony pozwanej Skarbu Państwa reprezentowanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego (Ostojska 2014, 107). Takiej możliwości upatrywano głównie w fakcie, że do jego zadań należy dbanie o zgodność aktów stanu cywilnego ze stanem rzeczywistym i pilnowanie ich prawdziwości. Ponadto argumentowano, że są przykłady orzecznictwa akceptujące możliwość występowania Skarbu Państwa w sprawach o prawa niemajątkowe. Nie ulega wątpliwości, że kwestia płci jest wysoce osobista i dotyczy zainteresowanego, który ma wyłączny interes w uzgodnieniu płci. Nadto wydaje się, że byłaby to nadinterpretacja funkcji, jaką kierownik USC ma spełniać. Jego działalność co prawda wiąże się z dążeniem do zachowania prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego, ale nie ma on żadnego interesu w weryfikacji zasadności wprowadzanych zmian, a jedynie ich legalności. Innymi słowy, ma on wykonywać czynności z zakresu rejestracji i prowadzenia ksiąg, ale nie jest jego rolą ustalanie w sposób prawnie wiążący stanu rzeczywistego. Do tego powołany jest sąd bądź inne właściwe organy i nie ma podstaw, aby kierownik USC kwestionował poczynione w prawomocnym orzeczeniu ustalenia sądu. Z tych względów niewłaściwym byłoby przyznanie Skarbowi Państwa legitymacji biernej w tej kategorii spraw.

6. REGULACJA MIĘDZYNARODOWA

Na dzień dzisiejszy żadne wiążące przepisy prawa europejskiego podobnie jak Europejska Konwencja Praw Człowieka nie odnoszą się bezpośrednio do transseksualistów. Problem był natomiast poruszany przez organy UE wielokrotnie. Pierwszym takim działaniem było wezwanie państw-stron do wprowadzenia regulacji prawnych, które umożliwią osobom transseksualnym dotkniętym nieodwracalnym transseksualizmem zmianę imienia i oznaczenia płci w akcie urodzenia sformułowane w zaleceniu z 1989 r. (Ostojska 2014, 62–63).

W tym samym roku analogiczną rezolucję przyjął również Parlament Europejski (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.09.1989 r. o niedyskryminacji transseksualistów, Dz. Urz. C 256 z 9.10.1989 r., Doc, A 3–16/89), który wezwał państwa członkowskie do ustanowienia regulacji umożliwiającej zmianę płci w aspekcie prawnym, społecznym i medycznym. Przez dekady wydanych zostało wiele zaleceń i rekomendacji odnoszących się do zasady równości, wzywających do stworzenia szybkich, przejrzystych i dostępnych mechanizmów umożliwiających zmianę widniejących w dokumentach imienia, nazwiska oraz płci (Adamczewska-Stachura, Pilch 2020, 10–11).

Bardzo istotne jest również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Pierwsze sprawy dotyczące osób transseksualnych pojawiły się w ETPC już w latach 70., w których to jednak nie wypowiedział się on merytorycznie (ETPC *X v. Niemcy*, 6699/74 dec. z 15.12.1974 r.). Pierwsze merytoryczne orzeczenie, które ukształtowało linię orzeczniczą, zostało wydane w sprawie Rees przeciwko Wielkiej Brytanii z 1986 r. (wyr. ETPC z 17.10.1986 r., *Rees v. Wielka Brytania*, 9532/81). Trybunał opowiedział się wówczas, choć niejednogłośnie, za tzw. doktryną marginesu, w myśl której państwa członkowskie miały możliwość autonomicznego regulowania tej kwestii. Zmiana w tym zakresie nastąpiła dopiero w 2002 r. Przełomowym orzeczeniem, całkowicie zmieniającym dotychczasowy sposób patrzenia na problem, był wyrok wydany w sprawie Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w którym uznano, że poszanowanie prawa do życia prywatnego, tj. art. 8 Konwencji (Konwencja O Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 z późn. zm.)) wymaga istnienia w państwach mechanizmu umożliwiającego metrykalną zmianę płci po chirurgicznej zmianie płci (wyr. ETPC z 11.07.2002 r., *Christine Goodwin v. Wielka Brytania*, 28957/95). W tym orzeczeniu jednogłośnie odrzucono tezę o pozostawaniu kwestii prawnego uznania płci osób transseksualnych w zakresie marginesu swobody państw-stron. Trybunał dokonał wówczas dynamicznej wykładni Konwencji, która powinna odzwierciedlać zmiany zachodzące w państwach-stronach. Mimo iż w Polsce procedura regulująca zagadnienie zmiany płci została w całości wypracowana przez orzecznictwo, a ustawodawca nie przygotował żadnego aktu prawnego kompleksowo ani nawet szczątkowo normującego to zagadnienie, to nie była ona dotychczas badana przez ETPC. Trybunał wypowiedział się jednak w przedmiocie stosowania wzmianki dodatkowej, uznając, że jest to mechanizm zgodny ze standardami i fakt widnienia zmiany płci przy posługiwaniu się odpisem zupełnym oraz odmowa wydania nowego aktu urodzenia po orzeczeniu zmiany płci nie są sprzeczne z art. 8 i 14 Konwencji (wyr. ETPC z 17.02.2022 r., *Y v. Polska*, 74131/13).

Warto również zwrócić uwagę na przyjęte w 2006 r. tzw. „Zasady Yogyakarty" określające zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka

w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej. Dokument wymienia 29 zasad, w tym prawo do podmiotowości prawnej. Zgodnie z nią Państwa powinny podjąć wszelkie konieczne środki prawne, administracyjne i inne, by zapewnić istnienie procedur, zgodnie z którymi wszystkie wydane przez państwo dokumenty tożsamości, które wskazują na płeć/płeć społeczną – włączając w to akty urodzenia, paszporty, rejestry elektroniczne i inne dokumenty – odzwierciedlają tożsamość płciową określoną przez daną osobę. Nadto wskazuje się, iż nikt nie może być zmuszany do poddania się zabiegom medycznym, włączając w to chirurgiczną korektę płci, sterylizację czy terapię hormonalną, jako wymogowi uznania przez prawo ich tożsamości płciowej (Remin 2008, 29–30).

Pod nieco innym kątem sytuacją osób transseksualnych zajmował się także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a to w kontekście realizacji zasady zakazu dyskryminacji. W wydanych orzeczeniach uznał, że zasada równego traktowania kobiet i mężczyzn dotyczy również osób transseksualnych oraz że osobie, która przeszła operację zmiany płci, choćby nie uzyskała zmiany płci metrykalnej i tak należą się świadczenia emerytalne wynikające z aktualnej płci (wyr. TSUE z 30.04.1996 r., C-13/94 *P v. S i Cornwall County Council*; wyr. TSUE z 17.04.2006 r., C-423/04 *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*).

Powyższe potwierdza, że społeczność międzynarodowa ma świadomość istnienia zjawiska transseksualizmu i widzi potrzebę odpowiedniej reakcji na nie zarówno na gruncie medycznym, jak i prawnym. Ustawodawstwo krajowe powinno bowiem zarówno umożliwiać faktyczną zmianę płci, jak i zapewnić instrumenty prawne zabezpieczające poszanowanie ich praw oraz prawne uznanie. Z racji na różnice podejścia do zagadnienia zmiany płci i mechanizmów je regulujących w różnych krajach, polskie sądy stanęły przed problemem uznawania i stosowania orzeczeń zagranicznych w zakresie zmiany płci. W zależności od kraju metrykalny proces zmiany płci generalnie odbywa się albo w drodze orzeczenia sądowego, albo w drodze decyzji administracyjnej. W jednym z orzeczeń Sąd uznał, że podlega uznaniu na obszarze RP świadectwo uznania płci legalnej wydane w Wielkiej Brytanii przez *Gender Recognition Panel*, a więc organ administracyjny, gdyż nie zachodzi żadna z przesłanek odmowy uznania zagranicznego orzeczenia (post. SO w Warszawie z 14.02.2018 r., VI Co 1080/16). Analogiczna decyzja dotyczyła również orzeczenia sądowego (Adamczewska-Stachura, Pilch 2020, 30). Inaczej zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach należy podejść do orzeczenia wydanego w sytuacji, w jakiej osoba, względem której wydano orzeczenie o zmianie płci, pozostaje w związku małżeńskim z osobą tej samej płci. Sąd stwierdził, że uznanie takiego orzeczenia naruszałoby podstawowe zasady porządku prawnego RP, w związku z czym nie podlega ono uznaniu (post. SA w Katowicach z 13.06.2017 r., V ACz 495/17).

7. PRÓBA USTAWOWEGO UREGULOWANIA ZAGADNIENIA NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO

Mimo braku obowiązującej regulacji sama tematyka uzgodnienia płci nie pozostawała przez ustawodawcę kompletnie niezauważona. Parlament uchwalił bowiem ustawę z dnia 10.09.2015 r. o uzgodnieniu płci, która kompleksowo regulowała omawiane zagadnienie (Ustawa z dnia 10.09.2015 r. o uzgodnieniu płci, uchwalona na pos. nr 99 dnia 10.09.2015). Niestety na skutek skierowania ustawy do ponownego rozpatrzenia przez Prezydenta i zakończenia ówczesnej kadencji Sejmu ustawa nigdy faktycznie nie weszła w życie. Postępowanie w sprawie uzgodnienia płci było znacząco uproszczone i dokonywane przed sądem w postępowaniu nieprocesowym. Istotnym było również wąskie uregulowanie podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem. W przeciwieństwie do obecnej sytuacji, wymagającej udziału rodziców powoda, w ustawie stwierdzono, że zainteresowanym w sprawie o uzgodnienie płci jest tylko wnioskodawca. Tym samym wyeliminowano niepotrzebny udział rodziców osoby zainteresowanej oraz wątpliwości w zakresie udziału innych podmiotów. W ustawie zawarty został również wymóg niepozostawania w związku małżeńskim. Z jednej strony eliminowało to omawiany wyżej problem dopuszczalności wytoczenia powództwa w przypadku pozostawania w związku małżeńskim. Z drugiej zaś korespondowało z przewidzianą w Konstytucji definicją małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny (art. 18 Konstytucji). Warunkiem formalnym wniosku było dysponowanie dwoma, wydanymi nie wcześniej niż 12 miesięcy przed dniem zgłoszenia wniosku, orzeczeniami lekarzy stwierdzającymi występowanie tożsamości płciowej odmiennej niż wpisana do aktu urodzenia.

8. ZAKOŃCZENIE

Z uwagi na wymienione wyżej argumenty omawiane zagadnienie jawi się jako bardzo istotne ze społecznego punktu widzenia. Niezgodność między płcią biologiczną a realizowaną w życiu społecznym rolą transseksualistów z pewnością stanowi dla nich poważny problem. Jednocześnie regulację prawną komplikuje silnie zakorzeniony dychotomiczny podział płci, wynikający jedynie z biologicznego ukształtowania. W chwili obecnej nie ma w Polsce rozwiązań prawnych regulujących kwestię zmiany metrykalnej płci, a co za tym idzie również aktów stanu cywilnego. Funkcjonujące mechanizmy zostały wypracowane przez sądy w oparciu o dostępne instrumenty prawne. Według dostępnych danych w latach 2014–2019 wytoczono na terenie całej Polski 647 powództw o ustalenie płci, z czego 515 zakończyło się uwzględnieniem powództwa, a postępowanie zakończyło się w inny sposób w 50 sprawach. Pozostałe sprawy były wówczas w toku

(Adamczewska-Stachura, Pilch 2020, 46–47). Powyższe pokazuje generalną, aprobującą tendencję sądownictwa, która to jednak nie jest jednolita, a sama podstawa prawna na gruncie doktrynalnym może wzbudzać wątpliwości. Wskazuje się, że judykatura powinna dążyć do wykorzystania wszelkich możliwości interpretacyjnych i wykładni obowiązujących przepisów prawnych, pozwalających na uwzględnienie dążeń ludzi odczuwających sprzeczność między płcią pożądaną a płcią biologiczną wpisaną do aktu urodzenia. Nie sposób się z tym nie zgodzić, niemniej jednak sądy nie powinny musieć zastępować w tym zakresie ustawodawcy, bo to na nim ciąży obowiązek dostosowania prawa w sposób umożliwiający zaspokojenie społecznych potrzeb osób transseksualnych. Choć postępowanie w sprawie zmiany płci nie należy do najczęstszych, to nierzadko może okazać się krępujące – zarówno dla osoby transseksualnej, jak i jej rodziny.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że już od wielu lat postuluje się dokonanie zmian w prawie przewidujących wprowadzenie do systemu prawa przepisu bezpośrednio umożliwiającego dokonanie metrykalnej zmiany płci oraz stworzenie dostosowanej do tego typu sprawy procedury sądowej. Przyjęta generalnie praktyka oparta na art. 189 k.p.c., poza wspomnianymi wątpliwościami w zakresie teoretycznej dopuszczalności, oznacza konieczność wytoczenia powództwa przeciwko rodzicom. Rodzi to szczególnie po ich stronie jeszcze wyższe koszty emocjonalne niż te, które ponoszą oni normalnie, oraz niepotrzebnie angażuje ich w sprawę w sensie formalnym (RPO-660929-I/10/MO, s. 1). Ponadto niejednolite orzecznictwo w zakresie traktowania dzieci i małżonka powoda dodatkowo komplikuje sytuację i utrudnia decyzję o zmianie płci.

Wyjściem z tej trudnej sytuacji mogłaby być zmiana trybu postępowania w sprawach o zmianę płci. Postępowania o ustalenie płci zgodnej z odczuwaną tożsamością z natury rzeczy nie należą do kategorii postępowań spornych. Wydaje się, że najlepszą możliwością prawnej regulacji zmiany płci jest więc wprowadzenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o zmianę płci do sądu, na drodze nieprocesowej, do którego wymagane byłoby dołączenie odpowiedniego medycznego certyfikatu, poświadczającego przynależność do określonej płci. Jego wydanie możliwe byłoby po spełnieniu określonych medycznych przesłanek oraz funkcjonowania jako płeć odczuwana przez określony czas. Byłaby to regulacja bazująca na rozwiązaniach funkcjonujących w Wielkiej Brytanii, które są oceniane bardzo pozytywnie zarówno przez osoby transseksualne, których bezpośrednio dotyczą, jak i piśmiennictwo (*UK Gender Recognition Act 2004*). Alternatywnie, zamiast drogi sądowej można zdecydować się również na przekazanie tej kompetencji do specjalnych komisji utworzonych ze specjalistów, które orzekałyby w sprawie zmiany płci. Wydaje się, że wartym rozważenia byłoby również wprowadzenie dodatkowej przesłanki umożliwiającej unieważnienie małżeństwa, tak aby rozwód nie był w takich sprawach koniecznością. Z analizy rozwiązań niektórych państw wynika, że istnieją regulacje prawne, które w sposób szanujący prawa i wolności obywatelskie, w zgodzie z orzecznictwem ETPC oraz stanowiskiem nauki

rozwiązują powstałe problemy. Wobec powyższego należy w sposób zdecydowany postulować powzięcie również w Polsce stosownych kroków legislacyjnych, które nie tylko unormują praktykę, ale wprowadzą nowe, lepsze mechanizmy.

BIBLIOGRAFIA

Adamczewska-Stachura, Milena. Paulina Pilch. 2020. *Postępowanie w sprawach o ustalenie płci – przewodnik dla sędziów i pełnomocników.* Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.

Bieńkowska, Małgorzata. 2012. *Transseksualizm w Polsce*. Białystok: Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku.

Błaszczak, Łukasz. 2007. „Charakter prawny powództwa o zmianę płci. Dylematy na gruncie prawa procesowego cywilnego". *Wrocławskie Studia Erazmiańskie* 9: 131–156.

Błaszczak, Łukasz. 2021. *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191*[1] *k.p.c.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Czech, Bronisław. 2019. *Kodeks postępowania cywilnego*. T. 1. *Komentarz art. 1–205*. Red. Andrzej Marciniak. Warszawa: C.H. Beck.

Manowska, Małgorzata. 2020. „Komentarz do art. 189". W *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom I. Red. Małgorzata Manowska. LEX/el.

Marciniak, Andrzej. 2020. *Postępowanie cywilne w zarysie.* Red. Andrzej Marciniak, Witold Broniewicz, Ireneusz Kunicki. Warszawa: Wolters Kluwer.

Ostojska, Joanna. 2014. *Sądowa zmiana płci*. Warszawa: Uniwersytet Warszawski.

Remin, Katarzyna. 2008. *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*. Warszawa: Kampania Przeciw Homofobii.

Śledzińska-Simon, Anna. 2013. *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce. Raport z badań i propozycje zmian*. Red. Wiktor Śmiszka, Krzysztof Dynarski. Warszawa: Fundacja Trans-Fuzja, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego.

Urbanowicz, Katarzyna. Magdalena Bętkowska. 2018. „Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich". *Medyczna Wokanda* 10: 99–109.

Zielonacki, Andrzej. 1988. „Zmiana płci w świetle prawa polskiego". *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2: 39–55.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

Konwencja O Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 z późn. zm.).

Dekret z dnia 8.06.1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. nr 25 poz. 151 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.; dalej: k.r.o.).

Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6.06.1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.09.1989 r. o niedyskryminacji transseksualistów, Dz. Urz. C 256 z 9.10.1989 r., Doc, A 3–16/89.

Orzecznictwo
Postanowienie SA w Katowicach z 13.06.2017 r., V ACz 495/17, LEX nr 2317651.
Postanowienie SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, LEX nr 519375.
Postanowienie SO w Warszawie z 14.02.2018 r., VI Co 1080/16, POSP.
Uchwała SN z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, OSP 1983, nr 10, poz. 217.
Uchwała SN (7) z 22.06.1989 r., III CZP 37/89, OSNC 1989, nr 12, poz. 188.
Uchwała SN z 25.01.1995 r., III CZP 176/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 74.
Uchwała SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95, OSNC 1996, nr 1, poz. 7.
Wyrok ETPC z 17.10.1986 r., *Rees v. Wielka Brytania*, 9532/81.
Wyrok ETPC z 11.07.2002 r., *Christine Goodwin v. Wielka Brytania*, 28957/95.
Wyrok ETPC z 17.07.2022 r., *Y v. Polska*, 74131/13.
Wyrok SA w Łodzi z 15.12.2017 r., I ACa 531/17, LEX nr 2463463.
Wyrok SN z 17.11.2000 r., V CKN 221/00, LEX nr 52658.
Wyrok SN z 30.11.2000 r., I CKN 903/00, LEX nr 512061.
Wyrok SN z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, LEX nr 1415181.
Wyrok SN z 10.01.2019 r., II CSK 371/18, OSNC 2019, nr 10, poz. 104.
Wyrok SO w Słupsku z 20.11.2017 r., I C 36/17 LEX nr 2448639.
Wyrok SO w Warszawie z 26.02.2019 r., I C 478/18, LEX nr 2669197.
Wyrok SO w Warszawie z 24.04.2019 r., I C 138/17, LEX nr 2685105.
Wyrok TK z 4.04 2001 r., K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54.
Wyrok TK z 7.03.2007 r., K 28/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 24.
Wyrok TSUE z 17.04.2006 r., C-423/04 *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*.
Wyrok TSUE z 30.04.1996 r., C-13/94P *S i Cornwall County Council*.

Inne
ETPC X v. Niemcy, 6699/74 dec. z 15.12.1974 r. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid”:[„001–74330”]} (dostęp: 21.03.2022).
List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 1.08.2011 r. RPO-660929-I/10/MO.
Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób ICD-11 HA60 *Gender incongruence of adolescence or adulthood*.
Ustawa z dnia 10.09.2015 r. o uzgodnieniu płci, uchwalona na pos. nr 99 dnia 10.09.2015.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.03

COPE Member since 2018 JM13714

*Franciszek Skawiński**

https://orcid.org/0000-0003-4935-1656

USE OF ICT SYSTEMS IN HANDLING MONETARY CIVIL CLAIMS IN POLAND AND ENGLAND (UNITED KINGDOM): A COMPARATIVE ANALYSIS

Abstract. The article aims to compare how ICT systems are used in handling monetary civil claims in Poland and England through an analysis of both legal and technical regulations and limitations. This objective is achieved through critical analysis of existing literature together with the official documentation available for both systems, as well as direct inspection of the systems. As a result of said analysis, it is apparent that the system utilised in England, despite being significantly older than the Polish system, has much more technical limitations, although they are also clearly specified in the relevant law. On the other hand, some such limitations in the Polish system are not present anywhere in statute law. Nevertheless, both systems seem to be mainly designed for handling smaller claims and reducing the amount of mainly administrative labour that was usually done manually by the court staff. In conclusion, some *de lege ferenda* propositions and future suggestions were formulated for both systems arising chiefly from the results of the comparative analysis.

Keywords: civil procedure, comparative law, English law, ICT system

WYKORZYSTANIE SYSTEMÓW TELEINFORMATYCZNYCH W POSTĘPOWANIACH W PRZEDMIOCIE CYWILNYCH ROSZCZEŃ PIENIĘŻNYCH W POLSCE I ANGLII (WIELKA BRYTANIA): ANALIZA PORÓWNAWCZA

Streszczenie. Celem opracowania jest porównanie, w jaki sposób systemy teleinformatyczne są wykorzystywane w postępowaniu w przedmiocie cywilnych roszczeń pieniężnych w Polsce oraz w Anglii poprzez analizę prawnych oraz technicznych regulacji i ograniczeń. W wyniku tejże analizy zauważyć można, że system używany w Anglii, choć jest znacznie starszy od systemu polskiego, ma również więcej ograniczeń technicznych, choć są one dokładnie opisane we właściwych aktach prawnych. Z drugiej strony niektóre tego rodzaju ograniczenia występujące w systemie polskim nie

* University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, f.skawinski@student.uw.edu.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

są w ogóle zawarte w żadnych przepisach prawa. Niezależnie od tego obydwa systemy zdają się być zaprojektowane przede wszystkim do procedowania roszczeń o mniejszej wartości i zmniejszania ilości przede wszystkim administracyjnych czynności, które musiały być wcześniej wykonywane ręcznie przez pracowników sądu. W podsumowaniu przedstawione zostały pewne postulaty *de lege ferenda* oraz propozycje ulepszenia obydwu systemów sformułowane przede wszystkim w oparciu o wyniki przeprowadzonej analizy porównawczej.

Słowa kluczowe: polskie postępowanie cywilne, prawo angielskie, system teleinformatyczny, komparatystyka

1. INTRODUCTION

For several decades, various countries around the world have attempted to utilise information and communication technologies (ICTs) to provide government services more effectively to their recipients, such as citizens and businesses, or even other organisational units of the government itself. This process is defined by the United Nations as e-government (United Nations, n.d.). This process is also visible in the administration of justice.

This article intends to focus on civil proceedings for monetary claims and to compare and contrast the solutions implemented in Poland and England regarding the legal framework, as well as the practical functioning of systems available in those countries. Online services also exist in other types of proceedings e.g., possession, divorce, or bankruptcy in one or both of the analysed countries, but civil monetary claims have the longest history and cover the widest category of civil claims, which is the reason the scope of the articles is narrowed only to such cases. This analysis focuses only on England and Wales because other parts of the United Kingdom, such as Scotland and Northern Ireland, have their own separate judiciary and legal systems. In the course of this article, any reference to England means England and Wales collectively, as the judiciary is shared between them.

As a result of the analysis, it should be established what are the main similarities and differences between the approaches taken by both countries and the implemented solutions, which will be the basis for an attempt to formulate proposals that might enhance said systems both in the legal framework field and their practical functioning.

2. OVERVIEW OF EXISTING SYSTEMS

In both Poland and England, there are currently systems that allow for the electronic filing of monetary claims. The Polish system is the electronic order for

payment procedure[1] (*Elektroniczne Postępowanie Upominawcze* – EPU[2]), which was launched in January 2010 as specified in the Act of 9 January 2009 on the amendment of the Code of Civil Procedure and other Acts (Journal of Laws 2009, issue 26, item 156) and is available at https://e-sad.gov.pl/. The court currently responsible for processing all claims is the Lublin–Zachód District Court in Lublin, 6th Civil Division (*Sąd Rejonowy Lublin–Zachód w Lublinie, VI Wydział Cywilny*). The court itself is an ordinary common court, which also deals with standard civil and criminal cases; however, the 6th Civil Division only handles claims filed electronically through the system and has a separate building. Around 1.9 million claims were processed in 2021 (Lublin–Zachód District Court in Lublin, 2022).

In England, the main system is Money Claim Online (MCOL), which is available at https://www.moneyclaim.gov.uk/ and was launched in the December 2001 – February 2002 period (Kallinikos 2009, 177). The claims are handled by the County Court Business Centre (CCBC) based in Northampton, which is part of the County Court. It also processes electronic claims made through some of the other systems, but not standard civil cases. Therefore, this solution is comparable to the Polish one, as separate buildings and staff are assigned only to claims made through the electronic system. Around 1.1 million claims were processed by the CCBC as a whole, although it is not provided how many of these claims were filed through MCOL (Ministry of Justice of the United Kingdom 2022).

Currently said systems are designed mainly for uncontested claims. They allow the claimant to file a claim and perform some actions connected to the enforcement of a judgement or order. On the other hand, if any kind of defence is filed, this generally means the end of the online phase, and a transfer of the case to a traditional court is required for the proceedings to continue beyond that. It is not unexpected since this phase of civil proceedings generally consists mainly of procedural and administrative work (Lupo 2013, 123). The systems are also partially similar because the Polish EPU system was partially modelled after the successful English MCOL, however, many adjustments were made due to differences in procedures, and not all features of the MCOL system were implemented while a significant number of new ones was introduced (Wójcik-Krokowska 2018, 270).

The main difference between the systems that applies to the proceedings as a whole is that MCOL can be specified only as a system that assists in conducting

[1] The name electronic writ of payment is often used, however, to avoid using the word "writ", which is considered outdated by many professionals and following the general trend visible in the United Kingdom to modernise legal terminology, a different name modelled after European order for payment will be used.

[2] The phrase "*elektroniczne postępowanie upominawcze*" is also the name of the whole electronic order for payment procedure, however, in this article, it will be used to describe the ICT system used in these types of proceedings. This is also the reason why the word is capitalised.

the proceedings, while EPU is the sole system used in the electronic order for payment proceedings.

Article 505^{30} § 2 of the Polish Code of Civil Procedure (Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure, consolidated text: Journal of Laws 2021 item 1805 as amended, hereinafter referred to as the CCP) concerning EPU specifies that actions taken by the court, judicial clerk, and the presiding judge shall only be recorded in the ICT system. It is also further specified in article 505^{31} of said Act that the claimant must always file pleadings in electronic form. The defendant is also under such obligation if they elect to file electronically and in such case, they must continue to file electronically until the end of the proceedings (Bodio 2017, 11), but they might also decide to file only paper pleadings. No special declaration is needed then, as it is the default option. As e-mail is not an accepted method of filing pleadings, electronic form practically only means directly through the ICT system. The case file in EPU has an electronic form with photocopies of paper pleadings filed by the defendant or received from third parties. The originals of such pleadings only form an auxiliary collection of documents. Save for the claim form, the EPU system generally does not have any pleading forms, and the user is allowed to freely type in the text. Certain types of pleadings, such as appeals, do have a pleading title and short description of the order being appealed, however, nothing more is provided. This is most probably connected with the fact the utilisation of pleading forms in standard civil cases in Poland is not compulsory, save for fee exemption proceedings. Facultative pleading forms do exist, but only for a small number of pleadings, and due to that, their usage in the current form would be significantly limited in EPU.

On the other hand, the MCOL system only allows the filing of certain types of pleadings directly through the system. The Practice Direction 7E of the English Civil Procedure Rules (The Civil Procedure Rules 1998, SI 1998/3132 as amended, hereinafter referred to as the CPR) provides an exhaustive list of the types of actions that may be undertaken through the MCOL system, encompassing various pleadings that may be filed through it. In addition, while the claims are issued and posted to the defendant automatically, the case files themselves are still in paper form. Senior President of Tribunals, Sir Ernest Ryder, criticised it in 2016 saying "(…) a civil servant at the other end has to print the e-form and make up a paper file. From that point on, we are back to square one (…)" (Ryder 2016). Some of the other types of pleadings may also be filed by e-mail; however, they must then conform to the standard e-mail filing guidelines for civil proceedings.

None of the aforementioned systems allow direct upload of pleadings in a format other than plain text, such as PDF. The EPU system allows the upload of XML files through the website or with the use of API,[3] but both of these methods

[3] Abbreviation for application programming interface used to exchange data directly between computer programs.

are available only to "mass claimants" and professional counsel. The status of "mass claimant" is not legally defined and in practice, it seems to be granted liberally, however, it does not confer any additional benefits other than the ability to file claims and pleadings in the XML form. As the generation of an XML file usually requires a specialised application, it is somewhat doubtful whether it would be used by non-professional users wanting to only file a few claims, even if this form of filing were available to them. When it comes to MCOL, it does not have any direct upload capabilities, however, a Claim Production Centre (CPC) service is available for the claimants who can demonstrate that they can meet the IT requirements to file and receive documents. Claims from the CPC are also handled by the CCBC, and the defendant can file pleadings through the MCOL system. The CPC itself predated MCOL, however, they both use the CCBC to process and handle the claims (Kallinikos 2009, 185–187).

3. BASIC LEGAL FRAMEWORK

Before proceeding to a more detailed analysis of the systems, it is first necessary to briefly present the regulations regarding the national civil proceedings, which mostly apply also to offline proceedings.

In Poland the order for payment procedure (*postępowanie upominawcze*), whether online or offline, is considered a separate procedure by the CCP, however, its application doesn't depend on any request made by the claimant (Marciniak 2020, 460). When a claim for a specified amount of money is filed and none of the negative conditions specified in article 499 of the CCP are met, the court should issue an order for payment. Such an order directs the defendant to satisfy the entire claim or file a statement of opposition within a set amount of time, which is dependent on the location of the defendant. A copy of the claim form is sent to the defendant together with the order of payment. If the opposition is not filed by the defendant within the prescribed period, the order has the effect of a final judgment and is enforceable. The claim must therefore be examined by a court official before the order for payment may be issued. This does not necessarily have to be a judge, as special highly qualified judicial clerks (*referendarze sądowi*) can also issue such orders, though there is still a need for human intervention. Currently in Polish civil proceedings, no final order may be issued automatically, and such orders always have to contain the name and signature of the person that issued them. The previously quoted article 505^{30} § 2 of the CCP states that actions of the court, judicial clerk or presiding judge recorded in the ICT system shall bear a qualified electronic signature. The conditions of issuing an order for payment might imply that the orders are issued almost automatically by a judge or clerk, however one of them is that the facts presented do not raise doubt. This is a very elastic general clause, which is interpreted differently by the

courts. Some decide to issue orders for payment upon only the consideration of the most important elements of the claim form, while others conduct a detailed examination of not only the claim form itself, but also the supporting documents filed alongside it (Goździaszek 2017, 225). If the opposition is filed by the defendant, it results in the proceedings being discontinued, although the claimant may file the claim again in a standard paper way. If they do so within three months from the date of the order discontinuing proceedings, this preserves the initial filing date of the claim (article 505^{37} § 2 of the CCP) and the fee paid for the claim filed electronically will be credited towards the fee for the paper claim (article 19(2)(2) of the Act of 28 July 2005 on the court fees in civil proceedings, consolidated text: Journal of Laws 2021 item 2257 as amended, hereinafter referred to as the CFCP Act).

In contrast to the Polish procedure in the English one the claim is issued and sent to the defendant automatically. This happens both in offline and online proceedings, however in the latter it must be performed by a court official. Nevertheless, this can still be called automatic, as only the very basic elements of the claim form are checked, such as whether the correct fee was paid. After the defendant receives the claim form, they may either admit the amount claimed, dispute the claim, or file an acknowledgment of service, which gives them additional time to perform one of the two previously stated actions. Of course, both admission and defence of the claim may be only partial, and both may be filed at the same time if they concern different parts of the claim. If an admission is filed a judgement may be issued for the admitted part. The same can happen in case the defendant's default[4] when they do not file any of the documents described within the prescribed time. This claimant may sometimes apply for the judgment online, which will be described later in the article. If the defendant intends to defend the claim, the proceedings advance to the trial planning stage.

Therefore, it is important to note the most important difference between the Polish and English civil proceedings. In Poland the order for payment procedure is technically a type of separate proceedings, and an order for payment may be issued by a judge or court clerk only after examination of the claim and before the defendant received the claim form, while in the English civil proceedings there is no similar procedure, and the claims are issued and sent immediately. The judgment may only be issued if the defendant has not filed any answer and is in default or admits the amount owed.

[4] Contrary to regulations common in the United States, in England no separate default of the defendant may or needs to be entered and it is only necessary for the claimant to request a default judgement. For an example of American regulations see rule 55 of the Federal Rules of Civil Procedure (Congressional Committee Prints, 116th Congress, 2nd Session, No 8).

4. FILING THE CLAIM

Some elements of the filing of pleadings in general have already been presented in the previous chapters, however this part will focus mostly on the legal regulations regarding the claims that can be filed through the online system with some technical elements included.

Both systems may only be used to file a claim for a specified amount of money, and the sum claimed must be in national currency. The EPU system does also allow the claimant to include other procedural motions in the claim form through a special free text field, although it is not entirely clear for what kind of motions was this field intended. No examples are given in the claim form or the supporting documentation. One example of such motion would be a motion requesting security for a claim through such methods as e.g., the seizure of movable assets or the encumbrance of real estate with a compulsory mortgage, however such measures are rarely used even in the standard order for payment proceedings and especially in EPU. This is possibly because, although the CCP prescribes a period within which such a motion must be considered, which is generally one week under article 737 of the CCP, it is unlikely that the court will comply with this deadline in EPU. In addition, it seems that, due to the technical characteristics of the EPU system, such motion would be considered with the claim itself (Segit, Telusiewicz 2013, 329). This would largely defeat the purpose of securing the claim. There are also many other elements, such as the fact that in standard cases only the judge might issue an order securing a claim and whether it would even be technically possible to issue and order securing the claim in EPU, but it seems sufficient to say, that there does not seem to be any example of anyone requesting such order.

In addition, for both systems the claim form provided through the system is the only way in which a claim might be lodged, and everything must be contained within it. As previously stated, none of the systems allow the upload of PDF or similar files, therefore it is not possible to add anything not included in the form. In the CCP it is expressly stated that any evidence should not be attached to the claim form and all arguments supporting the claim must be set out in the claim form itself with reference to evidence (article 505^{32} § 1). There is no space limit for the claim particulars.[5] As the claim must be considered by a judge or a judicial officer before an order for payment is issued this requires the claimant must be aware of the fact that it will not be possible to consult the evidence and any inconsistencies or omissions will most likely result in a refusal to issue said order and discontinuation of the proceedings. Some of the judicial

[5] Such a limit might exist; however, it is not described in the used documentation, and it was never reported to be a problem. Claims in EPU are generally very short, therefore even a limit of around 10 pages would most likely be of little practical significance.

officers themselves have emphasised that this is not always the case, even with to mass claimants, which often use tools that automate the generation of claim forms, together with claim particulars (Segit, Telusiewicz 2013, 327). Many mass claimants prefer to keep the claim particulars as vague as possible to be able to apply the same template to many situations and reduce effort needed to prepare the claim form to a minimum. In practice this might often have the opposite effect, as such claimants are then required to either file the claim again in a standard court[6] or decide not to pursue it further. In MCOL the space for claim particulars is limited to a maximum of 1080 characters (including spaces) in 24 lines, which is further decreased if the claimant wants to claim interest under the County Courts Act 1948, however as the claim is issued automatically and is not reviewed by any judge or judicial officer beforehand, the claim particulars do not need to be as precise as in EPU. It is also possible for the claimant to prepare detailed particulars and send them directly to the defendant. This does not relieve the claimant of the obligation to include some details about the claim in the claim form, however it might only be a summary with a statement that additional particulars will follow. Such particulars must also be served on the defendant within 14 days of service of the claim form, and a certificate of service must be filed with the court within 14 days of the service of the particulars, but the claimant is not required to file the particulars themselves, unless ordered to do so or the case is transferred to a standard court. This comes as no surprise since the particulars are not needed for the issuance an automatic judgement whether default or after admission.

It should also be noted that EPU does not have any statutory limit for the value of the claim. On the system's website it is mentioned that the technical upper limit for the claim is 100 million PLN and, while this limit does not seem to have any legal basis, it is unlikely that it would ever be an actual limitation. Such high value claims are unlikely to be filed through EPU, as they will most probably be contested, and the claimant may often wish to obtain security for their claim. In addition, judges might be somewhat reluctant to issue an order of payment for such high value claim, as the circumstances of the case might be very complicated, and it would be difficult to fully consider them without any evidence. On the other hand, in MCOL the limit is one penny less of 100 thousand GBP. This indicates that MCOL was intended to be used only for smaller (although not necessarily small) claims, while leaving the most high-value ones for the traditional courts. In a new pilot procedure that was launched in 2018 – the Civil Money Claim Online (CMCO) process, which is slightly simplified and more visually attractive compared to MCOL the claim value limit is even lower and equal to 10 thousand

[6] Although it is not forbidden to file such a claim in EPU a second time, the claimant would lose all the court fees paid in the first proceedings and the second proceedings might also be discontinued.

GBP. There are plans to increase this limit for the CMCO, however they were not implemented yet (Cortés, Takagi 2019, 208).

When it comes to the number of defendants in a claim, no legal limit is imposed in case of EPU. No limit is also mentioned in any supporting documentation. Nevertheless, when 5 defendants are added the "add defendant" button disappears and is instead replaced by an information, that the maximum amount of defendants was added for a claim. For an overwhelming majority of claims such limitation would not cause any problems, however it might become important for claims against civil law partnership, where the claim might only be brought against the partners, as the partnership itself may not be sued. This also applies to claims against partners in a general partnership or general partners in a limited partnership that are made after enforcement proceedings against the partnership itself were discontinued as ineffective. On the other hand, it is possible to split the claim, as partners do not have to be sued together (Hasińska, Zedler 2019, 14). The claimant might still benefit from a lower court fee if less than 4 separate claims are filed. If there is more than one defendant the claimant might either choose the option that all of them are jointly and severally liable or describe the liability manually, although the former is probably the most common. Moreover, it is necessary to provide the PESEL (personal identity) number, NIP (tax identification number) or register number of the defendant. Alternatively, the claimant might state that the defendant does not have any of these numbers. In case of legal persons and sole traders this is generally not an issue as said numbers should be publicly available, but it might prove to be an issue in case of natural persons other than sole traders. The claim form and the order for payment must also be served on the defendant in Poland, although this does not mean that the defendant must permanently reside in Poland, as long as a given claim is within the jurisdiction of Polish courts. Such residence might only be temporary. In addition, if the defendant has a PESEL number and an address is entered in the PESEL registry, the service of claim will always be effective at that address, whether the defendant is actually resident there or not. If the inability to serve the defendant within Poland is discovered after an order for payment is issued, the court will set it aside and discontinue proceedings as if said order was never issued.

The MCOL system has much more limitations when it comes to possible defendants. The maximum number of defendants is two and the same sum must be claimed from both of them. No claims might also be brought against the Crown, children or protected parties.[7] The defendant's address for service must also be within England and Wales, therefore it is not possible to bring a claim against a person residing in Scotland or Northern Ireland or countries outside the United Kingdom, even if English courts have jurisdiction over a particular case. The

[7] Parties who lack capacity to conduct the proceedings within the meaning of the Mental Capacity Act 2005 that is are unable to decide for themselves about the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.

limit of possible defendants is also lower than in EPU, but in practice it probably is not a significant limitation. Many claims against multiple defendants such as e.g., claims against couples or a company and a single director as a guarantor are still possible.

In EPU there is also an additional limitation not present in MCOL and the due date of the debt claimed may not be earlier than 3 years before the date on which the claim is filed. This requirement was introduced in 2013 and it was supposed to limit the number of claims for which the limitation period has already expired as 3 years is the standard limitation period for claims arising from commercial activities. Such claims were filed in significant numbers by collection agencies or other similar entities and the court did not verify the limitation period *ex officio*. This was a reason for some criticism to appear when EPU was first introduced (Fik 2014, 125).

After the claim form is prepared it must be signed by the claimant or their representative. This process differs slightly between the systems; however, it is currently very similar. In EPU there is no need to utilise any advanced electronic signatures. The claimant or the representative only need to input their name into a designated field and confirm that they are signing the claim form. It is also possible to use a qualified electronic signature within the meaning of regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC (2014 Official Journal of the European Union L257/73), however there are generally no benefits to doing so and it requires the claimant to possess a specialized qualified certificate for electronic signatures, which must be separately purchased from a commercial vendor. In other online proceedings in Poland e.g., registry or bankruptcy proceedings qualified electronic signatures or other electronic signatures providing a higher level of security must be used (article 126 § 5 of the CCP), however in EPU it was not deemed necessary. The requirements in MCOL are very similar as the claimant or their representative only type their name in a designated field and confirm that they accept the claim. This replaces the standard handwritten signature. The signature is very important as it is placed under a statement of truth as deliberately including false statements in a claim form in the UK might constitute contempt of court (CPR rule 17.6). There is no similar element in civil proceedings in Poland, where the signature mainly signifies that the claimant or their representative has finished preparing the claim form and accepted its contents (Knoppek 2014, 169–170).

After the claim form is signed, the court fee must also be paid. For both systems payment is possible only directly through the system and it must be made at the moment the claim form is lodged. It is not possible to successfully file the claim without payment and it is the last step in the filing process.

5. FEES

Electronic proceedings are often regarded as cheaper, however developing, and maintaining such systems is still a significant expense. In addition, not everything can be handled by an online system and therefore many elements from standard proceedings are still present. Nevertheless, reduced court fees are often introduced in such system as an encouragement for the claimant to utilize them.

For the EPU system fee reduction is very significant and without a doubt provides a strong incentive for the claimant. According to Article 19(2)(2) of the CFCP Act only a quarter of the standard court fee needs to be paid in EPU, although the minimum will always be 30 PLN. Therefore, currently only claims for amounts exceeding 500 PLN are less expensive in EPU and the reduction is applied in full only for claims with the claim value above 1500 PLN. For such claims the lowest standard court fee is 200 PLN, therefore the reduced amount would be 50 PLN, which is higher than minimal value. The maximum value of the court fee is 200 thousand PLN, hence the benefit from the reduction can be as high as 150 thousand PLN. The court fees changed throughout time, however the reduction rate remained stable. This makes proceedings in EPU significantly cheaper, especially since no additional costs such as printing, and postage need to be incurred. In addition, all appeals in EPU are exempt from court fees, although they are rather rare and may only concern procedural aspects as no judgments on the merits are issued in EPU. Regardless of all those reductions the claimant must pay the court fee in full, as it is not possible to apply for fee exemption, though if the claimant is exempted by law, they may file a claim without the court fee if they state the legal basis of such exemption. The claimant is always allowed to file their claim in standard proceedings and using EPU is entirely voluntary, therefore lack of fee exemption does not prevent access to court. It is also worth mentioning that the legal representatives' costs that the defendant might be liable for are generally fixed at the same level as costs in standard order of payment proceedings, thus the claimant will receive the same amount as in standard proceedings.

On the other hand, in MCOL there currently is no court fee reduction. For a long time court fees were reduced initially by a fixed value for all claims and later by a fixed value for claims below 10 thousand GBP and 10% for claims above that value.[8] Since 18 May 2021 the Civil Proceedings Fees (Amendment) Order 2021 (Statutory Instruments 2021 No. 588, L. 9) repealed all MCOL-specific fee regulations which means that the fee for MCOL claims is currently the same as for claims made in any other way. This also applies to other claims handled by the CCBC. The court fees themselves start at 35 GBP and they can be as high as

[8] Standard court fee was set at 5% of the claim value, while the MCOL fee was only 4,5% of said value, which is equal to a 10% reduction.

10 thousand GBP. It is also not possible to apply for fee exemption; however the MCOL procedure is also voluntary (same as EPU), therefore this impossibility does not prevent access to court.[9] Nevertheless the court fee payable on starting proceedings is not the only fee that the claimant might be obliged to pay in MCOL. Another important fee might be payable on an application to issue a warrant of control and it is currently 83 GBP.[10] However the claimant can also apply for the warrant manually and it is possible to obtain fee exemption in such case. Sometimes it may also be necessary to apply for said warrant manually, as MCOL cannot issue a joint warrant of control for two defendants. Therefore, if the claimant wishes to apply for such a warrant they must apply manually. In addition, enforcement in the High Court will always have to be manual, as MCOL is only used for proceedings in the County Court. Additional information about these enforcement methods will be provided in a relevant part below.

Despite there being no reduction in court fees, there still are many incentives for the claimant to use MCOL rather than file a paper claim, as making a claim through MCOL is generally easier, faster and nothing needs to be spent on printing and postage. Just as in EPU the legal representatives' costs are also fixed if the case is not transferred to any other court and there is not difference between standard and MCOL proceedings.

6. POST-ISSUANCE PROCEEDINGS

Although they are mostly governed by the national civil procedure regulations, it is necessary to briefly mention some crucial elements of proceedings after the claim is issued. For EPU this will also be after an order of payment is issued as the claim form is not sent to the defendant before that, while for MCOL it will be immediately after the claim is filed.

In EPU the order of payment together with the claim form is sent to the defendant by registered mail with return receipt, while the claimant (for further correspondence also the defendant it they chose to file and receive documents electronically) receives a notification in the ICT system. It is also possible to optin for e-mail notifications; however, they only contain basic info, and it is still needed to log into the system. Delivery is automatic upon successful login, and it is not important whether the document was actually opened. The time limit for electronic

[9] It is also worth mentioning that in the new CMCO pilot it is possible to apply for fee exemption.

[10] This fee is also currently the same for all types of proceedings. Immediately before 18 May 2021 the court fee for issuing a warrant of control was 77 GBP if the application was made on--line through MCOL or 110 GBP in other cases, including issuance after standard application in an MCOL case. The fee was therefore slightly raised for MCOL, however significantly lowered for other cases.

delivery is 14 days after the document was sent. It the party did not log into the system within that time, the correspondence is deemed to have been delivered on the last day. The party should therefore log into the system at least once every 14 days (Tchórzewski, Telenga 2010, 124). It is still possible to access it after this time and all periods such as for filing an appeal, remedying any errors etc. run as normal and this method of service does not interfere with them. When it comes to the correspondence sent to the defendant the time to file an opposition from an order for payment begins on the date that the letter is actually delivered. It if does not happen on the first attempt the letter will be stored at the post office for a period of 7 days with a notification being left in the mailbox or other visible place. After that period has elapsed a second notification will be placed. After 7 days from the second notification the letter is returned. Whether service was successful in such situation depends on the address to which the claim was sent and provisions in this regard are different compared to standard civil proceedings. Usually such service is only successful if the defendant is a legal person or a sole trader and the letter was sent to the address for service provided in the relevant registry.[11] In EPU said service might also be successful for a defendant being a standard natural person if the correspondence was sent to an address contained in the PESEL registry, while in standard proceedings it would have to be delivered by a bailiff or the claimant would have to prove that the defendant actually resided at the address where the service was attempted. If the address was different from the one contained in the PESEL registry or there is no address the court should order the claimant to provide the address at which the defendant may be served within 1 month. If this order is not complied with or the second service is also unsuccessful the order for payment is set aside and the proceedings are discontinued. Upon receiving the order for payment with the claim form, the defendant may file an opposition within the prescribed time. In standard order for payment proceedings this time varies from 14 days to 3 months depending on where the defendant was served, though in EPU it is always 14 days, as the defendant must be served in Poland. Requirements regarding the content and other requirements of the pleadings are the same as in standard proceedings. There is no court fee associated with lodging an opposition and it might be lodged either electronically or by posting it to the court's address. If the second option is chosen the opposition is deemed to have been filed at the day it is posted, although registered mail must be used, and it must be posted within the European Union. In all other cases the date of filing is the date the opposition is actually received by the court. A duly filed statement of opposition causes the order for payment to lose effect, although only insofar as is specified in the opposition. An opposition filed by one co-defendant does not alter the position

[11] Unlike in England, in Poland sole traders also must be registered in a public registry (*Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej*), therefore anyone can view their address for service.

of other co-defendants and the order for payment does not lose effect in relation to them. Currently after the order for payment loses effect the proceedings must be discontinued, though previously the case was transferred to the defendant's home court. The claimant may then file their claim again in a standard court and the claim takes effect as of the day it was filed in EPU. In addition, the court fee paid in EPU is subtracted from the court fee to be paid in the standard court. The same rules apply to cases an order for payment is not issued by the court.

In MCOL the service of claim is simpler as English courts do not utilize registered mail or return receipts. The claim form is always deemed to have been served on the fifth day after the claim was issued irrespective of whether that day is a business day or not. The procedure in case the defendant's address specified in the claim form is not current is outside the scope of this article, although it is generally possible to set the final judgment aside in such cases. The claim form cannot be served by the claimant as the process of issuing and posting it is done automatically and the claimant cannot receive a stamped copy of the claim form. The claimant must, however, serve the particulars and file a certificate of service if they chose that option when filing the claim. After receiving the claim form (or the particulars if they are served separately and arrive later) the defendant may either file an admission, oppose the claim, or file an acknowledgment of service within 14 days. That time may be lengthened to 28 days by filing an acknowledgment of service. If the defendant admits the amount stated in the claim form in full the admission should be sent directly to the claimant, in all other cases the answer is filed directly with the court. If the defendant does not take any action or fully admits the amount owed and the claimant accepts the admission offer, it is possible to apply for judgment online. In all other cases where the judgment may be issued the claimant must file a request for judgment form manually. If the defendant opposes the claim in whole or in part, the proceedings will be transferred to their home court, where they will proceed to the trial preparation stage.

7. ENFORCEMENT

Although a detailed overview of enforcement methods is not within the scope of this article, basic information about the enforcement steps that may be taken through each of the systems should be presented.

In EPU the court issues a declaration of enforceability *ex officio* and as soon as the order for payment becomes final and non-revisable. The claimant may then file an application to commence enforcement proceedings to a bailiff of their choice directly through the system or in a standard paper way. If the claimant chooses the latter option, they must download print the order for payment together with a declaration of enforceability and attach it to the application. In Poland court bailiffs are authorised to conduct most enforcement

action, including attachment of earnings or third-party debt orders. In rare instances where the application for a particular method of enforcement must be filed with the court, it must be filed on paper.

In MCOL it is possible to apply online for a warrant of control. It will be later executed by the County Court bailiffs who can seize property belonging to the debtor. The maximum amount for this warrant is 5000 GBP including costs and it cannot be a joint warrant. If the claimant wants to apply for court fee redemption or wishes to issue a joint warrant of control they must apply manually in a standard way. Judgments over 600 GBP may also be enforced by a High Court Enforcement Officer who also may only seize the goods belonging to the debtor after a writ of control is sealed by the High Court. The claimant must first apply for an order to enforce the judgment in the High Court to the County Court in a standard way and then send it to the High Court by post or lodge it there directly. All other enforcement methods are handled directly by the court and the process of applying for them does not differ from the standard proceedings.

8. CONCLUSION

As a result of the presented analysis, it is already apparent that both systems presented are different in many aspects not only due to differences in statute law covering civil proceedings, but also due to different approaches to a significant number of policy issues connected to the functioning of the system.

The main *de lege ferenda* proposition concerning EPU would be to include some of the technical limitations of the system in the Code of Civil Procedure or other acts or ordinances. The current situation in this field cannot be regarded as satisfactory because the characteristics of the ICT system influence important legal provisions and cause certain actions to be legally possible, while simultaneously being practically impossible. Examples of such technical limitations include the 100 million PLN limit for claim value or the maximum number of defendants. Although they may not provide a significant practical limitation, they still should have a legal basis. In the current state if a claimant wishes to file a claim against 6 defendants, they may only discover the limitation when filing a claim as it is not specified in the CCP or the ICT system documentation. On the other hand, in MCOL the CPR precisely state, that a claim may not be filed against more than 2 defendants and the claim value must be less than 100 thousand GBP. Another possible suggestion is introducing the ability to apply for court fee exemption or reduction. This was already introduced in the CMCO pilot in England despite not being present in the MCOL system. Filing claims electronically is not only cheaper and faster, but it also has some procedural benefits e.g., the order for payment may sent to the defendant's address in the PESEL registry and such service will always be successful. The reasons for not introducing this possibility are rather clear,

however it is an important direction of further development that would improve access to court for indigent claimants. Other possibilities of further development might also include increasing the degree of automatization and possibly utilising artificial intelligence technologies, although this should be analysed in more detail, which is already not within the scope of this article.

When it comes to MCOL the main element that could be improved seems to be the concept of the system itself. It should be developed not as a tool just for filing some pleadings with the court, but with the intent that it would be used to conduct the proceedings. Such approach includes introducing digital case files and expanding the list of pleadings that may be filed electronically or even including a free text field for the parties to file less common pleadings. This could be modelled after EPU, where such solution is already present. This also applies to enforcement. As in EPU it is possible to lodge an application directly with the court bailiff, MCOL could allow the claimant to apply for a writ of control directly to the High Court or file an application for a different mode of enforcement such as a third-party debt order or an attachment of earnings order. This would probably make MCOL more attractive for individual claimants, as they would be able to manage the whole case from filing the claim form to enforcement through the ICT system.

Nevertheless, both countries utilise systems, which simplify at least the most crucial steps in the process of filing a monetary civil claim. Such systems are useful for both individual and mass claimants and they greatly simplify the management of said claims, especially smaller and more repetitive ones. In addition, a significant amount of administrative labour is eliminated due to automating many that usually must be done manually. Without any doubt this trend should be considered as positive, and it seems that it should continue in the future.

BIBLIOGRAPHY

Bodio, Joanna. 2017. "Pisma procesowe w elektronicznym postępowaniu upominawczym." In *Elektroniczne postępowanie upominawcze: doświadczenia i perspektywy*. Edited by Kinga Flaga-Gieruszyńska, Andrzej Jakubecki, Joanna Misztal-Konecka. 9–36. Lublin: Episteme.

Cortés, Pablo. Toru Takagi. 2019. "The Civil Money Claims Online: The Flagship Project of Court Digitalization in England and Wales." *Computer and Telecommunications Law Review* 25(8): 207–212.

Fik, Piotr. 2014. "Art. 505^{29a} k.p.c. na tle nowelizacji z 10 maja 2013 r. – uwag kilka." *Przegląd Sądowy* 5: 123–128.

Goździaszek, Łukasz. 2017. "Perspektywy pełnego zautomatyzowania elektronicznego postępowania upominawczego." In *E-obywatel, e-sprawiedliwość, e-usługi*. Edited by Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek. 223–233. Warszawa: C.H. Beck.

Hasińska, Izabela. Feliks Zedler. 2019. "Wybrane zagadnienia egzekucji ze wspólnego majątku wspólników spółki cywilnej." *Przegląd Prawa Handlowego* 5: 13–19.

Kallinikos, Jannis. 2009. "Institutional Complexity and Functional Simplification: The Case of Money Claim Online Service in England and Wales." In *ICT and Innovation in the Public Sector: European Studies in the Making of E-Government*. Edited by Francesco Contini, Giovan Francesco Lanzara. 174–210. New York: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9780230227293_8

Knoppek, Krzysztof. 2014. "Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 r., I CSK 373/11." *Palestra* 1–2: 168–171.

Lublin–Zachód District Court in Lublin. 2022. "Statistics on civil, employment and commercial cases in the electronic order for payment proceedings for the year 2021." https://www.lublin-zachod.sr.gov.pl/download/s01e20214.pdf (accessed: 19.01.2022).

Lupo, Giampiero. 2013. "The Case of Money Claim Online and Possession Claim Online in England and Wales." In *Building Interoperability for European Civil Proceedings*. Edited by Francesco Contini, and Giovan Francesco Lanzara. 111–160. Bologna: CLUEB.

Marciniak, Andrzej. 2020. "Postępowanie upominawcze: wprowadzenie." In *Kodeks postępowania cywilnego. Tom III. Komentarz do art. 425–729*. Edited by Andrzej Marciniak. 459–461. Warszawa: C.H. Beck.

Ministry of Justice of the United Kingdom. 2022. "Civil Justice Statistics Quarterly." Last modified 3 March 2022. https://www.gov.uk/government/collections/civil-justice-statistics-quarterly (accessed: 23.10.2023).

Ryder, Ernest. 2016. "The Modernisation of Access to Justice in Times of Austerity." 5th Annual Ryder Lecture, University of Bolton, 7 March 2016. https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/20160303-ryder-lecture2.pdf (accessed: 23.10.2023).

Segit, Dariusz. Piotr Telusiewicz. 2013. "Możliwości usprawnienia współpracy e-sądu z powodami masowymi – uwagi na tle doświadczeń praktycznych." *Monitor Prawniczy* 6: 326–331.

Tchórzewski, Mariusz. Przemysław Telenga. 2010. *Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

United Nations. n.d. "E-Government." United Nations E-government Knowledgebase. https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Overview (accessed: 23.10.2023).

Wójcik-Krokowska, Natalia. 2018. "Sprzeciw od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym oraz w elektronicznym postępowaniu upominawczym." *Monitor Prawniczy* 5: 267–273.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.04

*Aleksandra Lewandowska**
https://orcid.org/0000-0003-3284-0816

PROBLEMATYKA PRZYSZŁEJ REGULACJI ZWIĄZKÓW PARTNERSKICH W ŚWIETLE POLITYKI „TRADYCYJNEJ RODZINY"

Streszczenie. Artykuł analizuje nową falę problemów społecznych w postaci nieformalnych relacji i konfrontuje ją ze stosunkowo konserwatywnym podejściem polskich polityków i ich polityką „tradycyjnej rodziny". W artykule podjęto próbę analizy, czy dotychczasowe podejście i działania legislacyjne są skuteczne, czy też odsuwają w czasie nieuniknione – nowelizację polskiego systemu prawnego w zakresie dostrzegania kohabitacji. Autorka dostrzega zjawisko nieformalnych relacji i daje wgląd w aktualny stan regulacji prawnych, opisując problemy leżące u ich podłoża. Autorka skupia się na rozwiązaniach prawa cywilnego, gdyż regulują one większość sfer wspólnego życia partnerów. Następnie omawia tzw. „tradycyjne" podejście do tematu rodziny i związków, analizując publiczne wypowiedzi polityków, aksjologię polskiego prawa, stanowisko kościoła oraz dotychczas proponowane regulacje związków partnerskich. Na koniec konfrontuje ją z oczekiwaniami społecznymi wynikającymi z danych CBOS i GUS. Przeprowadzona w artykule analiza prowadzi do wniosku, że istnieją małe szanse na zatrzymanie rozpowszechnienia się zjawiska społecznego, jakim są związki partnerskie, a ustawodawca powinien rozważyć nowe rozwiązania prawne.

Słowa kluczowe: związki partnerskie, socjologia prawa, zmiany ustawodawcze, konkubinat, kohabitacja, prawa osób LGBTQ+

FUTURE REGULATION OF PARTNERSHIPS IN POLAND IN THE FACE OF „TRADITIONAL FAMILY" POLITICS

Abstract. The article examines the new wave of social issues in the form of informal relationships and confronts it with rather a conservative approach of Polish politicians and their „traditional family politics." The article tries to analyze whether the current approach and legislative activity is effective or prolongs the inevitable – novelization of the Polish legal system in the scope of recognition of cohabitation. The author recognizes the phenomenon of informal relationships and provides insight into the current state of legal regulation to describe issues beneath it. The author focuses on civil law solutions as they regulate the majority of partners' everyday life. Then discusses the so-called „traditional" approach to the subject of family and relationships by analyzing politicians' public statements axiology of Polish law, the position of the church and regulations proposed for partnerships. Finally, the author confronts it with social expectations arising from the

* Uniwersytet Wrocławski, aleksandrakingalewandowska@gmail.com

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

data provided by CBOS and GUS. The analysis provided in the article leads to the conclusion that current politics cannot change the widespread of social phenomena such as partnership, and thus, the legislator must search for new legal solutions.

Keywords: civil partnerships, sociology of law, legislative changes, cohabitation, cohabitation, LGBTQ+ rights

1. WSTĘP

Współczesne społeczeństwo polskie zmienia się szybko, a wraz z nim sfera relacji społecznych, np. poprzez wykształcenie się tzw. związków partnerskich. Jednocześnie jednak obecne działania i retoryka niektórych partii politycznych wymierzona zdaje się być w podmioty tworzące te relacje, np. społeczność LGBTQ+. Niegdyś dyskutowana w sejmowych debatach nieformalna forma współżycia jest przez to obecnie przedstawiana jako zagrożenie dla modelu tradycyjnej rodziny, a cześć polityków publicznie wygłasza deklaracje, że sfera ta nigdy nie zostanie uregulowana. Powyższe stanowisko generuje jednak pewne wątpliwości: czy przyjęta strategia polityczna jest skuteczna, czy tylko przedłuża jedynie nieuniknione – uregulowanie partnerstwa w Polsce? W artykule podjęto próbę analizy społecznego zjawiska związków nieformalnych w odniesieniu do aktualnych polskich rozwiązań prawnych, służących do ich regulowania. Autorka przygląda się bieżącej polityce partii Prawo i Sprawiedliwość (PiS), skupiając się zwłaszcza na promocji modelu tzw. „tradycyjnej rodziny" (poprzez działalność retoryczną i prawodawczą), aby następnie porównać ją z potrzebami legislacyjnymi społeczeństwa. Ostatecznie analiza ta prowadzi do wniosku, że system prawny nie nadąża za tempem zmian społecznych, a politycy nie mogą zatrzymać zjawisk społecznych poprzez dyskryminację legislacyjną.

2. STAN POLSKIEJ REGULACJI

Biorąc pod uwagę, jak dynamicznie zmienia się dzisiejszy świat, słuszne wydaje się pytanie: czy prawo powinno podążać w ślad za nim? Jeśli zaś odpowiedź na to pytanie brzmi twierdząco, to jaki powinien być zakres potencjalnych przemian prawnych i czy zasadnym jest regulowanie każdego z nowo powstałych zagadnień życia społecznego? Rozważania te coraz częściej dotykają tematu związków partnerskich w Polsce.

Dla klarowności rozważań zawartych w niniejszej części artykułu wskazać należy, że polskie prawo co prawda przewiduje „pewne rozwiązania", które normują związki partnerskie, jednak rozwiązania te ani nie zostały stworzone z myślą o potrzebie uporządkowania relacji nieformalnych, ani też nie stanowią zunifikowanej regulacji. Obecny stan regulacji mającej zastosowanie do związków

partnerskich w Polsce (o czym mowa w dalszej części artykułu) uznać można zatem zarówno za niejednoznaczny, jak i niewystarczający.

Głównym problemem, stojącym u podstaw regulacji związków partnerskich (a także stanowiącym przeszkodę dla ewentualnej przyszłej regulacji) jest niemożność ustalenia spójnej klasyfikacji stylów partnerstwa. Dzieje się tak ze względu na wiele zmiennych, które należy wziąć pod uwagę przy ich badaniu. Związki te różnią się bowiem między innymi takimi aspektami, jak: dzielenie przez partnerów gospodarstwa domowego lub nie, tj. mieszkanie osobno (ang. *Living apart together LAT*) (Levin, Trost 1999, 281), poziom stabilności więzi (przed małżeństwem lub jako alternatywa dla niego), a nawet płeć partnerów (heteroseksualna lub homoseksualna).

Kwestia ta komplikuje się znacznie bardziej w świetle braku jasności terminologicznej w polskim prawie. Polski porządek prawny nie ma bowiem jednej określonej nazwy dla takich relacji. W doktrynie często używane są przez to synonimicznie takie zwroty, jak: konkubinat, kohabitacja, nieformalny związek lub partnerstwo, bez rozróżnienia ze względu na np. orientację seksualną. Polskie sądy powszechne starają się wypełnić tę lukę poprzez stosowanie kryterium *minimum minimorum*, tj. poprzez badanie wystąpienia konkretnych składowych w danej relacji. Judykatura postrzega bowiem partnerstwo (w orzecznictwie funkcjonujące często jako konkubinat i kohabitacja) jako związek składający się z kluczowych elementów: związku duchowego (uczuciowego), gospodarczego i fizycznego (uchw. SN(7) z 25.02.2016 r., I KZP 20/15, LEX nr 1984687), braku formalizacji oraz dwóch stron tej samej lub przeciwnej płci (uchw. SN z 28.11.2012 r., III CZP 65/12, LEX nr 1230043). Przy czym, jak wskazuje obszerne orzecznictwo w tym zakresie, nawet taka analiza nie daje jednoznacznych wyników, bowiem nie każdy „składnik" musi zaistnieć w określonej relacji. Dlatego też trudno mówić o bezproblemowości w stosowaniu przytoczonej wyżej klasyfikacji.

Najbardziej problematyczna wydaje się jednak kwestia uregulowania określonych aspektów związku. Pomimo tego, że polskie prawo cywilne[1] nie zna instytucji precedensu (dobrze znanej w systemie *common law*), polskie sądy obecnie starają się uregulować tę kwestię wszelkimi dostępnymi środkami, np. wykorzystując istniejące wcześniej przepisy prawa cywilnego *per analogiam*. Działanie to, występujące również w formie litygacji strategicznej[2], która pozwala partnerom na uregulowanie ich spraw finansowych i własnościowych (a w niektórych przypadkach także osobistych) poprzez zastosowanie rozwiązań znanych już polskiemu prawu. Należy przy tym wspomnieć, że takie relacje omawiane są głównie

[1] Autorka postanowiła skupić swoje rozważania na gałęzi prawa cywilnego, ponieważ wpływa ona na najistotniejsze aspekty związków, dotyczące codziennych stosunków partnerów.

[2] Strategiczna litygacja rozumiana tu jako podjęcie postępowania sądowego w interesie publicznym w celu wprowadzenia systemowych zmian w prawie. Choć w przypadku większości procesów strategicznych można raczej mówić o ich nieintencjonalnej przełomowości.

w kontekście ich ewentualnego ustania, a co za tym idzie potencjalnego sporu prawnego.

Partnerstwo funkcjonuje w zasadzie na dwóch płaszczyznach, tj. stosunków majątkowych oraz stosunków osobistych. Sfera finansowa partnerstwa regulowana jest zazwyczaj albo poprzez uprzednie uzgodnienia umowne partnerów (na podstawie zasady swobody zawierania umów wywodzącej się z art. 353^1 Ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.)[3], albo (znacznie częściej) poprzez następcze „odzyskanie majątku" bez ustalenia spraw majątkowych *a priori*.

Często zdarza się, że partnerzy zamieszkują razem i prowadzą wspólnie gospodarstwo domowe. Nie mogą jednak skorzystać z takich udogodnień jak np. małżonkowie (umowa wspólnego najmu wynikająca z art. 680^1 k.c.). W przypadku gdy mieszkanie nie należy do żadnego z partnerów, umowa najmu najczęściej zawierana jest przez wynajmującego albo z każdym z konkubentów z osobna, albo z jednym z konkubentów, podczas gdy drugi zamieszkuje w lokalu na podstawie podnajmu lub jego bezpłatnego użytkowania (zgodnie z art. 688^2 k.c. będzie to możliwe jednak tylko pod warunkiem, że wynajmujący wyrazi na to zgodę). Gdy właścicielem mieszkania okazuje się jeden z partnerów, raczej niespotykanym zjawiskiem jest zawieranie umowy najmu między partnerami. Swoje zastosowanie znajduje wówczas np. umowa użyczenia zawierana w sposób dorozumiany.

Wraz ze wspólnym funkcjonowaniem partnerów pojawia się również szereg „codziennych" problemów, dotyczących np. rozliczenia przysporzeń poczynionych przez partnerów na rzecz wspólnego domostwa czy ustalenia stosunków własnościowych względem „wspólnie" nabytych przedmiotów. W związku z tym, że jak podkreślono już wcześniej, partnerów nie łączy więź małżeńska, nie jest możliwe analogiczne zastosowanie przepisów o wspólności majątkowej małżonków (wyr. SA w Białymstoku z 12.06.2014 r., I ACa 601/13, LEX nr 1489046). Jak wskazuje doktryna, partnerzy w celu stworzenia regulacji wzajemnych stosunków majątkowych mogą posłużyć się np. instytucją współwłasności (art. 195 k.c.) (Kaźmierczak 2019, 67). Tworzą oni w ten sposób ustrój „na kształt" wspólności majątkowej małżonków. Znaczącą różnicą między tymi dwiema instytucjami jest jednak fakt, że w przeciwieństwie do instytucji małżeństwa współwłasność ta nie powstaje *ex lege* – z zawarciem związku. Dlatego też w celu zastosowania powyższego rozwiązania partnerzy muszą podjąć dodatkowe kroki i np. zawrzeć spółkę cywilną, na której oparty będzie taki *quasi*-ustrój majątkowy. Inną możliwość uregulowania wzajemnych relacji finansowych stwarza umowa współwłasności w częściach ułamkowych, o której mowa w art. 197 k.c. (Kazimierczak 2019, 67). Rozwiązanie to zdaje się być przy tym znacznie lepszym niż to wynikające z art. 195 k.c., ponieważ pozwala wspólnikom na większą swobodę i wybór – jaka część majątku partnera będzie

[3] Dalej k.c.

przedmiotem umowy, a która pozostanie w jego majątku osobistym. Ponadto, instytucja współwłasności w częściach ułamkowych daje wspólnikom znacznie większą kontrolę nad swoim majątkiem, ponieważ mogą używać i rozporządzać swoimi udziałami bez zgody drugiego partnera (art. 198 k.c.). W przypadku rozpadu związku wspólny majątek partnerów podlega zaś podziałowi jak w przypadku zniesienia współwłasności. Co za tym idzie, nie zachodzi tu podział „wspólnego" majątku jak w przypadku wspólności majątkowej małżonków, a każdy z przedmiotów rozliczany jest osobno jak osobny przedmiot współwłasności (Kazimierczak 2019, 71). Co więcej, instytucja współwłasności wciąż obejmuje jedynie aspekty finansowe, a nie osobiste związku, przez co nie jest regulacją kompleksową (Paul 2002, 359).

W większości przypadków partnerzy zdają się jednak nie przywiązywać uwagi do stosunków finansowych łączących ich z partnerem i zakładając wzajemne „dobre intencje", decydują się nie regulować tych kwestii w ogóle. Stosunki własnościowo-finansowe partnerów zaczynają odgrywać rolę *de facto* dopiero po ewentualnym ustaniu partnerstwa, a rozwiązania stosowane do ich regulacji mają raczej charakter *ad hoc*. Jak wskazuje stanowisko judykatury, „w obecnym stanie prawnym, charakter roszczeń majątkowych między byłymi konkubentami będzie determinowany prawami posiadanymi do poszczególnych przedmiotów majątkowych. Dla stosowania odpowiednich przepisów prawa istotne są okoliczności sprawy i przedmiot rozliczeń" (wyr. SA we Wrocławiu z 21.01.2021 r., I ACa 926/20, LEX nr 3316991). We wzajemnych rozliczeniach zastosowanie znajdują zatem takie regulacje, jak np. pożyczka (art. 720 k.c.), *commodatum* (art. 710 k.c.), darowizna (art. 888 k.c.) czy bezpodstawne wzbogacenie[4] (art. 405 k.c.)[5] (wyr. SA w Szczecinie z 12.05.2022 r., I ACa 249/22, LEX nr 3431809). Większość z nich jest jednak często trudna do udowodnienia na drodze sądowej. Posłużyć można się tu przykładem pożyczki, która nie może zostać zawarta konkludentnie i wymaga świadomości jej zawarcia przez pożyczkobiorcę (wyr. SO w Poznaniu z 28.02.2018 r., XII C 989/17, LEX nr 2692545). Zatem, aby dochodzić zwrotu poczynionych nakładów na tej podstawie, partner musiałby udowodnić, że pożyczkobiorca wiedział, że jest zobowiązany do zwrotu przedmiotu takiej czynności prawnej. Dlatego też nie każda ze wskazanych wyżej instytucji prawa cywilnego będzie mogła mieć zastosowanie do konkretnego partnerstwa.

Jak wskazują powyższe przykłady, najszerzej omówionym przez judykaturę zagadnieniem odnoszącym do relacji partnerskich są kwestie dotyczące relacji

[4] Autorka nie podaje wyczerpującego wyliczenia instytucji prawa cywilnego mających zastosowanie do relacji nieformalnych ze względu na kazuistyczny charakter tych rozwiązań oraz ze względu na ograniczenia wynikające z formy niniejszej analizy.

[5] Przy czym, jak wskazuje teza do wyroku Wyrok SA w Białymstoku z 06.02.2014 r., I ACa 714/13, LEX nr 1437890, „rozliczenie w oparciu o przepis art. 405 k.c. pomiędzy konkubentami powinno mieć miejsce w zasadzie w ostatniej kolejności, tj., gdy inne przepisy nie regulują sytuacji prawnej określonych przedmiotów".

finansowych partnerów. Polskie prawo cywilne zdaje się przy tym traktować strony takiego związku jak każdą stronę umowy prawnej, którą łączą jedynie wzajemne zobowiązania. W oczywisty sposób niezauważona pozostaje przy tym płaszczyzna osobista związków partnerskich, tj. symboliczny czy też intymny wymiar takiej relacji. Nie można bowiem pominąć faktu, że nieodłącznym elementem takich związków jest przecież więź emocjonalna, *quasi*-rodzinna. Co prawda takie stosunki dostrzegane są w kontekście np. ochrony dóbr osobistych (wyr. SA w Białymstoku z 26.07.2019 r., I ACa 255/19, LEX nr 2726791) czy w przypadku dziedziczenia najmu po zmarłym partnerze (art. 691 k.c.), jednak niektórych rozwiązań prawnych dotyczących stosunków osobistych (przez ich specyfikę) nie da się zastosować do nieformalnego współżycia. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku np. ewentualnej wspólnej adopcji przez partnerów, dostępu do dokumentacji medycznej partnera-pacjenta, a nawet zorganizowania pogrzebu dla zmarłego partnera.

Badając potrzebę regulacji zagadnienia związków partnerskich, należy mieć przede wszystkim na uwadze funkcje, jakie pełni prawo: stabilizującą, ochronną i ekspresyjną. Wyrażeniem pierwszej funkcji – stabilizującej – jest założenie, że system prawny nie powinien pozostawiać swoich podmiotów niepewnych własnej sytuacji prawnej (Pikuła 2017, 135). Taki stan rzeczy przeczy bowiem w zasadzie pierwotnemu celowi tworzenia prawa. Co więcej, zarówno brak regulacji, jak i regulacje niejasne są zjawiskami równie szkodliwymi i niepożądanymi, ponieważ prowadzą właśnie do destabilizacji systemu prawnego. Funkcja stabilizująca powiązana jest zaś z funkcją ochronną. Zgodnie z tą funkcją wprowadzenie danej normy prawnej powoduje, że regulowane nią dobro objęte zostaje „protekcją państwa" (można na jego postawie dochodzić swoich praw przed podmiotami będącymi emanacją państwa, np. przed sądem), a jego naruszenie obwarowane jest sankcją. W związku z tym istnieje pewna odgórnie zapewniona ochrona dla tego dobra. Ostatnią zaś, kluczową dla zagadnienia związków partnerskich, funkcją prawa (i być może najważniejsza dla osób będących w związkach jednopłciowych) jest jego funkcja symboliczna czy też ekspresyjna (Sunstein 1996, 2025–2026). Prawo jako system norm ma bowiem możliwość wpływania na otoczenie i „ożywiania" określonych zjawisk, nadając im swoistą doniosłość. Uregulowanie danego zagadnienia tworzy bowiem komunikat: „wartość A jest ważna, a zatem zjawisko B, które nosi znamiona wartości A powinno być respektowane i uznawane społecznie". Takie zjawisko zostaje w ten sposób „dostrzeżone" (ang. *recognition*) przez ustawodawcę, a wskutek inkorporacji normy prawnej do norm społecznych staje się elementem rzeczywistości. W ten też sposób poszczególni członkowie społeczeństwa sami zaczynają wymagać powszechnego respektowania danego zjawiska od innych członków społeczeństwa. *A contrario* pojawienie się określonej regulacji uniemożliwia społeczne wyparcie danego zjawiska i uznanie, że nie istnieje.

Podsumowując analizę obecnych rozwiązań, wskazać należy, iż mają one raczej charakter kazuistyczny, a każda ze sfer życia partnerów musi być w zasadzie uregulowana osobno – kwestie mieszkaniowe, „wspólne" wydatki, związane z codziennym funkcjonowaniem, etc. Obecna regulacja „zmusza" zatem partnerów do większej ostrożności prawnej i podejmowania dodatkowych działań w celu zabezpieczenia ich przyszłego współżycia (oraz zabezpieczenia partnerów na wypadek ewentualnego rozpadu związku). Ustawodawca w oczywisty sposób faworyzuje związki formalne, wprowadzając do nich wiele rozwiązań prawnych *ex lege*, podczas gdy ciężar regulowania wzajemnych stosunków w związkach partnerskich spoczywa na partnerach. Ewentualne niedopatrzenia w tym zakresie między partnerami mogą zaś doprowadzić do sporu prawnego po rozpadzie związku. Wówczas w wielu przypadkach, ze względu na brak instytucji precedensu i wielowymiarowy charakter związków partnerskich, możliwy wynik sporu jest jednak trudny do przewidzenia. Partnerzy pozostają przez to często niepewni swojej sytuacji prawnej. Co więcej, obecne przepisy zdają się nie dostrzegać pozamaterialnego wymiaru relacji partnerskich, niejako odmawiając im przymiotu rodziny (z nielicznymi wyjątkami w postaci np. 691 k.c.). Poza rozważaniami pozostają przy tym związki jednopłciowe, których *de facto* najbardziej dotyczy przecież problem regulacji nieformalnego współżycia, a które w obecnym stanie prawnym nie mają innych alternatyw współżycia (np. w postaci związku małżeńskiego).

3. TRANSFORMACJA SPOŁECZEŃSTWA POLSKIEGO I UPOWSZECHNIENIE KOHABITACJI – POSTAWY SPOŁECZNE WOBEC ZWIĄZKÓW PARTNERSKICH

Przez ostatnie dwadzieścia lat społeczeństwo polskie przeszło ogromną ewolucję w zakresie relacji społecznych. W czasach bardziej świadomych decyzji matrymonialnych relacje takie jak związki partnerskie stały się atrakcyjną alternatywą dla małżeństwa. Jednak nie zawsze było to normą. Partnerstwa, potocznie rozumiane jako nieformalne relacje oparte na intymności i wspólnym prowadzeniu gospodarstwa domowego, długo cieszyły się złą sławą (Oleszak 2016, 28). Często potocznie nazywane były „związkiem bez zobowiązań" lub „życiem na kocią łapę" i postrzegane były wyłącznie w kontekście seksualności, a nawet swoistego przyzwalania na rozwiązłość.

Obecnie, jak pokazują dane CBOS, niegdyś napiętnowane relacje nieformalne powoli zyskują akceptację społeczną (Boguszewski 2019, 8). Ponad 60% ankietowanych w sondażu z 2019 r. stwierdziło, że albo „akceptuje", albo „zdecydowanie akceptuje" decyzję młodych ludzi o odroczeniu decyzji o małżeństwie lub niepodejmowaniu jej wcale (Boguszewski 2019, 1). Być może wpływ na to zjawisko mogła mieć także niska liczba małżeństw zawieranych w Polsce. Obecnie, jak pokazuje statystyczna analiza danych GUS o „zawarciu małżeństwa w Polsce

według miejsca zamieszkania”[6], liczba zawieranych małżeństw w Polsce powoli spada. Jeszcze pod koniec lat 80. liczba ta kształtowała się na poziomie 250 tys. rocznie (Stańczak, Stelmach, Urbanowicz 2016, 1), jednak od 2008 r. zaobserwować można zmniejszającą się z roku na rok liczbę zawieranych małżeństw.

Co więcej, badając strukturę zawieranych małżeństw, dostrzec można, że o ile liczba ślubów cywilnych zmniejsza się, to wahania te nie są aż tak drastyczne w porównaniu do spadku liczby małżeństw konkordatowych. Od 1999 do 2019 r.[7] liczba tzw. małżeństw wyznaniowych zmniejszyła się ze 150 tys. do 109 tys.[8] Jednocześnie z danych przedstawionych przez CBOS wynika, że mimo iż procent osób deklarujących się jako wierzące jest wciąż wysoki, to znacznie zmalała liczba osób uczestniczących w praktykach religijnych i obecnie jedynie 47% Polaków praktykuje regularnie (Bożewicz 2020, 3–4). Na tej podstawie wysnuć można wniosek, że małżeństwa zawierane są w większości z pobudek religijnych, a spadek liczby zawieranych małżeństw spowodowany może być między innymi stopniową laicyzacją społeczeństwa.

Jednocześnie analiza danych ze spisu powszechnego z 2011 r.[9] prowadzi do wniosku, że liczba nieformalnych związków prawie podwoiła się w ciągu dziesięciu lat (Adach-Stankiewicz, Bielska, Cendrowska 2014, 68). Co więcej, dane z 2017 r. dostarczone przez CBOS pokazują, że aż 24% ankietowanych żyje w konkubinacie, a 17% jest w związku nieformalnym, jednak nie mieszka z partnerem (Boguszewski, Piszczatowska-Oleksiewicz 2017, 3). Dodatkowo ponad 25% urodzeń w Polsce ma charakter pozamałżeński (Borek et al. 2021, 14).

Co więcej, związki partnerskie nie mają już jednowymiarowego charakteru również w zakresie seksualności. Według danych z 2016 r. zebranych przez Niemiecki Instytut Dalia prawie 5% Polaków identyfikuje się jako osoby nieheteroseksualne (Matzke 2016). Ponadto, powoli wzrasta akceptacja społeczna dla związków homoseksualnych, zwłaszcza w grupie młodzieży, co może wskazywać na przyszły potencjalny wzrost akceptacji społecznej osób homoseksualnych (Bożewicz 2019, 4).

Jak widać, liczba nieformalnych relacji w Polsce wzrasta, a ich profil jest bardzo zróżnicowany. Pozwala to wysunąć tezę, że nie należy bagatelizować skali tego zjawiska i powinno się rozważyć wprowadzenie rozwiązań

[6] Dane, na których oparto powyższą analizę, są dostępne na oficjalnej stronie GUS. https://demografia.stat.gov.pl/BazaDemografia/Tables.aspx w zakładce „małżeństwo” (dostęp: 30.04.2022).

[7] Autorka nie zdecydowała się na porównanie w niniejszym artykule danych z lat 2020 i 2021, ponieważ są one w pewien sposób nieadekwatne i sfałszowane ze względu na zaistniały wówczas stan epidemiologiczny.

[8] Dane statystyczne GUS na temat liczby małżeństw wyznaniowych ze skutkami cywilnymi. https://bdl.stat.gov.pl/bdl/dane/podgrup/tablica (dostęp: 20.04.2022).

[9] Ostatni spis powszechny odbył się w 2021 r., a ewentualne zmiany w wymienionych tendencjach, dotyczących związków nieformalnych, można będzie zaobserwować po publikacji wyników w kolejności ustalonej w harmonogramie dostępnym na oficjalnej stronie GUS. https://stat.gov.pl/spisy-powszechne/nsp-2021/harmonogram-publikacji-wynikow-nsp-2021/ (dostęp: 24.01.2022).

prawnych w obliczu nowych problemów społecznych (które wyrastają na kanwie partnerstwa).

4. RÓŻNICA MIĘDZY STANEM REGULACJI A POSTAWAMI SPOŁECZNYMI W OBLICZU POLITYKI TRADYCYJNEJ RODZINY – MOŻLIWE PRZYCZYNY BRAKU REGULACJI

Badając zarówno obecny stan regulacji polskiego prawa cywilnego, jak i „trendy" społeczne w Polsce, można zauważyć między nimi dość dużą rozbieżność. Podczas gdy liczba związków i poparcie społeczne dla takich relacji powoli rośnie, polski porządek prawny wydaje się pozostawać bez zmian.

Oczywiście nie każde zjawisko społeczne wymaga odrębnej regulacji. O ile jednak brak regulacji dotyczących związków jednopłciowych, np. na Węgrzech można wytłumaczyć niską liczbą osób identyfikujących się jako LGBTQ+ – 1,5%, to analiza liczby osób LGBTQ+ we Włoszech – 4,8% lub w Niemczech – 7% (Matzke 2016), czyli państwach posiadającymi zarówno regulacje partnerskie, jak i będące członkami UE, udowadniają, że Polska ma wystarczającą grupę demograficzną (wspomniane wcześniej 5%), aby taką regulację stworzyć. Co więcej, Polska, będąc jednym z Państw członkowskich, winna również dostosować się do kierunku, w którym zmierza Unia. W swoich działaniach na rzecz osób LGBTQ+ dąży ona bowiem do unifikacji prawnej państw członkowskich (Gosk 2021). Nawet uwzględniając fakt istnienia Protokołu (nr 30) w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa, Dz.U. C 326/1 z 26.10.2012 r. tzw. protokołu brytyjskiego, polski ustawodawca zobowiązany jest do poszanowania podstawowych wartości unijnych (Jaśkowski 2013, 50), wynikających z praw zawartych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE.C. z 2007 r. nr 303, str. 1 z późn. zm.), np. prawa do niedyskryminacji. Co więcej, w momencie pisania niniejszego artykułu, tj. w dniu 17.01.2023 r., w sprawie *Fedotova i inni v. Rosji* Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wydał przełomowy wyrok, na podstawie którego orzeczono, że zgodnie z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka państwa kontraktujące mają obowiązek uznania i przyznania ochrony prawnej parom jednopłciowym (wyr. ETPCz z 17.01.2023 r., 40792/10, *Fedotova i inni v. Rosja*, LEX nr 3457211). W rzeczonej sprawie Rosja wskazywała, że wprowadzenie regulacji dotyczącej związków jednopłciowych naruszy przepisy o „tradycyjnym małżeństwie".

> (…) pozwanemu rządowi przysługuje margines uznania w zakresie wyboru najbardziej odpowiedniej formy rejestracji związków jednopłciowych z uwzględnieniem konkretnego społecznego i kulturalnego kontekstu (na przykład w drodze związków partnerskich, związków cywilnych, aktu zawarcia wspólności cywilnej). W niniejszej sprawie margines ten został przekroczony, ponieważ w prawie krajowym brak jest jakichkolwiek ram prawnych pozwalających na ochronę jednopłciowego związku skarżących. Przyznanie skarżącym dostępu

> do formalnego uznania statusu ich związku w formie innej niż małżeństwo nie będzie sprzeczne z „tradycyjnym rozumieniem małżeństwa" dominującym w Rosji (…)

Argument ten przypomina zaś podnoszony wielokrotnie przez środowiska konserwatywne zarzut niemożności wprowadzenia do polskiego porządku prawnego związków partnerskich z racji konfliktu takiego rozwiązania z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.)[10]. Podkreślić przy tym należy, że teza ta została niedawno obalona przez NSA w Warszawie (wyr. NSA z 6.07.2022 r., II OSK 2376/19, LEX nr 3395450)[11]. W kontekście powyższych uwag zakwestionować można powody legislacyjnej bezczynności polskiego ustawodawcy.

Zanim obecna partia rządząca, tj. PiS (Prawo i Sprawiedliwość), zyskała polityczną dominację w parlamencie, już wcześniej wiele ustaw o partnerstwie zostało odrzuconych w trakcie obrad sejmowych. Łącznie polski parlament rozpatrzył dziewięć projektów ustaw o związkach partnerskich (przy czym najwcześniejsze propozycje ustawodawcze sięgały 2003 r.). Ostatni projekt, zgłoszony w 2020 r. przez partię Lewica, zaproponował rozwiązania podobne do tych, które przedstawiła w 2018 r. partia Nowoczesna (Ambroziak 2018), a które zainspirowane były istniejącą już regulacją małżeństwa (wspólna adopcja, wspólne nazwisko, wspólne gospodarstwo domowe, wspólność majątkowa, etc.). Mimo że proponowane ustawy dotyczyły zarówno wprowadzenia związków partnerskich w formie homoseksualnej, jak i heteroseksualnej, debata publiczna dotycząca regulacji związków partnerskich wydaje się koncentrować głównie na związkach jednopłciowych, ponieważ to one powodują drastyczniejsze zmiany w sferze prawno-społecznej.

Wciąż trwający brak regulacji związków partnerskich może wynikać z faktu, że oficjalne uznanie takich związków implikuje niejako tworzenie przez partnerów powiązań *quasi*-rodzinnych, podczas gdy zaobserwować można pewną ostrożność dyskursu politycznego w posługiwaniu się terminem „rodzina" w kontekście osób LGBTQ+ (Mizielińska, Stasińska 2013, 108). Kwestia tzw. tęczowych rodzin (i samych związków homoseksualnych) spotyka się z powszechną niechęcią nie tylko konserwatywnych środowisk politycznych. Większość partii politycznych[12] albo ignoruje tę kwestię, albo zgadza się przyznać związkom homoseksualnym „pewne" prawa, uznając jednocześnie prymat związków heteroseksualnych, zwłaszcza w odniesieniu do małżeństwa i praw adopcyjnych (Zawadzka 2016, 54). Problem ten można zaobserwować na przykładzie poprzedniej partii rządzącej (centrycznej) – Platformy Obywatelskiej. W ciągu ośmiu lat politycznej dominacji partia nie określiła swojego stosunku

[10] Dalej k.r.p.

[11] Na nieprawdziwość tej tezy wskazywała również wielokrotnie Profesor Łętowska (zob. Łętowska 2013, 21–30).

[12] Autorka bierze przy tym pod uwagę partie, które dominują na polskiej scenie politycznej.

do partnerstwa (Jartyś 2016, 61), starając się „zadowolić" jak najliczniejszą grupę wyborczą. To jednak skłoniło część elektoratu, zainteresowanego uregulowaniem sytuacji społeczności LGBTQ+, do przeniesienia swoich głosów na bardziej radykalne – lewicowe partie (Jartyś 2016, 60). Jednak z perspektywy czasu ten manewr wydaje się nieskuteczny, ponieważ takie partie jak Lewica nie zdobywają w procesie legislacyjnym wystarczającej liczby głosów, aby uchwalić wspomniane ustawy. Wynika to z faktu, że proponują, jak wskazano wyżej, bardziej „radykalne" rozwiązania, polegające na np. przyznaniu homoseksualistom praw do małżeństwa i adopcji. Tymczasem zdecydowana większość społeczeństwa wydaje się szukać swoistego kompromisu. Generalnie, badając polskie prawo, zaobserwować można dość silny związek między „małżeństwem" i „rodziną" oraz wysoką pozycję tych instytucji w hierarchii aspektów chronionych prawem. Wniosek ten można wyprowadzić z faktu, że takie powiązanie występuje w podstawowym akcie prawnym, tj. Polskiej Konstytucji. Art. 18 k.r.p. zawiera zarówno imperatyw ochrony „małżeństwa", jak i „rodziny". Już samo ich pojawienie się w jednej normie prawnej może sugerować, że są w pewnym stopniu powiązane. Co więcej, związek między tymi instytucjami można zaobserwować również w Ustawie z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359)[13], w którym definicja rodziny (art. 23 k.r.i.o.) mówi, że małżonkowie powinni współdziałać dla dobra rodziny, którą zawarli przez swój związek. Co więcej, można argumentować, że małżeństwo jest niejako promowane w polskim porządku prawnym, ponieważ ma ono wpływ na wiele rozwiązań prawnych, tj. wspólne przysposobienie, wspólna adopcja, możliwość dziedziczenia ustawowego po małżonku, wspólny najem, etc. Związki partnerskie stanowią zatem swoisty kontrast dla małżeństwa. Powyższe uwagi można poczynić, uwzględniając jednak fakt, że polskie prawo powstało, gdy małżeństwa były bardziej powszechne, a inne formy związków nie były nawet społecznie uznawane, ponieważ były postrzegane jako niestosowne.

Takie rozumienie związków (jako małżeństwa heteroseksualnego) można również zaobserwować w wizji Kościoła katolickiego[14]. Jak stanowi Dokument Kongregacji Nauki Wiary[15] z 3 czerwca 2003 r. „(…) żadna ideologia nie może pozbawić ludzkiego ducha pewności, że małżeństwo istnieje tylko między dwiema osobami płci przeciwnej (…)" (Dokument Kongregacji Nauki Wiary z dnia 3.06.2003 r.), co zresztą zostało zatwierdzone przez ówczesnego papieża – Jana

[13] Dalej k.r.i.o.

[14] Kościołowi przypisuje się swego rodzaju szczególne znaczenie dla polskiej kultury. W aspekcie tym doszukuje się wytłumaczenia dla silnego oddziaływania tej instytucji na wiele sfer życia społecznego w Polsce, zob. Grzymała-Busse (b.d.). http://conciliumcivitas.pl/polska-jako--anomalia-w-stosunkach-pomiedzy-kosciolem-i-panstwem/ (dostęp: 22.03.2022).

[15] Kongregacja Nauki Wiary to instytucja odpowiedzialna za weryfikację autentyczności aktów religijnych, zatwierdzanie publikacji teologicznych oraz decydowanie o wartościach, na których opiera się nauka Kościoła.

Pawła II. O ile papież Franciszek wydaje się mieć odmienne poglądy w tej kwestii[16], o tyle należy zwrócić uwagę na specyficzny charakter polskiego Kościoła katolickiego, który odcina się od niektórych poglądów papieskich. Kościół polski nadal wyznaje bowiem kult Jana Pawła II i opiera swoje nauczanie na kształtowanych przez niego wartościach. Dlatego też pogląd polskiego Kościoła na związki partnerskie (zwłaszcza homoseksualne) pozostaje wciąż niezmienny. Dość pamiętnym tego przykładem stały się słowa polskiego arcybiskupa Jędraszewskiego, w których podkreślił on, że osoby LGBTQ+ to „tęczowa zaraza" (Brzezińska 2020). Wpływ nauczania polskiego Kościoła jest widoczny właśnie w polityce partii rządzącej, gdyż często w swojej retoryce odwołuje się ona do katolickich wartości i katolickiego rozumienia moralności. Nie pozostaje to zatem bez znaczenia dla ewentualnej regulacji związków partnerskich.

Przyglądając się aktualnej agendzie politycznej PiS, można zauważyć, że wielokrotnie wspomina się w niej o tzw. „tradycyjnej rodzinie" (Onet 2019). Przymiotnik „tradycyjny" pozwala jednak spekulować, że partia nie ma na myśli „każdej" rodziny[17], a tylko te oparte na określonych wartościach, kultywowanych przez określony okres, w określonej kulturze. Taką rodzinę w retoryce partyjnej określają cztery elementy: przeciwna płeć małżonków, stały i konsekwentny związek, wartości katolickie[18] i wreszcie posiadanie potomstwa (Polskie Radio 2019). W programie partii z wyborów w 2019 r. znaleźć można, że „Rodzina opiera się na trwałym związku kobiety i mężczyzny i jest podstawą życia społecznego" (PiS 2019, 11). Drugi element „rodziny tradycyjnej" – prokreacja – wydaje się fundamentalną rolą rodziny, a dzieci zrodzone z takich związków są uznawane za tzw. „skarb" (PAP 2011). Partia wskazuje bowiem, że tradycyjne rodziny znalazły się w środku kryzysu – niżu demograficznego.

Partia odnosi się do społeczności LGBTQ+ jako swoistej opozycji wobec tradycyjnej rodziny czy raczej „ataku na rodzinę" (PAP 2019) i dzieci. Czyniąc to, często używają terminu „ideologia" (Malinowski 2020). Takie działania mogą mieć na celu minimalizację znaczenia wspólnoty tworzonej przez osoby różnej płci i orientacji seksualnej i w ten sposób ośmieszenia jej, co ma w pewien sposób usprawiedliwiać krytykę partii wobec tej społeczności. Jedna z posłanek PiS Elżbieta Płonka wspomniała, że „za wysoki wskaźnik samobójstw wśród dzieci

[16] Papież Franciszek wyraził bowiem poparcie dla związków homoseksualnych, zob. Polskie Radio (2014). https://www.polskieradio.pl/7/4400/Artykul/1336593,Polski-kosciol-nie-podaza-sladem-papieza-Franciszka (dostęp: 20.01.2022).

[17] Taka retoryka wskazuje na pewne populistyczne tendencje partii Prawo i Sprawiedliwość. W komunikacie „tradycyjna rodzina" można bowiem doszukiwać się charakterystycznej dla populistów, opartej na faktycznej segregacji społecznej, specyficznej reprezentacji „narodu", który populiści definiują na własne potrzeby, czytaj więcej: Müller (2017, 40–57).

[18] Prawo i Sprawiedliwość często podkreśla mocne powiązanie katolickich wartości z elementem tożsamości narodowej Polaków, twierdząc, że Kościół Katolicki (jako instytucja) odegrał ogromną rolę w polskiej historii (przede wszystkim w czasie ważnych wydarzeń historycznych) i tym samym wpłynął na polską tradycję i wartości, zob. program wyborczy PiS (2014, 9–11).

odpowiedzialność ponosi ideologia LGBT" (Wprost 2021). Inny polityk partii – minister edukacji Przemysław Czarnek, mówiąc o osobach homoseksualnych, wskazał zaś, że osoby LGBTQ+ „nie są normalne" (Sitnicka 2020).

Polityka anty-LGBTQ+ ewoluowała od specyficznej retoryki do rzeczywistej działalności legislacyjnej. Od 2016 r. można zaobserwować wzrost aktywności organizacji pozarządowych w polskiej sferze ustawodawczej i obyczajowej[19]. Niedawno wprowadzony został nowy projekt ustawy, poparty przez działaczkę społeczną Kaję Godek, skierowany przeciwko społeczności LGBTQ+: „Stop LGBT" (Druk Sejmowy nr 1607 – Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 24.07.2015 r. – Prawo o zgromadzeniach oraz niektórych innych ustaw). Jednym z głównych punktów projektu był zakaz podważania instytucji małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety. Czołowym argumentem wysuwanym przez inicjatorów projektu było zaś przeciwdziałanie „seksualizacji dzieci". Użycie tak niejasnego nazewnictwa nie wyjaśnia jednak, co kryje się za tym sformułowaniem i tym samym przedstawia społeczność LGBTQ+ w niekorzystnym świetle: jako niebezpieczną, pedofilską i dewiancką (Cudak 2021, 40).

5. KONKLUZJA

Temat związków w aktualnej polityce jest silnie powiązany z terminem „rodzina". Można nawet zaryzykować tezę, że jedno zjawisko nie może istnieć bez drugiego. Sytuacja ta pozostawia jednak bardziej niekonwencjonalne formy, takie jak np. związki partnerskie w cieniu, odmawiając im statusu rodziny, a tym samym ochrony systemu prawnego. Fakt ten potwierdzają słowa premiera Polski, który stwierdził kiedyś, że dopóki Prawo i Sprawiedliwość będzie rządzić w Polsce, nie będzie związków partnerskich (FA, MNIE 2019).

Wydaje się jednak, że partia nie jest przeciwna samym związkom partnerskim, a bardziej samym konsekwencjom, jakie pociąga za sobą taka zmiana. Analizując zagraniczne zmiany legislacyjne, można zauważyć, że transformacja następowała stopniowo. Nawet bardziej liberalne państwa, takie jak np. Niemcy, nie wprowadziły jednocześnie koncepcji małżeństw homoseksualnych i partnerstwa (Sanders 2016, 488). Jednak po pewnym czasie związki partnerskie powoli przekształciły się w małżeństwa, a parom homoseksualnym przyznano więcej praw, takich jak umożliwienie wspólnej adopcji dziecka i stania się rodziną (Ignatzi 2013). Jak wspomniano powyżej, ochrona polskich dzieci i „tradycyjna rodzina" to newralgiczne punkty polityki PiS. Dlatego też ta kolizja wydaje się źródłem

[19] Wskazać można tu również głośno komentowaną w styczniu 2023 r. sprawę poradnika „Wolność słowa, sumienia i wyznania w miejscu pracy" stworzonego przez organizację Ordo Iuris, który dotyczy możliwości odmowy wykonania usług hotelarskich względem par jednopłciowych lub osób pozostających w związku nieformalnym, zob. https://podroze.onet.pl/aktualnosci/ordo-iuris-radzi-hotelowe-lozka-tylko-dla-malzenstw-prawnik-reaguje/j0777qf (dostęp: 11.02.2023).

problemu, tj. braku regulacji związków partnerskich. Partia nie chce bowiem eskalacji praw osób homoseksualnych, które nieuchronnie prowadziłoby do zrównania ich ze związkami heteroseksualnymi.

Na pozór obecna polityka rządzącej partii PiS wydaje się skuteczna w zakresie społecznej akceptacji związków homoseksualnych. W badaniu z 2019 r. CBOS pokazał, że kiedyś szybko rosnący odsetek osób akceptujących społeczność LGBTQ+ nagle zwolnił i utrzymał się na stabilnym poziomie. Jednak powolne tempo poparcia społecznego wydaje się chwilowym trendem, spowodowanym ekspozycją na określoną retorykę w debacie publicznej. Co więcej, te same dane z 2019 r. pokazują, że akceptacja społeczna dla związków homoseksualnych jest wyższa w grupie osób znających osobiście kogoś o orientacji homoseksualnej (Bożewicz 2019, 3). Ponadto, taka dyskryminacyjna polityka, paradoksalnie, prowadzić może do liberalizacji społeczeństwa, jak wcześniej zaobserwowano to np. w USA, gdzie dyskryminacja doprowadziła do zjednoczenia w oporze wobec uprzedzeń (Bodziony, Majchrzak, Józefiak 2020). Hipoteza taka opiera się na szerokim rozpowszechnieniu społecznej dyskusji na temat partnerstwa w Polsce i większej liczbie partii politycznych włączających problematykę partnerstwa do ich przyszłych obietnic wyborczych (Śmiłowicz 2021).

Należy również pamiętać, że opozycja polityków nie jest skutecznym środkiem do powstrzymania zjawisk społecznych takich jak partnerstwo. Brak uznania stosunków zagranicznych przez organy administracyjne nie powstrzymał przemian prawnych np. we Włoszech (wyr. ETPCz z 14.12.2017 r., *Oliari i inni v. Włochy*, 26431/12). Zanim zaś Niemcy wprowadziły do swojego porządku prawnego małżeństwa osób tej samej płci, wielu podnosiło argument niekonstytucyjności takiej regulacji (Łącki 2018, 27). Oba powyższe problemy były wcześniej podnoszone w Polsce, co sugerować może skuteczne wprowadzenie regulacji dotyczącej związków partnerskich do polskiego porządku prawnego w przyszłości.

BIBLIOGRAFIA

Adach-Stankiewicz, Ewa. Monika Bielska. Agata Cendrowska et al. 2014. „Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011, Główny Urząd Statystyczny Departament Badań Demograficznych i Rynku Pracy". https://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/lud_raport_z_wynikow_NSP2011.pdf (dostęp: 24.01.2022).

Ambroziak, Anton. 2018. „Ósme sejmowe podejście do związków partnerskich. Projekt N jest najbardziej liberalny ze wszystkich". OKO.Press. https://oko.press/osme-sejmowe-podejscie-zwiazkow-partnerskich-projekt-n-najbardziej-liberalny-ze-wszystkich/ (dostęp: 26.01.2022).

Boguszewski, Rafał. 2019. „Alternatywne modele życia rodzinnego w ocenie społecznej". *Komunikat z badań CBOS* 42: 1–8.

Boguszewski, Rafał. Mariola Piszczatowska-Oleksiewicz. 2017. „Osoby niezamężne i nieżonate w polskich rodzinach". *Komunikat z badań CBOS* 93: 3.

Borek, Dominika. Justyna Gustyn. Anna Kozera et al. 2021. „Sytuacja społeczno-gospodarcza kraju w 2020 r." W *Analizy statystyczne GUS* 12: 14.

Bożewicz, Marta. 2019. „Stosunek Polaków do związków homoseksualnych". *Komunikat z badań CBOS* 90: 3.

Bożewicz, Marta. 2020. „Centrum Badania Opinii Społecznej, Religijność Polaków w ostatnich 20 latach". *Komunikat z badań CBOS* 63: 3–4.

Brzezińska, Zofia. 2020. „Arcybiskup Jędraszewski: «Tęczowa zaraza». Sąd: «konkordat pozwala używać ostrych słów»". Rzeczpospolita.pl. https://www.rp.pl/dobra-osobiste/art8730421-arcybiskup-jedraszewski-teczowa-zaraza-sad-konkordat-pozwala-uzywac-ostrych-slow (dostęp: 23.03.2022).

Cudak, Bartosz. 2021. „Od języka do praktyk społecznych: dyskryminacyjna retoryka dobrej zmiany na przykładzie stygmatyzowania osób nieheteronormatywnych". *Dziennikarstwo i Media* 14: 33–45.

FA, MNIE. 2019. „Wicepremier: Dopóki rządzi PiS, związków partnerskich w Polsce nie będzie". TVPInfo. https://www.tvp.info/43615087/wicepremier-dopoki-rzadzi-pis-zwiazkow-partnerskich-w-polsce-nie-bedzie (dostęp: 19.01.2022).

Gazeta Prawna. 2019. „Prezes PiS: Mamy wielkie zagrożenie – atak na rodzinę, atak w istocie na dzieci". Gazeta Prawna. https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1402187,kaczynski-mamy-wielkie-zagrozenie-atak-na-rodzine-atak-w-istocie-na-dzieci.html (dostęp: 19.01.2022).

Gosk, Patrycja. 2021. „Parlament Europejski jest za uznaniem w całej UE małżeństw jednopłciowych i związków partnerskich". EURACTIV.pl. https://www.euractiv.pl/section/instytucje-ue/news/parlament-europejski-opowiada-sie-za-uznaniem-w-calej-ue-malzenstw-jednoplciowych-i-zwiazkow-partnerskich/ (dostęp: 24.02.2022).

Grzymała-Busse, Anna. b.d. „Polska jako anomalia w stosunkach pomiędzy Kościołem i państwem?" Concilium Civitas. http://conciliumcivitas.pl/polska-jako-anomalia-w-stosunkach-pomiedzy-kosciolem-i-panstwem/ (dostęp: 22.03.2022).

GUS. 2022. „Dane statystyczne o zawieraniu małżeństwa w Polsce według miejsca zamieszkania". https://demografia.stat.gov.pl/BazaDemografia/Tables.aspx (dostęp: 30.04.2022).

GUS. 2022a. „Dane statystyczne GUS na temat liczby małżeństw wyznaniowych ze skutkami cywilnymi". https://bdl.stat.gov.pl/bdl/dane/podgrup/tablica (dostęp: 20.04.2022).

GUS. 2022b. „Harmonogram publikacji danych ze spisu 2021 GUS". https://stat.gov.pl/spisy-powszechne/nsp-2021/harmonogram-publikacji-wynikow-nsp-2021/ (dostęp: 24.01.2022).

Ignatzi, Christian. 2013. „Germany strengthens gay adoption rights". Deutsche Welle. https://www.dw.com/en/germany-strengthens-gay-adoption-rights/a-16612531 (dostęp: 28.01.2022).

Jartyś, Janusz. 2016. „Kwestie obyczajowe w programie i działalności Platformy Obywatelskiej Rzeczypospolitej Polskiej". *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Acta Politica* 35: 59–66. https://doi.org/10.18276/ap.2016.35-05

Jaśkowski, Marek. 2013. „Konsekwencje prawne Protokołu nr 30 w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa". *Zeszyty Prawnicze* 4(40): 29–50.

Józefiak, Adam. Jakub Bodziony. Zofia Majchrzak. 2020. „Walka z LGBT przyspiesza liberalizację społeczeństwa". Kultura Liberalna. https://kulturaliberalna.pl/2020/08/18/walka-z-lgbt-przyspiesza-liberalizacje-spoleczenstwa/ (dostęp: 20.01.2022).

Kazimierczak, Kamil. 2019. *Konkubinat. Rozliczenia majątkowe. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych i orzeczeń sądowych. Prawo Sądowe*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Kongregacja Nauki Wiary. 2003. „Dokument Kongregacji Nauki Wiary z 3 czerwca 2003 r. «Istota i niezbędne atrybuty małżeństwa»". https://deon.pl/kosciol/dokumenty-kosciola-ws-zwiazkow-partnerskich,221790 (dostęp: 22.03.2022).

Kruczyńska, Anna. 2023. „Hotelowe łóżka tylko dla małżeństw? Prawnik reaguje". Onet. https://podroze.onet.pl/aktualnosci/ordo-iuris-radzi-hotelowe-lozka-tylko-dla-malzenstw-prawnik-reaguje/j0777qf (dostęp: 11.02.2023).

Levin, Irene. Jan Trost. 1999. „Living Apart Together". *Community, Work & Family* 2(3): 279–294. https://doi.org/10.1080/13668809908412186

Łącki, Paweł. 2018. „Zmiana znaczenia pojęcia małżeństwa w niemieckiej ustawie zasadniczej: o meandrach dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych". *Forum Prawnicze* 2(46): 25–41.

Łętowska, Ewa. Jan Woleński. 2013. „Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r." *Państwo i Prawo* 6: 21–30.

Malinowski, Przemysław. 2020. „Andrzej Duda o LGBT: Próbują wmówić, że to ludzie. To ideologia". Rzeczpospolita. https://www.rp.pl/wydarzenia/art.8909311-andrzej-duda-o-lgbt-probuja-wmowic-ze-to-ludzie-to-ideologia (dostęp: 20.01.2022).

Matzke, Małgorzata. 2016. „Najnowsze statystyki nt. społeczności LGBT w Europie. Niemcy na czele". Deutsche Welle. https://www.dw.com/pl/najnowsze-statystyki-nt-spo%C5%82eczno%C5%9Bci-lgbt-w-europie-niemcy-na-czele/a-36274673 (dostęp: 26.01.2022).

Mizielińska, Joanna. Agata Stasińska. 2013. „Od «wroga rodziny» do jednej z jej form. Rodziny z wyboru we współczesnym polskim dyskursie prasowym". *InterAlia: Pismo poświęcone studiom queer* 8: 105–128. https://doi.org/10.51897/interalia/GSPB6363

Müller, Jan-Werner. 2017. *Co to jest populizm?* Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.

Newsweek. 2011. „Kaczyński sięga w kampanii po dzieci". Newsweek. https://www.newsweek.pl/polska/kaczynski-w-kampanii-o-dzieciach-pis-i-kamapnia/vne61xf (dostęp: 28.01.2022).

Oleszak, Milena. 2016. „Współczesna rodzina szanse – zagrożenia – kierunki przemian". W *Kohabitacja we współczesnej Polsce a jej model seksualności – Raport z badań*. Red. Klaudia Pujer. 27–49. Wrocław: Wydawnictwo Exante.

Onet. 2019. „Jarosław Kaczyński: my musimy podtrzymywać normalność". Onet. https://wiadomosci.onet.pl/kraj/wybory-parlamentarne-2019-jaroslaw-kaczynski-o-rodzinie/68jvex2 (dostęp: 12.01.2022).

Paul, Brunon. 2002. „Problemy rozliczeń majątkowych między konkubentami". *Monitor Prawniczy* 8(3): 16.

Pikuła, Łukasz 2017. „Bezpieczeństwo prawne jako podstawowa wartość prawa w systemie prawa". *Przegląd Prawno-Ekonomiczny* 39: 135.

PiS. 2014. *Program wyborczy PiS*.

PiS. 2019. *Program wyborczy PiS*.

Polskie Radio. 2014. „Polski kościół nie podąża śladem papieża Franciszka". Polskie Radio. https://www.polskieradio.pl/7/4400/Artykul/1336593,Polski-kosciol-nie-podaza-sladem-papieza-Franciszka (dostęp: 20.01.2022).

Polskie Radio. 2019. „Sygnały Dnia 11 września 2019 roku, rozmowa z Jarosławem Kaczyńskim". Polskie Radio. https://www.polskieradio.pl/13/53/Artykul/2366642,Sygnaly-Dnia-11-wrzesnia-2019-roku-rozmowa-z-Jaroslawem-Kaczynskim (dostęp: 20.01.2022).

Sanders, Anne 2016. „When, If Not Now? An Update on Civil Partnership in Germany". *German Law Journal* 17(3): 487–508. https://doi.org/10.1017/S2071832200019842

Sitnicka, Dominika. 2020. „Słowa Czarnka o LGBT «ci ludzie nie są równi ludziom normalnym» wyrwane z kontekstu? Akurat". OKO.Press. https://oko.press/czarnek-o-lgbt-studio-polska/ (dostęp: 18.03.2022).

Stańczak, Joanna. Karina Stelmach. Magdalena Urbanowicz. 2016. *Małżeństwa oraz dzietność w Polsce. Opracowanie danych Eurostat przez Główny Urząd Statystyczny Departament Badań Demograficznych i Rynku Pracy.* Warszawa: GUS.

Sunstein, Cass R. 1996. „On the Expressive Function of Law". *University of Pennsylvania Law Review* 144(5): 2020–2053. https://doi.org/10.2307/3312647

Śmiłowicz, Piotr. 2012. „Tusk: Jedną z pierwszych moich decyzji będzie zgoda na związki partnerskie". PAP. https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C936659%2Ctusk-jedna-z-pierwszych-moich-decyzji-bedzie-zgoda-na-zwiazki-partnerskie (dostęp: 20.01.2022).

Wprost. 2021. „Posłanka PiS: To właśnie LGBT jest przyczyną, że dzieci popełniają samobójstwo". https://www.wprost.pl/polityka/10460944/elzbieta-plonka-z-pis-to-wlasnie-lgbt-jest-przyczyna-ze-dzieci-popelniaja-samobojstwo.html (dostęp: 20.01.2022).

Zawadzka, Katarzyna. 2016. „Związki partnerskie mniejszości seksualnych w programach polskich partii politycznych". *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Acta Politica* 35: 49–57. https://doi.org/10.18276/ap.2016.35-04

Akty prawne

Druk Nr 1607. Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 24.07.2015 r. – Prawo o zgromadzeniach oraz niektórych innych ustaw". https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1607 (dostęp: 1.05.2022).

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa, Dz.U. C 326/1 z 26.10.2012.

Protokół (nr 30) w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa, Dz.U. C 326/1 z 26.10.2012.

Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

Orzecznictwo

Uchwała SN z 28.11.2012 r., III CZP 65/12, LEX nr 1230043.

Uchwała SN(7) z 25.02.2016 r., I KZP 20/15, LEX nr 1984687.

Wyrok ETPCz z 14.12.2017 r., 26431/12, *Oliari i inni v. Włochy*, LEX nr 2409013.

Wyrok ETPCz z 17.01.2023 r., 40792/10, *Fedotova i inni v. Rosja*, LEX nr 3457211.

Wyrok NSA z 6.07.2022 r., II OSK 2376/19, LEX nr 3395450.

Wyrok SA w Białymstoku z 06.02.2014 r., I ACa 714/13, LEX nr 1437890.

Wyrok SA w Białymstoku z 12.06.2014 r., I ACa 601/13, LEX nr 1489046.

Wyrok SA w Białymstoku z 26.07.2019 r., I ACa 255/19, LEX nr 2726791.

Wyrok SA we Wrocławiu z 21.01.2021 r., I ACa 926/20, LEX nr 3316991.

Wyrok SA w Szczecinie z 12.05.2022 r., I ACa 249/22, LEX nr 3431809.

Wyrok SO w Poznaniu z 28.02.2018 r., XII C 989/17, LEX nr 2692545.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8.01.2019 r. IV SA/Wa 2618/18.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.05

COPE Member since 2018 JM13714

*Tomasz Tomczak**

https://orcid.org/0000-0002-8499-4553

INSTYTUCJA ODDALENIA POWÓDZTWA OCZYWIŚCIE BEZZASADNEGO JAKO STWORZONY PRZEZ USTAWODAWCĘ POTENCJALNY MECHANIZM DO DARMOWEGO PRZERYWANIA BIEGU PRZEDAWNIENIA?

Streszczenie. W 2019 r. do polskiej procedury cywilnej została wprowadzona instytucja oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego. W ramach niniejszego artykułu autor ma zamiar przedstawić i rozważyć jeden wydaje się nieplanowany skutek, do którego wprowadzenie art. 191^1 k.p.c. może prowadzić, tj. następstwo w postaci stworzenia, przy zaistnieniu określonych okoliczności, mechanizmu umożliwiającego uprawnionemu darmowe przerwanie biegu przedawnienia roszczenia. Jako że nie taki był cel wprowadzenia tej instytucji, przez pozostałą część opracowania rozważane jest, na gruncie prawa procesowego, w jaki sposób takiego niechcianego skutku należałoby próbować unikać.

Słowa kluczowe: powództwo oczywiście bezzasadne, przedawnienie, postępowanie gospodarcze, zmiany podmiotowe

THE INSTITUTION OF DISMISSAL OF A CLAIM AS CLEARLY UNFOUNDED AS AN CREATED BY THE LEGISLATOR A POTENTIAL MECHANISM TO INTERRUPT THE LIMITATION PERIOD WITHOUT INCURRING ANY COSTS?

Abstract. In 2019 into the Polish civil procedure the institution of dismissal of a claim as clearly unfounded was introduced. Within the framework of this article, the author intends to present and consider one seemingly unplanned effect, to which the introduction of Art. 191^1 k.p.c. may lead, *i.e.* consequence in the form of creating, under certain circumstances, a mechanism enabling the entitled person to interrupt the limitation period without incurring any costs. As this was not the purpose of introducing the considered institution, the rest of the article considers, on the basis of procedural law, how such an unwanted effect should be avoided.

Keywords: clearly unfounded claim, statute of limitations, commercial proceedings, entity changes

* Uniwersytet Opolski, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Gospodarczego i Finansowego, tomasz.tomczak@uni.opole.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

WPROWADZENIE

W 2019 r. do polskiej procedury cywilnej została wprowadzona instytucja oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego[1]. W piśmiennictwie ukazał się artykuł, w którym postawiono tezę, że wniesienie powództwa oczywiście bezzasadnego w rozumieniu art. 191[1] k.p.c. nie przerywa biegu przedawnienia ze względu na fakt, że takiego powództwa nie można potraktować jako przedsięwziętego bezpośrednio w celu dochodzenia lub zaspokojenia roszczenia w rozumieniu art. 123 pkt 1 k.c. (Tomczak 2021).

Tak postawionej tezie można postawić dwa zarzuty. Po pierwsze, że zagadnienie wydaje się być czysto teoretyczne i nie mieć praktycznych implikacji. Po drugie, że postawiona teza może być widziana jako mocno kontrowersyjna. Prowadzi to do wniosku, że taka czynność jak wniesienie powództwa, która obecnie bezspornie wskazywana jest w piśmiennictwie jako przerywająca bieg przedawnienia, jednak do takiego skutku może nie prowadzić.

Ze względu na powyższe, autor, pisząc niniejszy artykuł, postawił sobie dwa cele. Po pierwsze, aby pokazać, że zagadnienie nie jest czysto teoretyczne i może mieć ważne implikacje praktyczne. Po drugie, aby przedstawić inne alternatywne argumentacje, za pomocą których z rzeczonym „niechcianym" skutkiem w postaci przerwania biegu przedawnienia przez powództwo oczywiście bezzasadne można próbować walczyć. O ile w artykule T. Tomczaka, który ukazał się w *Studia Iuridica Toruniensia*, rozważania toczyły się na gruncie materialnoprawnym, w niniejszym artykule problem zostanie rozważony w kontekście przepisów postępowania cywilnego. Celem niniejszego opracowania nie jest kompleksowe omówienie instytucji powództwa oczywiście bezzasadnego w rozumieniu art. 191[1] k.p.c., która spotkała się już z szerokim komentarzem ze strony doktryny (Błaszczak 2021; Manowska 2021, komentarz do art. 191[1]; Piaskowska 2020, komentarz do art. 191[1]; Błaszczak 2020, komentarz do art. 191[1]; Gapska 2019, Tomczak 2021; Tomczak 2021a).

1. INSTYTUCJA ODDALENIA POWÓDZTWA OCZYWIŚCIE BEZZASADNEGO

Zgodnie z art. 191[1] § 1 ustawy z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.), jeżeli z treści pozwu i załączników oraz okoliczności dotyczących sprawy, a także faktów, o których mowa w art. 228, wynika oczywista bezzasadność powództwa, stosuje się przepisy §§ 2–4. Zgodnie natomiast z § 3 omawianego artykułu sąd może oddalić

[1] Do wprowadzenia tej instytucji doszło ustawą z dnia 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1469 z późn. zm.), dalej: nowelizacja.

powództwo na posiedzeniu niejawnym[2], nie doręczając pozwu osobie wskazanej jako pozwany ani nie rozpoznając wniosków złożonych wraz z pozwem.

Zwykle w literaturze podkreśla się, że oczywista bezzasadność powództwa „to sytuacja, w której bezzasadność jest oczywiście zrozumiała dla każdego (szczególnie prawnika) bez potrzeby dokładnej analizy sprawy pod względem faktycznym i prawnym i jest ona dostrzegalna od samego początku"[3]. Instytucja, o której mowa w art. 191[1] k.p.c., została wprowadzona w celu szybszego rozstrzygania przez sądy spraw, które nie zasługują na szersze procedowanie (Tomczak 2021, 408). W ramach niniejszego artykułu zostanie jednak rozważone, czy instytucja ta nie doprowadzi jednak do dodatkowego obciążenia sądów cywilnych, zamiast ich zakładanego odciążenia.

2. TEZY WYJŚCIOWE

Przed przejściem do istoty niniejszego artykułu należy wskazać na kilka wyjściowych tez.

Może być sporne, czy każdy brak legitymacji procesowej prowadzi do uznania powództwa za oczywiście bezzasadne. Jednak ze stanowiskiem, że sytuacja braku legitymacji procesowej czynnej stanowi przykład tego rodzaju powództwa można spotkać się w literaturze (Szanciło 2019, komentarz do art. 191[1] pkt 2; Skąpski 1979, 172)[4]. Tym samym, teza taka zostanie przyjęta dla potrzeb niniejszego artykułu, a w odniesieniu do bardziej szczegółowych rozważań w tym zakresie należy odesłać do istniejącej literatury (Błaszczak 2021, Rozdział 2. *Istota powództwa oczywiście bezzasadnego*. Rozdział 5. *Legitymacja w procesie cywilnym a możliwość oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego*). Natomiast już za mniej kontrowersyjne należy uznać stwierdzenie, że badanie legitymacji procesowej stron procesu jest obowiązkiem sądu, który do kwestii tej odnosi się przed merytoryczną oceną sprawy (wyr. SO w Warszawie z 16.07.2018 r., XXVII Ca 736/18, LEX nr 2686599). Do zbadania tej przesłanki przez sąd dochodzi z urzędu i sąd orzeka co do istoty sprawy.

---

[2] M. Manowska, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu zaznacza, że oddalenie powództwa musi nastąpić na posiedzeniu niejawnym. Zob. Manowska (2021, komentarz do art. 191[1] pkt 8).

[3] Takie stanowisko doktryny i judykatury przytacza Ł. Błaszczak, jednocześnie zwracając uwagę, że takie stwierdzenie niewiele wnosi do dyskusji. Zob. Błaszczak (2021, Rozdział 2. *Istota powództwa oczywiście bezzasadnego*), gdzie, jak wskazuje sam tytuł rozdziału, szeroko jest rozważona istota powództwa oczywiście bezzasadnego. Zob. też: post. SN z 8.10.1984 r. (II CZ 112/84, LEX nr 8631).

[4] Autor z takim stanowiskiem spotkał się też w swojej praktyce zawodowej, co stanowiło m.in. inspirację do napisania niniejszego artykułu. Przez legitymacje procesową rozumie się „uprawnienie wypływające z prawa materialnego (konkretnego stosunku prawnego) do występowania z roszczeniem przeciwko innemu podmiotowi" (Pietrzkowski 2009, 126).

Następnie, zgodnie z art. 192 pkt 3 k.p.c., z chwilą doręczenia pozwu zbycie w toku sprawy rzeczy lub prawa, objętych sporem, nie ma wpływu na dalszy bieg sprawy (nabywca może jednak wejść na miejsce zbywcy za zezwoleniem strony przeciwnej). Innymi słowy, dopiero z chwilą doręczenia pozwu pozwanemu powstaje stan zawisłości sporu (tzw. *lis pendens*) (Telenga 2017, komentarz do art. 192 pkt 1). Stan zawisłości sporu sąd powinien wziąć pod uwagę z urzędu (post. SO w Warszawie z 11.04.2017 r., III C 1681/16, LEX nr 2413128). Jak podkreśla się w orzecznictwie, celem art. 192 pkt 3 k.p.c. jest stabilizacja postępowania sądowego z chwilą doręczenia pozwu (wyr. SN z 21.01.2009 r.; III CSK 248/08, LEX nr 527243). Mimo zbycia praw objętych sporem przez jedną ze stron, zbywca zachowuje legitymację procesową (wyr. SN z 21.01.2009 r.; III CSK 248/08, LEX nr 527243). Wydaje się zatem, że zbycie praw objętych sporem przez jedną ze stron przed doręczeniem pozwu drugiej stronie ma wpływ na dalszy bieg postępowania (prowadzi do utraty legitymacji procesowej czynnej – wyr. SA w Gdańsku z 3.07.2018 r., V ACa 309/17, LEX nr 2628324; Manowska 2021, komentarz do art. 192 pkt 5)[5]. Można rozważać, czy w takim przypadku zastosowanie powinien znaleźć art. 196 § 1 k.p.c.[6]

Wynikającą z art. 458[8] § 2 k.p.c. tezą jest stwierdzenie, że w sprawach o charakterze gospodarczym niedopuszczalne są zmiany podmiotowe[7].

Na koniec i przechodząc do prawa materialnego, należy dodać ostatnie, wydaje się niekontrowersyjne stwierdzenia. Bieg przedawnienia przerywa się m.in. przez każdą czynność przed sądem przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia (art. 123 § 1 pkt 1 Kodeksu cywilnego). Wytoczenie powództwa o świadczenie będące przedmiotem roszczenia podaje się w piśmiennictwie jako przykład czynności przerywającej bieg przedawnienia (Machnikowski 2018, 312), a do przerwania dochodzi w dniu wniesienia pozwu (Machnikowski 2018, 314).

3. ISTOTA PROBLEMU

W niniejszej części opracowania należy zastanawiać, w jaki sposób połączenie wyżej wspomnianych, w większości niekontrowersyjnych tez wraz z wystąpieniem odpowiedniego stanu faktycznego może ewentualnie prowadzić do tego, o czym była mowa na wstępie, tj. „darmowego" przerwania biegu przedawnienia roszczenia.

---

[5] Zob. wyr. SA w Gdańsku z 3.07.2018 r. (V ACa 309/17, LEX nr 2628324). Tak samo: Manowska (2021, komentarz do art. 192 pkt 5).

[6] Problem ten nie stanowi jednak przedmiotu niniejszego opracowania, o czym więcej poniżej. Więcej na ten temat zob. wyr. SA w Gdańsku z 3.07.2018 r. (V ACa 309/17, LEX nr 2628324).

[7] Wyłączne jest stosowanie art. 194–196 k.p.c. Szerzej zob. przykładowo: Gudowski (2020, komentarz do art. 458(8) pkt 6). Z taką tezą można się spierać.

Jako powód, w sprawie gospodarczej, należałoby wytoczyć powództwo o świadczenie będące przedmiotem roszczenia. Takiego pozwu można ewentualnie nawet nie opłacać. W ciągu najbliższych dni[8] należy dokonać przelewu wierzytelności na inny podmiot i odpowiednim pismem zawiadomić o tym sąd. Ze względu na brak zawisłości sporu, utratę legitymacji procesowej czynnej przez powoda i brak możliwości zmian podmiotowych w postępowaniu gospodarczym jest duża szansa, że sąd oddali powództwo jako oczywiście bezzasadne[9]. Zmiany podmiotowe sprawiają, że raczej wykluczona jest teza o powadze rzeczy osądzonej w stosunku do nabywcy wierzytelności (Tomczak 2021, 409). Pozew został wniesiony, a sprawa została rozpoznana merytorycznie (Szanciło 2019, komentarz do art. 191[1] pkt 5). Dodatkowo, zgodnie z art. 14a ustawa z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 755 ze zm.)[10], w sprawie w której powództwo oddalono na podstawie art. 191[1] k.p.c., powoda nie obciąża się kosztami sądowymi[11]. Czy zatem doszło do „darmowego" przerwania biegu przedawnienia roszczenia?

Powyższe jest istotne, ponieważ przedstawione okoliczności nie należą do rzadkich. Sprawy gospodarcze są bardzo liczne, a przelew wierzytelności jest powszechną i zwykle nieskomplikowaną czynnością. Innymi słowy, wyżej przedstawiony stan faktyczny nie jest trudno spreparować. Co więcej, autor z takim rozstrzygnięciem w podobnym stanie faktycznym spotkał się w praktyce. Powstaje jednak pytanie, czy w takich okolicznościach rzeczywiście powinno dojść do oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego oraz czy faktycznie dochodzi do przerwania biegu przedawnienia. Dokładne rozważenie tej kwestii wydaje się być istotne, ponieważ sądy, w celu łatwego pozbycia się sprawy z referatu, mogą mieć pokusę, aby w opisanej sytuacji tego rodzaju orzeczenie wydać[12]. W artykule autora niniejszego opracowania, który ukazał się w *Studia Iuridica Toruniensia*, została postawiona teza, że na gruncie art. 123 pkt 1 k.c. taka czynność nie może być uważana za przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia (Tomczak 2021). W niniejszym artykule na problem jednak można też spojrzeć z innej perspektywy, tj. z punktu widzenia prawa procesowego.

Dla jasności terminologicznej opisana w niniejszym punkcie sytuacja rzekomo prowadząca do przerwania biegu przedawnienia będzie określana dalej jako:

[8] Przed doręczeniem pozwu pozwanemu.

[9] Duża szansa, gdyż, jak zostało zaznaczone powyżej, teza, że brak legitymacji procesowej czynnej stanowi przykład oczywistej bezzasadności powództwa może być uważana za sporną. Natomiast z przedstawioną sytuacją autor spotkał się już w praktyce, więc nie jest to sytuacja czysto hipotetyczna.

[10] Brzmienie tego artykułu przywołane jest poniżej.

[11] Szerzej i bardziej precyzyjnie na ten temat zob. Tomczak (2021, 411–412). Stwierdzenie, że sąd przystępuje do badania legitymacji procesowej w sprawie, w której pozew nie został opłacony, może być widziane jako zbyt ogólne.

[12] Jak już zostało wspomniane powyżej, autor niniejszego artykułu spotkał się z sytuacją, w której sąd owej pokusie uległ.

opisane okoliczności, analizowane okoliczności, analizowana sytuacja lub opisana sytuacja.

4. KONTRARGUMENTACJA

Można postawić tezę, że darmowe przerywanie biegu terminu przedawnienia nie było tym, co przyświecało ustawodawcy, gdy ową instytucję wprowadzał. W niniejszej części opracowania należy się zatem zastanowić, jak ów rzekomy skutek na gruncie prawa procesowego można próbować zwalczać.

5.1. INTERPRETACJA PRZESŁANKI „OKOLICZNOŚCI DOTYCZĄCE SPRAWY"

Pierwszej próby rozwiązania przedstawionego problemu można poszukać w samym brzmieniu art. 191^1 k.p.c. W § 1 tego przepisu możemy przeczytać, że oczywista bezzasadność powództwa musi wynikać z treści pozwu i załączników oraz okoliczności dotyczących sprawy, a także faktów, o których mowa w art. 228 k.p.c. W opisanym przypadku oczywista bezzasadność będzie wynikać z utraty legitymacji procesowej przez powoda. Owa utrata nie będzie wynikać ani z treści pozwu i załączników, ani z faktów, o których mowa w art. 228 k.p.c. O owej okoliczności sąd dowie się z dodatkowego pisma powoda. Można próbować argumentować, że oczywista bezzasadność powództwa nie może wynikać z takiego dodatkowego dokumentu, gdyż bardzo niejasną przesłankę w postaci „okoliczności dotyczących sprawy" należałoby interpretować wąsko[13], tzn. jako niemieszczącą w sobie późniejszych, poza pozwem, pism powoda. Takie stanowisko można spotkać w doktrynie, gdzie podkreśla się, że „wniosek o oczywistej bezzasadności powództwa musi wynikać już z samej treści pozwu, przy uwzględnieniu ewentualnie faktów powszechnie znanych i faktów znanych sądowi z urzędu"[14]. Takie stanowisko przyjęto w judykaturze na gruncie art. 22 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[15]. Przyjmując taką tezę, w doktrynie podkreśla się, że oddalenie powództwa na podstawie art. 191^1 k.p.c. powinno nastąpić z reguły na pierwszym posiedzeniu (Piaskowska 2020, komentarz do art. 191^1 pkt 3).

[13] Krytycznie do użytego w art. 191^1 k.p.c. zwrotu: „okoliczności dotyczące sprawy" odnosi się Gapska (2019, 868). Autorka ta zwraca uwagę, że: „Precyzyjne ustalenie, co należy rozumieć przez to mgliste sformułowanie jest w istocie niemożliwe (…)". Szeroko na temat tej przesłanki i zwracając uwagę na występujące w literaturze stanowiska Tomczak (2021a).

[14] Zob. Manowska (2021, komentarz do art. 191^1 pkt 5). Autorka ta zdaje się pomijać znajdujący się w art. 191^1 § 1 k.p.c. zwrot: „okoliczności dotyczące sprawy".

[15] T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913. Owo orzecznictwo analizuje: Błaszczak (2020, komentarz do art. 191^1 pkt 3).

Stanowisko takie nie jest jednak pozbawione kontrowersji. Wydaje się niełatwe do obrony z punktu widzenia literalnego brzmienia przepisu i prowadziłoby do niepotrzebnego ograniczenia zastosowania tej instytucji. Patrząc funkcjonalnie, nie sposób zrozumieć, dlaczego „oczywista bezzasadność" miałaby się ograniczać wyłącznie do treści pozwu, skoro z przepisu to wyraźnie nie wynika. Możliwość wzięcia pod uwagę także innych pism znajdujących się w aktach sprawy pozwala sądom z większą skutecznością zwalczać fikcyjne czy pozorne procesy. W doktrynie można spotkać stanowiska, które podkreślają, że ocena bezzasadności powinna być dokonana na podstawie całokształtu okoliczności sprawy (Kościółek 2020, komentarz do art. 191^1 pkt 2; Błaszczak 2020, komentarz do art. 191^1 pkt 7; podobnie: Gapska 2019, 868). Choć w opisanej sytuacji już na pierwszym posiedzeniu sąd będzie w posiadaniu informacji o cesji, to na marginesie należy zauważyć, że w piśmiennictwie można znaleźć stanowisko, iż instytucja oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego nie jest ograniczona w czasie, więc do takiego oddalenia wcale nie musi dojść na pierwszym posiedzeniu[16]. Za poprawną należy uznać tezę, że „wniosek sądu o oczywistej bezzasadności powództwa może wynikać z całokształtu okoliczności sprawy, które są znane sądowi w chwili oceny, jednak jedynie do czasu doręczenia odpisu pozwu pozwanemu" (Tomczak 2021a, 866).

5.2. ZGODA STRONY PRZECIWNEJ NA WEJŚCIE NABYWCY NA MIEJSCE ZBYWCY

Innej próby rozwiązania przedstawionego problemu można poszukać na gruncie art. 192 k.p.c. Zgodnie z punktem 3 wspomnianego przepisu nabywca może wejść na miejsce zbywcy za zezwoleniem strony przeciwnej. Należy podkreślić, że art. 458^8 k.p.c. w sprawach gospodarczych wyłącza wyraźnie zastosowanie art. 194–196 k.p.c., ale już nie art. 192 k.p.c. Tym samym, skoro jest choćby potencjalna możliwość wejścia nabywcy w miejsce zbywcy na podstawie tego przepisu, uzależniona od zgody strony przeciwnej, to sąd nie może wydać orzeczenia stwierdzającego oczywistą bezzasadność powództwa. Nie może, gdyż musiałby za pozwanego podjąć decyzję o braku zgody. W doktrynie podkreśla się, że o bezzasadności powództwa może być mowa „wyłącznie wówczas, gdy nie istnieje żadna szansa na jego uwzględnienie"[17].

[16] „Należy jednak uznać, że zastosowanie art. 191^1 KPC nie jest ograniczone w czasie ani żadnym zdarzeniem procesowym. Sąd może zatem oddalić powództwo z powodu jego oczywistej bezzasadności, mimo doręczenia odpisu pozwu albo rozpoznania wniosku zgłoszonego w pozwie" (Kunicki 2020, komentarz do art. 191^1 pkt 6).

[17] Autor ten podkreśla również, że z instytucji bezzasadności powództwa nie będzie można skorzystać np. w przypadkach, w których zastosowanie znajdzie art. 117 § 2^1 k.c., „albowiem istnieje możliwość nieuwzględnienia upływu terminu przedawnienia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi". Oba cytowane zwroty w: Szanciło (2019, komentarz do art. 191^1 pkt 2).

Problem z zastosowaniem powyższej argumentacji polega jednak na tym, że art. 192 pkt 3 k.p.c., zgodnie z jego literalnym brzmieniem, ma zastosowanie do sukcesji, która miała miejsce po doręczeniu pozwu (Manowska 2021, komentarz do art. 192, pkt 5). Tym samym można argumentować, że o żadnej zgodzie strony przeciwnej mowy być nie może i powództwo zwyczajnie powinno podlegać oddaleniu[18]. W analizowanej sytuacji sukcesja celowo ma miejsce po wytoczeniu powództwa, a przed doręczeniem pozwu. To oznacza, że można zasadnie twierdzić, że podstawy do skorzystania z instytucji oczywistej bezzasadności powództwa jednak ciągle są.

Natomiast przedstawiona na początku niniejszego punktu artykułu argumentacja przybiera na sile w przypadku spraw gospodarczych, w których powództwo zostało wytoczone przeciwko osobie, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną. Takie osoby mogą złożyć wniosek o rozpoznanie sprawy z pominięciem przepisów dotyczących postępowania gospodarczego (zob. art. 458^6 k.p.c.). Złożenie takiego wniosku powodowałoby, że stosowanie przepisów art. 194–196 k.p.c. (zmiany podmiotowe) nie byłoby wyłączone. Ponownie należy podkreślić, że sąd za pozwanego nie może podjąć decyzji o niestosowaniu tych przepisów, tym samym instytucja oczywistej bezzasadności powództwa może nie mogłaby znaleźć zastosowania. Problem polega jednak na tym, że w przypadku utraty legitymacji czynnej po wytoczeniu powództwa, a przed zawiśnięciem sporu, może być sporne, czy powództwo powinno podlegać oddaleniu (Manowska 2021, komentarz do art. 192 pkt 5 i 6), czy może zastosowanie powinien znaleźć art. 196 k.p.c. (wyr. SA w Gdańsku z 3.07.2018 r. (V ACa 309/17, LEX nr 2628324)). Rozstrzygnięcie tego sporu w ramach niniejszego artykułu nie wydaje się potrzebne, gdyż już sama przedstawiona wątpliwość interpretacyjna prowadzi do tego, że instytucja oczywistej bezzasadności powództwa nie powinna znaleźć zastosowania[19].

5.3. POZEW, Z KTÓREGO NIE WYNIKA ŻĄDANIE ROZSTRZYGNIĘCIA SPORU

Kolejną proceduralną próbą rozwiązania problemu może być art. 186^1 k.p.c. W uzasadnieniu nowelizacji wyraźnie podkreślono, że w zakresie pojęcia „pozew oczywiście bezzasadny" mieści się również pozew pozorny, przez którego wytoczenie strona nie zmierza do uzyskania sądowego rozstrzygnięcia o jej prawach lub obowiązkach, lecz do innego celu zamaskowanego wykorzystaniem instytucji

[18] Tak wydaje się M. Manowska, która generalnie twierdzi, że utrata legitymacji procesowej przed doręczeniem pozwu prowadzi po prostu do oddalenia powództwa. Zob. Manowska (2021, komentarz do art. 192 pkt 5).

[19] W doktrynie spójnie podkreśla się, że z instytucji tej można skorzystać tylko w sytuacjach, gdy pod względem prawnym jest zupełnie oczywiste, że powództwo nie może być uwzględnione. Zob. Kościółek (2020, komentarz do art. 191^1 pkt 2) oraz Manowska (2021, komentarz do art. 191^1 pkt 4).

prawnoprocesowych, z czego wynika, że takie pismo w rzeczywistości nie zawiera żądania rozstrzygnięcia sprawy o charakterze cywilnym; zgłoszone żądanie jest jedynie pozorem[20]. W doktrynie można znaleźć pogląd, że do takiego pozornego pozwu zastosowanie powinien znaleźć art. 186^1 k.p.c. (Szanciło 2019, komentarz do art. 191^1 pkt 3). Gdybyśmy zgodzili się z taką tezą w opisanej sytuacji, oznaczałoby to zwrot pozwu i tym samym brak skutku w postaci przerwania biegu przedawnienia. Innymi słowy, takie rozstrzygnięcie rozwiązywałoby analizowany problem.

Niespójność w tym przypadku polega jednak na tym, że w opisywanej sytuacji pozew będzie zwykle zawierać żądanie rozstrzygnięcia sporu o charakterze cywilnym. Przelew nie czyni, że takie żądanie z pozwu „znika", a jedynie pozbawia powoda legitymacji procesowej. Możliwość dokonania zmian podmiotowych w postępowaniu gospodarczym zapewne czyniłoby postępowanie „prawidłowym". Przyjęcie takiej interpretacji wymagałoby zatem stosunkowo kreatywnej interpretacji. Co więcej, byłoby sprzeczne z brzmieniem uzasadnienia nowelizacji, które pozwy pozorne nakazuje mieścić raczej w ramach instytucji oczywistej bezzasadności. Aby wyraźnie rozróżniać te dwie instytucje, wnioskuje również m.in. M. Manowska (2021, komentarz do art. 191^1 pkt 7; podobnie: Piaskowska 2020, komentarz do art. 191^1 pkt 1). Szerzej na temat relacji pomiędzy powództwem oczywiście bezzasadnym a kategorią pism niezawierających żądania pisze Ł. Błaszczak (2021, Rozdział 1. *Powództwo jako forma ochrony prawnej. Przypadek powództwa oczywiście bezzasadnego a realizacja prawa do ochrony prawnej* oraz Rozdział 7. *Powództwo oczywiście bezzasadne a kategoria pism niezawierających żądania*).

5.4. NADUŻYCIE PRAW PROCESOWYCH

W analizowanej sytuacji czynności podejmowane są na podstawie i w granicach prawa procesowego. Nie zmierzają one jednak do osiągnięcia celu, w którym odpowiednie instytucje procesowe zostały ustanowione. Celem powoda i cesjonariusza nie jest uzyskanie wyroku zasądzającego, a jedynie przerwanie biegu przedawnienia. Można zatem stwierdzić, że stanowią one nadużycie praw procesowych (art. 4^1 k.p.c.)[21]. Powstaje pytanie, czy takie zakwalifikowanie analizowanej sytuacji zmienia cokolwiek?

Jak podkreśla się w uzasadnieniu nowelizacji, klauzula nadużycia praw procesowych ma charakter generalny, jednak procesowe skutki jej zastosowania, w postaci odpowiedniej sankcji, należy ograniczyć do sytuacji określonych

[20] Druk sejmowy 3137, Sejm RP VIII kadencji, strona 36 uzasadnienia.

[21] Zob. Druk sejmowy 3137, Sejm RP VIII kadencji, strona 30 uzasadnienia.

w przepisach szczególnych[22]. Innymi słowy, art. 4^1 k.p.c. nie daje samoistnej podstawy do zwrotu pozwu czy jego odrzucenia, tj. podjęcia takich działań, które powodowałyby, że do przerwania biegu przedawnienia by nie dochodziło. Bez interwencji ustawodawcy nie sposób też uznać, że proceduralna instytucja nadużycia praw procesowych wywołuje materialny skutek w postaci braku przerwania biegu przedawnienia przez wniesiony pozew[23].

Natomiast pewne sankcje zawiera wprowadzony nowelizacją art. 226^2 k.p.c. Zgodnie z § 1 tego artykułu ilekroć zachowanie strony w świetle okoliczności sprawy wskazuje na nadużycie przez nią prawa procesowego, sąd poucza ją o możliwości zastosowania wobec niej środków, o których mowa w § 2. Pewne sankcje (obciążenie podwyższonymi kosztami procesu czy podwyższenie stopy odsetek) sąd może zastosować tylko na wniosek strony przeciwnej (art. 226^2 § 2 pkt 3 k.p.c.). Biorąc pod uwagę, że w analizowanej sytuacji sąd może mieć pokusę, aby skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 191^1 § 3 k.p.c.[24], strona przeciwna może nawet nie mieć możliwości złożenia takiego wniosku[25]. Natomiast zgodnie z art. 226^2 § 2 pkt 2 k.p.c. sąd może stronę nadużywającą obciążyć dodatkową częścią bądź nawet całością kosztów procesu. Ujawnia się w takim przypadku istotny konflikt z art. 14a u.k.s.c., o którym była już mowa powyżej. Zgodnie z tym artykułem powoda nie obciąża się kosztami sądowymi. Choć kwestia ta może być sporna, wydaje się, że art. 14a u.k.s.c. jako przepis szczególny, tj. odnoszący się do szczególnego rodzaju nadużycia procesowego, wyłącza zastosowanie art. 226^2 § 2 pkt 2 k.p.c.[26] Tym samym jedyną sankcją, która zwykle zostanie w rękach sądu, będzie wymierzenie grzywny (art. 226^2 § 2 pkt 1 k.p.c.). Sankcja ta podlega ograniczeniu, o którym mowa w art. 163 § 1 k.p.c., tj. grzywna może być wymierzona w kwocie do trzech tysięcy złotych. Sankcja ta może być jednak przydatna dla sądu, gdyż pozwala, chociaż mówiąc kolokwialnie, uczynić „darmowe" przerwanie biegu przedawnienia przerwaniem „płatnym" i to bez potrzeby angażowania pozwanego w proces.

[22] Zob. Druk sejmowy 3137, Sejm RP VIII kadencji, strona 33 uzasadnienia.

[23] Szerzej na temat relacji pomiędzy powództwem oczywiście bezzasadnym a nadużyciem prawa procesowego z art. 4^1 k.p.c. w: Błaszczak (2021, Rozdział 1. *Powództwo jako forma ochrony prawnej. Przypadek powództwa oczywiście bezzasadnego a realizacja prawa do ochrony prawnej* oraz Rozdział 6. *Powództwo oczywiście bezzasadne a nadużycie prawa procesowego z art. 41 k.p.c.*).

[24] Tj. możliwość oddalenia powództwa na posiedzeniu niejawnym, bez doręczenia pozwu osobie wskazanej jako pozwany.

[25] Zwyczajnie o powództwie może nawet nie wiedzieć.

[26] W doktrynie prawidłowo podkreśla się, że powództwa oczywiście bezzasadnego stanowi przejaw nadużycia prawa procesowego. Zob. Błaszczak (2020, komentarz do art. 191^1 pkt 1).

PODSUMOWANIE I WNIOSKI

W niniejszym artykule zostało przedstawione, w jaki sposób instytucja oddalenia powództwa jako oczywiście bezzasadnego może potencjalnie, w przypadku zaistnienia opisanych okoliczności, prowadzić do darmowego przerwania biegu przedawnienia. Jako że nie taki był cel wprowadzenia tej instytucji, przez dalszą część opracowania autor rozważał, w jaki sposób z takim niechcianym skutkiem można próbować walczyć.

W pierwszej kolejności zaproponowano wąskie rozumienie zwrotu „okoliczności dotyczące sprawy" znajdującego się w art. 191^1 § 1 k.p.c. Stanowisko takie wydaje się być jednak trudne do obrony i prowadzić do niepotrzebnego ograniczania zastosowania tej instytucji. Po drugie, wskazano art. 192 pkt 3 k.p.c. jako uniemożliwiający wydanie orzeczenia w trybie art. 191^1 k.p.c. Taka interpretacja ponownie jednak jest niespójna z literalnym brzmieniem art. 192 pkt 3 k.p.c., który dotyczy sytuacji po doręczeniu pozwu. Po trzecie, zaproponowano potraktowanie wniesionego w opisanej sytuacji pozwu jako pisma, z którego nie wynika żądanie rozstrzygnięcia sporu o charakterze sprawy cywilnej. Przyjęcie takiej konstrukcji kolidowałoby jednak choćby z treścią uzasadnienia nowelizacji. Po czwarte, doszło do próby zakwalifikowania wniesionego powództwa jako nadużycia prawa procesowego w rozumieniu art. 4^1 k.p.c. Takie założenie i zastosowanie przez sąd sankcji grzywny pozwala nieco zniwelować problem „darmowości" przerwania biegu przedawnienia. Samo w sobie nie pozwala jednak stwierdzić, że do przerwania biegu przedawnienia nie doszło.

Wydaje się, że żadne z rozważanych rozwiązań nie jest idealne. Innymi słowy, na gruncie prawa procesowego nie ma idealnego sposobu zwalczania opisanego problemu. Najlepszym sposobem jego rozwiązania jest przystanie na tezę, że powództwo oczywiście bezzasadne w rozumieniu art. 191^1 k.p.c. nie spowoduje przerwania biegu przedawnienia, ze względu na brak jego przedsięwzięcia bezpośrednio w celu dochodzenia lub zaspokojenia roszczenia w rozumieniu art. 123 pkt 1 k.c. (Tomczak 2021, 415–416). Gdybyśmy jednak nie zgadzali się z taką tezą i upierali się przy stanowisku, że rozwiązanie powinno znaleźć się na gruncie prawa procesowego, można zaproponować następujące stanowisko. Nie należałoby stawiać generalnej tezy, że sytuacja braku legitymacji procesowej czynnej stanowi przykład powództwa oczywiście bezzasadnego w rozumieniu art. 191^1 k.p.c. Brak legitymacji w opisanych okolicznościach nie powinien dawać podstaw do twierdzenia, że mamy do czynienia z powództwem oczywiście bezzasadnym, gdyż całokształt okoliczności pozbawia powództwo takiego przymiotu.

BIBLIOGRAFIA

Błaszczak, Łukasz. 2020. „Komentarz do art. 191[1]". W *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*. Tom I i II. Red. Tadeusz Zembrzuski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Błaszczak, Łukasz. 2021. *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191(1) k.p.c.* Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Gapska, Ewa. 2019. „Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. II. Powództwo oczywiście bezzasadne". *Monitor Prawniczy* 16: 865–873.

Gudowski, Jacek. 2020. „Komentarz do art. 458(8) pkt 6". W *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*. Tom I i II. Red. Tadeusz Zembrzuski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Kościółek, Anna. 2020. „Komentarz do art. 191[1]". W *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*. Tom I i II. Red. Tadeusz Zembrzuski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Kunicki, Ireneusz. 2020. „Komentarz do art. 191[1]". W *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz. Art. 1–424*[12]. Red. Agnieszka Góra-Błaszczykowska. Warszawa: C.H. Beck.

Machnikowski, Piotr. 2018. „Komentarz do art. 123". W *Kodeks cywilny. Komentarz*. Red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: C.H. Beck.

Manowska, Małgorzata. 2021. „Komentarz do art. 191[1]". W *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–477(16)*. Red. Adam Adamczuk, Piotr Pruś, Marcin Radwan, Małgorzata Sieńko, Ewa Stefańska, Małgorzata Manowska. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Piaskowska, Olga Maria. 2020. „Komentarz do art. 191[1]". W Magdalena Kuchnio, Agata Majchrowska, Karolina Panfil, Joanna Parafianowicz, Aleksandra Partyk, Aleksandra Rutkowska, Dariusz Rutkowski, Arkadiusz Turczyn, Olga Maria Piaskowska. *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*. Gdańsk: Wolters Kluwer Polska.

Pietrzkowski, Henryk. 2009. *Metodyka pracy sędziwego w sprawach cywilnych.* Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Skąpski, Józef. 1979. „Przedmiot ustaleń sądu w sprawie cywilnej". *Studia Cywilistyczne* 30: 158.

Szanciło, Tomasz. 2019. „Komentarz do art. 191[1]". W *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Komentarz. Art. 1–505*[39]. Tom I. Red. Tomasz Szanciło. Warszawa: C.H. Beck.

Telenga, Przemysław. 2017. „Komentarz do art. 192". W *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*. Red. Andrzej Jakubecki. Kraków: Wolters Kluwer Polska.

Tomczak, Tomasz. 2021. „Czy wniesienie powództwa oczywiście bezzasadnego w rozumieniu art. 191[1] k.p.c. przerywa bieg przedawnienia?" *Studia Iuridica Toruniensia* 29: 407–418. https://doi.org/10.12775/SIT.2021.039

Tomczak, Tomasz. 2021a. „Okoliczności dotyczące sprawy w rozumieniu art. 191[1] KPC (powództwo oczywiście bezzasadne)". *Monitor Prawniczy* 16: 864–866.

Akty prawne

Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.).

Ustawa z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 755 ze zm.).

Ustawa z dnia 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. poz. 1469 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Postanowienie SN z 8.10.1984 r., II CZ 112/84, LEX nr 8631.
Postanowienie SO w Warszawie z 11.04.2017 r., III C 1681/16, LEX nr 2413128.
Wyrok SA w Gdańsku z 3.07.2018 r., V ACa 309/17, LEX nr 2628324.
Wyrok SN z 21.01.2009 r., III CSK 248/08, LEX nr 527243.
Wyrok SO w Warszawie z 16.07.2018 r., XXVII Ca 736/18, LEX nr 2686599.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.06

*Robert Talaga**
https://orcid.org/0000-0002-5281-2188

SYSTEMOWE UWARUNKOWANIA ZAKRESU ZASTOSOWANIA DEFINICJI LEGALNEJ „BENEFICJENTA" W RAMACH POLITYKI SPÓJNOŚCI

Streszczenie. Ogólne ramy wydatkowania unijnego budżetu, przyjęte przez upoważnione do tego instytucje, mają przyczynić się do realizacji wyznaczonych strategicznych celów rozwojowych przez poszczególne państwa członkowskie. Rozwinięcie i uszczegółowienie takich uregulowań należy do krajowych legislatorów, którzy pozostają upoważnieni do wydania stosownych aktów normatywnych zgodnie z obowiązującą autonomią instytucjonalną i proceduralną (Galetta 2010). W polskim systemie prawnym ustawodawca przyjmuje stosowne uregulowania ustawowe na każde kolejne okresy programowania unijnego budżetu. W ramach polityki spójności zachowano takie samo określenie i rozumienie podmiotu uzyskującego środki publiczne na podstawie umowy o dofinansowanie oraz na podstawie decyzji administracyjnej. Tak wprowadzone pojęcie dotychczas posiadało różne znaczenia w zależności od treści przepisów sformułowanych przez ustawodawcę unijnego i ustawodawcę krajowego. Istniała zatem konieczność uwzględnienia definicji „beneficjenta" zawartych zarówno w odrębnych przepisach prawa krajowego, jak i prawa unijnego niejednokrotnie również z uwzględnieniem specyfiki przeznaczenia poszczególnych funduszy. Wprowadzone w tym względzie definicje legalne miały określony zakres obowiązywania. Nie zawsze pozostawał on jednak identyczny z intencjami krajowego ustawodawcy. Jednocześnie występowały czynniki systemowe, które z jednej strony rozszerzały zakres zastosowania wprowadzonych definicji legalnych, a z drugiej strony je ograniczały.

Słowa kluczowe: fundusze unijne, polityka spójności, definicja legalna, beneficjent

SYSTEMIC DETERMINANTS OF THE SCOPE OF APPLICATION OF THE LEGAL DEFINITION OF „BENEFICIARY" UNDER THE COHESION POLICY

Abstract. The general framework for spending the EU budget, adopted by authorized institutions, is to contribute to the implementation of the strategic development goals set by individual Member States. It is up to national legislators to develop and specify such regulations, who remain authorized to issue relevant normative acts in accordance with the applicable institutional and procedural autonomy (Galetta 2010). In the Polish legal system, the legislator adopts appropriate statutory regulations for each successive programming period of the EU budget. Under the cohesion

* Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu, r.talaga@wsa.poznan.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

policy, the same definition and understanding of the entity receiving public funds on the basis of a co-financing agreement and on the basis of an administrative decision has been retained. So far, the concept introduced in this way had different meanings depending on the content of the provisions formulated by the EU legislator and the national legislator. Therefore, it was necessary to take into account the definition of „beneficiary" contained in both separate provisions of national law and European law, often also taking into account the specificity of the purpose of individual funds. The legal definitions introduced in this respect had a specific scope of validity. However, it was not always identical to the intentions of the national legislator. At the same time, there were systemic factors which, on the one hand, extended the scope of application of the introduced legal definitions, and, on the other hand, limited them.

Keywords: European funds, cohesion policy, legal definition, beneficiary

Możliwość korzystania z funduszy przeznaczonych na wdrażanie każdej unijnej polityki jest ściśle związana z zasadami realizacji unijnego budżetu (McCormick 2010, 190–194). W każdym kolejnym okresie jego programowania wyznaczane są wspólne cele do osiągnięcia przez wszystkie państwa członkowskie oraz organy administracji unijnej w ramach realizowanych polityk (Szoplińska 2002, 572–573). Jedną z nich jest polityka rozwoju regionalnego określana również jako polityka spójności (Świstak 2015, 60). Takie regulacje uzgodnione przez instytucje unijne za zgodą państw członkowskich stanowią swoiste ramy, określające zasady realizacji konkretnych projektów. W polskim systemie prawnym funkcjonują jednocześnie odrębne przepisy, umożliwiające wydatkowanie środków pochodzących z unijnego budżetu. W tym względzie na poszczególne okresy programowania unijnego budżetu wprowadzano za każdym razem nowe uregulowania ustawowe, stanowiące podstawę wydatkowania środków przeznaczonych na realizację polityki spójności[1]. Za każdym razem ustawodawca nie usuwał jednak z systemu prawnego wcześniejszych rozwiązań. W istocie z czasem przestawały one być jednak stosowane z uwagi na wyczerpanie alokacji środków pochodzących z unijnego budżetu, a także z uwagi na wprowadzanie kolejnych regulacji zarówno na poziomie unijnym, jak i na poziomie krajowym (Poździk 2014, 5). Podmioty biorące udział w wydatkowaniu takich środków były określane zarówno w prawie unijnym, jak i krajowym. Na krajowym ustawodawcy ciążył jednocześnie obowiązek odpowiedniego dostrojenia omawianych pojęć do potrzeb ich rozumienia w zakresie realizacji polityki spójności.

[1] W polskim systemie prawnym środki finansowe przeznaczone na realizację polityki spójności były wydatkowane na podstawie ustawy z dnia 20.04.2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 260 ze zm.), dalej również jako NarPlanRozwU; ustawy z dnia 6.12.2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 225), dalej również jako ZasProwPolRozwU, ustawy z dnia 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 818), dalej również jako ZasRealProgPoliSpójnU, ustawy z dnia 28.04.2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. z 2022 r. poz. 1079) dalej jako ZasRealZadŚrodEuropU.

Celem niniejszego artykułu było przeanalizowanie systemowych uwarunkowań wprowadzonych definicji legalnych podmiotów uzyskujących dofinansowanie do zgłaszanych projektów, jakie występowały w polskim systemie prawnym od początku korzystania z unijnych środków pomocowych. W tym względzie istotne okazało się uwzględnienie ich złożonej konstrukcji oraz ich odniesienie do rozmaicie usytuowanych systemowo regulacji. W praktyce jednak sytuacja była jeszcze bardziej złożona, gdyż zróżnicowane przepisy prawne, dotyczące definicji legalnej „beneficjenta” mogły w rozmaity sposób przystosowywać to pojęcie na potrzeby różnych konkursów o dofinansowanie projektu. Dopiero w ten sposób możliwe było systemowe określenie zasięgu obowiązywania wprowadzonych pojęć w poszczególnych okresach programowania unijnych funduszy.

W opracowaniu wykorzystano metodę dogmatyczno-prawną oraz teoretyczno-prawną. W pierwszej kolejności polegało to na analizie uregulowań prawnych dotyczących zakresu obowiązywania definicji „beneficjenta” zawartych w ustawie o Narodowym Planie Rozwoju oraz w ustawie o zasadach realizacji polityki rozwoju. Obie regulacje były bowiem podobne konstrukcyjnie i stworzyły w istocie podstawy do strategicznego planowania rozwoju w oparciu o środki krajowe oraz środki przeznaczone na realizację unijnej polityki spójności. Ponadto, wzięto pod uwagę orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące instytucji definicji legalnych oraz samego pojęcia „beneficjenta”. W ograniczonym zakresie odwołano się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości określającego zakres dopuszczalnej wykładni systemowej prawa unijnego. Wreszcie część opracowania oparto na uwzględnieniu poglądów i wypowiedzi doktryny zawartych w komentarzach, monografiach oraz artykułach pomocnych do skonstruowania niniejszego opracowania.

1. ISTOTA WPROWADZANIA DEFINICJI LEGALNYCH NA PRZYKŁADZIE POJĘCIA „BENEFICJENTA”

W przypadku definiowania określonych pojęć na etapie stanowienia prawa przyjmuje się, że mamy do czynienia ze „stanowionymi definicjami pojęć prawnych”, w odróżnieniu od wprowadzonych przez podmioty stosujące prawo definicji określonych pojęć, które w ten sposób są nazywane „operatywnymi definicjami pojęć prawnych” (Halasz 2019, 124; Halasz 2020, 599–607). Niejednokrotnie ustawodawca nie chce pozostawiać zbytniej swobody podmiotom stosującym przepisy prawa, wprowadzając definicję określonego pojęcia, która stanowi „rodzaj środka przekładowego” na gruncie języka prawnego (Ajdukiewicz 2006, 244). Wprowadzenie definicji legalnych ma zatem wykluczyć „wątpliwości powstające zazwyczaj w procesie stosowania tekstu prawnego” (Brzeziński 2002, 48). W efekcie takiego postrzegania sformułowano definicję „beneficjenta” w ustawie

o Narodowym Planie Rozwoju[2], ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju[3], a także w ustawie o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020[4] oraz w ustawie o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027[5]. Stosowna definicja „beneficjenta" sformułowana w tekście prawnym przez ustawodawcę odnosiła się do określonego pojęcia, a więc można było ją uznać za definicję legalną (Malinowski 2006, 156). We wszystkich przypadkach

[2] Art. 2 pkt 1 NaroPlanRozwU stanowi, że użyte w ustawie określenie beneficjent oznaczało osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, korzystające z publicznych środków wspólnotowych i publicznych środków krajowych na podstawie umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 7 NaroPlanRozwU; Art. 11 ust. 7 NaroPlanRozwU stanowił, że w przypadku, kiedy instytucja zarządzająca albo instytucja pośrednicząca była jednocześnie beneficjentem, podstawą dofinansowania projektu jest decyzja podjęta odpowiednio przez właściwego ministra, jeśli pełnił funkcję instytucji zarządzającej albo instytucji pośredniczącej, albo przez wojewodę, jeśli pełni funkcję instytucji pośredniczącej.

[3] Zgodnie z art. 5. pkt 1 ZasProwPolRozU pojęcie beneficjenta oznaczało „osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznała zdolność prawną, realizującą projekty finansowane z budżetu państwa lub ze źródeł zagranicznych na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie projektu".

[4] Zgodnie z art. 2 ust. 1 ZasRealProgPoliSpójnU beneficjent to podmiot, o którym mowa w art. 2 pkt 10 rozporządzenia ogólnego, oraz podmiot, o którym mowa w art. 63 rozporządzenia ogólnego. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 10 i art. 63 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy, dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., s. 320) beneficjent oznacza podmiot publiczny lub prywatny oraz – wyłącznie do celów rozporządzenia w sprawie EFRROW i rozporządzenia w sprawie EFMR – osobę fizyczną, odpowiedzialnych za inicjowanie lub inicjowanie i wdrażanie operacji; w kontekście programów pomocy państwa, w rozumieniu pkt 13 niniejszego artykułu, „beneficjent" oznacza podmiot, który otrzymuje pomoc; w kontekście instrumentów finansowych na mocy części drugiej tytuł IV niniejszego rozporządzenia „beneficjent" oznacza podmiot, który wdraża instrument finansowy albo, w stosownych przypadkach, fundusz funduszy.

[5] Zgodnie z art. 2 ust 1 ZasRealZadŚrodEurop beneficjent – „podmiot, o którym mowa w art. 2 pkt 9 rozporządzenia ogólnego". Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 28 ZasRealZadŚrodEurop rozporządzenie ogólne – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1060 z dnia 24.06.2021 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej (Dz. Urz. UE L 231 z 30.06.2021 r., s. 159 ze zm.).

jej wprowadzenie miało ułatwić zakres rozumienia tego pojęcia w odniesieniu do pomocy uzyskiwanej w ramach realizacji polityki spójności. W praktyce miała ona sprecyzować określenie postrzegane jako niewystarczająco ostre (Borszowski 2017, 193). W istocie chodziło o zawężenie rozumienia pojęcia „beneficjenta”. Tym samym miała ona wykluczyć nieostrości dotyczące podmiotów, na rzecz których transferowane są środki przeznaczone na realizację polityki spójności. Tak określone pojęcie „beneficjenta” miało jednocześnie związać podmioty stosujące prawo dotyczące udzielonego dofinansowania ze środków unijnych, wypełniając tym samym legislacyjne wymogi zasad techniki prawodawczej[6].

2. SYSTEMOWE KONSEKWENCJE WPROWADZENIA DEFINICJI LEGALNEJ „BENEFICJENTA”

W pewnego rodzaju uproszczeniu uzgodnienie treści interpretowanych przepisów obejmuje stosowanie reguł wykładni uwzględniających istotę systemu prawa, a zwłaszcza jego spójność i zupełność (Morawski 2014, 125–127). Taka metoda oznacza odtworzenie i uwzględnienie normatywnej zawartości systemu prawnego, do którego należą w szczególności źródła prawa (Wronkowska, Ziembiński 2001, 180–196). Zasadniczo stosowanie i interpretowanie przepisu powinno uwzględniać miejsce danego aktu w ustalonym porządku źródeł prawa. Kluczowe pozostaje zatem systemowe miejsce aktu prawnego, w którym zostało zdefiniowane pojęcie (Malinowski 2006, 161). W polskim systemie prawnym zakres zastosowania wprowadzanej definicji legalnej będzie wynikać z konieczności uwzględnienia hierarchii źródeł prawa określonej w art. 87 Konstytucji RP. Wprowadzona przez prawodawcę definicja legalna ma zatem określony zakres zastosowania, który wynika przede wszystkim z systemowego miejsca aktu normatywnego, w którym zamieszczono definicję legalną wśród wszystkich aktów normatywnych, a także wprost z aktu prawnego, w którym zamieszczono definicję legalną, określając jej zasięg (zob. wyr. NSA z 23.08.2007 r., II OSK 1118/06, LEX 352065). W tym względzie konieczne jest również uwzględnienie norm prawnych określonych w przepisach zawartych w innych aktach prawnych, które mają zastosowanie do definicji legalnej „beneficjenta”. W konsekwencji oznacza to uwzględnienie związków pomiędzy poszczególnymi aktami prawnymi, a więc *de facto* również uwzględnienie obowiązującej hierarchii źródeł prawa.

[6] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. 2016.283), dalej jako ZasTechPrawR.

3. POZYCJA SYSTEMOWA DEFINICJI „BENEFICJENTA" ZAWARTYCH W USTAWIE O NPR ORAZ W U.Z.P.P.R.

Definicje legalne wprowadzone przez ustawodawcę zajmują dodatkowo szczególną pozycję w każdym systemie prawnym (Bielska-Brodziak 2008, 160). Ich miejsce w hierarchii systemu prawnego jest determinowane również przez rodzaj zastosowanej techniki legislacyjnej przy definiowaniu określonego pojęcia.

Z uwagi na wspomnianą hierarchiczność źródeł prawa w Polsce można wywodzić zasadę prymatu definicji ustawowych. Za konsekwencję takiego poglądu należało uznać zakaz wprowadzania definicji o innej treści w aktach niższego rzędu. Zasadniczo istniał formalny zakaz formułowania definicji o treści innej niż wyrażona w aktach wyższego rzędu, które ustalałyby znaczenia określeń zawartych w ustawie upoważniającej (§ 149 ZasTechPrawR). Niedopuszczalne było więc wprowadzanie w akcie wykonawczym zarówno zawężającego, jak i rozszerzającego rozumienia pojęcia „beneficjenta" innego niż ustawowe. Teoretycznie istniała jednak możliwość wprowadzenia przez ustawodawcę takiej definicji „beneficjenta" w akcie wykonawczym, ale w przypadku przekazania organom upoważnienia do wprowadzenia takiej definicji w aktach o charakterze wykonawczym. Jak dotąd nie mieliśmy jednak do czynienia z takim bezpośrednim przekazaniem kompetencji do wprowadzenia regulacji uzupełniających zdefiniowane w ustawie pojęcia „beneficjenta". Żaden przepis prawa obowiązującego rangi ustawowej nie udzielił organom administracji upoważnienia do wprowadzenia i stosowania własnych przepisów definiujących pojęcie „beneficjenta". Nie było zatem podstaw prawnych do wprowadzania w innych aktach prawnych (zarówno ustawowych, jak i podustawowych) odmiennych definicji „beneficjenta" na potrzeby realizacji unijnej polityki spójności w warunkach krajowych.

Zasadniczo wprowadzona definicja legalna „beneficjenta" od samego początku miała charakter definicji projektującej, ustanawiając regułę znaczeniową odnośnie do rozumienia tego pojęcia w przywołanej ustawie. Z uwagi na zasadę konsekwencji terminologicznej w obrębie aktów prawnych, które wprowadziły definicję legalną „beneficjenta", nie wolno było posługiwać się tym określeniem w innym znaczeniu. Tym samym ustalone rozumienie definiowanego pojęcia ze swojej natury uniemożliwiało odwoływanie się w tym względzie do innych przepisów określających to samo pojęcie. Tak określony w pierwszej kolejności zakres zastosowania pojęć ustawowych oznaczał, że w procesie wykładni przepisów zawierających definicję legalną nie stosuje się innych definicji legalnych tych samych terminów wprowadzonych w innych aktach prawnych (zob. wyr. NSA z 9.12.2009 r., II FSK 1145/08, LEX nr 565811). Nie wolno było zatem przy stosowaniu przepisów dotyczących wydatkowania polityki spójności posługiwać się innym zakresem rozumienia pojęcia „beneficjenta". Ustalone na użytek każdej ustawy o rozumienie wprowadzonego pojęcia uniemożliwiało też odwoływanie

się w tym samym zakresie do przepisów innych ustaw definiujących to samo pojęcie (zob. wyr. NSA z 10.05.2007 r., II FSK 739/06, LEX nr 339589). Przykładowo inny zakres pojęciowy „beneficjenta” został w sposób dopuszczalny określony na potrzeby odrębnych dziedzin prawa – np. w zakresie polityki społecznej (Prandota-Prandecka 2008, 373; Andrzejewski 2008, 505–509).

4. SYSTEMOWY ZASIĘG STOSOWANYCH DEFINICJI „BENEFICJENTA”, ZAWARTYCH W USTAWIE O NPR ORAZ W U.Z.P.P.R.

Uwzględniając zasadę jednolitości terminologicznej, wprowadzane definicje legalne nie zostały dowolnie ukształtowane. W konsekwencji wprowadzane prawem powszechnie obowiązującym definicje „beneficjenta” zasadniczo nie mogły być również swobodnie modyfikowane, gdyż co do zasady miały spełniać wymóg wprowadzenia pojęciowej jednoznaczności. Nadrzędność znaczeniowa definicji legalnych wprowadzanych w przepisach powszechnie obowiązujących z założenia ograniczała również ich interpretację. W istocie umiejscowienie określonej definicji legalnej w danym akcie normatywnym miało wpływ na zakres jej zastosowania w praktyce (Płeszka 1988, 53).

4.1. WEWNĘTRZNY ZAKRES ZASTOSOWANIA DEFINICJI BENEFICJENTA

Konstrukcyjny sposób zdefiniowania „beneficjenta” w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju zasadniczo nie odbiegał od rozwiązań przyjętych we wcześniejszym okresie programowania w ustawie o Narodowym Planie Rozwoju (Borowicz 2008, 21). Nieco inną formułę zastosowano natomiast w ustawie o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz ustawie o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027, gdyż ustawodawca posłużył się w tym względzie odesłaniem do określonych przepisów rozporządzeń unijnych przyjętych na określony okres programowania unijnego budżetu. Zarówno w przypadku definicji legalnej „beneficjenta” zawartej w ustawie o Narodowym Planie Rozwoju, jak i w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, a także w przypadku ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz ustawie o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 nie było jednak wątpliwości, że odnoszą się one do całych aktów prawnych, na podstawie których zostały wprowadzone. Takie rozwiązanie było konsekwencją użycia przez ustawodawcę w każdym z tych aktów prawnych słowniczka, który rozpoczyna się od określenia „Użyte w ustawie określenia oznaczają:” (art. 2 NaroPlanRozwU, art. 5 ZasProwPolRozwU, art. 2 ZasRealProgPoliSpójnU, art. 2 ZasRealZadŚrodEuropU).

Tak wyznaczony zakres zastosowania wprowadzonej przez ustawodawcę definicji „beneficjenta" został określony w sposób jasny, wyraźny i jednoznaczny. W tym względzie wprowadzone przez ustawodawcę rozumienie pojęcia „beneficjent" zgodnie z zasadami techniki prawodawczej miało być używane w jednym znaczeniu w obrębie całej ustawy (§ 150 ust. 1 ZasTechPrawR). Z reguły zakres rozumienia określonego terminu w określonej dziedzinie wyczerpuje potrzeby jednego aktu prawnego, którym została wprowadzona definicja legalna. Bez wyraźnego odesłania ustawowego nie powinno się zatem przenosić automatycznie znaczenia zdefiniowanych pojęć na inne akty prawne (zob. wyr. NSA z 7.01.2009 r., I OSK 1872/07, LEX nr 528052). Zakres mocy obowiązującej wprowadzanych definicji legalnych w sposób oczywisty może w określonych przypadkach zostać jednak specy icznie określony przez ustawodawcę, ale takie dopuszczalne odstępstwa wymagają jednak uzasadnienia (§ 147 ust. 1 ZasTechPrawR). W przypadku „bene icjenta" ustawodawca nie uzasadnił jednak na potrzeby wdrażania polityki spójności żadnego odstępstwa od pierwotnie wyrażonego zakresu zastosowania wprowadzonej de inicji legalnej obejmującego ustawę wraz z aktami wykonawczymi do niej. Uwzględnienie zasady wewnętrznej spójności języka prawnego oznacza, że „pojęcia i ich znaczenia zawarte w tzw. aktach podstawowych dla danej dziedziny mają pierwszeństwo przed pojęciami zawartymi w pozostałych aktach z tej dziedziny, a każde odstępstwo od niej powinno być należycie uzasadnione i mieć charakter wyjątkowy" (Wierczyński 2003). W istocie nawet takie wyjątkowe rozwiązanie (odstąpienie od zasadniczej reguły) wymaga od prawodawcy wyraźnego podania innego znaczenia danego określenia w tej samej dziedzinie i ustalenia zakresu jego zastosowania (§ 147 ust. 2 ZasTechPrawR). Przykładowo, potrzeba wskazania specyficznego zakresu rozumienia i stosowania określonego pojęcia może wynikać ze specyfiki oraz celów przyjmowanej przez ustawodawcę regulacji.

W analizowanych przypadkach nie ma jednak wątpliwości, że definicje legalne wiązały nie tylko na gruncie danego aktu prawnego, ale także wydanych do niego aktów wykonawczych (zob. wyr. NSA z 10.05.2007 r., II FSK 739/06, LEX nr 339589). Zdefiniowanie jakiegoś wyrażenia w akcie nadrzędnym hierarchicznie determinuje jego rozumienie w akcie podrzędnym tej samej materii (Bartoszewicz 2018, 359). Innymi słowy, znaczenie nadane określeniom przez ustawowe definicje legalne rozciąga się na akty wykonawcze do tej ustawy (zob. wyr. NSA z 26.08.2010 r., II OSK 1297/09, LEX nr 1613214). W tym względzie można nawet uznać, że wprowadzone definicje wiązały wszystkie akty normatywne o charakterze podrzędnym, to znaczy nie tylko akty wykonawcze do ustaw, ale także wszelkiego rodzaju akty o charakterze równorzędnym bądź niższym bez względu na ich nazwę. Wprowadzenie definicji legalnej określonego pojęcia w normatywnym akcie prawnym sprawiało, że niedopuszczalne było jego ponowne definiowanie w akcie prawnym niższego rzędu (zob. wyr. NSA z 27.11.2015 r., II OSK 2253/15, LEX nr 2002180). Mimo to takie definicje „beneficjenta" były

powielane w dokumentach stanowiących części składowe poszczególnych systemów realizacji programów operacyjnych. W praktyce zdarzało się, że wprost wprowadzane były w nich ustawowe definicje, stanowiące powtórzenie ich ustawowej treści. Zakres takich działań legislacyjnych, podejmowanych przez organy administracji, wydawał się wątpliwy. W ostateczności można było jedynie przyjąć, że takie działania instytucji zarządzających miały przede wszystkim charakter informacyjny. W tym względzie należy zaznaczyć, że w poszczególnych pełnych okresach programowania unijnego budżetu w Polsce, a więc z wyłączeniem okresu 2004–2006, zarówno programy operacyjne, jak i uzupełnienia programów operacyjnych nie były przyjmowane w formie rozporządzeń wykonawczych do ustaw tylko w formie właściwej dla dokumentów przyjmowanych przez upoważnione organy administracji (w przypadku regionalnych programów operacyjnych były to uchwały samorządu województwa). Nie zmieniało to jednak sytuacji prawnej, w której również w odniesieniu do takich dokumentów zakres obowiązujący zachowywały ustawowo wprowadzone definicje „beneficjenta”. Z uwagi na ich systemowe umiejscowienie powinny one były również być uwzględniane na potrzeby stosowania dokumentów skierowanych do organów administracji oraz w dokumentach o charakterze wytycznych, które nie miały charakteru powszechnie obowiązującego (Podkowik 2012, 69–86). W praktyce odnosiło się to do dokumentów przyjmowanych przez właściwego ministra, skierowanych do organów administracji w formie wytycznych, które jednak miały wpływ na sytuację prawną potencjalnych i przyszłych „beneficjentów” (Talaga 2012, 320–333). W przypadku ustawy o NPR dotyczyło to też rozporządzeń, które określały poszczególne programy operacyjne, a także uzupełnień do programów operacyjnych. Nie było zatem potrzeby przyjmowania w tej formie i wprowadzania dodatkowych definicji w aktach wykonawczych. Co więcej, zakres obowiązywania wprowadzonej definicji obejmował wszystkie inne dokumenty, jakie były tworzone na potrzeby realizacji poszczególnych programów operacyjnych. Takie definicje musiały być uważane za wiążące również w odniesieniu do innych dokumentów (w szczególności dokumentów konkursowych), które miały charakter obowiązujący wobec podmiotów ubiegających się o dofinansowanie i potencjalnie spełniały warunki uzyskania statusu „beneficjenta”, w tym także tych spośród nich, które następnie uzyskały taki status. W praktyce wnioskodawca ubiegający się o dofinansowanie musiał spełnić nie tylko przesłanki ustawowe dotyczące „beneficjenta”, aby można było z nim zawrzeć umowę o dofinansowanie.

Wprawdzie niedopuszczalne było wprowadzanie powtórzeń definicji ustawowych, ale za dopuszczalne przyjęto było doprecyzowanie ich znaczeń. W istocie można było to odnosić zarówno do samych definicji legalnych, jak i do określonych pojęć składowych definicji, jakie nie zostały sformułowane wprost przez prawodawcę. Przepisy uzupełniające definicję ustawową „beneficjenta” przede wszystkim mogły być wyrażone w powszechnie obowiązującym akcie prawnym o charakterze systemowo nadrzędnym. Wprowadzone uzupełnienia nie mogły natomiast

modyfikować treści normatywnych określonych przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W praktyce należało jednak przyjąć zakaz wprowadzania w aktach niższego rzędu tylko definicji „beneficjenta" niezgodnych z definicją ustawową (§ 143 w zw. z § 116 ZasTechPrawR). W konsekwencji przepisy uzupełniające ustawową definicję „beneficjenta" mogły ją modyfikować tylko w zakresie wiążących przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Zasadniczo ustawowa definicja „beneficjenta" mogła znajdować swoje swoiste ograniczone dopełnienie w przepisach wykonawczych dotyczących trybu udzielania pomocy w ramach konkretnego programu operacyjnego[7]. Dodatkowe specyficzne warunki musiały być bowiem spełnione przez wnioskodawców na potrzeby konkretnego konkursu o dofinasowanie. W tym przypadku zarówno przepisy ustawy, jak i przepisy rozporządzeń wykonawczych wprowadzały nowy tryb postępowania administracyjnego, dotyczący udzielania pomocy w ramach konkretnego Sektora Programu Operacyjnego (zob. post. WSA w Poznaniu z 17.08.2006 r., III SA/Po 545/06, LEX nr 911262; post. WSA w Poznaniu z 17.08.2006 r., III SA/Po 460/06, LEX nr 911169). Wybór projektów do dofinansowania był natomiast dokonywany na podstawie programu operacyjnego i jego uzupełnienia[8]. Za każdym razem na etapie postępowania poprzedzającego zawarcie umowy o dofinansowanie należało uwzględniać jednocześnie uszczegółowienie programu operacyjnego, które zawierało określenie kręgu potencjalnych beneficjentów[9]. W praktyce takie uregulowanie stanowiło odpowiednik regulacji określającej zawężony katalog podmiotów uprawnionych do ubiegania się o dofinansowanie. Problemem pozostawała w tym względzie ograniczona moc obowiązująca uszczegółowień, które były przygotowywane i wprowadzane w życie przez właściwego ministra, odpowiedzialnego za program operacyjny (w przypadku krajowego programu operacyjnego) bądź przez zarząd województwa (w przypadku Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego). Nie stanowiły one prawa powszechnie obowiązującego, a były jedynie aktami o charakterze wewnętrznym (Płowiec 2006, 47 i n.). Natomiast uszczegółowienia zasadniczo mogły w istocie wywoływać skutki jedynie wobec organów administracji, a nie wobec

[7] Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 19.10.2005 r. w sprawie wzoru umowy o dofinansowanie projektu w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004–2006" w zakresie działania „Pilotażowy Program Leader +" (Dz.U. nr 217 poz. 1838). W przypadku projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z Funduszu Spójności rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30.07.2004 r. w sprawie przyjęcia strategii wykorzystania Funduszu Spójności na lata 2004–2006 (Dz.U. nr 176 poz. 1827) określało strategię Rozwoju Transportu oraz strategię Ochrony Środowiska w świetle Priorytetów Polityki Spójności i jednocześnie określało krąg beneficjentów tych programów.

[8] Art. 11 ust. 5 NaroPlanRozwU; rozporządzenie z dnia 8.09.2004 r. Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie Uzupełnienia Sektorowego Programu Operacyjnego „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004–2006" (Dz.U. nr 207 poz. 2177 ze zm.).

[9] Art. 11 ust. 2 pkt 4 NaroPlanRozwU.

jednostek spoza administracji[10]. W praktyce były traktowane jako swoiste źródła prawa administracyjnego (Wlaźlak 2009, 114–117). Ich stosowanie przez organy administracji wywoływało jednak skutki również wobec jednostek ubiegających się o dofinansowanie, mimo że nie wynikało to bezpośrednio z prawa powszechnie obowiązującego. Wnioskodawca powinien był zatem wcześniej spełniać kryteria „beneficjenta” określone w uzupełnieniu sektorowego programu operacyjnego. Brak spełnienia takich przesłanek określających definicję „beneficjenta” automatycznie wykluczał wnioskodawcę z grona potencjalnych podmiotów, z którymi mogła być zawarta umowa o dofinansowanie[11]. Zgłoszony wniosek o dofinansowanie podlegał wówczas odrzuceniu w ramach procedury administracyjnej wprowadzonej na potrzeby konkursów o dofinansowanie projektów ze środków unijnych (nie mógł zostać pozytywnie oceniony), jeżeli wnioskodawca nie odpowiadał definicji „beneficjenta” określonej w Uzupełnieniu Programu Operacyjnego (zob. wyr. WSA w Warszawie z 25.06.2008 r., V SA/Wa 45/08, LEX nr 566662). W praktyce taka definicja była w dalszej kolejności modyfikowana przez inne dokumenty wchodzące w skład systemu realizacji programu operacyjnego, a w szczególności przez dokumentację określonego konkursu o dofinansowanie. W tych wszystkich przypadkach można przyjąć, że mieliśmy do czynienia ze specyficznym wewnętrznym zasięgiem obowiązywania wprowadzonych ustawowo definicji „beneficjenta”, które ulegały zawężeniu na potrzeby różnych postępowań konkursowych. Pomimo że zasadniczo nie było podstaw do wprowadzania różnych definicji „beneficjenta” na potrzeby wdrażania polityki spójności, nie mogły być one w pełni jednolicie rozumiane z uwagi na różnice występujące w poszczególnych programach operacyjnych i dokumentach je uzupełniających. Występujące w tym względzie na terenie całego kraju różnice nie musiały jednak skutkować wadliwością aktów prawnych, które wprowadzały stosowne modyfikacje. W tym przypadku mogły być bowiem one odmiennie wprowadzane na potrzeby określonych konkursów w granicach obowiązującego powszechnie prawa. Mimo braku pełnej jednolitości pojęcia „beneficjenta” należało jednak oczekiwać od instytucji zarządzających pewnej konsekwencji pojęciowej. Niewłaściwe było bowiem stosowanie odmiennych (dowolnie uzupełnianych) definicji „beneficjenta” w ramach jednego programu operacyjnego, które przekraczało zakres wyznaczony przez ustawodawcę.

[10] Uzupełnienia programu operacyjnego były przygotowywane i wprowadzane w życie przez właściwego ministra odpowiedzialnego za program operacyjny (w przypadku krajowego programu operacyjnego) bądź przez zarząd województwa (w przypadku Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego).

[11] Uzupełnienie Sektorowego Programu Operacyjnego Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich określało przykładowo, że „beneficjentami działania 2.4 SPO mogły być osoby fizyczne (rolnicy i domownicy) oraz osoby prawne – podmioty wpisane do rejestru przedsiębiorców w KRS, których celem zgodnie z wpisem do tego rejestru jest prowadzenie działalności rolniczej i które prowadzą taką działalność z wykorzystaniem gospodarstwa rolnego położonego na terytorium RP, będącego własnością tych podmiotów”.

4.2. ZEWNĘTRZNY ZAKRES ZASTOSOWANIA DEFINICJI „BENEFICJENTA”

W analizowanych przypadkach należało przyjmować, że wprowadzone definicje zachowały swoją moc normatywną (wiążącą) tylko na potrzeby aktu prawnego, w którym zostały umiejscowione (Żurawik 2021, 325). Zasadniczo wprowadzona przez prawodawcę definicja legalna może pozostawać wiążąca na gruncie danego aktu prawnego oraz wydanych do niego aktów wykonawczych. Stosując definicję legalną „beneficjenta”, należało zatem wziąć pod uwagę miejsce, jakie przepisy ją zawierające zajmują w strukturze danego aktu prawnego. Takie odniesienie nie rzutowało jednak bezpośrednio na ich relacje z przepisami zawartymi w innych aktach prawnych. Szersze spojrzenie nakazywało rozważenie zakresu związania wprowadzonymi definicjami na gruncie kilku niekoniecznie wprost wskazanych przez ustawodawcę ustaw, części ustaw, działów prawa lub całego systemu prawa. W przypadku definicji legalnych zawartych w regulacjach o znaczeniu wykraczającym poza określony akt czy nawet całą grupę aktów prawnych (określanych jako kodeks lub prawo) uwzględnia się bowiem ich istotne znaczenie dla całego systemu prawa z uwagi na zasadę prymatu definicji legalnych (Wierczyński 2016, 759). Analiza systemowa uwzględniająca miejsce ustaw wprowadzających definicje „beneficjenta” w krajowym systemie aktów prawnych (a także ewentualne związki wspomnianych aktów prawnych z innymi) pozwala uznać, że miały one nie tylko wewnętrzny, ale szerszy, tzn. zewnętrzny zasięg oddziaływania. W przypadku systemowej analizy definicji „beneficjenta” można przyjąć, że wykraczały one poza tekst prawny, w którym zostały umieszczone, mimo że ustawodawca taki zasięg bezpośrednio oznaczył. Taki wniosek można wyprowadzić, pomimo tego że stosowane definicje nie zostały wprowadzone w regulacji ustawowej określonej jako „Kodeks” albo „prawo o”, co z reguły wskazuje na szerszy zasięg zastosowania wprowadzonych w nim definicji (Zieliński 2002, 202). Niemniej jednak ustawa o Narodowym Planie Rozwoju, ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, a także ustawa o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 w sposób funkcjonalny pełniły taką właśnie rolę na gruncie realizowanej w krajowych warunkach polityki spójności. Obecnie taką funkcję pełni również ustawa przyjęta na lata 2021–2027. Na równi z definicjami kodeksowymi można zatem uznać takie definicje, które zostały wprowadzone we wszystkich ustawach dotyczących wdrażania polityki spójności. Takie regulacje wprowadzające definicję legalną „beneficjenta” miały i mają fundamentalne znaczenie dla całej sfery stosunków regulujących zasady wydatkowania środków unijnych w obszarze obejmującym realizację polityki spójności. Ze względu na istotę wprowadzonych definicji mają one systemowe znaczenie o charakterze porządkującym i unifikującym znaczenie wprowadzanej terminologii na potrzeby sfery stosunków

społecznych obejmujących całą dziedzinę spraw dotyczących funduszy unijnych zgodnie z zasadą konsekwencji terminologicznej w obrębie języka prawnego (§ 9 ZasTechPrawR oraz § 10 ZasTechPrawR). W przypadku pojęć, jakimi posłużył się ustawodawca w regulacjach o charakterze kodeksowym, przyjmuje się, że mają one charakter wzorcowy, gdyż od nich należy analizować interpretacje przepisów podlegających zastosowaniu (Pohl, Zieliński 2011, 10). W istocie wyrażane są daleko idące poglądy, iż domniemuje się, że inne ustawy nadają takie samo znaczenie pojęciom zdefiniowanym w regulacjach o charakterze kodeksowym (zob. orzecz. TK z 18.10.1994 r., K 2/94, OTK ZU 1994, poz. 36, LEX nr 25215). Rozszerzone zastosowanie definicji „beneficjenta” miało jednak również swoje systemowe ograniczenia. Przede wszystkim należało uwzględnić, że zdefiniowane w ten sposób pojęcie „beneficjenta” nie miało zastosowania powszechnego (uniwersalnego) do wszystkich dziedzin prawa tak jak definicje zawierane w Konstytucji RP. Mimo to można było dyskutować o szerszym niż ustawowe zakresie obowiązywania pojęcia „beneficjenta”, ale jednocześnie ograniczonym w odniesieniu do określonego obszaru polityki. Nie ma wątpliwości, że należy się posługiwać takimi definicjami w odniesieniu do wszystkich spraw z dziedziny obejmującej dofinansowanie ze środków unijnych w ramach polityki spójności. Pojęcie „beneficjenta” rozumiane szeroko mogło mieć znacznie szerszy zakres odniesienia niż wynikało to z intencji ustawodawcy. Nie było jednak żadnych podstaw, aby takiej definicji legalnej „beneficjenta” nadać zbyt szeroki zakres zastosowania. W tym względzie można było uznać, że odnosił się do innych regulacji ustawowych, stosowanych w związku z realizacją polityki spójności. Co więcej, w przypadku ustawy o Narodowym Planie Rozwoju taka definicja odnosiła się do wszystkich środków unijnych transferowanych do Polski – obejmowała ona nie tylko politykę spójności, ale również wspólną politykę rolną. Natomiast w przypadku definicji „beneficjenta” zawartej w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju była ona ograniczona do szeroko pojętej polityki spójności, która była realizowana w Polsce w ramach polityki rozwoju. Niewątpliwie zdefiniowane pojęcie „beneficjenta” wykraczało poza zakres ustawy o Narodowym Planie Rozwoju oraz ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, a także ustaw przyjętych na kolejne okresy programowania unijnego budżetu i obejmowało cały zakres aktów prawnych odnoszących się do takich obszarów unormowania, które miały charakter wspomagający wobec wdrażania polityki spójności. Tak zdefiniowane pojęcie „beneficjenta” mogło być zatem stosowane, a wręcz powinno było być stosowane, w odniesieniu do innych ustaw, które realizowały wymogi dotyczące funduszy unijnych. Pojęcie „beneficjenta” było używane jako uzupełnienie na potrzeby synchronizacji w zakresie stosowania z ustawą o finansach publicznych, choćby w odniesieniu do instytucji umowy o dofinansowanie projektu. Niewątpliwie definicja taka obejmowała też prawo zamówień publicznych oraz różnego rodzaju akty wykonawcze do tej ustawy (Nowicki 2012, 91–101; Szostak 2012, 139–159; Karwatowicz,

Lamch-Rejowska 2013; Piwowarczyk 2016, 95–106; Piwowarczyk 2017; Piwowarczyk 2019, 8–13).

W przypadku definicji legalnej „beneficjenta" równocześnie istniała konieczność uwzględnienia równolegle obowiązujących regulacji unijnych, które dotyczyły wydatkowania funduszy unijnych. W tym względzie zastosowanie krajowej definicji legalnej „beneficjenta" wiązało się z koniecznością równoczesnego zastosowania regulacji unijnych w ramach hybrydowego systemu, obowiązującego prawa administracyjnego na terenie wszystkich państw członkowskich (Kohtamäki 2019). Po pierwsze, dotyczyło to bezpośrednio i powszechnie obowiązujących w danej materii przepisów unijnych. Po drugie, również innych aktów prawnych o charakterze prawa miękkiego, które dotyczyły środków unijnych wydatkowanych na politykę spójności. Po trzecie, mogło to też dotyczyć takich przepisów unijnych, do których odesłanie zawierały uregulowania dokumentacji konkursowej. Takie przepisy miały niewątpliwie wpływ na ograniczenie zewnętrznego zakresu zastosowania definicji „beneficjenta" wprowadzonej w krajowym systemie prawnym.

5. ZAKOŃCZENIE

Wprowadzona przez ustawodawcę krajowego definicja „beneficjenta" niewątpliwie przechodziła pewną ewolucję z uwagi na konieczność jej dostosowania do potrzeb wdrażania każdego kolejnego budżetu unijnego. Ostatnie z wprowadzonych definicji w sposób wyraźny różnią się od wcześniej zastosowanych konstrukcji, odsyłając wprost do konkretnych przepisów unijnych. Wszystkie wspomniane definicje podlegały jednak wykładni systemowej określającej pozycję interpretowanych przepisów w systemie prawnym. Jednocześnie w każdym krajowym akcie normatywnym, w którym wprowadzono definicję legalną „beneficjenta" wyraźnie zastrzeżono, że dotyczyła ona określenia użytego w danej ustawie. Takie rozwiązanie wskazywało na wewnętrzny zakres obowiązywania definicji „beneficjenta" na potrzeby materii uregulowanej ustawowo. Zakres obowiązywania pojęcia „beneficjent" zawarty we wspomnianych ustawach krajowych nie miał wyłącznie charakteru wewnętrznego i wykraczał poza zakres aktów prawnych, którymi definicje zostały wprowadzone. Nie ma wątpliwości, że zakres ten rozciągał się również na wszystkie akty wykonawcze, a także inne dokumenty wyznaczające kierunki postępowania organów administracji względem podmiotów ubiegających się o dofinansowanie. Taka definicja obowiązywała również w odniesieniu do dokumentów o charakterze strategicznym, określających plany wydatkowania środków publicznych przeznaczonych na realizowaną politykę. Pomimo ustawowego zastrzeżenia wprowadzona definicja miała zatem szerszy zakres zastosowania. W istocie nie był on jednak niczym nieograniczony. W praktyce wprowadzona definicja obowiązywała w zakresie ustaw ją wprowadzających, ale także

w odniesieniu do innych aktów normatywnych w obszarze związanym z wdrażaną polityką spójności w systemie krajowym. W ten sposób również zewnętrzny zakres zastosowania definicji pozostał ograniczony. Poza tym wprowadzona definicja „beneficjenta” nie miała nigdy charakteru wyłącznego, gdyż wymagała pomocniczego uwzględnienia innych przepisów ustawy, którą została wprowadzona, a także pomocniczego uwzględnienia regulacji zawartych w ramach postępowania konkursowego, a więc w regulaminie konkursu, uzupełnieniach konkursu, a także w wytycznych ministerialnych o charakterze ogólnokrajowym. Takie uregulowania nie miały wprawdzie charakteru powszechnie obowiązującego, ale były traktowane jako źródła prawa administracyjnego wiążące w ograniczonym zakresie na potrzeby realizowanej polityki sektorowej. W tym względzie postulat przekazania sejmikom wojewódzkim ustawowych uprawnień do stanowienia prawa miejscowego o charakterze powszechnie obowiązujących został w sposób przedwczesny uznany za paraliżujący system wdrażania wsparcia ze środków unijnych, odbierając obecnemu uregulowaniu walor elastyczności (Sobczak 2016, 232). Wydaje się, że właśnie z uwagi na wykładnię systemową postulat przekazania sejmikom wojewódzkim uprawnień do tworzenia prawa miejscowego w zakresie dokumentów stanowiących podstawę realizacji regionalnych programów operacyjnych umożliwiłby zachowanie waloru elastyczności regulacjom obowiązującym w przedmiocie polityki spójności. Abstrahując od tej kwestii zasadniczo nie było podstaw do formułowania w systemie prawnym odrębnych definicji „beneficjenta” na potrzeby polityki spójności. Przesądzał o tym przede wszystkim powszechnie obowiązujący charakter przepisów ją wprowadzających. Niewątpliwie jednak stosowanie definicji „beneficjenta” musiało uwzględniać normatywne znaczenie pojęć cząstkowych definiowanego pojęcia używanych w aktach prawa powszechnie obowiązującego (Talaga 2022, 130–133). Niewątpliwie uwarunkowania wprowadzonej w krajowym systemie prawnym definicji „beneficjenta” wymagały uwzględnienia określonego w prawie wewnętrznym zakresu jej zastosowania, ale w dopuszczalnych granicach prawa powszechnie obowiązującego. Jednocześnie systemowe uwarunkowania wprowadzonej w krajowym systemie prawnym definicji legalnej „beneficjenta” wymagały uwzględnienia ograniczonego zewnętrznie zakresu jej zastosowania z uwagi na obszar unormowania polityki spójności wyznaczony zarówno przepisami prawa krajowego, jak i przepisami prawa unijnego. W konsekwencji, uwzględniając tak złożoną sytuację, stosowna konstrukcja zawierająca definicję legalną „beneficjenta” bezpośrednio odsyłającą do przepisów unijnych została utrwalona przez krajowego ustawodawcę dopiero przy wprowadzaniu kolejnych regulacji, dotyczących wdrażania funduszy unijnych w ramach nowego unijnego budżetu.

BIBLIOGRAFIA

Ajdukiewicz, Kazimierz. 2006. *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920–1936*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Andrzejewski, Marek. 2008. „Z wędrówek po pograniczu cywilistyki i prawa administracyjnego, czyli o ewolucji prawa pomocy społecznej". W *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego.* Red. Marek Andrzejewski, Lechosław Kociucki, Małgorzata Łączkowska, Anna Natalia Schultz. 505–509. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa.

Bartoszewicz, Michał. 2018. „Definicje legalne w świetle zasady określoności prawa". W *Dookoła Wojtek… Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*. Red. Ryszard Balicki, Mariusz Jabłoński. 355–364. Wrocław: Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Bielska-Brodziak, Agnieszka. 2008. „Kłopoty z definicjami legalnymi". W *System prawny a porządek prawny.* Red. Olgierd Bogucki, Stanisław Czepita. 159–174. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.

Borowicz, Konrad. 2008. *Zasady prowadzenia polityki rozwoju*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.

Borszowski, Paweł. 2017. „Definiowanie pojęć w prawie podatkowym jako ograniczenie obszaru nieostrości". *Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze* 8: 193.

Brzeziński, Bogumił. 2002. *Szkice z wykładni prawa podatkowego*. Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr.

Galetta, Diana-Urania. 2010. *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the „Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*. Heidelberg–Dordrecht–London–New York: Springer Verlag. https://doi.org/10.1007/978-3-642-12547-8

Halasz, Artur. 2019. *Definicje pojęć prawnych w ustawodawstwie dotyczącym podatków obrotowych*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Halasz, Artur. 2020. „Stosowanie definicji pojęć prawnych w prawie podatkowym – w poszukiwaniu woli ustawodawcy". *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 120(1): 599–607.

Karwatowicz, Grzegorz. Marta Lamch-Rejowska. 2013. *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*. Wrocław: Presscom.

Kmieciak, Zbigniew. 2015. „Idea procedur administracyjnych trzeciej generacji (na przykładzie postępowania w sprawach dofinansowania projektów w ramach programów operacyjnych)". *Państwo i Prawo* 5: 3–16.

Kohtamäki, Natalia. 2019. *Prawo hybrydowe w porządku normatywnym Unii Europejskiej*. Warszawa–Pułtusk: Oficyna Wydawnicza ASPRA.

Malinowski, Andrzej. 2006. *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*. Warszawa: Lexis Nexis.

McCormick, John. 2010. *Zrozumieć Unię Europejską*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Morawski, Lech. 2014. *Zasady wykładni prawa.* Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa.

Nowicki, Paweł. 2012. „Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych". W *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*. Red. Elżbieta Adamowicz, Jacek Sadowy. 139–159. Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.

Piwowarczyk, Agnieszka. 2016. „Umowa o dofinansowanie projektu w kontekście dodatkowych obowiązków w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych". *Przegląd Naukowy Disputatio* 21: 95–106.

Piwowarczyk, Agnieszka. 2017. *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.

Piwowarczyk, Agnieszka. 2019. „Wdrażanie Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko w procedurach Prawa zamówień publicznych”. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 11: 8–13. https://doi.org/10.33226/0137-5490.2019.11.2

Płeszka, Krzysztof. 1988. „Hierarchia w systemie prawa”. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z nauk politycznych* 33: 53.

Płowiec, Witold. 2006. *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*. Poznań: Wydawnictwo UAM.

Podkowik, Jan. 2012. „Charakter prawny wytycznych dotyczących programów operacyjnych finansowanych ze środków UE”. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 4: 69–86.

Pohl, Łukasz. Maciej Zieliński. 2011. „W sprawie rzetelności wiedzy o wykładni”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1: 10.

Pożdzik, Rafał. 2014. „Zasady wdrażania funduszy unijnych w latach 2014–2020”. *Europejski Przegląd Sądowy* 12: 4–10.

Prandota-Prandecka, Ewa. 2008. „Kontrakt socjalny jako narzędzie rozwiązywania trudnej sytuacji życiowej beneficjenta pomocy społecznej – zagadnienia wybrane”. W *Umowy w administracji*. Red. Jan Boć, Ludmiła Dziewięcka-Bokun. Wrocław: Kolonia Limited.

Saługa, Paweł. 2008. „Sposoby wyodrębniania definicji legalnych”. *Państwo i Prawo* 5: 76–86.

Sawczuk, Wojciech. 2017. „Stosowanie przez sądy administracyjne aktów pozostających poza konstytucyjnym systemem źródeł prawa – na przykładzie aktów regulujących politykę rozwoju”. W *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego sądu Administracyjnego*. Red. Jakub Królikowski, Jan Podkowik, Jarosław Sułkowski. 253–276. Warszawa: Wolters Kluwer.

Sobczak, Jacek. 2016. „Prawodawstwo samorządu województwa w zakresie prowadzenia polityki rozwoju w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”. *Studia Iuridica Lublinensia* 4: 221–234.

Stahl, Małgorzata. 2013. „Prawne formy działania administracji publicznej – ugody, porozumienia administracyjne, umowy publicznoprawne, publiczne, administracyjne, umowy cywilne”. W *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. Red. Małgorzata Stahl. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer Business.

Szoplińska, Agata. 2002. „Polityki wspólnotowe”. W *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*. Red. Andrzej Wróbel. 572–573. Kraków: Zakamycze.

Szostak, Ryszard. 2012. „O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich”. W *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych.* Red. Elżbieta Adamowicz, Jacek Sadowy. 139–159. Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.

Świstak, Marek. 2015. „Polityka regionalna”. W *Wybrane polityki publiczne Unii Europejskiej. Stan prawny i perspektywy*. Red. Marek Świstak, Jan Wiktor Tkaczyński. 57–97. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Talaga, Robert. 2012. „Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie prowadzenia polityki rozwoju”. W *Legislacja administracyjna. Teoria, orzecznictwo, praktyka*. Red. Zofia Duniewska, Małgorzata Stahl. 320–333. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.

Talaga, Robert. 2022. „Definicja legalna beneficjenta środków publicznych wydatkowanych w ramach polityki spójności”. *Acta Iuris Stetinensis* 1(37): 125–143. https://doi.org/10.18276/ais.2022.37-07

Wierczyński, Grzegorz. 2003. „Komentarz do § 9 Załącznika Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie ‘zasad techniki prawodawczej’”. W *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*. Red. Jarosław Warylewski. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Wierczyński, Grzegorz. 2016. *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
Wlaźlak, Katarzyna. 2009. „O swoistych źródłach prawa administracyjnego – wybrane problemy badawcze". W *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*. Red. Paweł Chmielnicki, Anna Dybała. 114–117. Warszawa: LexisNexis.
Wronkowska, Sławomira. Zygmunt Ziembiński. 2001. *Zarys teorii prawa*. Poznań: Wydawnictwo Ars Boni et Aequi.
Zieliński, Maciej. 2002. *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
Żurawik, Artur. 2021. *Wykładnia w prawie gospodarczym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Akty prawne

Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 260 ze zm.).
Ustawa z dnia 6.12.2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 225).
Ustawa z dnia 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 818).
Ustawa z dnia 28.04.2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. z 2022 r. poz. 1079).
Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 283).
Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30.07.2004 r. w sprawie przyjęcia strategii wykorzystania Funduszu Spójności na lata 2004–2006 (Dz.U. nr 176 poz. 1827).
Rozporządzenie z dnia 8.09.2004 r. Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie Uzupełnienia Sektorowego Programu Operacyjnego „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004–2006" (Dz.U. nr 207 poz. 2177 ze zm.).
Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 19.10.2005 r. w sprawie wzoru umowy o dofinansowanie projektu w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego „Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004–2006" w zakresie działania „Pilotażowy Program Leader +" (Dz.U. nr 217 poz. 1838).

Orzecznictwo

Orzeczenie TK z 18.10.1994 r., K 2/94, OTK ZU 1994, poz. 36.
Wyrok NSA z 10.05.2007 r., II FSK 739/06, LEX nr 339589.
Wyrok NSA z 23.08.2007 r., II OSK 1118/06, LEX 352065.
Wyrok NSA z 7.01.2009 r., I OSK 1872/07, LEX nr 528052.
Wyrok NSA z 9.12.2009 r., II FSK 1145/08, LEX nr 565811.
Wyrok NSA z 26.08.2010 r., II OSK 1297/09, LEX nr 1613214.
Wyrok NSA z 27.11.2015 r., II OSK 2253/15, LEX nr 2002180.
Wyrok WSA w Warszawie z 25.06.2008 r., V SA/Wa 45/08 LEX nr 566662.
Postanowienie WSA w Poznaniu z 17.08.2006 r., III SA/Po 545/06 LEX nr 911262.
Postanowienie WSA w Poznaniu z 17.08.2006 r., III SA/Po 460/06 LEX nr 911169.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.07

COPE Member since 2018 JM13714

*Damian Szeleszczuk**

https://orcid.org/0000-0002-7062-3145

ŚRODKI KARNE W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO Z DNIA 7 LIPCA 2022 ROKU – WYBRANE PROBLEMY[1]

Streszczenie. Przedmiotem artykułu są zmiany dotyczące środków karnych wynikające z nowelizacji Kodeksu karnego oraz niektórych innych ustaw z 7.07.2022 r. Dokonuje ona daleko idących przeobrażeń w systemie środków karnych. Zasadniczo zmierzają one do zwiększenia represyjności prawa karnego przez poszerzenie podstaw orzekania tych instrumentów polityki karnej i przez wprowadzenie rozwiązań ograniczających dyskrecjonalną władzę sędziego (obligatoryjny tryb orzekania wielu środków karnych). Celem artykułu jest próba oceny przyjętych rozwiązań przez pryzmat polityczno-kryminalnych założeń, uzasadniających wprowadzone zmiany, oraz kryteriów racjonalnego tworzenia prawa.

Słowa kluczowe: nowelizacja, kodeks karny, środki karne, polityka karna

PENAL MEASURES IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT TO THE PENAL CODE OF JULY 7, 2022 – SELECTED PROBLEMS

Abstract. The subject of the article are the changes regarding penal measures resulting from the amendment to the Penal Code and some other acts of July 7, 2022. They constitute a far-reaching interference in the system of penal measures. Basically, they aim at increasing the repressive nature of criminal law by extending the grounds for adjudicating these criminal policy instruments and by introducing solutions limiting the judge's discretionary power (mandatory mode of adjudicating many criminal measures). The aim of the article is an attempt to evaluate the adopted solutions through the prism of political and criminal assumptions justifying the introduced changes and the criteria of rational law-making.

Keywords: amendment, penal code, penal measures, penal policy

* Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katedra Prawa Karnego, d.szeleszczuk@wp.pl

[1] W opracowaniu pominięto zmiany dotyczące zakazu prowadzenia pojazdu, jak również modyfikacje w zakresie przepadku (stanowiącego odrębny od środków karnych instrument polityki karnej, ujęty w rozdziale Va KK). Są one przedmiotem odrębnego opracowania przygotowywanego przez autora.

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

1. ZAKRES ZMIAN

Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 7.07.2022 r.[2] (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600 ze zm.) przyniosła kolejne istotne modyfikacje w systemie środków karnych. Wpisuje się ona w ciąg zmian w Kodeksie karnym (Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm. – dalej jako KK) zainicjowanych w roku 2015 (Ustawa z dnia 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396), a następnie kontynuowanych w latach 2019 (Ustawa z dnia 13.06.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451. http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf – której konstytucyjność zakwestionował TK w wyroku z 14.07.2020 r., Kp 1/19, OTK-A 2020, nr 36) i 2021 (Ustawa z dnia 14.10.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2021 r. poz. 2054). Zmiany te, krytycznie oceniane przez doktrynę (Muszyńska 2020; Melezini 2020a; Melezini 2020b), wyznaczyły kierunek polityki karnej zmierzający do wyraźnego zaostrzenia represji karnej, którego ostatecznym celem jest całkowite przemodelowanie systemu sankcji przewidzianych za przestępstwa i ostateczne zerwanie z filozofią karania, która ukształtowała system środków penalnych w pierwotnej wersji KK z 1997 r.

W świetle nowelizacji zmiany w obszarze środków karnych polegają na:

a) uzupełnieniu katalogu powszechnych środków karnych o degradację i poszerzeniu podstaw jej orzekania (art. 39 pkt 9 KK w zw. z art. 43ba i 43 bb KK);

b) poszerzeniu podstaw orzekania pozbawienia praw publicznych za określone przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym (art. 40 § 2 pkt 2 KK);

c) nadaniu obligatoryjnego charakteru zakazowi zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi (art. 41 § 1a KK);

d) poszerzeniu podstaw orzekania zakazu zajmowania stanowiska lub wykonywania zawodu lub pracy w organach i instytucjach państwowych i samorządu terytorialnego, a także w spółkach prawa handlowego, w których Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego posiadają bezpośrednio lub pośrednio

[2] Pierwotnie ustawa miała wejść w życie 14.03.2023 r. Dla części przepisów KK i KPK (w tym określających podstawy orzekania przepadku pojazdu mechanicznego) określono odrębną datę wejścia w życia (14.12.2023 r.). Z kolei niektóre przepisy karno-wykonawcze miały wejść w życie dopiero 1.01.2026 r. Jednakże na podstawie art. 5 ustawy z dnia 26.01.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 403), wydłużono okres *vacatio legis*, przyjmując jako zasadniczy termin wejścia w życie 1.10.2023 r. Datę wejścia w życie przepisów, które miały obowiązywać od 14.12.2023 r. przesunięto na 14.03.2024 r., pozostawiając bez zmian (1.01.2026 r.) datę wejścia w życie niektórych przepisów KKW.

przez inne podmioty co najmniej 10% akcji lub udziałów (art. 41 § 1aa i art. 41 § 1ab KK);

e) poszerzeniu podstaw orzekania zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Istota modyfikacji sprowadza się do zmiany podstawy orzekania środka karnego przewidzianego w art. 41a § 1a KK z fakultatywnej na obligatoryjną, jeżeli taki wniosek złoży pokrzywdzony, a w przypadku gdy sprawca zostanie skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, orzeczenie takich środków będzie obligatoryjne zawsze, nie tylko gdy pokrzywdzonym będzie małoletni (art. 41 § 1a i 41a § 2 KK);

f) poszerzeniu zakresu stosowania obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów (art. 42 § 2 i 3 KK);

g) poszerzeniu podstaw orzekania świadczenia pieniężnego w razie skazania za udział w bójce lub pobiciu (art. 43a § 4 KK).

2. *RATIO LEGIS*

Deklarowanym założeniem, które legło u podstaw prac nad nowelizacją KK, była potrzeba wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne, jak życie i zdrowie człowieka, wolność, wolność seksualna i własność. Celowi temu podporządkowane jest zaostrzenie odpowiedzialności karnej za: najpoważniejsze przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, w szczególności na szkodę małoletnich, przestępstwa drogowe popełniane w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, przestępstwa popełniane w ramach zorganizowanych grup przestępczych. Jego realizacji ma służyć odpowiednie ukształtowanie rodzaju i wysokości sankcji karnej grożącej za dany typ przestępstwa, uwzględniające potrzebę surowej represji wobec sprawców czynów o wysokim stopniu karygodności, ale w sposób, który nie przekracza stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz winy sprawcy (Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22.02.2022 r., druk nr 2024, s. 1. https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024 – dalej jako Uzasadnienie 2022). Jak podkreśla się w motywach ustawodawczych, przewidywane dotychczas sankcje za przestępstwa najcięższe, skierowane przeciwko dobrom prawnym o wysokiej randze w hierarchii dóbr prawnych, nie odzwierciedlają w pełni stopnia społecznej szkodliwości tych przestępstw, prowadząc do zbyt łagodnego traktowania ich sprawców, i nie realizują w dostatecznej mierze funkcji prewencyjnej kary. Nie zapewniają również właściwej ochrony pokrzywdzonego. Właściwe ukształtowanie zagrożeń karnych pozwala na lepsze zabezpieczenie praw pokrzywdzonego i ochronę jego godności,

jak również ochronę całego społeczeństwa przed sprawcami najcięższych przestępstw (Uzasadnienie 2022, 3).

Racjonalizacji dla podniesienia stopnia represyjności systemu prawa karnego dostarcza projektodawcom pozytywna funkcja sprawiedliwościowej teorii proporcjonalności wywodzona z art. 31 ust. 3 Konstytucji, której towarzyszy nakaz zapewnienia dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych zarówno o charakterze indywidualnym, jak i kolektywnym. Według autorów projektu zaniechanie ustanowienia odpowiedniej ochrony praw człowieka lub innych interesów jednostki można traktować jako szczególną formę ingerencji w dane prawo lub interes (Uzasadnienie 2022, 2). Powyższe okoliczności uzasadniają podjęcie działań legislacyjnych zmierzających do zwiększenia surowości sankcji karnych i ukształtowania instytucji wpływających na wymiar kary w taki sposób, że ukierunkowują one decyzję sądu w stronę ograniczenia możliwości korzystania z redukowania sankcji karnej lub rozszerzają możliwość zwiększenia represji karnej wobec sprawców przestępstw o wysokim stopniu karygodności.

Racjonalizacja ta jest jednak nieprzekonująca przede wszystkim ze względu na brak przesłanek wskazujących na niekorzystne zmiany aktualnego obrazu przestępczości, które wymagałyby aż tak radykalnego zaostrzenia represji karnej. Przyjętym rozwiązaniom można zarzucić, że nie spełniają kryteriów racjonalnego tworzenia prawa (Zoll 2011) zarówno w zakresie wskazywanych celów jej uchwalenia, jak i środków dobranych do osiągnięcia tych celów (Giezek et al. 2022). Oparcie się na badaniach opinii publicznej (Siemaszko et al. 2018), jak również statystyczny obraz przestępczości, wyłaniający się z opracowania *Prawomocnie skazani dorośli według rodzajów przestępstw w latach 2014–2018* (stanowiącego część uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 22.02.2022 r., druk nr 2024, s. 109. https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024), świadczący nie o wzroście, ale o systematycznej redukcji przestępczości przeciwko najpoważniejszym dobrom (eksponowanym przez projektodawcę) dowodzą, że motywy uchwalonych zmiany miały charakter emocjonalny, a nie racjonalny (Limburska, Lipiński 2020). Wiele rozwiązań wynikających z nowelizacji, odnoszących się do środków karnych, zdaje się potwierdzać tę intuicję.

3. DEGRADACJA

Istotnym *novum* jest obecność w katalogu środków karnych degradacji (art. 39 pkt 9). Zmianę tę motywowano okolicznością, że przepisy części wojskowej KK nie mogą być stosowane przez sądy powszechne orzekające w sprawach żołnierzy rezerwy i żołnierzy w stanie spoczynku, którzy popełnili przestępstwo w czasie, kiedy nie byli już żołnierzami w służbie czynnej. Realizacja tego

standardu spowodowała konieczność określenia podstaw stosowania tego środka karnego w części ogólnej KK (Uzasadnienie 2022, 13).

Przeniesienie degradacji do katalogu środków karnych o charakterze powszechnym spowodowało konieczność uchylenia art. 324 § 1 pkt 3 KK. Jednocześnie dotychczasowe treści normatywne, wyrażone w art. 327 KK (określającym treść oraz przesłanki stosowania tego środka karnego) i w 328 KK (określającym tryb oraz zakres podmiotowy), wraz z pewnymi modyfikacjami, zostały przeniesione do rozdziału V KK, do art. 43ba i 43bb KK. Istota zmian dotyczących degradacji sprowadza się do tego, że poszerzony został zakres podmiotowy jej stosowania, a ponadto zrezygnowano z przesłanki w postaci działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej stanowiącej egzemplifikację utraty przez sprawcę właściwości wymaganych do posiadania stopnia wojskowego.

W pierwszym rzędzie nowela przewiduje możliwość orzeczenia degradacji nie tylko wobec osoby, która w czasie popełnienia czynu zabronionego była żołnierzem w służbie czynnej, ale również wobec osoby, która była żołnierzem rezerwy lub żołnierzem w stanie spoczynku. W stanie prawnym obowiązującym do dnia wejścia w życie przedmiotowej nowelizacji sąd mógł orzec degradację tylko wobec osoby, która w chwili popełnienia czynu zabronionego była żołnierzem, chociażby przestała nim być w chwili orzekania (art. 328). Nie było więc możliwości orzeczenia tego środka karnego wobec żołnierzy rezerwy oraz żołnierzy w stanie spoczynku, jeżeli w czasie czynu nie byli żołnierzami (w służbie czynnej). Taki stan rzeczy prowadził do nieuzasadnionego uprzywilejowania żołnierzy rezerwy i żołnierzy w stanie spoczynku.

Druga istotna zmiana dotyczy podstaw orzekania degradacji. Przypomnieć trzeba, że na gruncie stanu prawnego poprzedzającego wejście w życie analizowanej nowelizacji sąd mógł orzec degradację w razie skazania za przestępstwo umyślne, jeżeli rodzaj czynu, sposób i okoliczności jego popełnienia pozwalają przyjąć, że sprawca utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego, a zwłaszcza w wypadku działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 327 § 2 KK). Pierwotny projekt nowelizacji KK z dnia 16.09.2021 r. (Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12351306/12815606/12815607/dokument521206.pdf (dostęp: 23.11.2022)) zakładał, że sąd będzie mógł orzec degradację w razie skazania za przestępstwo umyślne, jeżeli rodzaj czynu, sposób i okoliczności jego popełnienia pozwalają przyjąć, że sprawca utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego, a zwłaszcza w wypadku popełnienia przestępstwa na szkodę Skarbu Państwa. Rozwiązanie przyjęte w uchwalonej 7.07.2022 r. ustawie zakłada, że sąd może orzec degradację w razie skazania za przestępstwo umyślne, jeżeli rodzaj czynu, sposób i okoliczności jego popełnienia pozwalają przyjąć, że sprawca utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego. Można zauważyć, że projektodawca zrezygnował ze zwrotu „zwłaszcza". Stanowi on typową partykułę kontekstową, której funkcją jest uszczegółowienie treści

poprzedzających. Jednocześnie zawiera ona w sobie pewne treści preferencyjne, stanowiące egzemplifikację desygnatów tworzących zbiór sytuacji świadczących o utracie właściwości wymaganych do posiadania stopnia wojskowego. Proces legislacyjny pokazuje, że znalezienie uniwersalnej formuły pozwalającej skonkretyzować najbardziej ewidentne przypadki utraty właściwości wymaganych do posiadania stopnia wojskowego jest bardzo trudne. Ostatecznie ustawodawca zrezygnował z niej, pozostawiając sądowi swobodę oceny konkretnych przypadków przez pryzmat jedynie sposobu i okoliczności popełnienia przestępstwa. Jest to rozwiązanie jak najbardziej słuszne.

4. POZBAWIENIE PRAW PUBLICZNYCH

Zmiana wynikająca z art. 1 pkt 8 nowelizacji jest ściśle zintegrowana ze zmianami w części szczególnej KK. W ustawie z dnia 7.07.2022 r. przewidziano dodanie w rozdziale XXXVI KK art. 306b określającego w § 1 i § 2 typy kwalifikowane wymienionych w nim przestępstw, ujętych w art. 296 § 1 lub 2, art. 296a § 1 lub 4, art. 299 § 1, 2, 5 lub 6, lub w art. 303 § 1 KK. Znamionami kwalifikującymi jest działanie w stosunku do mienia o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości (art. 306b § 1 KK) oraz o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości (art. 306b § 2 KK) albo spowodowanie szkody w rozmiarach odpowiadających takim wysokościom. Czyny te, ze względu na wysoki stopień szkodliwości społecznej i gradację typów kwalifikowanych, zostały zaliczone do kategorii zbrodni i zagrożone odpowiednio surowszymi karami: od 3 do 20 lat pozbawienia wolności oraz od 5 do 25 lat pozbawienia wolności. Nowelizacja zakłada więc poszerzenie podstaw orzekania pozbawienia praw publicznych o nowo dodane typy kwalifikowane przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym. Ponadto rozszerzono podstawy orzekania pozbawienia praw publicznych w stosunku do wszystkich typów rodzajowych przestępstwa z art. 305 KK. Dotychczas orzekanie było ograniczone do przestępstw stypizowanych w art. 305 § 1 i 2 KK.

Wymaga podkreślenia, że to kolejna w krótkim odstępie czasu zmiana odnosząca się do pozbawienia praw publicznych. Poprzednia, wynikająca z nowelizacji Kodeksu karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 14.10.2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2054), doprowadziła do modyfikacji ustawowego modelu orzekania tego środka karnego poprzez dodanie alternatywnej i całkowicie niezależnej od dotychczasowej podstawy jego stosowania ujętej w art. 40 § 2 pkt 2. Z założenia miała ona umożliwić orzekanie tego środka karnego za przestępstwa korupcyjne, jednakże już wtedy wyrażano obawy, że w przyszłości katalog tych przestępstw może być dowolnie uzupełniany przez ustawodawcę o typy rodzajowe niezwiązane z korupcją (Szeleszczuk 2022a). Nowelizacja z 2022 r. zdaje się

potwierdzać te obawy. Cel nowelizacji w zakresie pozbawienia praw publicznych nie został wyeksponowany w motywach ustawodawczych, jednakże zdaje się on nie budzić wątpliwości w świetle przyjętych rozwiązań. Jest nim zaostrzenie represji w stosunku do sprawców przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym. Przyjęte rozwiązania jeszcze bardziej odrywają pozbawienie praw publicznych od polityczno-kryminalnych korzeni, które determinowały normatywny kształt tego środka karnego z chwilą uchwalenia KK z 1997 r.

5. ZMIANY W USTAWOWYM SYSTEMIE ŚRODKÓW SŁUŻĄCYCH OCHRONIE MAŁOLETNICH

Projektowane regulacje wpisują się w kierunki zmian w prawie karnym, zainicjowane w 2005 r., które poprzez zwiększenie represyjności prawa karnego, poszerzenie obszaru kryminalizacji o czyny znajdujące się „na przedpolu" naruszenia dobra prawnego oraz wprowadzenie rozwiązań o charakterze ochronno-prewencyjnym w postaci nowych środków karnych, środków zabezpieczających oraz ograniczenie możliwości zatarcia skazania, zmierzały do wzmożenia prawnokarnej ochrony małoletnich (Wiak 2012). Nowelizacja z 2022 r. stanowi kontynuację tego procesu. W swoich założeniach zmierza ona w istocie do uszczelnienia systemu ochrony małoletnich. Zmiany w tym obszarze dotyczą zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, jak również zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu oraz nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym.

Zmiany dotyczące zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, są analogiczne do tych przewidzianych w ustawie z dnia 13.06.2019 r. Obejmują przepis § 1a art. 41 KK, który określa przesłanki i tryb orzekania zakazu ujętego w art. 39 pkt 2a KK. W zakresie przesłanek orzekania zakazu nowelizacja nie przewiduje żadnych zmian. Od dnia 1.10.2017 r. – tj. od czasu wejścia w życie nowelizacji KK wynikającej z ustawy z dnia 13.05.2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 152) – przesłankami orzeczenia zakazu są: skazanie na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego oraz skazanie za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Nowelizacja zakłada natomiast ujednolicenie trybu

orzekania tego środka karnego, przewidując, że będzie on miał charakter wyłącznie obligatoryjny. W dotychczasowym stanie prawnym zakaz występował w postaci fakultatywnej bądź obligatoryjnej. Możliwość jego terminowego lub dożywotniego zastosowania zachodziła w razie skazania za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. Obowiązek jego orzeczenia powstawał w razie pierwszego skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. W tym wypadku sąd mógł orzec zakaz terminowo lub dożywotnio. Ponowne skazanie za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na karę pozbawienia wolności lub za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego uzasadniało orzeczenie dożywotniego zakazu. Wprowadzenie obligatoryjnego trybu orzekania środka karnego istotnie zwiększa represyjność uregulowań, prowadząc do zaostrzenia polityki karnej (Melezini 2013). Rozwiązanie takie niemal zawsze spotyka się z krytyką ze strony doktryny. Przy tej okazji podnoszone są zarzuty ograniczenia konstytucyjnej kompetencji sądu do sprawowania wymiaru sprawiedliwości, jak i wprowadzenia sankcji bezwzględnie oznaczonej. Nałożenie obowiązku orzeczenia tego środka karnego ogranicza zakres swobody orzeczniczej sądu (Daniluk 2022), czyniąc go jedynie „ustami ustawy" i uniemożliwiając indywidualizację wymiaru kary. Zabieg taki, redukując elastyczność wymiaru sprawiedliwości, jest odczytywany jako wyraz swoistego braku zaufania do sądów (Kaczmarek 1998) i traktowany jako typowy przykład kształtowania polityki karnej w drodze ustawodawczej (Gardocki 1979). Taka metoda oddziaływania na politykę karną rodzi niebezpieczeństwo dehumanizacji odpowiedzialności karnej w dwojakim znaczeniu: po pierwsze, w sensie oderwania się przy wymiarze kary od cech indywidualnego sprawcy i traktowania go w kategoriach jednostki statystycznej – jednego ze sprawców czynów określonego rodzaju; po drugie, istnieje także ryzyko dehumanizacji w takim znaczeniu, że wymiar sprawiedliwości nabiera cech automatyzmu poprzez fakt, że redukuje się wpływ sędziego na wymiar kary, co sprawia, że czuje się on mniej odpowiedzialny za tę część wyroku (Gardocki 1979; Melezini 2013). Dokonując oceny przyjętej regulacji, trzeba zaznaczyć, że nawet uwzględniając specyfikę czynów wskazanych w art. 41 § 1a KK, decyzja o nadaniu obligatoryjnego charakteru temu środkowi karnemu i pozbawienie sądu wpływu na jego orzeczenie i możliwości uwzględnienia okoliczności konkretnej sprawy nie były uzasadnione (Szeleszczuk 2019).

Zmiany dotyczące zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu (art. 39 pkt 2b KK) polegają na dodaniu do art. 41a KK nowej jednostki redakcyjnej w postaci § 1a. Ponadto obejmują również przepis art. 41a § 2 KK. Dodatkowo zdecydowano się na doprecyzowanie treści zakazu kontaktowania się z określonymi osobami (art. 41a § 6 KK).

Nowo dodany art. 41a § 1a KK określa nową postać obligatoryjnego trybu orzekania zakazu. W razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności sąd, na wniosek pokrzywdzonego, zobligowany jest orzec zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym, zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego lub nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Zakaz lub nakaz może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu, a zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego – również kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego. Zauważyć trzeba, że, inaczej niż to miało miejsce w projekcie z 22.02.2022 r., złożenie wniosku nie zostało ograniczone przedmiotowo do przestępstw przeciwko wolności seksualnej, ale obejmuje również skazanie za przestępstwa przeciwko obyczajności. Skazania za przestępstwa przeciwko wolności oraz za umyślne przestępstwa z użyciem przemocy nie uzasadniają orzeczenia tego środka karnego w trybie wnioskowym. Zgodnie ze znowelizowanym art. 49a § 2 Kodeksu postępowania karnego (Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm. Dalej jako KPK) wniosek może być złożony przez pokrzywdzonego aż do zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej. Wniosek powinien odpowiadać wymogom pisma procesowego (art. 119 KPK). Może on być złożony pisemnie lub ustnie do protokołu. Wniosek może być złożony przez pokrzywdzonego. Jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczą pokrzywdzony pozostaje. Jeżeli pokrzywdzonym jest osoba nieporadna, w szczególności ze względu na wiek lub stan zdrowia, jego prawa może wykonywać osoba, pod której pieczą pokrzywdzony pozostaje (art. 51 § 2 i 3 KPK). Wnioskowy tryb orzekania przedmiotowego środka karnego niewątpliwie przyczyni się do poszerzenia zakresu ochrony pokrzywdzonego i zwiększy poczucie jego bezpieczeństwa. Z drugiej strony rozwiązanie to ograniczy zakres swobody sądu. Sąd bowiem będzie związany treścią wniosku pokrzywdzonego, co z kolei może budzić wątpliwości w zakresie niedopuszczalnego krępowania władzy sądowniczej i prowadzić do nieproporcjonalnego ograniczenia prawa oskarżonego do sądu z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP (uwagi RPO skierowane w dniu 15.07.2022 r. do Senatu w piśmie II. 510.1043.2021.PZ. https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,1368.html (dostęp: 23.11.2022)). Samo w sobie związanie sądu wnioskiem pokrzywdzonego w skrajnych sytuacjach także może prowadzić do nadużyć i manipulacji ze strony pokrzywdzonego, tym bardziej że wnioskowy tryb nie został ograniczony do sytuacji, w których środek karny mógłby być zastosowany jedynie wobec sprawców skazanych na bezwzględną karę pozbawienia wolności. Przy ocenie tego rozwiązania nie można tracić z pola widzenia faktu, że jego dolegliwość jest poważna, tym bardziej że może być połączona z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu

w określonych odstępach czasu, a zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego może być kontrolowany w systemie dozoru elektronicznego.

Odnośnie do art. 41a § 2 KK trzeba zauważyć, że jego normatywna zawartość obejmuje określenie przesłanek orzekania obligatoryjnego zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. W dotychczasowym kształcie obowiązek ten był uzależniony od skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Nowelizacja przewiduje poszerzenie zakresu zastosowania środka karnego określonego w art. 41a § 2 KK poprzez stworzenie podstaw do jego orzeczenia nie tylko w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, ale także na szkodę każdej osoby.

Odnotować należy, że w ustawie z dnia 13.06.2019 r. uznano, że orzekania przedmiotowego środka karnego w sytuacji popełnienia przestępstwa skierowanego przeciwko obyczajności, a nie indywidualnym pokrzywdzonym, nie da się niekiedy należycie powiązać z charakterem przestępstwa (np. rozpowszechnianie pornografii), i w konsekwencji zrezygnowano z obligatoryjnego orzekania tych środków za przestępstwa przeciwko obyczajności. Zabieg ten nie spotkał się z jednoznaczną oceną. Z jednej strony podkreślano, że dotychczasowe rozwiązanie było nadmiernie restrykcyjne, co zresztą zauważano w piśmiennictwie, postulując ograniczenie zakresu tego środka karnego do skazania za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej (Marek 2005). Z drugiej strony, uwzględniając regulacje Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka z 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 120 poz. 526 z późn. zm.), wyrażano wątpliwości, czy przyjęte rozwiązania nie wpłyną negatywnie na zakres ochrony małoletniego (Opinia Rządowego Centrum Legislacji z dnia 14.02.2019 r. dotycząca projektu ustawy z dnia 25.01.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565603/12565606/dokument383421.pdf (dostęp: 23.11.2022)). Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek podejmowania odpowiednich kroków w sferze ustawodawczej, zmierzających do ochrony dziecka przed każdą formą przemocy, w tym wykorzystywania w celach seksualnych (art. 19). W świetle art. 34 konwencji państwa-strony zobowiązują się do ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych. Dla osiągnięcia tych celów państwa-strony podejmą w szczególności właściwe kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania: a) nakłanianiu lub zmuszaniu dziecka do jakichkolwiek nielegalnych działań seksualnych; b) wykorzystywania dzieci do prostytucji lub innych nielegalnych praktyk seksualnych; c) wykorzystywania dzieci w pornograficznych przedstawieniach i materiałach. Wydaje się, iż obawa, że takie

rozwiązania mogłyby wprowadzić istotny wyłom w ochronie pokrzywdzonych, prowadzący do dekompozycji systemu ochrony małoletnich, sprawiła, że zakresem tego środka karnego objęto również przestępstwa przeciwko obyczajności.

Dokonując oceny zmian wynikających z noweli KK z 2022 r., nie można pomijać *ratio legis*, które uzasadniało wprowadzenie przedmiotowego środka karnego do KK w 2005 r. Uzasadnieniem wprowadzenia omawianej instytucji do katalogu środków karnych było wzmożenie ochrony osób małoletnich przed osobami dopuszczającymi się z pobudek seksualnych groźnych przestępstw o charakterze pedofilskim. W kształcie nadanym nowelą z 2022 r. środek ten odrywa się od motywów ustawodawczych, które determinowały jego przyjęcie. Wydaje się, że na zmianę polegającą na stworzeniu podstaw do orzeczenia przedmiotowego środka karnego nie tylko w stosunku do sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej popełnionego na szkodę małoletniego, ale także każdej innej osoby, należy patrzeć przez pryzmat eksponowanych przez projektodawcę celów, mających uzasadnić nowelizację. Decydujące znaczenie przyznano funkcji ochronnej i – co się z tym wiąże – należytemu zabezpieczeniu pokrzywdzonego przestępstwem oraz potencjalnych ofiar. Prymat funkcji ochronnej zdecydował o nadaniu bardziej uniwersalnego charakteru temu środkowi karnemu, nieograniczonego do jednej kategorii sprawców.

W art. 41a § 6 KK ustawodawca doprecyzował treść zakazu kontaktowania się z określoną osobą. Zgodnie z nowym przepisem zakaz kontaktowania się z określoną osobą obejmuje wszelkie czynności, związane z próbą nawiązania kontaktu z osobą chronioną, w tym te podejmowane przez skazanego za pośrednictwem innej osoby lub z wykorzystaniem sieci teleinformatycznej. Chodzi więc o zachowania będące w swojej istocie usiłowaniem nawiązania kontaktu z osobą chronioną, a więc o wszelkie umyślne działania, zmierzające do nawiązania kontaktu. Egzemplifikacją takiego zachowania jest wspomniana próba kontaktowania się przez inną osobę oraz za pośrednictwem systemu informatycznego, ale zakaz obejmuje również inne formy kontaktowania się z osobą chronioną. W świetle tego przepisu naruszeniem zakazu kontaktowania się będzie próba ustalenia adresu e-mail, próba kontaktu za pośrednictwem portali społecznościowych, komunikatorów, a także innych aplikacji umożliwiających kontakt zarówno werbalny, jak i wizualny. Mimo stanowczego i bezwarunkowego charakteru komentowanego przepisu można podać w wątpliwość, czy będzie naruszeniem zakazu kontaktowania się z inną osobą sytuacja, w której dochodzi do wymiany korespondencji pomiędzy sprawcą a osobą chronioną, dotyczącej spraw urzędowych, dokonywanej za pośrednictwem profesjonalnego pełnomocnika (Marek 2010). Choć literalna wykładnia przemawia za przyjęciem, że i taki kontakt będzie stanowił pogwałcenie zakazu, to jednak muszą istnieć mechanizmy umożliwiające załatwienie spraw urzędowych wymagających kooperacji obydwu stron i dobrze byłoby, aby były one ustawowo określone (np. ustawowy katalog określający wypadki, w których kontakt z pokrzywdzonym nie stanowiłby naruszenia zakazu).

W motywach ustawodawczych podkreślono, że przyjęte rozwiązania opierają się na założeniu, że przestępstwa, za które można orzec wskazane środki karne, odznaczają się na tyle wysokim stopniem społecznej szkodliwości czynu, że zarówno w płaszczyźnie represyjnej, jak i płaszczyźnie prewencyjnej konieczne jest wyłączenie na określony czas w stosunku do sprawcy możliwości podejmowania określonej aktywności zawodowej lub społecznej, tudzież ograniczenie w korzystaniu przez skazanego z jego konstytucyjnych swobód. Nie można w końcu pomijać, że wzgląd na skuteczną realizację funkcji ochronnej oraz, co się z tym wiąże, należyte zabezpieczenie pokrzywdzonego przestępstwem oraz potencjalnych ofiar wymaga wprowadzenia obligatoryjnego – niezależnego od uznania sędziowskiego – trybu orzekania tych środków. Tylko w ten sposób zostanie zrealizowany zamierzony przez ustawodawcę profilaktyczny cel środków karnych, określony jako „ochrona przed kontynuowaniem działalności przestępczej przez osoby, które z pobudek seksualnych dopuszczają się groźnych przestępstw" (Uzasadnienie 2022, 11–112).

6. ZAKAZ ZAJMOWANIA STANOWISKA LUB WYKONYWANIA ZAWODU LUB PRACY W ORGANACH I INSTYTUCJACH PAŃSTWOWYCH I SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO, A TAKŻE W SPÓŁKACH PRAWA HANDLOWEGO, W KTÓRYCH SKARB PAŃSTWA LUB JEDNOSTKA SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO POSIADAJĄ BEZPOŚREDNIO LUB POŚREDNIO PRZEZ INNE PODMIOTY CO NAJMNIEJ 10% AKCJI LUB UDZIAŁÓW (ART. 41 § 1AA I ART. 41 § 1AB KK)

Zmiany dotknęły także środek karny, jaki został wprowadzony do systemu środków karnych ustawą z dnia 14.10.2021 r., która weszła w życie w dniu 1.01.2022 r. Podstawowym celem tego instrumentu polityki karnej miało być przeciwdziałanie korupcji. Miał on przyczynić się do zwiększenia jawności i transparentności życia publicznego oraz podnoszenia wymagań etycznych wobec osób pełniących funkcje publiczne. Równie istotnym motywem nowelizacji było „zaostrzenie konsekwencji karnych popełnienia przestępstw korupcyjnych" (Szeleszczuk 2022b). Szybko okazało się, że środek ten w ocenie ustawodawcy może być wykorzystany również jako instrument służący zwalczaniu przestępczości gospodarczej i zaostrzeniu represji w stosunku do sprawców tej kategorii przestępstw.

Nowelizacja zakłada poszerzenie podstaw orzekania przedmiotowego środka karnego o nowo dodane typy kwalifikowane przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym. Ponadto rozszerzono podstawy jego orzekania w stosunku do wszystkich typów rodzajowych przestępstwa z art. 305 KK. Dotychczas orzekanie było ograniczone do przestępstw stypizowanych w art. 305 § 1 i 2 KK. W praktyce nie można wykluczyć sytuacji, w której dojdzie do zbiegu podstaw orzekania pozbawienia

praw publicznych oraz środka karnego, o którym mowa w art. 39 pkt 2aa KK. Brak mechanizmów ograniczających możliwość kumulowania środków karnych sprawia, że wymierzając karę, sąd powinien uwzględnić sumę dolegliwości mającą w konsekwencji realizować cele kary. Nie może być bowiem wątpliwości, że ilekroć obok kary orzekany jest jednocześnie środek karny, tworzy się karę o nowej jakości (Szewczyk 1988), co powinno dawać asumpt do kompleksowego ujmowania dolegliwości jako sumy wynikającej z zastosowania kary oraz środków karnych. Suma tej dolegliwości nie powinna przekraczać stopnia winy (wyr. SN z 17.04.1973 r., V KRN 595/72, OSNKW 1973, nr 12, poz. 154). Rolą sądu jest więc odpowiedni dobór poszczególnych składników orzeczenia, ażeby zostały zrealizowane dyrektywy wymiaru kary (Zabłocki 1977). Sytuacja, gdy dolegliwość wynikająca z orzeczonych przez sąd kar i środków karnych będzie nadmierna, tzn. zbyt surowa, może być podstawą zarzutu rażącej niewspółmierności kary, co stanowić może tzw. względną przyczynę odwoławczą w rozumieniu art. 438 pkt 4 KPK (uchw. SN z 23.04.2002 r., I KZP 12/02, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 50). Za jak najbardziej słuszne, w kontekście sprawiedliwości kary, uznaje się także konieczność uwzględnienia całokształtu ujemnych konsekwencji czynu, które dotykają sprawcę, w tym także i tych wynikających z innych przepisów, norm moralnych i społecznych (Buchała, Zoll 1998). Dopiero takie całościowe ujęcie odpowiada w pełni zasadzie proporcjonalności.

7. ZMIANY DOTYCZĄCE ZAKAZU PROWADZENIA POJAZDÓW

Nowelizacja objęła również przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Konsekwencją tych zmian stała się także konieczność uzupełnienia podstaw orzekania obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów (art. 42 § 2 i 3 KK). Zmiany te są w dużej mierze wzorowane na rozwiązaniach przyjętych w ustawie z dnia 13.06.2019 r. z analogicznym uzasadnieniem (Szeleszczuk 2019). Różnice mają, jak się wydaje, charakter redakcyjny i, jak się zauważa, wynikają z uwzględnienia krytycznych uwag adresowanych do projektodawców przez środowiska naukowe (Daniluk 2021).

8. ZMIANY DOTYCZĄCE ŚWIADCZENIA PIENIĘŻNEGO

Projekt nowelizacji KK z 22.02.2022 r. przewidywał obligatoryjne orzeczenie świadczenia pieniężnego w razie skazania za udział w pobiciu (art. 158 § 4 projektu). Na dalszym etapie prac legislacyjnych zrezygnowano z rozwarstwienia odpowiedzialności za bójkę i pobicie. Ujednolicono podstawy orzekania świadczenia pieniężnego, które miało być orzekane nie tylko w razie skazania za branie udziału w bójce, jak i w pobiciu (art. 158 § 1–3), ale również w razie skazania

za przestępstwo z art. 159 KK (art. 158 § 4). Dalsze prace legislacyjne zaowocowały przeniesieniem podstaw orzekania świadczenia pieniężnego w razie skazania za przestępstwa z art. 158 i 159 KK do części ogólnej KK (art. 43a § 4 KK). Zaproponowano wówczas, aby nadać świadczeniu pieniężnemu charakter fakultatywny, a jego wysokość miała nie przekraczać 5 tys. zł. Środek ten miał być orzekany obok obligatoryjnej nawiązki (art. 158 § 4 KK). W materiałach legislacyjnych trudno dopatrzeć się uzasadnienia dla wprowadzenia samoistnej podstawy orzekania świadczenia pieniężnego w razie skazania za udział w bójce lub pobiciu, o których mowa w art. 158 lub art. 159 KK. Wydaje się, że zmianę tę należy łączyć z deklarowaną przez projektodawców potrzebą wzmocnienia ochrony w zakresie czynów godzących w najistotniejsze dobra, jak życie i zdrowie człowieka.

Trzeba przyznać, że wprowadzenie nowej podstawy orzekania świadczenia pieniężnego pogłębia proces odrywania tej instytucji od pierwotnych, polityczno-kryminalnych racji, które uzasadniały jej wprowadzenie do KK z 1997 r. W swoich założeniach świadczenie pieniężne miało być środkiem karnym o charakterze dolegliwości finansowej o znaczeniu symbolicznym, stanowiącym wyraz dezaprobaty wobec sprawcy, który nie zasługuje na karę *sensu stricto* (Leciak 2017). Późniejsze zmiany w ustawowym modelu orzekania świadczenia pieniężnego, poprzez rozbudowanie katalogu przypadków jego orzekania i nadanie mu charakteru obligatoryjnego w razie skazania za określone przestępstwa, podkreśliły represyjny charakter tego środka karnego (Leciak 2004, 2010). Potwierdzeniem tych tendencji jest analizowana nowelizacja art. 43a KK[3].

[3] W kontekście art. 43a § 3 KK w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 7.07.2022 r. warto zwrócić uwagę na poważne wątpliwości interpretacyjne, związane z uchwaleniem w dniu 5.08.2022 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855), która weszła w życie 1.01.2023 r. Na podstawie art. 7 ustawy z dnia 5.08.2022 r. znowelizowano KK, m.in. przez dodanie § 3 do art. 43a w brzmieniu: „W razie skazania sprawcy za przestępstwo określone w art. 178a § 4, art. 202 § 3, 4 lub 4a, art. 258 § 2, 3 lub 4, art. 263 § 1 sąd orzeka świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w wysokości co najmniej 10 000 złotych, do wysokości określonej w § 1". Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której dwie ustawy dodawały do art. 43a nową jednostkę redakcyjną (§ 3) o różnej treści. Na ten moment obowiązuje na razie tylko jedna z konkurujących ustaw (ustawa z dnia 5.08.2022 r.), a termin wejścia w życie drugiej (z dnia 7.07.2022 r. w zakresie objętym materią znowelizowanego art. 43a § 3) został odroczony do 1.10.2023 r. Trzeba więc wyrazić nadzieję, że szybka interwencja ustawodawcy będzie w stanie zniwelować ten legislacyjny chaos. W przeciwnym razie należałoby się odwołać do reguły kolizyjnej *lex posteriori derogat legi priori*, zgodnie z którą norma późniejsza uchyla kolidującą z nią normę wcześniejszą, co jednak nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości, bowiem wymagałoby to udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie kryteria decydują tym, która norma jest późniejsza, a która wcześniejsza? Czy jest to: 1) data uchwalenia, 2) data ogłoszenia ustawy w Dz.U., czy 3) data wejścia w życie? Trzeba przyznać, że w teorii prawa dominuje koncepcja, zgodnie z którą należy odwołać się do daty ogłoszenia aktu normatywnego w Dz.U., co przemawiałoby za tym, że ustawa z dnia 7.07.2022 r., jako że została ogłoszona w Dz.U. z 13.12.2022 r. jest prawem późniejszym i deroguje ustawę wcześniejszą (z dnia 5.08.2022 r. opublikowaną w Dz.U. z 2.09.2022 r.).

9. PODSUMOWANIE

Nie budzi wątpliwości, że ustawodawca ma prawo kreować politykę karną według swojego uznania. Ma również prawo do weryfikacji polityczno-kryminalnych założeń, leżących u podstaw prawa karnego i jego poszczególnych instytucji. Zmiana taka nie zawsze musi być oceniana negatywnie. Paradygmaty polityki karnej są zmienne w czasie, a wpływ na nie mają m.in. zmiany społeczne, wzrost przestępczości danego rodzaju czy praktyka stosowania prawa. Jak się wydaje, ani te, ani inne czynniki nie dawały podstaw do tak radykalnej i daleko idącej zmiany. System środków karnych ukształtowanych przepisami analizowanej nowelizacji zasadniczo został zorientowany na represję, kosztem pozostałych funkcji penalnych.

Zmiany będące następstwem analizowanej nowelizacji pogłębiają również proces polegający na poszerzeniu zakresu obligatoryjności środków karnych, pozbawiając sądy swobody orzeczniczej w tym zakresie. Sąd nie może zrezygnować z orzeczenia danego środka reakcji karnej, choćby nawet postrzegał go jako niecelowy lub nawet szkodliwy. Obligatoryjność tych instrumentów polityki karnej, w połączeniu z brakiem możliwości stopniowania wynikającej z nich dolegliwości, uniemożliwia sądowi takie miarkowanie aktu ukarania, aby jego dolegliwość nie przekraczała stopnia winy sprawcy i była adekwatna do stopnia społecznej szkodliwości jego czynu. Sytuacje, gdy obligatoryjnie stosowany środek karny automatyczne zwiększa dolegliwość represji (ujmowanej jako suma dolegliwości wynikającej z orzeczonych kar i innych środków penalnych), zaprzeczają limitującej funkcji winy, budząc poważne wątpliwości w perspektywie art. 30 w zw. z art. 42 ust. 1 i 3 Konstytucji RP w powiązaniu z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wydaje się, że wynikający z tych przepisów standard konstytucyjny wymaga, żeby akt ukarania nie abstrahował od stopnia winy sprawcy. W szczególności godność ludzka (art. 30 Konstytucji RP) i zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) sprzeciwiają się takiemu karaniu, którego dolegliwość drastycznie przekraczałaby stopień winy sprawcy (Daniluk 2022).

BIBLIOGRAFIA

Buchała, Kazimierz. Andrzej Zoll. 1998. *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.* Kraków: Wydawnictwo Zakamycze.

Daniluk, Paweł. 2021. „Spożywanie alkoholu lub zażywanie środka odurzającego po zdarzeniu a przed wykonaniem stosownego badania w projekcie nowelizacji kodeksu karnego z 16.09.2021 roku". *Palestra* 12: 6–25.

Nie jest to jednak jedyny sposób rozstrzygnięcia zaistniałej sytuacji. Szerzej por. Szymaniak (2023, B7 oraz przytaczane tam opinie).

Daniluk, Paweł. 2022. „Konstytucyjny standard swobody orzeczniczej sądu a obligatoryjne środki reakcji karnej". W *Aktualne problemy i perspektywy prawa karnego*. 217–245. Red. Marek Mozgawa, Piotr Poniatowski, Krzysztof Wala. Warszawa: Wolters Kluwer.

Gardocki, Lech. 1979. „Kształtowanie polityki karnej drogą ustawodawczą". *Studia Iuridica* 8: 59–64.

Kaczmarek, Tomasz. 1998. „Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne i kryminalnopolityczne założenia". *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 3: 10–27.

Leciak, Michał. 2004. „Świadczenie pieniężne za przestępstwa komunikacyjne w świetle zmian kodeksu karnego z października 2004 roku". *Prokuratura i Prawo* 7–8: 125–134.

Leciak, Michał. 2010. „Świadczenie pieniężne i nawiązka po zmianach KK i KKW". *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 4: 69–84.

Leciak, Michał. 2017. „Świadczenie pieniężne". W *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym kodeksie karnym*. 307–330. Red. Paweł Daniluk, Warszawa: C.H. Beck.

Limburska, Alicja. Konrad Lipiński. 2020. „Problem (nie)racjonalności projektodawcy na przykładzie wybranych uregulowań ustawy nowelizującej kodeks karny z 13 czerwca 2019 roku". *Acta Universitatis Wratislaviensis* 120(2): 153–166. https://doi.org/10.19195/0137-1134.120.59

Marek, Andrzej. 2005. „Nieprzemyślane zaostrzenie kar za pedofilię". *Rzeczpospolita*, 14.06, 137.

Marek, Andrzej. 2010. *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Melezini, Mirosława. 2013. *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*. Białystok: Wydawnictwo Temida.

Melezini, Mirosława. 2020a. „Problemy reformy prawa karnego. Uwagi na tle ustaw z 13 czerwca 2019 roku". W *Reforma prawa karnego w latach 2015–2019. Zagadnienia wybrane*. 131–144. Red. Piotr Góralski, Anna Muszyńska. Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo.

Melezini, Mirosława. 2020b. „Selected Issues Concerning a New Approach to the Idea of Punishment in the Light of Act of 13 June 2019". *Ius Novum* 2: 38–54.

Muszyńska, Anna. 2020. „Uwagi na temat kierunku zmian prawa karnego materialnego w latach 2015–2019". *Acta Universitatis Wratislaviensis* 120: 191–202.

Siemaszko, Andrzej. Paweł Ostaszewski. Joanna Klimczak. 2018. *Badanie poparcia dla zaostrzenia polityki karnej. Wyniki trzech sondaży opinii publicznej*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.

Szeleszczuk, Damian. 2019. „Zmiany w zakresie środków karnych w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 13 czerwca 2019 r.". *Studia Prawnicze KUL* 3: 183–207. https://doi.org/10.31743/sp.8903

Szeleszczuk, Damian. 2022a. „Pozbawienie praw publicznych po nowelizacji Kodeksu karnego z 14.10.2021 roku". *Przegląd Sądowy* 4: 32–47.

Szeleszczuk, Damian. 2022b. „Środek karny w postaci zakazu zajmowania stanowiska, wykonywania zawodu lub pracy w organach i instytucjach państwowych i samorządu terytorialnego, a także w spółkach prawa handlowego". *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 8: 28–35. https://doi.org/10.33226/0137-5490.2022.8.4

Szewczyk, Maria. 1988. „Uwagi dotyczące niektórych kar dodatkowych w kodeksie karnym". *Państwo i Prawo* 5: 103–108.

Szymaniak, Piotr. 2023. „Nieplanowana ulga dla pijanych recydywistów". *Dziennik Gazeta Prawna* 5: B 7.

Wiak, Krzysztof. 2012. „Nowe tendencje w zakresie przeciwdziałania przestępstwom związanym z wykorzystywaniem dzieci w celach seksualnych na tle nowelizacji Kodeksu karnego". W *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*. T. 1. 490–505. Red. Andrzej Adamski, Janusz Bojarski, Piotr Chrzczonowicz, Michał Leciak. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

Zabłocki, Stanisław. 1977. „Glosa do wyr. SN z 29.03.1977 r., VI KRN 395/76". *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych* 10: 171–173. https://doi.org/10.1016/S1474-6670(17)66552-2

Zoll, Andrzej. 2011. „Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa karnego". W *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*. 25–37. Red. Tadeusz Bojarski, Aneta Michalska-Warias, Ireneusz Nowikowski, Katarzyna Nazar-Gutowska, Joanna Piórkowska-Fliegier. Lublin: Wydawnictwo UMCS.

Akty normatywne

Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20.11.1989 r., Dz.U. z 1991 r. nr 120 poz. 526 ze zm.

Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.

Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.

Ustawa z dnia 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

Ustawa z dnia 13.05.2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 152.

Ustawa z dnia 14.10.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2021 r. poz. 2054.

Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2022 r. poz. 2600.

Ustawa z dnia 5.08.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw Dz.U. z 2022 r. poz. 1855.

Ustawa z dnia 26.01.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (na dzień 24.02.2023 r. ustawa nie została jeszcze opublikowana w Dz.U.).

Projekty aktów normatywnych

Ustawa z dnia 13.06.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451. http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf (dostęp: 23.11.2022).

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16.09.2021 r. https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12351306/12815606/12815607/dokument521206.pdf (dostęp: 23.11.2022).

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22.02.2022 r. (druk nr 2024). https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2851BC6F8739C593C12587F10042EF6E/%24File/2024.pdf (dostęp: 23.11.2022).

Orzecznictwo

Uchwała SN z 23.04.2002 r., I KZP 12/02, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 50.

Wyrok SN z 17.04.1973 r., V KRN 595/72, OSNKW 1973, nr 12, poz. 154.

Wyrok TK z 14.07.2020 r., Kp 1/19, OTK-A 2020, nr 36.

Inne źródła

Giezek, Jacek. Dagmara Gruszecka. Konrad Lipiński. 2022. Opinia na temat ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762). https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/6468/plik/oe-412.pdf (dostęp: 21.11.2022).

Opinia Rządowego Centrum Legislacji z dnia 14.02.2019 r. dotycząca projektu ustawy z dnia 25.01.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565603/12565606/dokument383421.pdf (dostęp: 23.11.2022).

Uwagi RPO skierowane w dniu 15.07.2022 r. do Senatu w piśmie II. 510.1043.2021.PZ. https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,1368.html (dostęp: 23.11.2022).

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.08

C O P E
Member since 2018
JM13714

Filip Rubáček[*]
https://orcid.org/0000-0002-5134-6525

Radka MacGregor Pelikánová[**]
https://orcid.org/0000-0001-9628-7146

Robert K. MacGregor[***]
https://orcid.org/0000-0003-2888-3880

THE SUSTAINABILITY OF ESAS TRIUMVIRATE FOR SUSTAINABILITY-RELATED DISCLOSURES IN THE FINANCIAL SECTOR – ALL FOR ONE AND ONE FOR ALL?[1]

Abstract: Sustainability is definitely one of the top priorities of the current highly competitive global society. For almost three decades, the EU has been declaring its commitment to sustainable growth, while progressively recognizing that the concept of shared values, the multi-stakeholder model and corporate social responsibility (CSR) are indispensable. The EU moved, in the context of the COVID-19 pandemic, the war in Ukraine and other events, from mere Directives to Regulations, i.e. the genuine reporting about sustainability is becoming a duty for certain businesses, especially in the financial sector. This political and legislative trend is boosted by the engagement of three special EU institutions (ESAs) entrusted with the development, standardization and monitoring of sustainability-related disclosures based on Regulation 2019/2088. Who belongs in this triumvirate? What are their competencies and tasks? And most importantly, how is this triumvirate and its operations perceived? A holistic multi-disciplinary research of legislative sources and performed surveys and studies yields both quantitative and qualitative data. An open-minded critical analysis

[*] Metropolitan University Prague, filip.rubacek@mup.cz
[**] Metropolitan University Prague, radkamacgregor@yahoo.com
[***] Metropolitan University Prague, robertkmacgregor@yahoo.com

[1] This paper is the result of Metropolitan University Prague research project no. 87–02 "International Business, Financial Management and Tourism" (2022) based on a grant from the Institutional Fund for the Long-term Strategic Development of Research Organizations. The authors are grateful for the ongoing institutional support arranged by the Centre for Research Support at the Metropolitan University Prague, especially Dr. Tereza Vogeltanzová and Ing. Hana Raková, and highly relevant useful comments and suggestions provided during the peer-review.

creative commons
© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

of such data, along with a comparison, Socratic questioning and forensic glossing brings answers to these three burning questions and offers fresh recommendations regarding EU pro-sustainability endeavours as well as modern European integration.

Keywords: CSR, EU law, European Supervisory Authorities (ESAs), financial services, sustainability

TRWAŁOŚĆ TRIUMWIRATU ESA DLA ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU – UJAWNIANIE INFORMACJI W SEKTORZE FINANSOWYM: JEDEN ZA WSZYSTKICH, WSZYSCY ZA JEDNEGO?

Streszczenie. Zrównoważony rozwój jest jednym z głównych priorytetów dzisiejszego rywalizującego globalnego społeczeństwa. Od prawie trzech dekad UE deklaruje swoje zaangażowanie na rzecz zrównoważonego wzrostu, stopniowo uznając, że koncepcja wspólnych wartości, model wielu interesariuszy i społeczna odpowiedzialność biznesu (CSR) są niezbędne. W kontekście pandemii COVID-19, wojny w Ukrainie i innych wydarzeń UE przeszła od zwykłych dyrektyw do rozporządzeń, co oznacza, że adekwatne raportowanie o zrównoważonym rozwoju staje się obowiązkiem niektórych przedsiębiorstw, zwłaszcza w sektorze finansowym. Ta tendencja polityczna i legislacyjna jest wzmacniana przez zaangażowanie trzech wyspecjalizowanych instytucji UE (ESA), którym powierzono opracowywanie, standaryzację i monitorowanie ujawnień nieprawidłowości związanych ze zrównoważonym rozwojem na podstawie rozporządzenia 2019/2088. Kto należy do tego triumwiratu? Jakie są ich kompetencje i zadania? I co najważniejsze, jak postrzegany jest ten triumwirat i jego działania? Całościowe, multidyscyplinarne badanie źródeł legislacyjnych oraz przeprowadzonych ankiet i sondaży dostarcza zarówno danych ilościowych, jak i jakościowych. Otwarta i krytyczna analiza tych danych wraz z porównaniami, sokratejskimi pytaniami i opiniami specjalistów przynosi odpowiedzi na te trzy palące pytania i oferuje nowe zalecenia dotyczące wysiłków UE na rzecz zrównoważonego rozwoju, a także współczesnej integracji europejskiej.

Słowa kluczowe: społeczna odpowiedzialność przedsiębierstw, prawo europejskie, europejskie organy nadzoru, usługi finansowe, zrównoważony rozwój

1. INTRODUCTION

In March 1996, the Intergovernmental Conference was opened in Turin and led to the signing of the Treaty of Amsterdam in October 1997 amending, among else, the Maastricht EU Treaty. In May, 1999, this amendment took effect and so brought changes which became applicable, such as the broadening and simplification of the co-decision procedure. One of the perhaps overlooked changes was the new wording of Article B about EU objectives, i.e.

> The Union shall set itself the following objectives: to promote economic and social progress and a high level of employment and to achieve balanced and sustainable development, in particular through the creation of an area without internal frontiers, through the strengthening of economic and social cohesion and through the establishment of economic and monetary union…

The concept of sustainability vigorously developed and advanced by the United Nations ("UN") found its way in the primary EU law (MacGregor Pelikánová et al. 2021a et 2021b) and became an integral part of EU strategies, such as the famous strategy Europe 2020 for smart, sustainable and inclusive growth, as well as the secondary EU law, such as the updated Directive 2013/34/EU on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings ("Directive 2013/34"). This trend became even more intense after the UN issued in 2015 two critical documents: 2030 UN Agenda for Sustainable development with 17 SDGs ("Agenda 2030") with SDGs and the Paris Agreement on Climate Change ("Paris Agreement"). Both the UN and EU have realized that the sustainability drive is futile without the general support represented by the employment of the multi-stakeholder model with a cross-sector partnership (Van Tulder et al. 2016; Van Tulder, Keen 2018). Hence, it became obvious that the legal duty for large strategic undertakings in the EU to include in their management report, a non-financial statement set by the Directive 2013/34, needs to be expanded (MacGregor Pelikánová, MacGregor 2020). Namely, it became clear that more subjects should have a more specific duty to provide transparent and genuine information about their Corporate Social Responsibility ("CSR") and that this should be a truly enforceable duty with a real sanction mechanism. The Rubicon was crossed by the European Commission of Jean-Claude Juncker, who brought Regulation (EU) 2019/2088 on sustainability related disclosures in the financial services sector ("SFDR") and this expansion of the CSR reporting duty was recently cemented by the European Commission of Ursula von der Leyen, which brought forth a pro-Green Deal Regulation (EU) 2020/852 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088 ("Taxonomy Regulation"). Both the SFDR and Taxonomy Regulations were adopted as part of the legislative framework for sustainable finance, in particular to induce sustainable finance, its support and reliability of the information about it, and to fight against parasitic practices such as greenwashing. They should directly boost accountability, discipline and efficiency and through that (indirectly) increase the trustworthiness and reliability of a high quality information about sustainability. Such an improved information is indispensable for the multi-stakeholder model (MacGregor Pelikánová, MacGregor 2020) and for the embracing of sustainability and the commitment to it by all stakeholders (MacGregor Pelikánová, Hála 2021).

The SFDR is an important step towards harmonized sustainability transparency, basically because the alternative is not workable, i.e. divergent national rules and market practices lead to confusion for investors and allow for the misleading promotion of allegedly sustainable investments which are in reality plain greenwashing (Busch 2023). Therefore, the SFDR lays down harmonized rules, for financial market participants and financial advisers, on transparency for the integration of sustainability risks and the consideration of adverse sustainability impacts in their processes and the provision of sustainability-related information

with respect to financial products (Art. 1). It defines the sustainable investment as an investment which contributes to environmental, economic or social objectives and does not significantly harm any of these three objectives (Art. 2 point 17). It sets out the principle of do no significant harm, for which technical standards are prepared by the European Supervisory Authorities ("ESAs") (Art. 2a). ESAs are heavily referred as the institution to prepare various technical standards by SFDR (Art. 4(6)(7); Art. 8 (3)(4); Art. 9 (5)(6); Art. 10(2); Art. 11(4)(5); Art. 13(2), etc.). Some of these provisions were included in the original version of SFDR, others where added by the novelization update via the Taxonomy Regulation, which deals extensively with the ESAs. Further, on 5 January 2023, there entered into force the Directive (EU) 2022/2464 amending Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting aka the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) which modernizes and strengthens the rules concerning the social and environmental information that companies have to report, i.e. a broader set of large companies, as well as listed SMEs, are now required to report on sustainability – over 50 000 in total.

ESAs have become one of leading authorities setting requirements regarding the sustainability commitment imposed upon businesses in the EU. This inevitably leads to the concern whether such a sustainability is sustainable. Namely, whether such a triumvirate has the competencies and exercises them in a sustainable pro-sustainability manner. This critical concern can be dissected into three questions: Who belongs in this triumvirate? What are their competencies and tasks in relation to the sustainability and its support? And most importantly, how is this triumvirate and its operation in relation to the sustainability and its support perceived? To answer these three questions, after this Introduction, a Literature and Legislative Review (I.) along with the information about Data and Methods (II.) needs to be presented. Then, each of these three questions is to be discussed consecutively and separately – who are ESAs (III.), what do ESAs do (IV.) and how do ESAs do it (V.). Finally, in the concluding part, answers and observations regarding all three questions are juxtaposed to offer pioneering answers as well as general suggestions and semi-suggestions and not just limited to sustainability reporting in the EU (IV.)

2. LITERATURE AND LEGISLATIVE REVIEW

Every society needs the establishment and respect of a set of orders under the auspices of certain values (Washburn et al. 2018), while working towards the common good (MacGregor Pelikánová et al. 2021a). During the last few decades, it has been argued that such a common good for the modern European integration is the single internal market as a platform for both competitiveness and social matters (Chmelíková et al. 2019; Sroka, Szántó 2018). More recently, it has been argued that

such a common good translates into the European values including the sustainability, and in particular the environmental pillar (MacGregor Pelikánová, MacGregor 2020). Since crises magnify differences and bring both threats and opportunities (D'Adamo, Lupi 2021), arguably the current post-COVID and Ukraine war setting should accelerate the pro-sustainability drive in the EU.

Sustainability has millennial roots and mirrors value judgments about justice in distributing and using resources (MacGregor Pelikánová et al. 2021b). It is tied to Aristotle's idea of distribution of awards according to merits as embedded in a geometrical model of public law distributive justice and an arithmetical model of corrective, aka rectificatory private justice, and provides the general direction for the future (Balcerzak, MacGregor Pelikánová 2020). There are significant differences across the European society regarding the perception and commitment to sustainability (MacGregor Pelikánová, Hála 2021). Sustainability and Environmental, social, and corporate governance ("ESG") parameters are involved in investment decisions (Skapa et al. 2022).

The CSR has centennial roots and represents a private reflection of the public concept of sustainability, because it is a systemic reaction by each individual business to the global and general call for conduct balancing the use of resources in a long term manner while reflecting the interests of the entire society (MacGregor Pelikánová et al. 2021a, 2021b; Turečková, Nevima 2019). The EU is determined to support the multi-stakeholder model and an ongoing dialogue and interaction between businesses and their stakeholders (Ferraro, Beunza 2018; Małecka et al. 2017) while inducing, if not ordering businesses to be responsible towards each other and the entire society (MacGregor Pelikánová, Hála 2021). There are a number of a multi-stakeholder initiatives on sustainability in the EU (de Bakker et al. 2019), while the European Commission leads the way and individual businesses, especially their middle and low management, are lagging behind (MacGregor et al. 2020). Businesses are aware that other stakeholders, including governments, investors, and consumers, do expect them to do what is morally and/or legally right (Sroka, Szántó 2018). However, at the same time, they can be perceived as a risk (Stepien, Polcyn 2019), if not waste, to move to the higher levels of Carroll's pyramid (Carroll 2016) and embrace ethical expectations and philanthropic desires (Eger et al. 2019) The concept of shared values (Porter, Kramer 2011; Kramer, Pfitzer 2016), which ultimately combines sustainability and CSR concerns and presents a common foundation, is currently not automatically the first business management choice by European businesses (MacGregor et al. 2020). The EU understands that it would be hardly effective, efficient and legitimate to directly impose an extensive and enforceable CSR duty upon all European businesses, but at the same time feels that the mechanism brought by Directive 2013/34 is weak (MacGregor, MacGregor Pelikánová 2020). In addition, after the GDPR, the European Commission of Jean-Claude Juncker moved on to address climate change and resource depletion

by looking for options to induce "green investement". These endeavors led to the COM(2018) 97 final Sustainable Finance Action Plan ("SFAP") of March 2018, which outlines 10 Actions, aka reforms, in three areas: a) Reorient capital flows towards sustainable investment, in order to achieve sustainable and inclusive growth, b) Mainstreaming sustainability into risk management and c) Fostering transparency and long-termism in financial and economic aktivity (Balcerzak et al. 2023). Action 9 of the SFAP is about the strengthening of sustainability disclosures and the material and provides for the financial sector acts as an intermediary between users and providers of capital and therefore has a key role to play in the very needed green transition. The SFAP was presented as an integral part of the Capital Markets Union (CMU) Action Plan and of European Climate Plans, i.e. the Green Deal, the European Climate Law, etc. The SFAP was set to lead to concrete measures, such as the clarification of duties of institutional investors and asset managers, strengthening of sustainability disclosures, both for investors and for financial supervisors, and the establishment of an EU classification system (taxonomy) for sustainable activities (Busch 2023). In May, 2018, the European Commission presented, as a part of the sustainable finance package, and in relation to Action 9, the proposal for the SFDR, including a developed memorandum, see 2018/0179(COD) (Balcerzak et al. 2022). The legal basis was Art. 114 TFEU and the process was the ordinary legislative route, and this process was completed in November 2019, when the SFDR was signed by the President of the European Parliament and by the President of the European Council (Balcerzak et al. 2023).

Consequently, the EU made a strategic legislative twist from prior rather declatory policy instruments to SFDR in 2019 and Taxonomy Regulation in 2020, which are not typically Regulations ordering substantive duties, instead they are rather unifying transparent reporting to which customers should be sensitive (Streimikiene, Ahmed 2021). In addition, they make a distinction between (i) conventional (traditional) inside-out sustainability concerns and reporting with the goal to convince businesses to cause less harm to society and to the environment and (ii) newer outside-in sustainability risk and reporting aka the Environmental, Social, Governance ("ESG") with the goal to identify whether a business is at risk from environmental and social impacts on the business, i.e. to cause an actual or a potential material negative impact on the value of an investment. In the center of this unification of transparent duplex, advanced reporting is neither the European Commission, nor CJ EU, nor EU member states… but ESAs.

The exploration of the ESAs legal framework starts with Art. 2a of SFDR which not only establishes the famous "principle of do no significant harm", but as well states clearly that the ESAs are established by Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) No 1094/2010 and (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council.

Table 1. ESAs legal framework

Regulation 1093/2010	establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority – EBA) aka Authority in Paris	Art. 1. The Authority shall form part of a European system of financial supervision (ESFS). The main objective of the ESFS shall be to ensure that the rules applicable to the financial sector are adequately implemented to preserve financial stability and to ensure confidence in the financial system as a whole, and effective and sufficient protection for the customers and consumers of financial services. Art. 2. The ESFS shall comprise the following: (a) the European Systemic Risk Board (ESRB), for the purposes of the tasks as specified in Regulation (EU) No 1092/2010 and this Regulation; (b) the Authority; (c) the European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority) established by Regulation (EU) No 1094/… (d) the European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) established by Regulation (EU) No 1095/2010… (e) the Joint Committee of the European Supervisory Authorities (Joint Committee). Art. 5 The Authority shall be a Union body with legal personality.
Regulation 1094/2010	establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA) aka Authority in Frankfurt am Main	Art. 1. This Regulation establishes a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority) (hereinafter the Authority')… The Authority shall contribute to the work of the European Supervisory Authority (European Banking Authority) established by Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council (3) related to the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering or terrorist financing in accordance with Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council (4) and Regulation (EU) No 1093/2010. Art. 2. The Authority shall form part of a European system of financial supervision (ESFS). The main objective of the ESFS shall be to ensure that the rules applicable to the financial sector are adequately implemented to preserve financial stability and to ensure confidence in the financial system as a whole and effective and sufficient protection for the customers and consumers of financial services… Art. 5. The Authority shall be a Union body with legal personality.

Table 1 (contd.)

Regulation 1095/2010	establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority – ESMA) aka Authority in Paris	Art. 1. This Regulation establishes a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) (hereinafter the Authority'). Art. 2. The Authority shall form part of a European system of financial supervision (ESFS). The main objective of the ESFS shall be to ensure that the rules applicable to the financial sector are adequately implemented to preserve financial stability and to ensure confidence in the financial system as a whole and effective and sufficient protection for the customers of financial services. Art. 5. The Authority shall be a Union body with legal personality…

Source: prepared by the Authors based on EurLex 2022.

These three Regulations from 2010 are still in force. Regulation 1093/2010 was amended 8x (the last update in 2019), Regulation 1094/2010 was amended 2x (the last update in 2019) and Regulation 1095/2010 was amended 3x (the last update in 2019). The Taxonomy Regulation establishes the criteria for determining whether an economic activity qualifies as environmentally sustainable for the purposes of establishing the degree to which an investment is environmentally sustainable (Art. 1 Taxonomy Regulation). It applies to financial market participants and undertakings which are subject to the obligation to publish a non-financial statement or a consolidated non-financial statement pursuant to Article 19a or Article 29a of Directive 2013/34 (Art. 2 Taxonomy Regulation), i.e. public interest entities with 500 or more employees (Art. 19a Directive 2013/34). These participants must disclose (Art. 5 – Art. 7 Taxonomy Regulation) and these public interest entities must include in their non-financial statements information about their environmental sustainability (Art. 8 Taxonomy Regulation), i.e. about the six environmental objectives: (a) climate change mitigation, (b) climate change adaption, (c) sustainable use of water, (d) transition to a circular economy, (e) pollution prevention, (f) the protection of biodiversity (Art. 9 Taxonomy Regulation). Environmental sustainability is defined based on four criteria – contributing to at least one of the six environmental objectives, not significantly hurting any of them, complying with minimal social standards and with technical screening criteria (Art. 3 Taxonomy Regulation). The minimal social standards are set by the reference to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (Art. 18 Taxonomy Regulation). The technical screening criteria are to be established by the Commission in cooperation with the Platform on Sustainable Finance, i.e. ESAs and other groups and institutions (Art. 19 and Art. 20 Taxonomy Regulation). Drafts of these technical standards are prepared by the ESAs and submitted to the Commission (Art. 2a SFDR). In sum, all three ESAs (the EBA, EIOPA and ESMA)

have, and exercise, their competency to both prepare and interpret reporting rules, in particular regulatory technical standards ("RTS"). Therefore, they should be vital in the process of making the information about sustainability and even ESG more transparent and standardized. To put it differently, if there is not a clear definition and interpretation of what is ecologically sustainable, and how the information about it should be done, then the supply and demand of green capital could not be well matched in Europe (Busch 2023) and confusions and deceptions, such as greenwashing, would undermine the EU sustainability vision.

3. DATA AND METHODS

The consideration of the sustainability of the ESAs triumvirate for sustainability-related disclosures in the financial sector leads to a myriad of questions and invites various multi-disciplinary studies and analyses exploring heterogenous data. Since the ESAs are rather underdeveloped topics in the academic press, the Authors decided to take a basic approach examining their foundations, their operation and their prima facia perception. This translates in three fundamental questions – who, what and how, and each of these questions demands particular data and methodologic processing. The juxtaposition of generated answers provides a basis for a Meta-analysis allowing one to appreciate the sustainability parameters in the context of the ESAs and to achieve a deeper understanding of the ESAs, and perhaps even about the modern European integration attempting to go for sustainability during the stormy days of the current crises, such as the COVID-19 pandemic and the war in the Ukraine.

The first question is who are the ESAs? The data for its answer is contained in the EU law and EU policies. The EU law is to be researched via the EurLex portal, while particular focus is to be given to general norms included in Directive 2013/34, SFDR, Taxonomy Regulation and to special norms included in Regulation 1093/2010, Regulation 1094/2010 and Regulation 1095/2010. Their interpretation is to be done by conventional EU law methods, which are dominated by the teleological approach. Due to the novelty, the case law is not yet developed and cannot be used. The law picture about who are the ESAs is to be complemented by EU policies which are presented on the website of the European Commission. Here, the conventional interpretation oscillates between the literate and purposive approach. Last, but not least, one's own www presentations are to be considered and referred to.

The second question is what are the competencies and tasks of the ESAs, i.e. what are the ESAs supposed to do. As with the first question (who are the ESAs), both the EU law and EU policies are to be researched, interpreted and analysed. In addition, relevant academic literature should be taken account. Its sources are

the WoS database and Scopus database and its interpretation should be dominated by the literature and contextual approach.

The third question is how are the ESAa doing, in particular how the ESAs and their endeavors are perceived by Europeans. This is to be addressed based on an official consultation survey via targeted consultations conducted between March and May 2021 and involving 107 stakeholders from 27 EU member states, and contrasted to the survey from 2019 (EC 2021). Considering the multi-stakeholder model, contributions from the public-at-large were sought, including national supervisors, national ministries, financial institutions and other market participants, the ESAs themselves, EU institutions, non-governmental organisations, think tanks, consumers, users of financial services and academics (EC, 2021). This targeted consultation survey consisted of 116 questions addressing the assessment of ESAs and its framework and the single rulebook. Regarding the perception of ESAs and its activities, the most relevant were questions directly asking about the impact of individual ESA's activities and the efficiency potential. The answers provided, along with additional feedback were processed and visualized via charts and complemented by explanatory comments.

In sum, the employed methods are determined by the nature of the sources and data (Yin 2008). Since a significant part of them consists of Regulations, i.e. the secondary EU law, methods of legal modelling and methods of systemic interpretations under the auspices of the very European "spirit of the law" should be critical. The involved analysis includes both induction and deduction (Krippendorff 2013; Vourvachis, Woodward 2015) and entails more qualitative than quantitative aspects (Kuckartz 2014). At the same time, considering the dynamic evolution of the modern European integration and the impact of policies and surveys endorsed by top EU institutions, the contextual and evolutionary approach is to be used to process the given data in a multi-disciplinary and dynamic manner and so to satisfy the demands of an advanced thematic analysis and content analysis (Silverman 2013). Due to the legal nature, the argumentative features take priority over axiomatic features. The methodologic backbone is the persuasive argumentation comparable to Meta-Analysis (Glass 1976; Schmidt, Hunter 2014) showing that we ultimately know (or should realize that we know) more than we initially believed. This is to be refreshed by forensic juxtaposition, the critical comparison, glossing and Socratic questioning (Areeda 1996).

4. ESAS – WHO ARE THEY? AN INTEGRAL PART OF THE ESFS

Who are the ESAs, i.e. who belongs to the ESAs? In 2009, the de Larosière expert group issued its report and, based on it, the European Commission prepared proposals regarding the improvement of financial supervision in light of the failures of financial supervision exposed by the financial crisis. In 2010, the

European system of financial supervision ("ESFS") as a decentralised network was introduced and consists of the European Systemic Risk Board ("ESRB") and all three ESAs, i.e. the European Banking Authority ("EBA") located in Paris, the European Insurance and Occupational Pensions Authority ("EIOPA") located in Frankfurt am Main and the European Securities and Markets Authority ("ESMA") located as well in Paris. All 5 of them, i.e. ESFS and its ESRB and three ESAs (EBA, EIOPA, ESMA), are established by Regulations from 2010 and began operating in January, 2011.

Table 2. ESFS = ESRB + ESAs (EBA, EIOPA, ESMA) legal framework

Regulation 1092/2010	establishing ESRB	ESRB was established to oversee the financial system of the European Union (EU) and prevent and mitigate systemic risk. The General Board of ESRB, chaired by the President of the ECB, Christine Lagarde, is the ESRB's decision-making body, see https://www.esrb.europa.eu/about/html/index.en.html
Regulation 1093/2010	establishing EBA	EBA was established to ensure effective and consistent prudential regulation and supervision across the European banking sector. Its overall objectives are to maintain financial stability in the EU and to safeguard the integrity, efficiency and orderly functioning of the banking sector. The EBA is represented externally by its Chairperson, José Manuel Campa, whose role is also to prepare the work and to lead the discussions at the Board of Supervisors' table, see https://www.eba.europa.eu/
Regulation 1094/2010	establishing EIOPA	EIOPA was established to promote a sound regulatory framework for and consistent supervision of insurance and occupational pensions sectors in Europe. This protects the rights of policyholders, pension scheme members and beneficiaries. It also creates public confidence in the EU's insurance and occupational pensions sectors. The Chairperson is Petra Hielkema, see https://www.eiopa.europa.eu/
Regulation 1095/2010	establishing ESMA	ESMA was established to contribute to safeguarding the stability of the EU's financial system by enhancing the protection of investors and promoting stable and orderly financial markets. Its Chairperson is Verena Ross, see https://www.esma.europa.eu/about-esma/esma-in-brief
Regulation 1096/2010	conferring specific tasks upon the European Central Bank concerning the functioning of the ESRB	
Directive (!!!) 2010/78	amending existing financial services legislation to ensure that the new authorities can work effectively	

Source: prepared by the Authors based on EurLex 2022.

Interestingly, all three ESAs as well as ESRB, i.e. all four institutions belonging to the ESFS, are independent authorities produced in the aftermath

of the 2007–2010 crises, especially financial and Eurozone crises, to address various aspects of financial systems in the EU and helping to promote stability and sustainability. At the same time, it needs to be pointed out that the European Central Bank and the Eurozone national competent authorities ("NCAs") very quickly formed a partnership, but the EBA was not considered apt to assume the supervisory job for which the ECB was elected and so received only a "consolation prize" in the form of additional powers to co-ordinate and converge both inside and outside of the Eurozone (Gortsos 2015).

Currently, the chairpersons of these institutions are majority female, see ECB, ESRB, EIOPA and ESMA, i.e. only the EBA is chaired by a Chairman. All three ESAs (EBA, EIOPA and ESMA) have stakeholder groups that represent the industry and consumers to facilitate consultation with stakeholders in areas relevant to their tasks. After ten years of operation, in 2021, the European Commission launched a public consultation on the supervisory convergence and the single rulebook of the three ESAs.

5. ESAS – WHAT DO THEY DO? PROMOTING CONSISTENT, TRANSPARENT AND STABLE SINGLE INTERNAL MARKET REPORTING

To start with, the EU law has organically and continuously evolved for almost one decade to achieve a robust, harmonized (partially even unified) and detailed substantive setting regarding sustainability reporting and sustainable investment (MacGregor Pelikánová, Rubáček 2022). Recent studies about its assessement brought about four propositions about its legitimacy, effectiveness and efficiency. Firstly, this framework, having at its center the SFDR, is in the process of a very dynamic evolution prompted more by the European Commission and not so much by the European Council and European Parliament. Secondly, key legislative and semi-legislative instruments are expressed in a rather neutral and technical manner, but their authenticity varies dramatically. Thirdly, morality appears to be totally avoided. Fourthly, already the plain literate interpretation of the wording of the SFDR and the Taxonomy Regulation strongly litigates against an artificial disassociation of concepts linked to sustainability, CSR and shared values (Balcerzak et al. 2023). This is the basic scenery in which ESAs are set and supposed to operate for the sustainability.

There is clear progress to be observed and the materialization of the Green Deal and SDGs demands are noticeable. At the same time, it must be emphasized that this evolution is input oriented and rather spontaneous, leading to a fragmented and complex substantive law framework which might be legitimately perceived as Byzantine. However, the biggest issue is the enforcement and procedural dimension. The setting of a robust and harmonized, if not unified, enforcement mechanism and its application on the EU level is not on the agenda. The EU law has evolved between

2014 and 2020 to create a clear and identifiable duty of a more or less clear group of subjects, but regarding the enforcement mechanism, we are at the very beginning. So far, it is basically left to EU member states, and they are asked to provide "effective, proportionate and dissuasive penalties". As well, other general, ESAs, or sectorial institutions are invited to participate in the mechanism.

Well, tasks and powers of ESAs are specifically stipulated by the concerned Regulations, further developed via the related policies and ultimately presented on the www pages of the European Commission and ESAs. Tasks and powers are set for the EBA in Art. 8 and 9 of the Regulation 1093/2010, for the EIOPA in Art. 8 and Art. 9 of the Regulation 1094/2010 in Art. 8 and Art. 9 of the Regulation 1095/2010, see Table 3.

Table 3. ESAs (EBA, EIOPA, ESMA) tasks and powers

EBA, EIOPA and ESMA (Art. 8)	– to contribute to the establishment of high-quality common regulatory and supervisory standards and practices; – to contribute to the consistent application of legally binding Union acts, preventing regulatory arbitrage, fostering and monitoring supervisory independence, mediating and settling disagreements between competent authorities, ensuring effective and consistent supervision of financial institutions; – to stimulate and facilitate the delegation of tasks and responsibilities among competent authorities; – to cooperate closely with the ESRB; – to organise and conduct peer reviews of competent authorities; – to monitor and assess market developments in the area of its competence including where relevant, developments relating to trends in credit; – to undertake market analyses to inform the discharge of the EBA's functions; – to foster, where relevant, depositor, consumer and investor protection, in particular with regards to shortcomings in a cross-border context and taking related risks into account; – to promote the consistent and coherent functioning of colleges of supervisors; – to publish on its website, and to update regularly, information relating to its field of activities, ..ic; – to publish on its website, and to update regularly, all regulatory technical standards, implement….ing technical standards, guidelines, recommendations and questions and answers for each legislative act referred to in Article 1(2), …
EBA, EIOPA and ESMA (Art. 9)	The Authority shall take a leading role in promoting transparency, simplicity and fairness in the market for consumer financial products or services across the internal market
EBA (Art. 9a, 9b, 9c)	Special tasks related to preventing and countering money laundering and terrorist financing and Request for investigation related to the prevention and countering of money laundering and of terrorist financing and No Action Letters
EIOPA and ESMA (Art. 9a)	No Action Letters

Source: prepared by the Authors based on EurLex 2022.

The EBA is a specialised agency of the EU, established to achieve a more integrated approach to banking supervision across the EU. The EBA has to put together a single set of rules applicable to all banking institutions in the EU in the same manner, which is the basis for the creation of an EU single market in the banking sector. This should support a consistent and transparent single market for EU banking that is beneficial to all and contributes to financial stability in the EU. The consolidated version of Regulation (EU) No 1093/2010 is from 26 June, 2021 and includes not only Art. 9 and Art. 9c dealing with No Action Letters, but as well Art. 9a, dealing with Special tasks related to preventing and countering money laundering and terrorist financing and Art. 9b, dealing with the Request for investigations related to the prevention and countering of money laundering and of terrorist financing.

The EIOPA is the EU financial regulatory institution and is at the heart of insurance and occupational pensions supervision in the EU. The EIOPA protects the public interest by contributing to the stability and effectiveness of the financial system for the EU economy, its citizens and businesses, in particular in insurance and occupational pensions sectors in the EU. The consolidated version of Regulation (EU) No 1094/2010 is from 1st January 2020 and includes only Art. 9 and Art. 9a, dealing with No Action Letters (no provisions about money laundering).

The ESMA is an independent European Union (EU) Authority that contributes to safeguarding the stability of the EU's financial system by enhancing the protection of investors and promoting stable and orderly financial markets. ESMA achieves its mission and objectives through four activities: (i) assessing risks to investors, markets and financial stability; (ii) completing a single rulebook for EU financial markets; (iii) Promoting supervisory convergence; and (iv) directly supervising specific financial entities – Credit Rating Agencies, Securitisation Repositories and Trade Repositories. The consolidated version of Regulation (EU) No 1095/2010 is from January 1, 2020 and includes only Art. 9 and Art. 9a dealing with No Action Letters (no provisions about money laundering). In sum, providers of sustainability-related information are to be regulated under an EU regulation and be subject to direct supervision by the ESMA, just as is already the case with credit rating agencies (CRAs) under the CRA Regulation (Busch 2023).

The wording of relevant Regulations and policies reveals that three ESAs are the outcomes of endeavours induced by global 2007–2009 crises and partially orchestrated by the G-20 Summit in Pittsburgh, which confirmed the urgency of more regulation as well as supra-national supervision of financial activities (Botopoulos 2020). The starting text regarding tasks and powers were identical and recently more additions occurred regarding EBA, due to money laundering concerns and other issues pertinent for sustainability-related disclosures. In the context of the plans for a further integration of the European capital markets (the Capital Markets Union (CMU) Action Plan), convergence

and centralization of supervision are quite high on the agenda of the European Commission (Busch 2023). However, progress on this subject is slow. The Juncker Commission made an attempt to designate the ESMA as the direct supervisor of certain types of investment institutions and crowdfunding service providers, but this attempt failed. The reason is simple – more supervisory powers for the ESMA (or the EIOPA) would be at the expense of the influence of national supervisors and hence of the member states. France and the Netherlands were in favour of a more centralized form of supervision, but, at the time in question, Germany was not. If the supervision of financial markets is to be more centralized, Germany will have to give up its opposition. After all, it is well known how things work in Europe: if the Franco-German axis agrees on a course of action, there is a real chance it will happen, especially now that the UK has left the EU (Busch 2023). Nevertheless, in future discussions on this subject Germany will find it harder to claim that its national supervision is always beyond reproach, as the German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) and also the German Financial Reporting Enforcement Panel (FREP) were recently confronted with a highly critical report from the ESMA about their defective supervision of Wirecard AG (Bush 2023).

6. ESAS – HOW DO THEY DO? ALL FOR ONE AND ONE FOR ALL, BUT WHERE IS THE SUSTAINABILITY?

Before the ESFS, the crisis-prevention function of supervisors in the EU did not perform well (Botopoulos 2020). In 2010, the ESFS, including three ESAs, came with an almost identical regime for all involved institutions and authorities. Since then until now, the European Commission has demonstrated efforts to make the ESAs and their operations effective, efficient and legitimate. Therefore, reports and public consultations regarding the ESAs and their operations have been done annually since 2013, while each European Commission has underlined its priorities. For the European Commission of Jean Claude Juncker, the top priority was clean finances, see the Communication on strengthening the Union framework for prudential and anti-money laundering supervision. The European Commission of Ursula van der Leyen continues with this trend by amending the Solvency II Directive, the MiFID II Directive and the 4th Anti-Money Laundering Directive, but adds as well her priorities related to sustainability, and the Green Deal in particular (MacGregor Pelikánová, Rubáček 2022).

In the Spring of 2021, targeted consultations on taking stock of the framework for supervising European capital markets, banks, insurers and pension funds took place while involving 107 respondents who replied to the consultation: 57 from businesses or their representatives, 36 public authorities, 2 consumer organizations, 2 NGOs, 2 citizens, 2 trade unions, 1 research institute and 5 classified as other (EC,

2021). Considering the size and nature of the sample and the employed methodology, this survey had inherent limitations, but still has the potential to bring intereting indices. Almost all the respondents appreciated the rapid reaction and the increased market monitoring and coordination between national competent authorities ("NCAs") and that the ESAs provided guidance to market participants. A majority of the respondents had a rather positive view regarding the ESAs and their operations and over 70% of the respondents believe that the EBA and EIOPA have correctly set competencies and exercise them in an appropriate manner, i.e. are both effective and efficient. Interestingly, only 50% of the respondents think the same regarding ESMA. Even more interestingly, a large number of respondents took advantage of the open format of additional interviews in order to discuss sustainability-related disclosures with newly adopted No Action Letters, both in a positive as well as in a negative tone. However, even respondents critical of ESMA admitted that they have doubts even about NCAs and perhaps even the European Commission. Further, especially respondents from the public authority groups expressed a need to boost the transparency of ESG rating methods and to introduce a supervision at the EU level regarding ESG rating agencies, ESG data providers and Sustainability-related Service Providers. Several NGO respondents proposed a stronger role of ESMA in this arena. From this setting of mixed feelings comes a strong call for more transparency about sustainability reporting and its methodology, see especially consumer organizations respondents. Figure 1, below, shows the respondents´ perception of information collection by each of the three ESAs. This is enlightening and also a warning, i.e. the asymmetry of information can erode all pro-sustainability endeavors in the context of the multi-stakeholder model, and this implies that the EBA, EIOP and ESMA must genuinely contribute to increase the trustworthiness and reliability of high quality information about sustainability (…) otherwise they are futile.

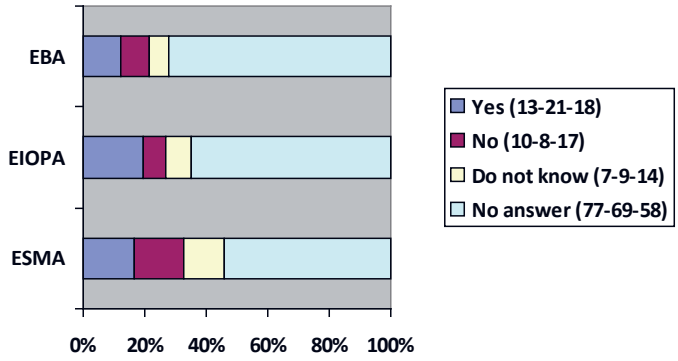

Figure 1. EBA, EIOPA and ESMA effectiveness of the collection of information
Source: prepared by the Authors based on Spring 2021 consultation by the European Commission (EC, 2021).

The survey results are not impressive as the large majority of respondents are not convinced about the effectiveness of the collection of information. Namely, although almost all respondents link the transparency and open data processing with the effectiveness and efficiency, only 12.1% of them are satisfied with the EBA in this respect, only 19.6% with the EIOPA and only 16.8% with the ESMA. These numbers need to be mutually juxtaposed, both externally and internally. Hence, in the case of EBA the ratio between basically satisfied and dissatisfied respondents is 13 v 10, while for EIOPA it is 21 v 8 and for ESMA 18 v 17 (!). This suggests that generally the public is not sure about the effectiveness and efficiency of ESAs and that EIOPA is perceived definitely better than ESMA. In complementary interviews, respondents expressed concern about the processing and use of the information and about the related bureaucracy burdening smaller subjects. In particular, respondents appreciate the extension of information providing duty, but are concerned about how it is done, whether a proper balance is maintained and what happens with the ultimate publication of results. Further concerns were expressed about the lack of an enforcement capacity and drive of ESAs, i.e. respondents want not only information about the sustainability, but they want that this information is obtained in a sustainable and fair manner without burdening compliant subjects and not punishing non-compliant subjects, and thus ultimately rewarding breachers and cheaters. Clearly, these results called for more studies and amendments of the ESAs regime.

Amendments have occurred and the European Commission prepared a new report on the operation of the ESAs by the European Commission in May, 2022. This report, i.e. COM (2022) 228 final assesses the ESAs' tasks activities and follows up on the Commission's commitment in the 2020 capital markets, see at https://finance.ec.europa.eu/publications/report-operation-european-supervisory-authorities_en. Pursuant to this report, the ESAs have continued to perform their tasks efficiently and effectively, including during the recent challenging circumstances caused by the COVID-19 pandemic. The European Commission proclaims that the setting and operation of ESFS are good and work well and points to the example of the new peer-review process operating as an efficient convergence tool, see the Wirecard case. Despite this laudatory tenor, the European Commission admits that new consultations suggest that respondents are concerned e.g. regarding the governance of the ESAs and the employment of 27 national supervisors. The European Commission recognizes both the importance of sustainability and the need to enhance customer and consumer protection. In a more general manner, the EU is determined to be economically highly competitive, carbon neutral and socially aware while enjoying sustainable development, and this is to be achived by the transition to a digital, green and value-based economy. This is extremely ambitious and, in the context of large differneces in priorities and cultures across the EU, hardly feasible. At the same time, the single internal makret with four freedoms was looked upon as some kind

of Utopia back in 1951 and now, thanks especially to the rigorous co-operation of the internal pro-integration tandem, the European Commisison and the CJ EU, it is a reality. Therefore, the EU vision of sustainability and its materialization can be achieved and, as in the case of the single internal market, rather through consistent and inducement oriented endeavors than by a plain mandatory imposition. This means that the ESAs must work extremely closely with other EU institutions and, by their consistent work, achieve respect. They should be committed vehicles towards transparent and reliable reporting. If there are doubts about whether the EBA, EIOP or ESMA contribute legitimately, effectively and efficiently to the trustworthiness and reliability of the high quality information about sustainability, then this is unsustainable. Boldly, the EU cannot afford any deficiency, each and every EU institution must work effectively and efficiently to overcome obstacles to the harmonized, if not unified, reliable and transparent high quality of both (i) conventional (traditional) inside-out sustainability reporting and (ii) newer outside-in sustainability risk reporting, aka ESG reporting.

The bad picture, especially of ESMA, should be improved by the coordination of mystery shopping, the development of retail risk indicators, collection, analysis and reporting on consumer trends, etc. Quite correctly, the European Commission and respondents recognize that sustainability and consumer issues can be global, regional, but also well very local and that it is critical to establish and maintain cooperation between ESAs and national competent authorities, see the issue of cross-border services to reduce the risk of harm to consumers. Centralization would not be the right move, except for critical sustainability standard development and operation of ESG rating agencies, ESG data providers, and sustainability-related service providers.

7. CONCLUSION

Prevention is better than cure and sustainability is better than wasteful immediate gratification. The EU has learned the message from a myriad of past and even ongoing crises and wants to have stability and sustainability, and not just in the field of finances. Further, the EU knows that it is necessary to balance between centralization and decentralization, between strict Regulations and softer Directives and that it is critically important to engage in a multi-stakeholder model involving communications with national authorities and the ultimate addressees of the sustainability-related disclosures. The EU crossed the Rubicon with the SFDR and Taxonomy Regulation and with the establishment and improvement of appropriate and quasi-enforcement special authorities in this context – three ESAs, i.e. EBA, EIOPA, and ESMA. This triumvirate constitutes, with ESRB, the much needed and discussed ESFS. A holistic multi-disciplinary research of legislative sources, performed surveys and studies suggests that the three ESAs

are set in a similar, if not identical, manner, and their tasks and powers differ only in a minor manner – the EBA has a more developed money-laundering control capacity. However, despite a satisfied and unified tenor voiced by the European Commission, stakeholders expressed a colourful feedback and doubts about the effectiveness of the collection of information and about the ultimate transparency, reliability and high quality of sustainability related reporting. They are often not as sure as the European Commission, and if they state their opinions about the legitimacy, effectiveness and efficiency of ESAs, the conventional 'one for all and all for one' sustainability pictures become cracked. In addition, the field observation suggests certain discrepancies in the Franco-German integration tandem, see the ESMA and Wirecard.

The performed survey and field observation had inherent limitations and it would be extremely useful to expand on it and build its longitudinal features, but still the already generated indices appear sufficiently logical and well founded. In particular ESMA is subject to much criticism and this is significant in the context of ongoing inflation issues. The European Commission, and the entire EU, has a much longer and challenging venue ahead than so far expected and admitted. Tolerating a lack of legitimacy, effectiveness or efficiency of one EU institution in hopes that it will be off-set by another is unsustainable and the EU cannot afford a massive dissatisfaction and/or lack of trust in operating by stakeholders with respect to any of the ESAs. Future studies should entail a much larger pool of respondents from the entire EU and work on the longitudinal and multi-disciplinarian aspects. Their results should be juxtaposed to results from prior studies, especially those after 2019, and bring input to be subjected not only to legislative processes. *The merit of all things lies in their difficulty* (Dumas 1844).

BIBLIOGRAPHY

Areeda, Phillip E. 1996. "The Socratic method." *Harvard Law Review* 109(5): 911–922.

Balcerzak, Adam. Radka MacGregor Pelikánová. 2020. "Projection of SDGs in Codes of Ethics – Case Study about Lost in Translation?" *Administrative Sciences* 10(4): 1–18.

Balcerzak, Adam. Robert K. MacGregor. Radka MacGregor Pelikánová. Elżbieta Rogalska. Dawid Szostek. 2023. "The EU Regulation of Sustainable Investment: The End of Sustainability Trade-offs?" *Entrepreneurial Business and Economics Review* 11(1): 199–212. https://doi.org/10.15678/EBER.2023.110111

Botopoulos, Kostas, 2020. "The European Supervisory Authorities: Role-models or in Need of Re-modelling?" *ERA Forum* 21: 177–198.

Busch, Danny, 2023. "EU Sustainable Finance Disclosure Regulation." *Capital Markets Law Journal* 18(3): 303–328. https://doi.org/10.1093/cmlj/kmad005

Carroll, Archie B. 2016. "Carroll's Pyramid of CSR: Taking Another Look." *International Journal of Corporate Social Responsibility* 1.

Chmelíková, Gabriela. Annette Krauss. Ondřej Dvouletý. 2019. "Performance of Microfinance Institutions in Europe-Does Social Capital Matter?" *Socio-Economic Planning Sciences* 68. https://doi.org/10.1016/j.seps.2018.11.007

D'Adamo, Idiano. Gianluca Lupi. 2021. "Sustainability and Resilience after COVID-19: A Circular Premium in the Fashion Industry." *Sustainability* 13(4): 1861. https://doi.org/10.3390/su13041861

de Bakker, Frank G.A. Andreas Rasche. Stefano Ponte. 2019. "Multi-stakeholder Initiatives on Sustainability: A Cross-disciplinary Review and Research Agenda for Business Ethics." *Business Ethics Quarterly* 29(3): 343–383. https://doi.org/10.1017/beq.2019.10

Dumas, Alexandre. 1844. *Les Trois Mousquetaires – Three Musketeers*. Paris: Baudry.

Eger, Claudia. Graham Miller. Caroline Scarles. 2019. "Corporate Philanthropy through the Lens of Ethical Subjectivity." *Journal of Business Ethics* 156: 141–153.

European Commission – Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union. 2022. *Targeted Consultation on the Supervisory Convergence and the Single Rulebook*. https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2021-esas-review_en (accessed: 17.07.2022).

Ferraro, Fabrizio. Daniel Beundza. 2018. "Creating Common Ground: A Communicative Action Model of Dialogue in Shareholder Engagement." *Organization Science* 29: 1187–1207. https://doi.org/10.1287/orsc.2018.1226

Glass, Gene V. 1976. "Primary, Secondary, and Meta-analysis of Research." *Educational Researcher* 5(10): 3–8. https://doi.org/10.3102/0013189X005010003

Gortsos, Christos V. 2015. "Competence Sharing between the ECB and the National Competent Supervisory Authorities within the Single Supervisory Mechanism (SSM)." *European Business Organization Law Review* 16(3): 401–420.

Kramer, Mark R. Marc W. Pfitzer. 2016. "The Ecosystem of Shared Value. Business and Society." *Harvard Business Review* (October): 3–11.

Krippendorff, Klaus. 2013. *Content Analysis: An Introduction to its Methodology*. Los Angeles: Sage.

Kuckartz, Udo. 2014. *Qualitative Text Analysis – A Guide to Methods, Practice and Using Software*. London: Sage.

MacGregor Pelikánová, Radka. Filip Rubáček. 2022. "Taxonomy for Transparency in Non-financial Statements – Clear Duty with Unclear Sanction." *Danube* 13(3): 173–195. https://doi.org/10.2478/danb-2022-0011

MacGregor Pelikánová, Radka. Martin Hála. 2021. "CSR Unconscious Consumption by Generation Z in the COVID-19 Era – Responsible Heretics not Paying CSR Bonus?" *Journal of Risk and Financial Management* 14(8): 390. https://doi.org/10.3390/jrfm14080390

MacGregor Pelikánová, Radka. Robert K. MacGregor. 2020. "The EU Puzzling CSR Regime and the Confused Perception by Ambassadors of Luxury Fashion Businesses: A Case Study from Pařížská." *Central European Business Review* 9(3): 74–108.

MacGregor Pelikánová, Radka. Robert K. MacGregor. Martin Černek. 2021a. "New trends in codes of ethics: Czech business ethics preferences by the dawn of COVID-19." *Oeconomia Copernicana* 12(4): 973–1009. https://doi.org/10.24136/oc.2021.032

MacGregor Pelikánová, Radka. Tereza Němečková. Robert K. MacGregor. 2021b. "CSR Statements in International and Czech Luxury Fashion Industry at the Onset and during the COVID-19 Pandemic – Slowing Down the Fast Fashion Business?" *Sustainability* 13(7): 3715. https://doi.org/10.3390/su13073715

MacGregor, Robert K. Włodzimierz Sroka. Radka MacGregor Pelikánová. 2020. "The CSR Perception of Front-line Employees of Luxury Fashion Businesses." *Organizacija* 53(3): 198–211. https://doi.org/10.2478/orga-2020-0013

Małecka, Joanna. Teresa Łuczka. Jarmila Šebestová. Roman Šperka. 2017. "Economic Activity and Social Determinants versus Entrepreneurship in SMEs – Selected Aspects." *Copernican Journal of Finance & Accounting* 6: 47–61. https://doi.org/10.12775/CJFA.2017.016

Porter, Michael E. Mark R. Kramer. 2011. "Creating Shared Value." *Harvard Business Review* 89(1–2): 62–77.

Schmidt, Frank L. John E. Hunter. 2014. *Methods of Meta-analysis – Correcting Error and Bias in Research Findings*. London: Sage.

Silverman, David. 2013. *Doing Qualitative Research – A Practical Handbook*. London: Sage.

Škapa, Stanislav. Nina Bočková. Karel Doubravský. Mirko Dohnal. 2022. "Fuzzy Confrontations of Models of ESG Investing versus non-ESG Investing Based on Artificial Intelligence Algorithms." *Journal of Sustainable Finance & Investment* 13: 763–775. https://doi.org/10.1080/20430795.2022.2030666

Sroka, Włodzimierz. Richard Szántó. 2018. "Corporate Social Responsibility and Business Ethics in Controversial Sectors: Analysis of Research Results." *Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation (JEMI*) 14: 111–126. https://doi.org/10.7341/20181435

Stepien, Sebastian. Jan Polcyn. 2019. "Risk Management in Small Family Farms in Poland." *Economic Science for Rural Development* 50: 382–388. https://doi.org/10.22616/ESRD.2019.048

Streimikiene, Dalia. Rizwan R. Ahmed. 2021. "The Integration of Corporate Social Responsibility and Marketing Concepts as a Business Strategy: Evidence from SEM-based Multivariate and Toda-Yamamoto Causality Models." *Oeconomia Copernicana* 12(1): 125–157. https://doi.org/10.24136/oc.2021.006

Tulder, Rob. May Seitanidi. Andrew Crane. Stephen Bramer. 2016. "Enhancing the Impact of Cross-Sector Partnerships. Four Impact Loops for Channelling Partnership Studies." *Journal of Business Ethics* 135: 1–17. https://doi.org/10.1007/s10551-015-2756-4

Turečková, Kamila. Jan Nevima. 2019. "Smart Approach in Regional Development." In *Proceedings of MIRDEC-12th, International Academic Conference Multidisciplinary and Interdisciplinary Studies on Social Sciences*. 77–84. Edited by Kemal Cebeci, Joaquim Ramos Silva, Tamer Budak, Antonio Focacci. Rome: University of Washington Rome Center.

Van Tulder, Rob. Nienke Keen. 2018. "Capturing Collaborative Challenges: Designing Complexity-Sensitive Theories of Change for Cross-Sector Partnerships." *Journal of Business Ethics* 150: 315–332. https://doi.org/10.1007/s10551-018-3857-7

Vourvachis, Petros. Thérèse Woodward. 2015. "Content Analysis in Social and Environmental Reporting Research: Trends and Challenges." *Journal of Applied Accounting Research* 16(2): 166–195.

Washburn, Nathan T. David A. Waldman. Mary F. Sully de Luque. Min Z. Carter. 2018. "Executives' Stakeholder Values in the Prediction of Work Process Change." *Journal of Management Studies* 55: 1423–1451. https://doi.org/10.1111/joms.12394

Yin, Robert K. 2008. *Study Research. Design Methods*. Thousand Oaks: Sage.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.09

C O P E
Member since 2018
JM13714

*Robert Krasoń**

https://orcid.org/0000-0003-0227-5019

OBLICZA SPRAWIEDLIWOŚCI

Streszczenie. Sprawiedliwość jest bez wątpienia fundamentem istnienia oraz funkcjonowania demokratycznego państwa prawa, tworzenia relacji społecznych, a także niezbędnym czynnikiem służącym budowaniu i pogłębianiu zaufania. Samo zaś pojęcie jawi się jako niedookreślone, mgliste, nieostre, opisywane nierzadko mianem niejasnego. Sprawiedliwość miała, ma i pewnie zawsze mieć będzie dwa oblicza – pozytywne i negatywne. Pod żadnym pozorem nie powinno się interpretować jej jako jednorazowego, chwilowego porywu emocji, wywołanego jakimś impulsem z zewnątrz, lecz jako nabytą długotrwałym wysiłkiem moralnym sprawność rozumu i woli. Sprawiedliwość towarzyszy ludzkości od początku jej istnienia. To swoisty fenomen, o którego istocie podejmowane były rozważania na przestrzeni wieków przez wielkie umysły tego świata: filozofów, poetów, autorów biblijnych. Myśląc o sprawiedliwości, intuicyjnie wyczuwamy, że jest to jedno z najważniejszych zagadnień dla ludzkości w ogóle – zagadnienie wszechogarniające.

Słowa kluczowe: sprawiedliwość, poczucie sprawiedliwości, społeczeństwo, państwo, prawo, moralność, zaufanie

FACES OF JUSTICE

Abstract. Justice is undoubtedly the foundation of the existence and functioning of a democratic state under the rule of law, the formation of social relations, and an essential factor for building and deepening trust. In turn, the concept itself appears as undefined, vague, often described as unclear. Justice has had, has and probably always will have two faces – positive and negative. Under no circumstances should it be interpreted as a one-time, momentary burst of emotion, triggered by some impulse from the outside, but as a skill of reason acquired by long-term moral effortand will. Justice has accompanied mankind since the beginning of time. It is a peculiar phenomenon, the essence of which has been pondered over the centuries by the great minds of the world: philosophers, poets, biblical authors. Thinking about justice, we intuitively sense that it is one of the most important issues for humanity in general – an all-encompassing issue.

Keywords: justice, sense of justice, society, state, right, morality, confidence

* Uniwersytet Łódzki, rkrason@wpia.uni.lodz.pl

creative commons

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

1. WPROWADZENIE

Medal ma zawsze dwie strony – już ta maksyma bardzo wyraźnie pokazuje, że każde zagadnienie może być postrzegane w dwojaki sposób. A co jeśli aspektów jednego motywu jest więcej? Na świecie żyje ponad 8 miliardów ludzi i jestem przekonany, że każdy z nich ma swoją własną definicję pojęcia sprawiedliwości. Tak, obliczy sprawiedliwości jest niezliczona ilość, a w tym artykule przedstawię tylko kilka perspektyw postrzegania jej idei. Pokażę, jak oblicza sprawiedliwości kształtowały się na przestrzeni wieków, poczynając od czasów najdawniejszych i rozprawy Platona, przez Arystotelesowską sprawiedliwość jako cnotę moralną objawiającą się dobrocią wobec bliźnich, zahaczając o Cycerona i jego sprawiedliwość w postaci nawyku umysłu. Ukażę poglądy Jana Jakuba Rousseau w wieku osiemnastym przedstawiającego stan sprawiedliwości (natury) jako ewoluujący, Gustava Radbrucha poruszającego konflikt sprawiedliwości i bezpieczeństwa prawnego, który stworzył pojęcie „ustawowego bezprawia", oraz Johna Rawlsa i jego sprawiedliwy interes powszechny przed prywatnym. Chaïm Perelman natomiast, nie mogąc znaleźć swojego złotego środka, zebrał wszystkie dotychczasowe zasady i uzależnił tym samym poziom sprawiedliwości od pozycji społecznej, wykonanej pracy czy przypisanych zasług. Jeszcze inną stronę sprawiedliwości pokazuje nam Konstytucja przesądzająca o tym, że Polska jest demokratycznym państwem prawa. Kolejnym poruszanym aspektem jest wpływ na postrzeganie sprawiedliwości, jaki miała kultura i religia, a mowa tu o chrześcijaństwie i jego przedstawicielach – Tomaszu z Akwinu, papieżu Janie XXIII, Św. Faustynie Kowalskiej oraz papieżu Janie Pawle II. Katechizm Kościoła Katolickiego również dokłada swoją cegiełkę do budowania wielobarwnego muru zwanego obliczem sprawiedliwości. Kolejna twarz sprawiedliwości wyłania się, kiedy rozważamy jej moralne przesłanki, których dobro i zło stanowią nierozerwalne i fundamentalne elementy. Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że pomimo niezliczonej ilości rozważań dotyczących sprawiedliwości nie uda się zdefiniować w jednoznaczny sposób: czym ona jest, jak należy ją rozumieć i co najważniejsze – w jaki sposób prawidłowo stosować jej nakazy?

2. SPRAWIEDLIWOŚĆ – FENOMEN CZY UTOPIA?

Sprawiedliwość, a ściślej poczucie sprawiedliwości, jest bez wątpienia fundamentem istnienia oraz funkcjonowania demokratycznego państwa prawa, tworzenia relacji społecznych, a także niezbędnym czynnikiem służącym budowaniu i pogłębianiu zaufania. Samo zaś pojęcie sprawiedliwości jawi się jako niedookreślone, mgliste, nieostre, opisywane nierzadko mianem mętnego i niejasnego. Przez niektórych zhierarchizowane w kategoriach uniwersalnych niezwykle wysoko,

ze względu na swoją ogromną wartość etyczną i zabarwienie emocjonalne. Dla innych – puste, nic nieznaczące słowo, istniejące tylko w teorii, lecz niewystępujące w praktyce. „Sprawiedliwości na tym świecie nie ma" – to często wygłaszane sądy przez tych, co sprawiedliwości w swej ziemskiej egzystencji jeszcze nie doświadczyli. Dla nich sprawiedliwość jest jak tęcza po ulewnym deszczu. Widzimy ją, podziwiamy, znamy legendy o skrzacie z garnkiem złotych dukatów na jej końcu. Nikt jednak nigdy tak naprawdę do niej nie dotarł, nie dotknął jej, nie doświadczył, nie znalazł legendarnego skrzata ze złotem. Tęcza cieszy ludzkie oczy i krzepi umysły, częstokroć jest zapowiedzią pięknej pogody po burzy, ale tak naprawdę jej nie ma – to tylko złudy optyczne, pociecha dla strapionych dusz i zmokniętych ciał.

Zasady podziału dóbr i ról społecznych, a także zasada wzajemności, oparta na wyrównywaniu świadczeń i krzywd, należą do najstarszych przejawów urzeczywistniania sprawiedliwości w dziejach ludzkości (Lang 2005, 289). Zakładano, że istota tego podziału, jak też wyrównania świadczeń, tkwi w rzeczywistym, słusznym i trafnym oddaniu czy przyznaniu komuś czegoś należnego. W zapłacie za krzywdy pomocna była zemsta oparta na zasadzie talionu – „oko za oko, ząb za ząb". Wszędzie tam, gdzie podział, wyrównanie albo odpłata były niemożliwe, ponieważ nie wszystko na tym świecie da się podzielić czy naprawić – odwoływano się do „gniewu Zeusa", gdyż jedynie w nim widziano możliwość osiągnięcia tak bardzo pożądanej sprawiedliwości.

Platon, chcąc doprecyzować nieostre pojęcie sprawiedliwości, podjął próbę jego zmatematyzowania. Chodziło o stworzenie swoistego układu odniesienia, pewnego rodzaju zwierciadła sprawdzalności dokonań ludzkich. Każdy człowiek, chcąc ocenić swe działania bądź zaniechania, mógłby odnieść się do uniwersalnych wytycznych (opartych na prawie naturalnym, normach moralnych, przepisach prawa i etosie obowiązującym w danej społeczności, do której sam przynależał), aby poprawnie ocenić swe zachowanie – jako sprawiedliwe lub nie. Platon nader radykalnie odróżnił aspekt indywidualny sprawiedliwości od jej społecznego oblicza. W wymiarze indywidualnym określił sprawiedliwość jako jedną z czterech fundamentalnych cnót, przyznając jej prym przed: mądrością, męstwem czy panowaniem nad ciałem i umysłem. W wymiarze społecznym natomiast widział sprawiedliwość jako harmonię, która pozwala zachować równowagę między poszczególnymi kastami społeczeństwa. Według filozofa sprawiedliwość jest zachowana, gdy każdy obywatel danej społeczności wykonuje obowiązki zgodnie ze statusem społecznym, do którego przynależy, a wszelkie działania pokrywają się z jego indywidualnymi uzdolnieniami. Zgodnie z tymi postulatami nierówności społeczne muszą istnieć i być pieczołowicie zachowywane, a zatem równości nie należy według tego myśliciela utożsamiać ze sprawiedliwością. Taka wizja sprawiedliwości była dla autora najwyższą doskonałością, usytuowaną hierarchicznie daleko ponad prawem, obyczajami i zwyczajami (Lang 2005, 289–290).

Platon (Platon 2003. I, 330D–331E) – jako wielki piewca idei sprawiedliwości – niemalże przez całe życie próbował znaleźć odpowiedź na wiele nurtujących go pytań z nią związanych, zastanawiał się np.: gdzie tkwi *causa* sprawiedliwości i na czym zasadza się jej istota? Co i komu zawsze należy oddać? Jaką funkcję pełni słowo „należy" – zalecenia czy imperatywu? Czy obowiązek oddania, wyrównania, odpłacenia jest nałożony na wszystkich ludzi z racji samego człowieczeństwa i dlatego należy zawsze wypełniać go bezwarunkowo? A jeżeli nie, to jak odróżnić przypadki, w których człowiek musi, od tych, w których może, czy powinien coś zrobić lub czegoś nie robić? Czy oddając przestępcy narzędzie zbrodni, dochowujemy nakazów sprawiedliwego życia, a może jest to już niesprawiedliwość? Jeżeli przyjaciołom należy czynić wyłącznie dobro, to jak zachować się wobec wrogów? Czy nawet usprawiedliwiony zły uczynek jest zawsze niesprawiedliwością? Te i wiele innych pytań nurtowało filozofa przez niemalże całe życie, którego mu zabrakło, by na nie odpowiedzieć.

Kontynuatorem Platońskiej doktryny sprawiedliwości był Arystoteles. Odbierał sprawiedliwość jako cnotę etyczną, będącą zarazem permanentnym nakazem właściwych rozumnych działań, opierających się na zachowaniu złotego środka pomiędzy przesadą a zbytnią powściągliwością w czynach (Arystoteles 2008, 1106). Zachowanie proporcjonalności było dla Arystotelesa fundamentem funkcjonowania społeczeństwa jako takiego w ogóle. Jego zdaniem ludzie krzywdzący się wzajemnie nie są w stanie razem funkcjonować i tworzyć jakiejkolwiek wspólnoty. Filozof pojmował sprawiedliwość w znaczeniu szerszym, ogólnym – jako cnotę moralną objawiającą się dobrocią wobec bliźnich, bezwzględnym posłuszeństwem wobec prawa i etosu społecznego przyjętego w danej wspólnocie. Znaczenie węższe było odniesieniem myśliciela do indywidualnych pobudek zachowania jednostki w grupie (Arystoteles 2008, 1129). Trzeba pamiętać, że człowiek ze swej istoty stworzony jest do życia w stadzie. Termin „życie" należy tu rozumieć bardzo szeroko – jako wzajemne relacje międzyludzkie, kooperowanie i współdziałanie. Aby jakiejś grupie osób przyznać przymiot społeczeństwa, tworzące ją jednostki muszą ze sobą współpracować, współżyć, współistnieć. To nie może być oddzielne przemijanie obok siebie, to musi być wspólny byt, oparty na zdrowych relacjach interpersonalnych. Bóg stworzył człowieka, by ten założył rodzinę, powołał społeczeństwo i w nim godnie i sprawiedliwie żył. Człowiek nie powinien istnieć sam dla siebie, człowiek powinien istnieć dla innych ludzi. Dawać im z siebie jak najwięcej, kochać i być kochanym. Jak pisał wielki myśliciel starożytnego Rzymu Marek Tulliusz Cyceron – istota ludzka została stworzona, by z innymi ludźmi tworzyć świat, „by jedni drugim mogli okazywać wzajemną pomoc" (Cyceron 1960, 337). Wynika z tego jasne, proste i ponadczasowe przesłanie – aby żyć sprawiedliwie, nie wystarczy ludzi nie krzywdzić, ludziom trzeba też pomagać, w szczególności tym, którzy tej pomocy najbardziej potrzebują. Kto powstrzymuje się od pomocy bliźniemu swemu „popełnia taki sam występek, jakoby opuścił w potrzebie rodziców, przyjaciół albo ojczyznę" (Cyceron 1960, 337). Niestety,

w zgiełku życia codziennego ze świecą szukać osób, które bezinteresownie, nie upatrując w swym działaniu żadnych korzyści zamiennych, chcą pomagać potrzebującym. Człowiek wiodący dostatnie życie bardzo często zapomina o tych, których los tak szczodrze nie obdarował. Stare porzekadło głosi, że „syty głodnego nie zrozumie" i trzeba przyznać, że tak właśnie w życiu co do zasady jest. Oczywiście, jak wszędzie zdarzają się wyjątki, ale są to przypadki nader odosobnione. W dorobku Cycerona znajdziemy wiele drogowskazów wskazujących człowiekowi, jak sprawiedliwie żyć. Jedna z najbardziej znanych i po dziś dzień aktualnych maksym wielkiego oratora brzmi: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* (Cyceron II, 160) – Sprawiedliwość jest to nawyk umysłu, który przypisuje każdemu człowiekowi jego godność i prawo, zwracając jednocześnie uwagę na dobro wspólne (http://legalhistorysources.com/JusticeIuscommune/JusticeChristian.htm). *Justitia* była rzymskim odpowiednikiem greckiej bogini sprawiedliwości, czyli Temidy. Przesądziło to po wszechczasy, że sprawiedliwość jest pochodną od *ius* (oznaczającego prawo naturalne – pochodzące od Boga), a nie *lex* (przypisanego prawu stanowionemu). Przytoczone przesłanie Cycerona po latach zostało zmodyfikowane przez innego rzymskiego znakomitego jurystę – niejakiego Ulpiana, który określił sprawiedliwość mianem stałej i niezmiennej woli przyznawania każdemu tego, co mu się należy – *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml). To właśnie między innymi dzięki stworzeniu tej paremii jej twórca zapisał się na zawsze w historii myśli prawniczej, a sam zwrot *sum cuique* stał się znanym i powszechnie rozpoznawalnym na całym świecie atrybutem sprawiedliwości.

Wieki średnie to włączenie doktryny chrześcijańskiej do zakrojonego na szeroką skalę dyskursu o sprawiedliwości. Całkowitym *novum* w tym zakresie było przypisanie woli Bożej właściwości sprawiedliwości. Powstała zatem sprawiedliwość pochodząca od Boga, a samego Stwórcę utożsamiano z sędzią, który za dobre uczynki wynagradza, a za złe karze. Jednym z najwybitniejszych myślicieli tej epoki był św. Tomasz z Akwinu. Reaktywator doktryny Arystotelesa w swych rozważaniach często odwoływał się też do koncepcji sprawiedliwości stworzonej przez Ulpiana. To właśnie za tym ostatnim Akwinata powtarzał, że sprawiedliwość to „oparta na trwałej woli sprawność oddawania każdemu tego, co mu się należy" (Św. Tomasz z Akwinu 1970, 58). Odnosząc się do cytowanej maksymy nie sposób nie zauważyć, że człowiek może być sprawiedliwy/niesprawiedliwy wyłącznie wobec innego człowieka, ale najpierw musi wejrzeć we własne wnętrze i za pomocą sumienia dokonać oceny samego siebie. Dopiero po zrobieniu swoistego rachunku sumienia i przyznaniu samemu sobie przymiotu człowieka sprawiedliwego bądź nie może tak naprawdę być sprawiedliwym lub niesprawiedliwym wobec innych ludzi. Jednak nigdy nie wolno mu zapominać, iż na samym końcu on też będzie oceniony przez Najwyższego Stwórcę. Dla św. Tomasza sprawiedliwość była nierozerwalnie i bezgranicznie związana z jego miłością do Boga.

Filozof traktował ją jako stan łaski uświęcającej Pana, a niesprawiedliwość była przez niego odbierana w kategoriach kary będącej konsekwencją gniewu Bożego za wszelakie przewinienia i grzechy ludzkie.

3. NOWOŻYTNE POCZUCIE SPRAWIEDLIWOŚCI

W osiemnastym wieku kontynuację doktryny sprawiedliwości w pro-społecznej egzystencji człowieka można odnaleźć w dziełach wielu twórców, wśród których na szczególną uwagę zasługuje Jan Jakub Rousseau. Podtrzymując niektóre prawdy głoszone przez Platona, Cycerona czy Ulpiana, twierdził on za nimi, że ludzie zostali stworzeni dla ludzi, by mogli sobie wzajemnie pomagać. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest powstawanie szeregu typów stosunków zależności międzyludzkich, bez których jednostki nie byłyby w stanie funkcjonować. Ta kompilacja zależności i powiązań była dla autora obrazem życia w grupie społecznej. Fakt, że każdy człowiek musi egzystować w mniejszej lub większej formie społeczności był dla myśliciela oczywisty i nie wyobrażał on sobie, aby mogło być inaczej. Jak twierdził, każdy może w pełni się rozwijać i realizować jedynie we wspólnocie, ponieważ w niej tylko drzemią nieprzebrane siły, będące napędem do wszystkich działań jednostek ową wspólnotę tworzących. Rousseau kazał te siły łączyć, by w konsekwencji powstała suma sił zgodnie współdziałających i będących w stanie poradzić sobie z wszelkimi zagrożeniami, skierowanymi przeciw interesom wszystkich ludzi dane społeczeństwo tworzących i każdego z nich z osobna. Ta suma sił to nic innego jak umowa społeczna (Rousseau 2002, 18) konstytuująca ustrój danego państwa. Autor wysuwał postulat *de lege ferenda*, iż powinna zostać stworzona w tym „ustroju społecznym jakaś reguła rządzenia zasadzająca się w prawie i pewna, biorąc ludzi takimi, jakimi są, a prawa takimi, jak być mogą" (Rousseau 2002, 11). Rousseau chciał „znaleźć formę zrzeszenia, która by broniła i chroniła całą wspólną siłą osobę i dobra każdego jej członka, i przy której każdy, łącząc się ze wszystkimi, słuchałby jednak tylko siebie i pozostał równie wolnym jak poprzednio" (Rousseau 2002, 19). Jego zdaniem wszyscy ludzie rodzą się wolni, równi i niezależni. Te i inne przywileje gwarantuje im prawo naturalne, które z racji samego człowieczeństwa wpisane jest w ich naturę. Niestety, jak pisze autor: „Człowiek urodził się wolnym, a wszędzie jest w okowach" (Rousseau 2002, 11). Rousseau zdawał sobie doskonale sprawę z dualistycznego charakteru umowy społecznej, przez którą jednostka traci „Wolność przyrodzoną i nieograniczone prawo do wszystkiego, co go nęci i co może osiągnąć; zyskuje natomiast wolność społeczną i wolność nad wszystkim co posiada" (Rousseau 2002, 23). Przeobrażenie ze stanu naturalnego do stanu społecznego jest z jednej strony złe i niesprawiedliwe, bo pozbawia ludzi wolności i niezależności, z drugiej zaś strony gwarantuje im bezpieczeństwo i sprawiedliwość, wprowadzając stan równowagi społecznej. „To przejście ze stanu natury do stanu społecznego wywołuje w człowieku ogromną zmianę, zastępuje bowiem w jego

postępowaniu instynkt sprawiedliwością (…)" (Rousseau 1956, 26). Autor utożsamia tu zrównoważony twór społeczny, zasadzający się na wzajemnym zrozumieniu i porozumieniu ze sprawiedliwością. Trzeba wyraźnie podkreślić, że w odróżnieniu od poprzednio cytowanych twórców u Rousseau przedstawiony zostaje stan sprawiedliwości (natury) ewoluujący podczas zawierania umowy społecznej do stanu niesprawiedliwości, by w końcu przeistoczyć się ostatecznie w stan sprawiedliwości częściowej, w którym ludzkość bezpowrotnie utraciła wolność naturalną, otrzymując w zamian wolność stanowioną.

W swej hipotetycznej koncepcji społecznego kontraktu Jan Jakub Rousseau dokonuje swoistej analizy ewolucji cywilizacji i wskazuje prawdopodobną przyczynę zawarcia nie do końca dobrego porozumienia przez obywateli społeczności pierwotnej (Rousseau 1956, 203–205). Zdaniem autora błędne decyzje podejmowane na przełomie wieków doprowadziły do powstania nierówności społecznych, przemocy, nienawiści, a w konsekwencji i wojen.

> Ten, kto pierwszy ogrodził kawałek ziemi, powiedział 'oto moje' i znalazł ludzi dość naiwnych, by mu uwierzyć, był prawdziwym założycielem społeczeństwa. Iluż to zbrodni, wojen, morderstw, ile nędzy i grozy byłby rodzajowi ludzkiemu oszczędził ten, kto by kołki wyrwał lub rów zasypał i zawołał do otoczenia: Uwaga! Nie słuchajcie tego oszusta. (Rousseau 1956, 186)

Rousseau był zdania, że ludzka natura sama z siebie jest dobra, więc sprawiedliwa, a jądro zła wszelakiego widział w nierówności społeczeństwa, które odwróciło się od natury i pozostaje z nią w permanentnym konflikcie. Konflikt ten jest ojcem wszystkich cierpień doświadczających gatunek ludzki (Starobinski 2000, 34). Myśliciel traktował *contrat social* jako swoiste panaceum, mające powstrzymać przemoc będącą skutkiem pojawienia się stanu posiadania prowadzącego do powstania nierówności i rozwarstwienia społecznego (Rousseau 1956, 203). To rozwarstwienie niosło z sobą niepokój, złość, poczucie niesprawiedliwości i chęć walki, które doprowadzić mogą do zniszczenia powstałej cywilizacji, a może nawet całej ludzkości. „Z jednej strony rywalizacja i konkurencja, z drugiej sprzeczność interesów i zawsze to ukryte pragnienie korzyści własnej ze szkodą dla drugich; wszystkie te klęski, to pierwszy skutek własności i nieodstępny ciąg dalszy nierówności w jej pierwszych początkach" (Rousseau 1956, 203). Dla Rousseau wszystkie negatywne przejawy ludzkiego niezadowolenia wywołanego stanem społecznej nierówności nie wywodzą się wprost z ludzkiej natury. Jego zdaniem każdy człowiek przychodzi na świat dobry, a dopiero inni ludzie swym negatywnym zachowaniem wobec niego doprowadzają do powstania złych emocji w umyśle dobrego człowieka. Innym zagrożeniem, które z dobrego człowieka czyni bestię gotową do zabijania, są instytucje społeczne i warunki panujące w danym społeczeństwie. Mają one zasadniczy wpływ na kształtowanie dobrych bądź złych cech jednostki. Rousseau próbował nakreślić w sposób bardzo ogólny zasady polityki państwa, które przestrzegane byłyby przez instytucje państwowe, a to z kolei pozwoliłoby zaistnieć i poprawnie funkcjonować

stabilnemu i sprawiedliwemu społeczeństwu. Twierdził, że stan taki jest możliwy do osiągnięcia tylko w kontrakcie społecznym, mimo iż zdawał sobie doskonale sprawę z niedoskonałości takiego aktu jako całości. Rousseau traktował umowę społeczną w kategoriach stanu wyższej konieczności, który pomagał w ratowaniu określonego dobra, poświęcając jednocześnie inne dobro mniejszej wagi. Rousseau był głęboko przekonany, że mimo widocznych ułomności tylko w *contract social* obywatele przynależący do danej społeczności są w stanie wyrazić swoją wspólną wolę, a ta będzie na tyle mocna by

> kierować siłami państwa odpowiednio do celu jego założenia, którym jest dobro wspólne. Jeżeli bowiem sprzeczność interesów prywatnych uczyniła tworzenie społeczeństw niezbędnym, to obopólny interes uczynił owo tworzenie możliwym. To, co w tych rozbieżnych interesach jest wspólnego, tworzy łącznik społeczny: i gdyby nie było żadnego punktu, w którym wszystkie interesy się zbiegają, żadne społeczeństwo nie mogłoby się utrzymać. Otóż społeczeństwo powinno być rządzone tylko według tego wspólnego interesu. (Rousseau 2002, 26)

Dla Rousseau równość i wolność były dobrami fundamentalnymi każdego człowieka. Niezależnie od systemu politycznego danego państwa powinny one zawsze być nadrzędnymi celami do osiągnięcia dla władzy prawodawczej. Tylko człowiek żyjący na równym poziomie z innymi ludźmi może być od nich niezależny, a skoro tak, uzależnienie oznacza zniewolenie. Autor dość precyzyjnie określił, że

> równość nie oznacza, aby stopnie władzy i bogactwa były zupełnie te same, tylko aby władza nie uciekała się do przemocy, stała i działała jedynie na mocy urzędu i ustaw; co do bogactwa zaś, żeby żaden obywatel nie był dość majętny, by mógł drugiego przekupić, i żaden nie tak biedny, by się musiał zaprzedać; co nakazuje założyć, ze strony możnych, zmniejszenie majątku i wpływów, a ze strony biednych zmniejszenie chciwości i pożądliwości. (Rousseau 2002, 46)

Nietrudno zauważyć, że zastosowanie się do zaprezentowanej idei sprawiedliwości społecznej Jana Jakuba Rousseau oznaczałoby dla bogatych pozbawienie ich części posiadanego majątku, a dla biednych tylko ograniczenie ich żądań. Pytanie nasuwa się samo – gdzie tu jest sprawiedliwość? Autor w swych rozważaniach doszedł do przekonania, że konieczność stworzenia umowy społecznej, która zamienia dające wolność prawa naturalne na zniewalające człowieka prawa stanowione tkwi w jego własnym rozumie. „Rozum bowiem daje początek miłości własnej, a wzmacnia ją namysł" (Rousseau 2002, 175). Człowiek żyjący w świecie rządzącym się prawami natury był wolny, niezależny i w związku z tym nie przejawiał potrzeby posiadania i wzajemnej rywalizacji. Postęp cywilizacji zmusił jednak dobrego człowieka – obywatela sprawiedliwego państwa natury, by ten wyzbył się przyrodzonej miłości do bliźnich i zastąpił ją miłością do samego siebie. Miłość ta przejawiać się miała zabezpieczaniem swoich interesów polegającym na mnożeniu dóbr i kolekcjonowaniu przywilejów. Rozum zatem przesądzać zaczął o moralności danej jednostki, kreując tym samym jej złe uczynki. Zwierzęca naturalność natomiast, która była wolnemu człowiekowi

od zawsze przyrodzona, kreowała w nim dobro. Przedstawiony przez Rousseau obraz natury ludzkiej w istocie różni się od obrazu, który wcześniej ukazał nam Platon w *Państwie*. Mamy tu do czynienia ze swoistym paradoksem, ponieważ Jan Jakub Rousseau wydawał się być jednym z najbardziej platońskich myślicieli osiemnastego wieku. Było to jednak tylko pozorne naśladownictwo, bo tak naprawdę jego wywody w większości stały w sprzeczności z doktryną Platona (Spaemann 2011, 53). Platon w rozumie ludzkim dopatrywał się korzeni dobra wszelakiego, zaś zwierzęcy instynkt natury ludzkiej, odwrotnie niż Rousseau, winił za całe zło tego świata. W IX księdze swego dzieła autor przedstawił postać chciwego człowieka, bez pamięci opanowanego przez pożądanie. Posłużył się utożsamieniem jego osoby z wielkim monstrum owe pożądanie obrazującym (Platon IX, 508 C). Mały człowiek – symbolizujący ludzki rozum – umieszczony wewnątrz potwora miał uświadamiać czytelnikowi, jak wielkie rozmiary może przybrać targająca jednostką chciwość. Autor jako antidotum zalecił pielęgnacje małego rozumnego człowieka, umiejscowionego w potworze, by w końcu obrósł on w siłę i pokonał prześladującą go bestię. Wynika z tego jasno, że pożądanie jest jednym z głównych elementów składowych natury ludzkiej. Zdaniem Platona tylko rozum jest w stanie tę namiętność okiełznać i zaprowadzić człowieka poprzez umowę społeczną do stanu sprawiedliwości. Przy czym, jak już wcześniej wspomniano, odwrotnie niż u Rousseau – sprawiedliwość nie była dla Platona absolutnie synonimem równości.

Do zagadnienia umowy społecznej i sprawiedliwości jako takiej odniósł się też tworzący niespełna dwa wieki po Janie Jakubie Rousseau – John Rawls. Przedstawił *contrat social* w ujęciu racjonalistyczno-empirycznym w postaci postulatów rozumu dążącego do osiągnięcia dobra wspólnego i woli faktycznej, przejawiającej się w czynach, np. w stanowieniu prawa. Zdaniem autora każda jednostka jako część składowa kontraktu społecznego zdaje sobie doskonale sprawę z tego, że przejmując już istniejącą lub ustanawiając całkowicie nową koncepcję sprawiedliwości musi sama do przejętej/ustanowionej koncepcji się zastosować. Może też oczywiście czerpać pożytki lub ponosić konsekwencje w przypadku prawidłowego lub nieprawidłowego wypełniania przyjętych w umowie zasad postępowania. Rawls przypisał wszystkim członkom społeczeństwa posiadanie tzw. „zmysłu sprawiedliwości" pozwalającego im w sposób aprioryczny odkodowywać zasady drzemiące w kontrakcie społecznym, a także je zrozumieć, stosować wobec innych i zastosować wobec siebie. Autor zakładał, że „wszystkie osoby mają zarówno jednakową zdolność do politycznego zmysłu sprawiedliwości, jak i interes w działaniu zgodnie z nim" (Rawls 2010, 301). Swoją liberalno-egalitarną wizję sprawiedliwości przedstawił na przykładzie wolnego społeczeństwa, żyjącego („kooperującego") w państwie usystematyzowanym umową społeczną. Umowa w sposób wyczerpujący określała warunki współdziałania jednostek, instytucji politycznych i społecznych, a zatem konstytuowała strukturę państwa. Autor stwierdził, że „celem kooperujących jest realizowanie swoich fundamentalnych interesów – swojego rozumnego i racjonalnego

dobra, takiego, jak je postrzegają" (Rawls 2010, 299). Poszczególna jednostka inkorporowana w stan społeczny ma swoje zindywidualizowane potrzeby i pragnienia (interes prywatny), które mogą zgoła różnić się od pragnień i potrzeb społeczeństwa jako całości (interes powszechny). Elementarnym warunkiem istnienia wolnego społeczeństwa rządzonego sprawiedliwą umową społeczną powinno być stawianie zawsze na pierwszym miejscu interesu powszechnego przed prywatnym. Interes wspólny jest globalną wolą całego społeczeństwa jako całości. Jest zawsze słuszny i ukierunkowany na osiągnięcie dobra wspólnego. Rawls twierdził, za Janem Jakubem Rousseau, że „kooperujące osoby muszą realizować swoje interesy w warunkach społecznej współzależności z innymi" (Rawls 2010, 300). Obywatele państwa umowy społecznej są współdziałającymi komórkami, tworzącymi ogromny organizm – państwo. Można zatem stwierdzić, że umowa społeczna wywołuje określone współzależności pomiędzy tworzącymi ją obywatelami, a wszyscy obywatele łącznie są podporządkowani państwu. Taką właśnie wizję usystematyzowanego umową społeczną państwa autor osadził na dwóch fundamentalnych, stworzonych przez siebie zasadach sprawiedliwości. W pierwszej z nich stwierdził: „Każda osoba powinna mieć równe prawo do jak najszerszego całościowego systemu równych podstawowych wolności, dających się pogodzić z podobnymi wolnościami innych osób" (Rawls 1994, 60). Zasada ta była dyrektywą równości gwarantującą umową społeczną: wolność polityczną i osobistą, swobodę wypowiedzi, prawo zrzeszania się, prawo do posiadania i ochrony własności prywatnej. W zasadzie drugiej wskazuje: „Nierówności społeczne i ekonomiczne powinny być tak rozłożone, aby: a) umożliwiały jak największą korzyść dla znajdujących się w najgorszym położeniu, przy zachowaniu reguły sprawiedliwych oszczędności dla przyszłych pokoleń, b) były związane z powszechnym dostępem do urzędów i stanowisk w warunkach autentycznej równości szans" (Rawls 1994, 60). Z tej zasady należy wywieść wniosek, iż choć dystrybucja majątku do rąk poszczególnych jednostek może być przeprowadzona w sposób odbiegający od równego podziału, to powinna ona mimo wszystko służyć korzyści każdego obywatela. By jednak ją odpowiednio realizować, należy najpierw doprowadzić do stanu powszechnej dostępności urzędów i stanowisk władzy w państwie. Rawls bardzo wyraźnie podkreślił, że aby obydwie zasady spełniały w sposób prawidłowy przypisane im funkcje, muszą być stosowane w odpowiedniej kolejności. Pierwsza z zasad (zgodnie z przyznaną jej wartością liczbową) powinna być stosowana przed drugą. Autor przekonuje, iż „dystrybucja bogactwa i dochodu oraz hierarchie władzy muszą stać w zgodzie tak z równymi wolnościami obywatelskimi, jak i równością możliwości" (Rawls 1994, 88). Rawls wartościuje wolność stanowczo przed korzyściami materialnymi i przywilejami społecznymi. Jak twierdzi: „wszyscy ludzie mają równą zdolność do bycia wolnymi i są równie zainteresowani wolnością" (Rawls 2010, 301). Wolność jest człowiekowi przyrodzona i mimo jej wyraźnego ograniczenia oraz zmodyfikowania jej wartości umową społeczną i tak powinna zawsze stać przed wszelkimi innymi dobrami. Filozof dokonuje ogólnego podsumowania koncepcji sprawiedliwości swojego autorstwa

i stwierdza: „Wszelkie społeczne wartości – wolności i możliwości, dochód i bogactwo oraz podstawy szacunku dla samego siebie mają być równo rozdzielane, chyba że nierówna dystrybucja jakiejkolwiek (czy też wszystkich) spośród tych wartości jest korzystna dla każdego" (Rawls 1994, 106). Zasady sprawiedliwości przedstawione przez Rawlsa mają stanowić swoiste kryteria funkcjonowania instytucji społecznych w państwie. Pojedynczy obywatel zawsze – co do zasady – powinien znaleźć wsparcie w państwie umowy społecznej, chyba że jego interesy prywatne są sprzeczne z interesami wspólnymi. Kontrakt powinien być oparty tylko i wyłącznie na interesie wspólnym, gwarantując w pierwszym rzędzie wolność, własność i przywileje społeczne, a ewentualne wahania poziomu równości w dystrybucji nie powinny mieć niekorzystnego przełożenia na pojedynczego obywatela. Bez wątpienia dla koncepcji sprawiedliwości przedstawionej przez Rawlsa, jak i wszystkich innych koncepcji, w których podjęto próby okiełznania słowami fenomenu sprawiedliwości, nie da się znaleźć wspólnie definiowalnego mianownika.

Zdaniem belgijskiego filozofa prawa Chaïma Perelmana nie da się koncepcji dotyczących sprawiedliwości jednoznacznie ze sobą pogodzić, ale można z powodzeniem wykorzystać prawidła sprawiedliwości zawarte w tychże różnych koncepcjach. Autor stworzył najwłaściwszą i najlepszą do stosowania, jego zdaniem, formułę sprawiedliwości formalnej w postaci ramowych – konkretnych zasad działania, zgodnie z którymi „osoby należące do tej samej kategorii istotnej powinny być traktowane jednakowo" (Perelman 1959, 37), czyli:

1. Każdemu to samo – *stricte* egalitarna formuła mająca za punkt odniesienia li tylko przynależność do konkretnej kategorii istotnej, niebiorąca pod uwagę różnic wieku, wykształcenia, walorów moralnych czy intelektualnych ocenianej jednostki;
2. Każdemu według zasług – nakazuje jednakowe traktowanie podmiotów o podobnych zasługach stanowiących kategorię istotną;
3. Każdemu według dzieł – jednakowe wynagradzanie dzieł o tej samej wartości w ramach jednej kategorii istotnej, np. wynagradzanie określonej grupy zawodowej za wykonanie pewnych czynności;
4. Każdemu według potrzeb – zasada odwołująca się do kryterium socjalnego, gdzie dążenia podmiotów klasyfikują je do konkretnej kategorii istotnej;
5. Każdemu według pozycji – podstawa tej koncepcji zasadza się na założeniu, iż wszyscy ludzie bez wyjątku należą do jakiejś klasy społecznej, która stanowi w tym przypadku kategorię istotną podziału i zaleca takie samo traktowanie podmiotów do niej przynależnych;
6. Każdemu według tego, co przyznaje mu prawo – tu indywidualne właściwości jednostki przesądzają o prawach, które jej są należne, i obowiązkach, do spełnienia których jest zobligowana.

Zasady sprawiedliwości formalnej Perelmana uczą właściwego stosowania prawideł dostarczonych przez różne inne funkcjonujące koncepcje sprawiedliwości. Nietrudno zauważyć, że wszystkie one osadzone są na wspólnej osi

ideologicznej, odnoszącej się do jakiejś trudnej do sprecyzowania równości. Sam Perelman jest zdania, że „pojęcie sprawiedliwości społecznej sugeruje wszystkim nieuchronnie ideę pewnej równości" (Perelman 1959, 115), która może być: sprawiedliwą równością, sprawiedliwą nierównością, niesprawiedliwą równością i w końcu niesprawiedliwą nierównością (Tokarczyk 2002, 227–230).

Jest to kontynuacja zapoczątkowanej w starożytności i pielęgnowanej przez wieki doktryny sprawiedliwej dystrybucji – oddawania komuś czegoś należnego. Oczywiście przytoczona koncepcja sprawiedliwości nie stanowi cudownego antidotum, które pozwoli usystematyzować pojęcie sprawiedliwości jako takiej w jednym mianowniku. Podstawowym i najczęściej uderzającym w prezentowaną koncepcję zarzutem jest brak jakichkolwiek wskazówek dotyczących wyboru odpowiedniego w danej sytuacji prawidła sprawiedliwości. Nie została stworzona przez jej twórcę żadna skala wartości, która bez wątpienia byłaby pomocna w wyborze określonej zasady sprawiedliwości w danym stanie faktycznym. Występuje tu zatem swoisty paradoks, ponieważ konkretne formuły sprawiedliwości zostają wybrane w sposób arbitralny, a ten z kolei absolutnie nie musi być sprawiedliwy. Perelman też dostrzegł ów problem i w jednym z ostatnich rozdziałów swego dzieła napisał: „Tak więc jeśli sprawiedliwość wydaje się jedyną cnotą racjonalną, która przeciwstawia się bezprawiu i arbitralności naszych norm, nie wolno zapominać, że działanie jej opiera się samo na wartościach arbitralnych, irracjonalnych i że wartościom tym przeciwstawiają się wartości inne, na które nie może pozostać całkiem obojętne wrażliwe poczucie sprawiedliwości" (Perelman 1959, 109).

Reasumując, można przyjąć jako pewnik stwierdzenie, iż po dzień dzisiejszy fenomen sprawiedliwości nie został jednoznacznie przez nikogo okiełznany. Kolejne próby podejmowane na przełomie wieków, a służące zdefiniowaniu pojęcia sprawiedliwości jako takiej ogólnie i sprawiedliwości społecznej w szczególności, nie przyniosły większych rezultatów. Oczywiście powstało szereg lepszych i gorszych koncepcji, które tak naprawdę sprowadzają się do udoskonalenia znanej wszystkim od tysięcy lat zasady równości.

4. SPRAWIEDLIWOŚĆ – BOSKA RZECZ

Dziś sprawiedliwość immanentnie skorelowana jest z szeroko pojmowanymi prawami człowieka, uzewnętrznionymi w ideach równości, godności i wolności – utożsamianej z brakiem przymusu bądź możliwością swobodnego i niczym nieskrępowanego wyboru. Wyboru, który pozwala na swobodne zawieranie umów, a w szczególności umowy społecznej. To właśnie na ideach sprawiedliwości ogólnej zbudowana jest koncepcja nowożytnych zasad sprawiedliwości społecznej, która realizowana jest poprzez pryzmat sprawiedliwości rozdzielczej, przy poszanowaniu godności i wolności poszczególnej jednostki, jak i dobra wspólnego całego społeczeństwa. Artykuł 2. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

jednoznacznie przesądził, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej" (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 z późn. zm.). Ten artykuł Konstytucji wpisał Polskę na listę państw – wyznawców koncepcji nowożytnej sprawiedliwości społecznej. Siły sprawczej przemian, które na przełomie ostatnich dziesiątków lat dokonały się w Polsce, należy w szczególności dopatrywać się w religii chrześcijańskiej wyznawanej w naszym kraju. Chrześcijaństwo bowiem przejęło filozoficzny dorobek wieków i dla większości jednostek w naszym społeczeństwie stało się kierunkiem prowadzącym naród jako całość ku dobru wspólnemu. Do sprawiedliwości społecznej bardzo często odnosiły się głowy Kościoła katolickiego. Papież Pius XI stworzył encyklikę, w której uznał, że sprawiedliwość społeczna dotyczy dobra wspólnego określonej społeczności, jak również jest swoistym regulatorem wzajemnych relacji grup społecznych i poszczególnych jednostek wewnątrz i na zewnątrz państwa (Pius XI 1931, 110). Pisał: „Należy więc każdemu przydzielić przypadającą na niego część dóbr materialnych i dążyć do tego, aby przywrócony był taki podział dóbr ziemskich, który odpowiada dobru ogólnemu i sprawiedliwości społecznej" (Pius XI 1931, 58–59). O sprawiedliwości społecznej w sensie dobra wspólnego społeczności postulującej proporcjonalny udział w obowiązkach i korzyściach danej wspólnoty wspominał w swych zapiskach Papież Jan XXIII (Jan XXIII 1961, 401–464).

W Katechizmie Kościoła Katolickiego znajdziemy odniesienie do trzech postaci sprawiedliwości, a mianowicie:

– rozdzielczej, zgodnie z którą „Przełożeni powinni mądrze służyć sprawiedliwości rozdzielczej, uwzględniając potrzeby i wkład każdego oraz mając na celu zgodę i pokój" (Katechizm Kościoła Katolickiego 2002, 2236);

– wymiennej, określającej, iż „Umowy podlegają sprawiedliwości wymiennej, która reguluje wymianę między osobami i między instytucjami z uwzględnieniem poszanowania ich praw. Sprawiedliwość wymienna obowiązuje w sposób ścisły; domaga się ochrony praw własności, spłaty długów i dobrowolnego wypełniania zaciągniętych zobowiązań. Bez sprawiedliwości wymiennej nie jest możliwa żadna inna forma sprawiedliwości" (Katechizm Kościoła Katolickiego 2002, 2411–2412);

– prawnej, głoszącej, że „Władze polityczne są zobowiązane do poszanowania podstawowych praw osoby ludzkiej. Powinny w sposób ludzki służyć sprawiedliwości, szanując prawa każdego, zwłaszcza rodzin i osób potrzebujących" (Katechizm Kościoła Katolickiego 2002, 2237).

Autorzy Katechizmu czerpali z wcześniejszych najbardziej uznanych koncepcji sprawiedliwości społecznej, powielili opinie swych wielkich poprzedników sprzed lat, łącząc sprawiedliwość z dobrem pojedynczych jednostek i dobrem całego tworzonego przez te jednostki społeczeństwa. Oczywiście odnieśli się też do wykonywania władzy przy poszanowaniu szeroko rozumianych praw

człowieka. Tylko w takiej formie realizowana sprawiedliwość społeczna jest tak naprawdę sprawiedliwa.

Jan Paweł II w encyklice *Dives in misericordia* (Jan Paweł II 1980, nr 12) niezwykle trafnie mówił o sprawiedliwości, łącząc ją nierozerwalnie z godnością, miłością i wypływającym z nich miłosierdziem Bożym.

> Trudno nie stwierdzić, że w świecie współczesnym zostało rozbudzone na wielką skalę poczucie sprawiedliwości. Z pewnością też ono jeszcze bardziej uwydatnia to wszystko, co ze sprawiedliwością jest sprzeczne, zarówno w stosunkach między ludźmi, pomiędzy grupami społecznymi, czy 'klasami', jak też pomiędzy poszczególnymi narodami, państwami, wreszcie systemami politycznymi, czy też całymi tak zwanymi światami. Ów głęboki i wieloraki nurt, u podstaw którego świadomość współczesnych ludzi postawiła sprawiedliwość, świadczy o etycznym charakterze owych napięć i zmagań, które przenikają świat. (Jan Paweł II 1980, nr 12)

Zdaniem autora Kościół katolicki utożsamia się z pragnieniami targającymi ludźmi naszych czasów w dążeniu do sprawiedliwego życia. Objawia się to w szeroko rozbudowanej ostatnio katolickiej nauce społecznej poprzez ukazywanie coraz nowszych aspektów sprawiedliwości w codziennym życiu człowieka, społeczeństw i narodów. Samo nauczanie jest bardzo istotne, ale nie wystarcza. Dlatego równolegle z nim prowadzone jest wychowanie, czyli „kształtowanie ludzkich sumień w duchu sprawiedliwości, a także poszczególne inicjatywy, zwłaszcza w dziedzinie apostolstw świeckich, które w tym duchu się rozwijają" (Jan Paweł II 1980, nr 12). Jan Paweł II, spoglądając na pokolenie, którego sam był immanentną częścią, odczuwał w sercu głęboki niepokój, dostrzegając

> upadek wielu podstawowych wartości, które stanowią niewątpliwie dobro nie tylko chrześcijańskiej, ale po prostu ludzkiej moralności, kultury moralnej – takich, jak poszanowanie dla życia ludzkiego, i to już od chwili poczęcia, poszanowanie dla małżeństwa w jego jedności nierozerwalnej, dla stałości rodziny. Permisywizm moralny godzi przede wszystkim w tę najczulszą dziedzinę życia i współżycia ludzi. W parze z tym idzie kryzys prawdy w stosunkach międzyludzkich, brak odpowiedzialności za słowo, czysto utylitarny stosunek do człowieka, zatrata poczucia prawdziwego dobra wspólnego i łatwość, z jaką ulega ono alienacji. Wreszcie desakralizacja, która często przeradza się w 'dehumanizację'. Człowiek i społeczeństwo, dla którego nic już nie jest 'święte' – wbrew wszelkim pozorom ulega moralnej dekadencji. (Jan Paweł II 1980, nr 12)

Autor tymi słowami apelował do pojedynczych ludzi i całego świata zarazem o opamiętanie w odwracaniu się od Boga, rodziny, bliskich i porządku, w którym przyszło im żyć. Aby człowiek żył godnie, sprawiedliwie, po prostu dobrze – tak jak powinien, musi w życiu obrać właściwy kierunek i widzieć granice, których pod żadnym pozorem nie wolno mu przekraczać. Chodzi o życie w poszanowaniu praw naturalnych – otrzymanych od Boga, i praw stanowionych ukonstytuowanych przez ludzi dla ludzi – by żyło się lepiej. Prawa stanowione mają stać na straży poprawności stosunków międzyludzkich i relacji społecznych, a prawa naturalne mają pomagać ludziom godnie, dobrze i moralnie żyć. Prawo naturalne, pochodzące od Boga, ma także stać na straży tworzenia tylko takiego prawa

stanowionego, które nie godzi w istotę prawa naturalnego, godność czy wolność jednostki i które człowiekowi zamiast pomagać po prostu nie zagraża. Tak więc sprawiedliwość widział Jan Paweł II w życiu godnym, moralnym, zgodnym z prawami przyrodzonymi i ustalonymi, a także z etosem obowiązującym w danej społeczności. Ludzie mogą ten stan osiągnąć, mając Boga w sercach i kierując się wzajemną miłością i wyrozumiałością wobec siebie. Jan Paweł II w miłości, zrozumieniu i czynieniu dobra innym ludziom widział sprawiedliwość, którą cenił niezwykle wysoko. Miłość i rodzące się z niej miłosierdzie Boże stawiał jednak ponad wszystkim innym.

> Miłosierdzie jest poniekąd przeciwstawione sprawiedliwości Bożej, okazuje się zaś nie tylko w tylu wypadkach potężniejsze od niej, ale także głębsze. Już Stary Testament uczy, że aczkolwiek sprawiedliwość jest prawdziwą cnotą u człowieka, u Boga zaś oznacza transcendentną Jego doskonałość, to jednak miłość jest od niej «większa». Jest większa w tym znaczeniu, że jest pierwsza i bardziej podstawowa. Miłość niejako warunkuje sprawiedliwość, a sprawiedliwość ostatecznie służy miłości. Ów prymat, pierwszeństwo miłości w stosunku do sprawiedliwości (co jest rysem znamiennym całego Objawienia) ujawnia się właśnie poprzez miłosierdzie. (Jan Paweł II 1980, nr 12)

Dokładnie w ten sam sposób postrzegała sprawiedliwy świat św. Siostra Faustyna Kowalska.

> Miłosierdzie jest kwiatem miłości; Bóg jest miłością, a miłosierdzie jest Jego czynem, w miłości się poczyna, w miłosierdziu się przejawia. Na co spojrzę, wszystko mi mówi o Jego miłosierdziu, nawet sama sprawiedliwość Boża mówi mi o Jego niezgłębionym miłosierdziu, bo sprawiedliwość wypływa z miłości. (Św. Siostra Faustyna Kowalska 2001, 651)

Jan Paweł II w swej encyklice przestrzegał również ludzkość przed niekontrolowanym poddaniem się różnego rodzaju programom zrodzonym z idei sprawiedliwości, a które zamiast urzeczywistniać ją w praktyce, ulegają zniekształceniom podczas ich realizacji i gubią całkowicie zawarte w nich wartości.

> Chociaż więc w dalszym ciągu na tę samą ideę sprawiedliwości się powołują, doświadczenie wskazuje, że nad sprawiedliwością wzięły górę inne negatywne siły, takie jak zawziętość, nienawiść, czy nawet okrucieństwo, wówczas chęć zniszczenia przeciwnika, narzucenia mu całkowitej zależności, ograniczenia jego wolności, staje się istotnym motywem działania: jest to sprzeczne z istotą sprawiedliwości, która sama z siebie zmierza do ustalenia równości i prawidłowego podziału pomiędzy partnerami sporu. Ten rodzaj nadużycia samej idei sprawiedliwości oraz praktycznego jej wypaczenia świadczy o tym, jak dalekie od sprawiedliwości może stać się działanie ludzkie, nawet jeśli jest podjęte w imię sprawiedliwości. (Jan Paweł II 1980, nr 12)

Doświadczenie wieków pokazuje, że sama sprawiedliwość nie wystarcza. Na kartach historii, zwłaszcza tych zapisanych dwoma wojnami światowymi, widać boleśnie, jak wiele powstało niesprawiedliwych praw, które wzięły swój początek od sprawiedliwości i jej miały służyć.

Nie sposób nie odwołać się w tym miejscu do paremii autorstwa Augustyna Aureliusza, przejętej i rozwiniętej przez Tomasza z Akwinu, a następnie

niemieckiego prawnika Gustawa Radbrucha: *Lex iniusta non est lex* (Zajadło 2009, 42). Ustawa (prawo) niesprawiedliwa nie jest ustawą. Radbruch jest autorem koncepcji ustawowego bezprawia nazywanej powszechnie „formułą Radbrucha". Głosi ona:

> Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako 'prawo niesprawiedliwe' powinna ustąpić sprawiedliwości. (Radbruch 2000, 262)

Zdaniem autora, gdy dochodzi do konfliktu bezpieczeństwa prawnego ze sprawiedliwością – prawnicy zawsze powinni opowiadać się za bezpieczeństwem. Wyjątek od tej zasady stanowią przypadki skrajnej niesprawiedliwości, w których nawet zgodnie z procedurą legislacyjną ustanowiona ustawa przestaje być prawem i staje się ustawowym bezprawiem. Gustaw Radbruch odnosi się tu do systemu nazistowskich Niemiec, ponieważ funkcjonowało tam wiele aktów prawnych, które nigdy nie powinny zostać ustanowione i otrzymać statusu ustawy.

Powyższy przykład znakomicie obrazuje – jak niewiele potrzeba, by sprawiedliwość zmieniła swe oblicze na niesprawiedliwość, choć na pierwszy rzut oka nie musi to być od razu rozpoznawalne.

5. MORALNA SPRAWIEDLIWOŚĆ W OBLICZU SUMIENIA

Tak więc od niepamiętnych czasów, aż po dzień dzisiejszy sprawiedliwość miała, ma i pewnie zawsze mieć będzie dwa oblicza – pozytywne i negatywne. W pierwszym przypadku, w imię sprawiedliwości należy czynić należne komuś dobro, w drugim zaś, powstrzymywać się od czynienia drugiemu tego, co dla samego czyniącego jest niemiłe. Sprawiedliwości pod żadnym pozorem nie powinno się interpretować jako jednorazowego chwilowego porywu emocji, wywołanego jakimś impulsem z zewnątrz, lecz jako nabytą długotrwałym wysiłkiem moralnym sprawność rozumu i woli. Dlatego właśnie, idąc za współczesnym personalizmem, można określić sprawiedliwość mianem siły integrującej, znajdującej swe odbicie w postawie całego człowieka (Kowalczyk 1991, 5–6). Sprawiedliwość ma bez wątpienia charakter dychotomiczny (gr. *dichotomos* – przepołowiony) – jest podzielona na dwie części, wzajemnie się wykluczające i uzupełniające do całości jednocześnie. Pierwsza część posiadająca ładunek dodatni to stan faktyczny, w którym poczucie sprawiedliwości istnieje. Druga, naładowana ujemnie, powstaje, gdy stan poczucia sprawiedliwości z części pierwszej zostaje nadwątlony lub zniweczony. Sprawiedliwość w zaistniałej sytuacji umiera, rodząc jednocześnie w chwili swej śmierci niesprawiedliwość. Sprawiedliwość/niesprawiedliwość towarzyszy ludzkości od początku jej istnienia. To swoisty fenomen, o którego

istocie podejmowane były rozważania na przestrzeni wieków przez wielkie umysły tego świata: filozofów, poetów, autorów biblijnych. Myśląc o sprawiedliwości, intuicyjnie wyczuwamy, że jest to jedno z najważniejszych zagadnień dla ludzkości w ogóle – zagadnienie wszechogarniające. Widać z tego, że sprawiedliwość jest wolnym, rozumnym i utrwalonym w czasie ukierunkowaniem człowieka na czynienie dobra innym ludziom. Istnienie relacji interpersonalnej, międzyludzkiego związku, opartego na wartościach pozytywnych, ma dla jej jestestwa znaczenie fundamentalne. Nie było, nie ma i nigdy nie będzie sprawiedliwości niezawierającej w sobie wartości dodatnich. Ona zawsze realizuje się z ludźmi i jest nośnikiem dóbr konstytuujących społeczeństwo. Sprawiedliwość jest regulatorem relacji międzyludzkich, dlatego nie może być mowy o jej istnieniu w sferze teoretycznej, by istnieć, musi uzewnętrzniać się wprost w czynach ludzi wobec siebie (Kowalczyk 1991, 115–116). Ze sprawiedliwością są odwiecznie skorelowane uniwersalne wartości, które ona aprobuje, i istnieje niepisany nakaz ich stosowania. Na straży poprawności i zgodności z prawdą realizowanych czynów czuwa w sposób obiektywny prawo i etos obowiązujący w danej społeczności, a w sposób subiektywny – ludzkie sumienie. To podmiot działający musi subiektywnie ocenić przedmiot swych działań. Dokonuje tego, odwołując się do powszechnie obowiązujących norm moralnych, a także własnych przeżyć wewnętrznych, w szczególności do sumienia, które jest „moralną władzą oceniania działań w kategoriach dobra i zła, informującą jednostkę o popełnieniu błędu moralnego w postaci tzw. wyrzutów sumienia, traktowanych jako specyficzna sankcja moralna" (Hartman 2004, 213).

> W ten sposób sumienie jako jedyne (sięgające bezpośrednio wnętrza podmiotu) źródło informacji o zgodności własnego działania z przedmiotową normą moralności staje się tejże normy podmiotowym wyrazem, czyli subiektywną i zarazem subiektywnie ostateczną normą moralności. Podmiot nie posiada bowiem innej możliwości uzgodnienia własnego działania z obiektywną normą moralności, jak tylko uzgadniając je z własnym rozpoznaniem stosunku swego działania do tejże normy. Kierowanie się sumieniem staje się przeto dla podmiotu jedynym sposobem kierowania sobą w świetle 'prawdy o dobru' (kierowania się prawdą), a wniosek o moralnej powinności działania zawsze w zgodzie z własnym sumieniem wypływa z obowiązku działania zgodnie z obiektywną normą moralności i normę tę zakłada. (Styczeń 2010, 46)

Oto podmiot dokonuje subiektywnej oceny swych działań i na jej podstawie zalicza je do grupy dobrych bądź złych uczynków. Z uwagi na czysto subiektywny charakter tej oceny powstaje niebezpieczeństwo swobodnego przesuwania w jedną lub drugą stronę (w miarę potrzeby) granicy oddzielającej dobro od zła. Samooceniający się podmiot wedle własnego uznania decyduje o tym, co stanowi dla niego określoną powinność moralną, której niewypełnienie będzie przyczyną powstania w jego świadomości wyrzutów sumienia.

> „Powinieneś" jawiące się we wnętrzu człowieka tak długo nie jest w stanie przybrać znamienia powinności moralnej i być tym samym zidentyfikowane z sumieniem, jak długo nie przyjmie charakteru osobistego przeświadczenia podmiotu, iż jest istotnie tak, jak owo do niego kierowane „powinieneś" głosi. Znaczy to jednak, że „Powinieneś" nabiera mocy

> moralnego zobowiązania i staje się utożsamiane z sumieniem dokładnie z chwilą jego przełożenia – a ogólniej: przekładalności na „Powinienem". (Styczeń 1995, 107)

Wynika z tego, że na danym podmiocie ciąży wewnętrzny obowiązek (powinność) podjęcia lub zaniechania określonych działań wobec jednostki lub szerzej grupy społecznej, a nierzadko całego społeczeństwa. Mamy zatem wskazany „system wartości, norm i ocen, wzorów postępowania ludzi w określonym społeczeństwie, na danym etapie jego rozwoju" (Karpiński 2005, 160). Wszelkie zachowania godzące we wskazany powyżej etos stanowią podstawę odpowiedzialności moralnej, która może występować w znaczeniu szerokim (*sensu largo*) (Sondel 2009, 874) – jako zjawisko ogólnospołeczne, oraz znaczeniu najściślejszym (*sensu strictissimo*) (Sondel 2009, 874) – jako wewnętrzne przeżycie psychiczne danej jednostki. Są pewne uznane w danej społeczności wartości i nałożony z racji samej przynależności do tego społeczeństwa obowiązek ich poszanowania. „Obowiązek" – jako „jeden z podstawowych terminów etycznych, oznaczający moralne zobowiązanie do dokonania jakiegoś czynu lub powstrzymania się od jakiegoś działania" (Hartman 2004, 158). Należy więc uznać, że normy moralne istnieją w dwojaki sposób – jako przeżycie psychiczne i zjawisko społeczne. Najczęściej obydwa te istnienia są ze sobą skorelowane – przenikają się niejako, ale zdarza się też, że funkcjonują one w sposób dychotomiczny. Bardzo podobnie przedstawia się relacja zachodząca pomiędzy normami moralnymi i normami prawnymi. Naruszenie tych ostatnich stanowi podstawę powstania odpowiedzialności prawnej, bo stan niesprawiedliwości może i często doprowadza do sytuacji, w której prócz naruszenia norm moralnych złamane zostają normy prawne. Sam termin „odpowiedzialność prawna" jest „pojęciem spornym w literaturze naukowej" (Lang 1969, 51).

> Nie ulega wątpliwości, że konstrukcja takiego pojęcia odpowiedzialności, które byłoby płodne naukowo zarówno na gruncie teorii prawa, jak i szczegółowych dyscyplin prawniczych nie jest możliwe wyłącznie w ramach współczesnych nauk prawniczych, bez szerokiej refleksji filozoficznej, prakseologicznej, socjologicznej i historycznej. (Lang 1969, 52)

Te natomiast „okazują się na ogół jałowe i pozbawione perspektyw naukowych" (Lang 1969, 52). Z tego względu przedstawiciele różnych dyscyplin prawniczych dokonują analizy określonych postaci odpowiedzialności w ramach poszczególnych gałęzi prawa, w szczególności cywilnego, konstytucyjnego czy karnego. Idąc tym tropem, wskazać należy trzy podstawowe typy odpowiedzialności prawnej: odpowiedzialność cywilną, która dotykać może osób fizycznych, osób prawnych i jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, za zawinione wyrządzenie szkody innemu podmiotowi (*ex delicto*) – np. zniszczenie cudzej rzeczy, a także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku powstałego w wyniku dokonania czynności prawnej (*ex contractu*) – np. zawarcia umowy sprzedaży; odpowiedzialność konstytucyjną ponoszoną przez osoby piastujące najwyższe urzędy w państwie, np. ministra, premiera

czy prezydenta, za naruszenie ustawy lub konstytucji; odpowiedzialność karną będącą konsekwencją popełnienia czynu zabronionego przez jeden z podmiotów wymienionych powyżej przy odpowiedzialności cywilnej. Sprawiedliwość/niesprawiedliwość w XXI w. konstytuowana jest przez wiele niezależnych od siebie, a nierzadko skorelowanych ze sobą wzajemnie czynników. Ludzie żyjący w demokratycznym państwie prawa czasów nowożytnych, w którym poszanowane są prawa i przywileje jednostki, zaś jednostki przestrzegają praw stanowionych przez państwo i dochowują etosu w nim obowiązującego, oczekują w zamian sprawiedliwości na każdym etapie swojego społecznego uczestnictwa we wspólnocie, do której przynależą. Szczególnie odnosi się to do działalności władz, które tak naprawdę w wolnych wyborach bezpośrednich lub pośrednich są delegowane przez obywateli danego państwa, by godnie reprezentować ich i państwo jako całość. Każdy wolny człowiek urodzony w takiej czy innej demokratycznej społeczności z racji samego urodzenia jest do niej automatycznie przypisany. Może oczywiście najzwyczajniej w świecie wyjechać i poprosić o przynależność do jakiegoś innego tworu społecznego. Skoro wolny człowiek dokona już ostatecznego wyboru, pozostaje w macierzystej lub przenosi się do innej wybranej przez siebie grupy społecznej, oczekuje od tej grupy przestrzegania przysługujących mu w niej praw. Chodzi tu zarówno o prawa stanowione, jak też o normy i wartości moralne składające się na etos społeczny społeczeństwa, w którym wolny człowiek się urodził lub z własnej woli do niego przystał. Konflikt pomiędzy wyznawanymi przez jednostkę czy grupę społeczną wartościami moralnymi i prawnymi rodzi poczucie niesprawiedliwości i *a contrario* sprawiedliwości, gdy polityka praw i wartości państwa pokrywa się z zapatrywaniami poszczególnej jednostki czy grupy społecznej. Każdy człowiek pokłada jakieś oczekiwania w innym współtowarzyszu społecznym, jakiejś grupie społecznej, a w końcu władzy i całym państwie, którego stanowi element składowy. Jeżeli tęsknoty takiego obywatela zostają pozytywnie zaspokojone, wywołuje to w nim poczucie sprawiedliwości. Gdy jednak z jakiś przyczyn działania państwa albo jego przedstawicieli nie pokrywają się z oczekiwaniami jednostki, wywołuje to poczucie zażenowania, gniewu i w konsekwencji niesprawiedliwości.

Jestem przekonany, że każda przywołana w artykule definicja sprawiedliwości znajdzie swojego zwolennika. Jestem również pewien, że wielu czytelników po przeanalizowaniu przytoczonych przeze mnie w tekście rozważań na temat pojęcia sprawiedliwości wyciągnie wnioski i stworzy swoje własne, jedyne, niepowtarzalne jej oblicze. W zależności od naszych preferencji bliższy jest nam konkretny model sprawiedliwości. Gdy zapytamy o sprawiedliwość społecznika, będzie dla niego ważna sprawiedliwość ogółu – dobro wspólne, o którym mówi John Rawls, natomiast gdy zapytamy osobę silnie wierzącą – wskaże ona wśród najważniejszych cechy sprawiedliwości miłosierdzie, które było tak wielbione i czczone przez Jana Pawła II. Nie ma jednego oblicza, utartej formułki, zaakceptowanej ogólnie maksymy, które mogłaby scharakteryzować sprawiedliwość

w sposób kompletny. To swoisty fenomen, że tak istotnego i od zarania dziejów fundamentalnego w funkcjonowaniu człowieka zjawiska nie da się dokładnie dookreślić. Myślę, że w moich rozważaniach jednoznacznie udało mi się wykazać prawdziwość tezy o wieloznaczności pojęcia sprawiedliwości i niemożności jego jednoznacznej, zwięzłej charakterystyki.

BIBLIOGRAFIA

Arystoteles. 2008. *Etyka nikomachejska*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Cyceron. 1960. *Pisma filozoficzne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Cyceron. *De inventione*. http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione2.shtml (dostęp: 23.08.2017).

Hartman, Jan. 2004. *Słownik filozofii*. Kraków: Wydawnictwo Zielona Sowa.

Jan Paweł II. 1980. Encyklika *Dives in misericordia*. https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_%7C%7C/encykliki/dives (dostęp: 25.09.2017).

Jan XXIII. 1961. Encyklika *Mater et magistra. Acta Apostolicae Sedis* 53: 401–464.

Justice Christian. n.d. http://legalhistorysources.com/JusticeIuscommune/JusticeChristian.htm (dostęp: 23.08.2017).

Justynian Wielki. n.d. *Digesta*. Dig. 1.1.10pr. Ulpianus. http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml (dostęp: 23.08.2017).

Katechizm Kościoła Katolickiego. 2002. Poznań: Pallotinum.

Karpiński, Adam Jan. 2005. *Słownik pojęć filozoficzno-socjologicznych*. Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Wyższej Szkoły Administracji.

Kowalczyk, Stanisław. 1991. *Idea sprawiedliwości społecznej a myśl chrześcijańska*. Lublin: RW KUL.

Kowalska, Św. Siostra Faustyna. 2001. *Dzienniczek*. Kraków: Wydawnictwo Misericordia.

Lang, Wiesław. 1969. „Spór o pojęcie odpowiedzialności prawnej". *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo* 9(37): 51–70.

Lang, Wiesław. 2005. „Sprawiedliwość". W *Encyklopedia socjologii. Suplement*. Red. Władysław Kwaśniewicz. Warszawa: Oficyna Naukowa.

Ochendowski, Eugeniusz. 2010. *Postępowanie administracyjne. Ogólne, egzekucyjne i sądowo-administracyjne*. Toruń: Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora".

Perelman, Chaim. 1959. *O sprawiedliwości*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Pius XI. 1931. *Encyklika Quadragesimo anno. Acta Apostolicae Sedis* 23: 177–228.

Platon. 2003. *Państwo*. Kęty: Wydawnictwo ANTYK.

Radbruch, Gustaw. 2000. „Ustawowe bezprawie i ponad ustawowe prawo". W *Zarys filozofii prawa*. Red. Maria Szyszkowska. Białystok: Wydawnictwo Temida.

Rawls, John. 1994. *Teoria sprawiedliwości*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Rawls, John. 2010. *Wykłady z historii filozofii*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.

Rousseau, Jan Jakub. 1956. *Trzy rozprawy z filozofii społecznej*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Rousseau, Jan Jakub. 2002. *Umowa społeczna*. Kęty: Wydawnictwo Antyk.

Sondel, Janusz. 2009. *Słownik łacińsko-polski dla prawników*. Kraków: UNIVERSITAS.

Spaemann, Robert. 2011. *Rousseau – człowiek czy obywatel. Dylemat nowożytności*. Warszawa: Oficyna Naukowa.

Starobinski, Jean. 2000. *Jean-Jacques Rousseau. Przejrzystość i przeszkoda oraz siedem esejów o Rousseau*. Warszawa: Wydawnictwo KR.

Styczeń, Tadeusz. 1995. *Wprowadzenie do etyki*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
Styczeń, Tadeusz. Jarosław Merecki. 2010. *ABC etyki*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
Św. Tomasz z Akwinu. 1970. *Suma teologiczna*. T. 18. *Sprawiedliwość*. Londyn: Veritas.
Tokarczyk, Roman. 2002. *Filozofia prawa*. Lublin: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.
Wierzbowski, Marek. Marek Szubiakowski. Aleksandra Wiktorowska. Red. 2013. *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
Zajadło, Jerzy. 2009. *Łacińska terminologia prawnicza*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22.03.1928 r. o postępowaniu administracyjnym, Dz.U. z 1928 r. nr 36 poz. 341.
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22.03.1928 r. o postępowaniu przymusowym w administracji, Dz.U. z 1928 r. nr 36 poz. 342.
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22.03.1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym, Dz.U. z 1928 r. nr 38 poz. 365.
Ustawa z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 1960 r. nr 30 poz. 168.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.10

COPE
Member since 2018
JM13714

*Bartłomiej Dziedzic**

https://orcid.org/0000-0002-7133-9429

UWAGI O KONCEPCJI WAD OŚWIADCZENIA WOLI W PRAWIE POLSKIM I FRANCUSKIM

Streszczenie. Artykuł ma na celu przedstawienie podstawowych założeń ustawodawców polskiego i francuskiego, które zadecydowały o ukształtowaniu regulacji wad oświadczenia woli w każdym z porządków prawnych. W pierwszej kolejności zaprezentowane zostały zapatrywania obu systemów na pojęcie oświadczenia woli, bez którego rozważenia nie sposób zrozumieć konstrukcji wad oświadczenia woli. Następnie przedstawione zostały koncepcje wad oświadczenia woli przyjęte w dwu systemach: normatywna w prawie polskim i psychologiczna w prawie francuskim. Zidentyfikowane i omówione zostały również wartości chronione przez konstrukcję wad oświadczenia woli. Wyjaśnione zostały nadto ogólne różnice w kodeksowym unormowaniu tych wad w obu systemach. Asumpt do podjęcia rozważań nad tytułowym zagadnieniem stanowi reforma francuskiego prawa zobowiązań dokonana ordonansem z 2016 r., która objęła również regulację wad oświadczenia woli. Towarzyszyła jej żywa dyskusja, która wzbogaciła dorobek doktryny francuskiej o nowe wypowiedzi dotyczące unormowania wad oświadczenia woli.

Słowa kluczowe: wady oświadczenia woli, pojęcie oświadczenia woli, aksjologia regulacji wad oświadczenia woli, reforma francuskiego prawa zobowiązań z 2016 r., komparatystyka prawnicza

REMARKS ON THE CONCEPT OF DEFECTS OF CONSENT IN POLISH AND FRENCH LAW

Abstract. The aim of the article is to present the basic principles of the Polish and French law which determined the regulation of defects of consent in each of the legal orders. Firstly, the views of both systems on the concept of declaration of will, without which it is impossible to understand the construction of defects of consent, are presented. Next, the concepts of defects of consent adopted by the two systems are presented: normative in Polish law and psychological in French. The values protected by the construction of defects of consent are also identified and discussed. The general differences between the two systems in terms of the code regulation of such defects are explained. The reason for the consideration of the title issue is the reform of the French law of obligations made by the 2016 ordonnance which also included the regulation of defects of consent. It has been accompanied by a lively discussion that has enriched the body of French academic writings with new statements regarding the regulation of defects of consent.

Keywords: defects of consent, concept of a declaration of will, axiology of the regulation of defects of consent, 2016 reform of French contract law, comparative law

* Uniwersytet Łódzki, bartlomiej.dziedzic@wpia.uni.lodz.pl

creative commons
© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

1. WPROWADZENIE

Celem niniejszego opracowania jest zbadanie podstawowych założeń ustawodawców polskiego i francuskiego, które zadecydowały o takim, a nie innym ukształtowaniu regulacji wad oświadczenia woli w każdym z porządków prawnych. Nie jest natomiast celem artykułu przedstawienie prawnoporównawczej analizy poszczególnych wad oświadczenia woli znanych obu systemom. Zagadnienie to wymaga odrębnego opracowania.

Asumpt do podjęcia rozważań nad tytułowym zagadnieniem stanowi reforma francuskiego prawa zobowiązań dokonana ordonansem z 2016 r., która objęła również regulację wad oświadczenia woli. Towarzyszyła jej żywa dyskusja, która wzbogaciła dorobek doktryny francuskiej o nowe wypowiedzi, dotyczące unormowania wad oświadczenia woli. Wybór jako przedmiotu porównania prawa francuskiego uzasadniony jest jeszcze z innych względów. Truizmem jest twierdzenie, że prawo francuskie należy do tych systemów, które w największym stopniu oddziaływały na rozwiązania prawa polskiego. Jest również systemem reprezentatywnym dla prawodawstw romańskich. Przepisy o wadach oświadczenia woli spełniają przy tym w obu porównywanych systemach tożsame funkcje, różniąc się jednak co do treści.

W pierwszej kolejności zaprezentowane będą zapatrywania obu systemów na pojęcie oświadczenia woli. Następnie przedstawione zostaną koncepcje wad oświadczenia woli przyjęte w dwu systemach. Zidentyfikowane i omówione zostaną również wartości chronione przez konstrukcję wad oświadczenia woli. W dalszej kolejności wyjaśnione zostaną ogólne różnice w kodeksowym unormowaniu tych wad w obu systemach.

2. WADY OŚWIADCZENIA WOLI A KONCEPCJE OŚWIADCZENIA WOLI

Zrealizowanie założonego celu artykułu nie jest możliwe bez odniesienia się w pierwszej kolejności do wypracowanych w dwu systemach koncepcji oświadczenia woli. Ta część opracowania bynajmniej nie aspiruje do całościowego przedstawienia nader złożonej problematyki oświadczenia woli w obu porządkach prawnych. Interesować nas będzie wyłącznie jej wycinek, którego granice wytycza związek omawianych zagadnień z problematyką wad oświadczenia woli. Związek ten jest w wielu miejscach bardzo wyraźny. Złożenie oświadczenia poprzedzone wadliwym procesem powzięcia woli otwiera bowiem drogę do zasadniczego pytania o to, czy w razie rozbieżności pierwszeństwo przyznać wewnętrznej woli oświadczającego czy też złożonemu przez niego oświadczeniu?

Różne teorie oświadczenia woli tworzone w nauce prawa dawały rozmaite rozwiązania tego problemu. Udzielenie odpowiedzi na wyżej postawione pytanie

jest jednak zadaniem tak doktryny prawa, jak i ustawodawcy. Rolą tego ostatniego jest bowiem ustalenie granic, w obrębie których określona wadliwość procesu woli ma wywierać wpływ na skuteczność oświadczenia woli (por. Ohanowicz 2007, 316). Granice te wytyczone mogą zostać rozmaicie. Skrajne wersje różnych teorii, stanowiących odpowiedź na wyżej postawione pytanie, prowadzą od możliwości podważenia każdego aktu prawnego z powodu choćby najmniejszej wadliwości procesu woli do zupełnego pominięcia woli oświadczającego. Przyjęcie przez ustawodawcę określonej koncepcji wpływa zatem na treść przepisów o wadach oświadczenia woli.

Prawne unormowanie możliwości podważenia czynności prawnej z powodu wady oświadczenia woli ma rację bytu wyłącznie przy przyjęciu założenia, że konstytutywnym elementem umowy jest konsens (por. np. Terré et al. 2022, 303). Pogląd ten, określany jako konsensualizm, najogólniej ujmując, sprowadzić można do tezy, iż człowiek jest związany umową o tyle, o ile zgodził się z inną osobą na jej zawarcie[1]. Co do zasady nie ma przy tym znaczenia sposób wyrażenia tej zgody (Radwański, Mularski 2019, 7). Z zasady konsensualizmu „wywodzą się określone wymagania stawiane pod adresem prawnie skutecznej woli człowieka" (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 9). Pochodną tej koncepcji jest żądanie, by tworząca prawo wola była wolna od wad (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 9). O ile nikt nie kwestionuje dziś, że konsens stanowi nieodłączny element umowy, o tyle problematyczne jest już ustalenie, na czym on w istocie polega (por. Radwański 2008, 318). Czy konieczna jest zgodność woli kontrahentów w znaczeniu psychologicznym (zgodność woli wewnętrznej), czy też wystarczy jedynie zgodność samych oświadczeń woli?

Rozważania rozpocznijmy od wyjaśnienia kilku istotnych różnic dotyczących ogólnych założeń polskiego i francuskiego systemu prawa cywilnego. Są one z reguły dość dobrze znane. Ich skrótowe przypomnienie jest jednak niezbędne do przedstawienia koncepcji wad oświadczenia woli przyjętych w obu systemach. Jest ono również nieodzowne z uwagi na terminologię stosowaną w opracowaniu, która z konieczności musi nieraz jednym wspólnym określeniem objąć różne pojęcia wywodzące się z obu systemów.

Podkreślenia wymaga, że prawo francuskie, pozostając wierne tradycji prawa rzymskiego, za podstawowe pojęcie prawa zobowiązań uznaje wciąż umowę obligacyjną. W prawie polskim zaś, za wzorem niemieckim, rolę instytucji nadrzędnej pełni czynność prawna wywodząca się z pojęcia oświadczenia woli. Znajduje to naturalnie odzwierciedlenie w koncepcji legislacyjnej. W księdze I *Część ogólna* polskiego kodeksu cywilnego[2] odnajdujemy tytuł IV noszący nazwę *Czynności prawne*, a dopiero w jego ramach w dziale II ujęte zostały przepisy o zawarciu

[1] Twierdzenie to nie jest jednak równoznaczne z przyjęciem, iż wola stron stanowi wyłączną podstawę wiążącej prawnie mocy umów.

[2] Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm.; dalej: k.c.).

umowy (art. 66–72[1] k.c.), a w dziale IV przepisy o wadach oświadczenia woli. Natomiast w księdze III kodeksu cywilnego francuskiego[3], w jej tytule III *Des sources d'obligations* (*Źródła zobowiązań*), po kilku przepisach wprowadzających znajduje się podtytuł I *Le contrat* (*Umowa*), w ramach którego, począwszy od kwestii zawarcia umowy, reguluje się całą problematykę umów zobowiązaniowych. Tutaj też w sekcji II o ważności umowy, w ramach podsekcji I zatytułowanej *Le consentement*, znajdują się przepisy o wadach oświadczenia woli.

Konsekwencje odmiennych koncepcji legislacyjnych obu systemów wpływają na stosowaną terminologię. Wysunięcie na pierwszy plan w prawie francuskim umowy usuwa w cień pojęcie czynności prawnej, a co za tym idzie również oświadczenia woli. W prawie francuskim nie mówi się zatem o wadzie oświadczenia woli, lecz o *vice du consentement*. *Consentement*, stanowiące pierwszy i zasadniczy element każdej umowy[4] (Brenner, Lequette 2019, pkt 12), rozumieć można przy tym dwojako (Terré et al. 2022, 165). Po pierwsze jako przejaw woli (*manifestation de volonté*) każdej ze stron, ich przyzwolenia na warunki projektowanej umowy. W tym znaczeniu mówi się o *échange des consentements*, co odpowiada mniej więcej wymianie oświadczeń woli znanej naszemu systemowi. Po drugie słowo *consentement*, etymologicznie wywodzące się od łacińskiego *cum sentire* (zgadzać się z kimś), oznacza po prostu zgodę, porozumienie (*accord*). W tym kontekście mówi się w doktrynie francuskiej o zejściu się lub wymianie dwu woli (*concours de deux volontés*, *échange de volontés*) – dłużnika i wierzyciela. Wyjaśniając drugie z podanych znaczeń słowa *consentement*, autorzy francuscy podkreślają, iż w przeciwieństwie do doktryny niemieckiej umowa wedle koncepcji francuskiej nie jest prostym zestawieniem dwu jednostronnych oświadczeń woli, z których każde jest wiążące samo w sobie. Stanowi ona spotkanie dwu woli, które splatając się w węzeł, dają początek nowej woli, mającej za przedmiot wykonanie zobowiązania (Terré et al. 2022, 165–166).

Rozważenia wymaga obecnie, jak przedstawione pojęcie *consentement* ma się do terminów używanych w nauce prawa polskiego. Wydawać by się mogło, że w pierwszym z przedstawionych znaczeń odpowiada ono pojęciu konsensu, przez który rozumie się zgodność oświadczeń woli stron umowy. Pojęcie *consentement* ma jednak znaczenie szersze i wyraźnie zabarwione woluntarystyczną tradycją prawa francuskiego. Na gruncie prawa polskiego przyjmuje się bowiem, że „miarodajny dla prawa sens oświadczenia woli niekoniecznie musi być adekwatny do treści przeżywanych przez podmiot składający oświadczenie woli" (Radwański 1985, 592). Z tego względu nie należy identyfikować zgodnych oświadczeń woli stron z ich zgodną wolą w znaczeniu psychologicznym (Radwański 1985, 592 i cyt. tam lit.). Na gruncie prawa francuskiego w samym pojęciu *consentement* dostrzegamy zaś element woli, zgody oświadczającego (por.

[3] Code civil des Français; dernière modification le 21 mai 2023; dalej: *c. civ.*

[4] Por. art. 1128 *c. civ.*

Longchamps de Bérier 2020, 156–157). Pojęcie to ma więc naturę podwójną: przedmiotowo-podmiotową. Oznacza nie tylko użycie przez daną osobę określonych znaków do zakomunikowania innym swojej woli (oświadczenie, przejaw woli – element przedmiotowy), ale również sam proces psychiczny[5] osoby zamierzającej zawrzeć umowę (element podmiotowy), który musi zostać następnie uzewnętrzniony. Zamiar (*intention*) wywołania skutków prawnych uznaje się za konieczny element procesu zawierania umowy (por. Buffelan-Lanore, Larribau-Terneyre 2022, 332).

Wedle koncepcji francuskiej zgodne co do zasady mają być wole (wewnętrzne) stron, a nie złożone przez nich oświadczenia. Podstawę dla takiego rozumowania stanowi art. 1101 *c. civ.*, zgodnie z którym umowa to porozumienie między dwoma lub więcej osobami w celu utworzenia, zmiany, przeniesienia lub wygaśnięcia zobowiązania (*le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*). Rozumowanie to znajduje również oparcie w treści art. 1113 *c. civ.*, według którego umowa dochodzi do skutku przez złożenie oferty i jej przyjęcie, przez które strony wyrażają wolę zobowiązania się (*le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager*).

Z tych powodów doktryna francuska nie posługuje się pojęciem oświadczenia woli (*declaration de volonté*), lecz mówi raczej w tym kontekście o przejawie woli (*manifestation de volonté*). Jak się wydaje, to drugie pojęcie wyraźniej wskazuje na wtórny charakter znaków będących jedynie nośnikiem woli osoby zamierzającej zawrzeć umowę. Nauka francuska nie przykłada jednak wagi do samego pojęcia przejawu woli i jego ucieleśnień w różnych znakach. Nie rozwinęła się również na gruncie tego prawa, w przeciwieństwie do prawa niemieckiego, pogłębiona analiza pojęcia oświadczenia woli (Flour, Aubert, Savaux 2022, 247).

Ściśle biorąc, prawo francuskie nie posługuje się więc pojęciem wad oświadczenia woli. Nie będzie chyba zbytnią przesadą tłumaczenie określenia *vice du consentement* po prostu jako wady woli[6]. W niniejszym opracowaniu, mówiąc o wadzie oświadczenia woli lub o samym tylko oświadczeniu woli, mam jednak na myśli również pojęcie *vice du consentement*, jak i odpowiedniki pojęcia oświadczenia woli w prawie francuskim. Oświadczenie woli jest wszak pojęciem tak często używanym i tak mocno zakorzenionym w polskiej nauce prawa, że jego wykorzystanie w polskim opracowaniu na określenie odpowiednich pojęć prawa

[5] „Le consentement est d'abord, fondamentalement, une opération mentale, une disposition intérieure" (Terré et al. 2022, 166).

[6] Przyjmuje się również tłumaczenie tego określenia jako „wada zgody" – zob. np. Machnikowski (2022, art. 84, nb. 21). W doktrynie francuskiej zauważa się, że *code civil* redukuje wolę do pojęcia *consentement* – tak Brenner, Lequette (2019, pkt 12). Na temat stosunku obu pojęć pisze Frison-Roche (1995, 573–578).

francuskiego wydaje się nieuchronne[7]. Na terminologii jednak sprawa się nie kończy. Jak się przekonamy, różnice między systemem polskim i francuskim sięgają samej koncepcji wad oświadczenia woli.

Po omówieniu zasadniczego punktu widzenia systemu francuskiego w przedmiocie koncepcji oświadczenia woli pora teraz skrótowo przedstawić stanowisko, jakie zajmuje w tej sprawie prawo polskie. Już na wstępie powiedzieć można, że doktryna nasza podążała w tej kwestii zasadniczo śladem nauki niemieckiej. Stamtąd też początek swój biorą klasyczne teorie wyjaśniające znaczenie oświadczenia woli (teoria woli – *Willenstheorie*, teoria oświadczenia – *Erklärungstheorie* i teoria doniosłości prawnej – *Geltungstheorie*) rozwijane następnie przez poszczególnych autorów polskich. Nie jest jednak moim zadaniem referowanie ich założeń. Ograniczę się do przedstawienia aktualnego stanowiska doktryny.

Nie ulega wątpliwości, że oświadczenie woli stanowi konieczny element każdej czynności prawnej[8]. W przeciwieństwie jednak do w miarę spójnej i tradycyjnie woluntarystycznej orientacji prawa francuskiego doktryna polska daleka jest od jednomyślności w kwestii pojęcia oświadczenia woli. Najogólniej biorąc, ścierają się stanowisko tradycyjne określane jako orientacja wolicjonalna (psychologiczna koncepcja oświadczenia woli) oraz stanowisko określane jako orientacja obiektywna (socjologizująca koncepcja oświadczenia woli)[9]. Wydaje się, że coraz większe uznanie zyskuje w nauce polskiej nurt obiektywizujący, zrywający z wymaganiem istnienia po stronie oświadczającego zamiaru wywołania określonych skutków prawnych (Jędrzejewska 1992, 56–173; Radwański, Mularski 2019, 25 i n.). Odpowiada to w zasadzie ogólnej tendencji rozwojowej prawa prywatnego, która prowadzi od koncepcji subiektywnych w kierunku stopniowej obiektywizacji poszczególnych pojęć prawnych. Nie wynika z tego jednak, iż spór o pojęcie oświadczenia woli został ostatecznie rozwiązany. Stanowisko doktryny polskiej chyba najlepiej podsumował S. Rudnicki, który w odniesieniu do definicji czynności prawnej pisał: „poglądy w tej sprawie różnią się, przybierając niekiedy charakter sporu o słowa" (Rudnicki 1998, 138). Wtóruje mu M. Pyziak-Szafnicka, która nie dostrzega istotnych merytorycznych różnic w rozumieniu czynności prawnej na gruncie pojawiających się w doktrynie koncepcji (Pyziak-Szafnicka 2009, 546). Trafnie podkreśla się przy tym, że

> różnice między koncepcją psychologiczną oświadczenia woli, interpretowaną jednakże zgodnie z teorią oświadczenia (nie zaś teorią woli), i koncepcją socjologizującą (…) mają w istocie rzeczy charakter doktrynalny, nie przekładają się natomiast na odmienne wnioski odnośnie

[7] Tak też czyni A. Jędrzejewska, która określeniem „koncepcja oświadczenia woli" obejmuje również dorobek doktryny francuskiej (Jędrzejewska 1992).

[8] Zwolennikiem utożsamiania oświadczenia woli z czynnością prawną jest Szpunar (1974, 3–16).

[9] Trafnie zauważa się w literaturze, że historia pojęcia oświadczenia woli jest w istocie historią sporów o przewagę w nim elementów subiektywnych lub obiektywnych – tak Jędrzejewska (1989, 75).

do stosowania przepisów dotyczących oświadczeń woli i czynności prawnych. (Wolter, Ignatowicz, Stefaniuk 2020, 323)

Jak daje się zauważyć, doktryna polska dzieli z nauką niemiecką wszelkie trudności wynikające z definiowania oświadczenia woli. Źródło biorą one ze znacznego rozbudowania teorii czynności prawnej. W każdym razie oświadczenie woli w nauce polskiej ma charakter bardziej zobiektywizowany. Próżno szukać u autorów polskich wymownie krótkiej tezy, powtarzanej w doktrynie francuskiej, iż *contracter c'est vouloir* – zawierać umowę znaczy chcieć (Terré et al. 2022, 299)[10]. Znamienny jest natomiast fakt, że te same argumenty prawne, które w prawie francuskim służą za jurydyczną podporę teorii woli, odnaleźć można również w polskim kodeksie cywilnym. Według części polskiej doktryny z brzmienia art. 60, art. 66 § 1 oraz art. 65 § 2 k.c. wnioskować bowiem można, że oświadczeniem woli jest zachowanie człowieka, „z którego wynika, że wyraża zamiar (wolę) wywołania określonego skutku prawnego" (Wolter, Ignatowicz, Stefaniuk 2020, 322–323 i cyt. tam lit.). W szczególności brzmienie art. 60 k.c. wykazuje podobieństwo z powoływanym wcześniej art. 1113 *c. civ.* we fragmencie, w którym przepis ten stanowi, iż wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny (*par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager*). Okazuje się więc, że, przeciwnie niż sugerował S. Grzybowski, sama treść przepisu nie przesądza o takiej lub innej koncepcji oświadczenia woli w danym systemie (Grzybowski 1974, 476; tak też Gutowski 2010, 66). Z podobnie brzmiących przepisów wyprowadzane są zgoła odmienne wnioski. Przywiązanie prawników do tradycji, która zresztą w myśleniu prawniczym jest cechą pożądaną, ma w tej materii znaczenie kluczowe.

Rysujące się różnice co do ujęcia oświadczenia woli w obu systemach nie powinny jednak wywoływać mylnego wrażenia, iż rozdźwięk ten przekłada się w całej rozciągłości na praktyczne rezultaty stosowania przepisów o wadach oświadczenia woli[11]. Już dawno dostrzeżono, że nadmierne eksponowanie odmiennego od francuskiego punktu widzenia doktryny niemieckiej w kwestii znaczenia woli dla powstania czynności prawnej wydaje się mocno wątpliwe (Ghestin 1971, 3). Jak zauważył A. Rieg, podobne wątpliwości powstające na gruncie obu systemów doprowadziły do podobnych rozwiązań (Rieg 1961, 92–145 – cyt. za Ghestin 1971, 3).

[10] Teza ta przybiera niekiedy nieco złagodzoną wersję w postaci: *contracter*, *c'est d'abord vouloir* (Flour, Aubert, Savaux 2022, 242). Podobne sformułowanie odnajdujemy u B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, która pisała: „Możemy nawet powiedzieć, że w sferze czynności prawnych wszystko się od woli zaczyna", dodając wszakże zaraz „Czy jednak wszystko się do niej sprowadza?" Odpowiedź na to pytanie jest jednak zdaniem autorki negatywna (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 3 i n.).

[11] Podobnie jak rozdźwięk koncepcji oświadczenia woli prezentowanych w doktrynie polskiej – por. wyżej cytowany fragment podręcznika A. Woltera, J. Ignatowicza i K. Stefaniuka.

3. NORMATYWNA I PSYCHOLOGICZNA KONCEPCJA WAD OŚWIADCZENIA WOLI

Naszkicowanie pojęcia oświadczenia woli i *consentement* w prawie polskim i francuskim umożliwia przedstawienie koncepcji teoretycznych, które legły u podstaw unormowania wad oświadczenia woli. Naprzód krótkiego przedstawienia wymaga jednak katalog wad znanych każdemu z kodeksów.

Jak wiadomo, w prawie polskim w tytule IV księgi I kodeksu cywilnego w dziale IV pt. *Wady oświadczenia woli* ustawodawca uregulował pięć wad oświadczenia woli: brak świadomości lub swobody, pozorność, błąd, podstęp i groźbę. Odrębnie, w księdze dotyczącej zobowiązań, zamieszczony został przepis o wyzysku (art. 388 k.c.), którego status jako wady oświadczenia woli jest jednak sporny (zob. Lewaszkiewicz-Petrykowska 2009, 849)[12]. Odmiennie sprawa przedstawia się w prawie francuskim. Ustawa zna bowiem tylko trzy wady oświadczenia woli, określane mianem *trilogie classique*: błąd (*erreur*), podstęp (*dol*) oraz groźbę/przymus (*violence*). Również w doktrynie francuskiej sporny był status wyzysku (*lésion*), choć wydaje się, że reforma z 2016 r.[13] dostarczyła argumentów na rzecz tezy, iż wyzysk nie jest wadą oświadczenia woli (zob. np. Mazeaud, Latina 2018, pkt 1–14). Taki pogląd należy uznać za reprezentatywny. Z uwagi na złożony charakter wyzysku i wątpliwości co do jego statusu w obu systemach pozostanie on zasadniczo poza ramami niniejszego opracowania.

W polskiej nauce prawa przyjmuje się na ogół normatywną koncepcję wad oświadczenia woli (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1971, 59–71; Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 9 i n. oraz 36 i n.; Grzybowski 1974, 569–572; Radwański 2008, 379–380; Wolter, Ignatowicz, Stefaniuk 2020, 391–392)[14]. Podkreśla się, że „wbrew nazwie wadliwość samego procesu woli towarzysząca podejmowaniu decyzji i składaniu oświadczenia nie odgrywa poważniejszej roli" (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 108). Nie należy zatem sugerować się etymologią słowa „wada oświadczenia woli" i poszukiwać odpowiedzi na pytanie o pierwszeństwo woli wewnętrznej lub oświadczonej. Spór ten bowiem w czystej postaci w większości wypadków w ogóle nie występuje (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 9 i n.). Słusznie podkreśla B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, że „każda ze znanych kodeksowi cywilnemu wad oświadczenia woli stanowi sama dla siebie stan zamknięty" (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 12). Nie ma wady oświadczenia woli w ogólności, występują tylko konkretne, opisane przez ustawę wady (Lewaszkiewicz-Petrykowska 2009, 850). Nie na wiele zatem, zdaniem autorki, przydaje się poszukiwanie rozwiązań na drodze rozważań psychologicznych (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 12–13).

[12] Dominuje stanowisko, zgodnie z którym wyzysk nie stanowi wady oświadczenia woli.

[13] Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n° 0035 du 11 février 2016).

[14] W kierunku koncepcji psychologicznej zmierza zaś Wilejczyk (2014, 300 i n.).

Zgodnie z prezentowaną koncepcją „wada oświadczenia woli" stanowi zbiorczą nazwę przyjętą dla oznaczenia przewidzianych przez prawo wypadków możności podważenia skuteczności aktu prawnego, jednakże tylko przy zaistnieniu przesłanek ukształtowanych przez normę prawną (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 6, 25; Lewaszkiewicz-Petrykowska 2009, 848). Próżno szukać w tej definicji jakiegokolwiek odniesienia do psychiki autora oświadczenia woli. Liczy się wyłącznie spełnienie przesłanek ustawowych.

Normatywna koncepcja wad oświadczenia woli za nieprzydatne uznaje wyprowadzanie szczegółowych sądów z ogólnych pojęć psychologicznych. Koncentruje się za to na ustaleniu na podstawie treści przepisu, czy możliwe jest podważenie czynności prawnej. Jest to tym bardziej uzasadnione, że „liczba wad oświadczenia woli jest ściśle oznaczona, a przesłanki uzasadniające możliwość powołania się na nie są starannie określone" (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 9). Za przyjęciem koncepcji normatywnej przemawia również okoliczność, że przesłanki prawnej doniosłości wad oświadczenia woli nie są jednorodne. Ta sama wada, rozumiana jako pewna zaszłość psychiczna, w jednym przypadku stanowić będzie podstawę wzruszenia czynności prawnej, w innym zaś będzie zjawiskiem zupełnie prawnie obojętnym.

Zgoła odmiennie sprawa przedstawia się w doktrynie francuskiej. Dominuje tu tradycyjna, psychologiczna koncepcja wad oświadczenia woli. Wady oświadczenia woli uważane są za element stanu psychicznego kontrahentów, powodujący nieprawidłowość procesu powzięcia woli. Badać należy zatem jakość woli wyrażonej przez oświadczającego (Flour, Aubert, Savaux 2022, 433). Podobnie jak w nauce polskiej, jednak z nieco innych powodów, zasadnicze wątpliwości budzi rozważanie wadliwości czynności prawnej według modelu polegającego na rozbieżności między wolą wewnętrzną (*volonté interne*, *volonté réelle*) a wolą zewnętrzną (*volonté exprimée*, *volonté déclarée*). Ta ostatnia jest bowiem tylko przejawem woli wewnętrznej.

Skłonni jesteśmy powiedzieć, że nauka francuska pozostaje co do zasady wierna maksymie z Digestów zawartej w komentarzu Pomponiusza do pism Sabiniana (D. 39, 3, 20), zgodnie z którą *nulla* (…) *voluntas errantis est* [działający pod wpływem błędu nie ma żadnej woli]. Taki jest niewątpliwie teoretyczny punkt wyjścia prawników francuskich. Cytowany fragment Digestów odnieść można również do pozostałych wad oświadczenia woli. Konsekwentne zastosowanie tej logiki prowadzi nieuchronnie do wniosku, że ustawa powinna uznawać przejaw woli wynikający z wady oświadczenia woli za niezobowiązujący jego autora, gdyż nie wyraża on świadomej zgody oświadczającego (por. Carbonnier 2000, pkt 47; Ghestin, Serinet 2017, pkt 93; Radwański 2008, 405). Przyjmuje się jednak, że nie jest możliwe uwzględnienie woli wewnętrznej w całej jej psychologicznej złożoności (zob. np. Ghestin, Serinet 2017, pkt 93). Prowadziłoby to do zbytniej dowolności i wprowadzało zbyt wiele niepewności do stosunków umownych (Terré et al. 2022, 303). Wadliwość towarzysząca psychicznemu procesowi powzięcia woli jest przy tym często trudno dostrzegalna i równie trudna do oszacowania.

4. AKSJOLOGIA UNORMOWANIA WAD OŚWIADCZENIA WOLI

Ogólna tendencja doktryny francuskiej do przyznawania pierwszeństwa woli wewnętrznej nie oznacza, że pozostała ona obojętna na problematykę wartości takich, jak bezpieczeństwo i pewność obrotu (Terré et al. 2022, 303; Ghestin 1971, 6–8). Niemożność uwzględnienia woli wewnętrznej w całej jej złożoności prowadzi autorów francuskich do konieczności wzięcia pod uwagę przy badaniu wystąpienia wady oświadczenia woli również innych czynników, które stanowiłyby przeciwwagę dla nieprawidłowości wynikającej z wadliwości woli oświadczającego. Oczywiste jest bowiem, że nie ma takiego porządku prawnego, który brałby pod uwagę każdą nieprawidłowość w powzięciu i wyrażeniu woli. Ustawodawcy wszystkich państw z konieczności stawiają określone tamy, precyzyjnie ustanawiając przesłanki powołania się na każdą z wad (por. Lewaszkiewicz-Petrykowska 1972, 10). To, jak tamy te zostaną postawione, uzależnione jest od wartości, którymi kieruje się ustawodawca i judykatura przy wytyczaniu granic umożliwiających podważenie czynności prawnej. Tymi sprawami należy obecnie się zająć.

U podstaw każdego prawa leżą określone wartości. Dotyczy to, rzecz jasna, również przepisów o wadach oświadczenia woli. W doktrynie dostrzega się, że przepisy te stanowią konstrukcję chroniącą – *mesure curative* (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 25; Flour, Aubert, Savaux 2022, 300)[15]. Spróbujmy zatem zidentyfikować wartości, które legły u podstaw decyzji ustawodawcy o umożliwieniu podważenia aktu prawnego w określonych przez ustawę wypadkach.

Zapatrywania na tę kwestię przedstawiają się nieco odmiennie w obu systemach. Doktryna i orzecznictwo francuskie podkreślają, że u podstaw regulacji wad oświadczenia woli leżą zarówno względy psychologiczne (*considérations psychologiques*), jak i moralne (*considérations morales*). Według utrwalonego schematu z pierwszych bierze źródło regulacja błędu (*erreur*), a z drugich podstępu (*dol*). Obie te kategorie leżą zaś u podstaw regulacji groźby/przymusu (*violence*) (zob. np. Flour, Aubert, Savaux 2022, 434). W literaturze francuskiej odnaleźć można wszakże pogląd, który regulację wszystkich wad oświadczenia woli wiąże z względami moralnymi (Ripert 1949)[16]. Zasługuje on na pełne uznanie. Uwzględnienie interesów obrotu, choć słabo dostrzegalne w wypowiedziach doktryny, uwidacznia się jednak w orzecznictwie sądowym.

Z racji, że doktryna francuska przyjmuje psychologiczną koncepcję wad oświadczenia woli, zwykła ona postrzegać regulację błędu głównie jako środek ochrony woli. Optyka woluntarystyczna, a także przywiązanie do indywidualizmu

[15] Są przy tym środkiem ochrony indywidualnej o charakterze następczym. Sięgnięcie po nie możliwe jest bowiem dopiero po wystąpieniu określonej wadliwości oświadczenia.

[16] W podobnym duchu wypowiada się Carbonnier (2000, pkt 47) – przytaczam za Flour, Aubert, Savaux (2022, 434). W tym kierunku, jednak niekonsekwentnie, również Flour, Aubert, Savaux (2022, 433–434, 444, 473).

i liberalizmu każą wyjść od osoby błądzącego i to z jego perspektywy patrzeć na problematykę wartości chronionych przez przepisy o błędzie. Podstęp zaś, niestanowiący w prawie francuskim, ściśle ujmując, wady oświadczenia woli, lecz jej przyczynę (Flour, Aubert, Savaux 2022, 477; Terré et al. 2022, 331–332), powiązanie wyłącznie z względami moralnymi zawdzięcza swojej deliktowej naturze, wywodzącej się z prawa rzymskiego. Nie sądzę jednak, by taka klasyfikacja w pełni odpowiadała rzeczywistości. Wynika ona raczej z powtarzania uświęconych tradycją formuł aniżeli z dokładnej obserwacji rzeczywistości. Również w prawie francuskim istnieją bowiem mechanizmy, które zarówno w przypadku błędu, jak i podstępu stoją na straży tak wartości moralnych, jak i tych natury psychologicznej. Ich prezentacja wymagałaby jednak omówienia poszczególnych przesłanek tych wad oświadczenia woli, co wykracza poza ramy opracowania.

Inaczej zagadnienie aksjologii regulacji wad oświadczenia woli przedstawia się w prawie polskim. Przywiązanie raczej do teorii oświadczenia niż woli, mające genezę już w przepisach kodeksu zobowiązań[17], zmusza do wzięcia pod uwagę, już na etapie rozważań teoretycznych, również interesów obrotu. Wartości chronione przez regulację wad oświadczenia woli zwięźle charakteryzuje Z. Radwański, stwierdzając, iż regulacja ta opiera się na dwu zasadach: woli i zaufania (Radwański 2008, 380).

Po pierwsze ochronie podlega zatem autonomia woli w zakresie podejmowania czynności prawnych. Według M. Wilejczyk przepisy o wadach oświadczenia woli, szczególnie zaś przepisy o błędzie i o braku świadomości, chronią również, co najmniej na równi z autonomią woli, jej autentyczność. Nie tyle bowiem chodzi w tym przypadku o naruszenie swobody decyzyjnej jakiegoś podmiotu, ile o to, że złożone w takich warunkach oświadczenie wypadło inaczej niżby wypadło, gdyby tych nieprawidłowości nie było (Wilejczyk 2014, 300–301).

Po drugie przepisy o wadach oświadczenia woli na celu mają ochronę zaufania. Obejmuje ona zarówno zaufanie kontrahenta opierającego się na złożonym oświadczeniu, jak i w ogólności wartości takie, jak bezpieczeństwo i pewność obrotu. W doktrynie polskiej tradycyjnie podkreśla się samodzielność skutków prawnych złożonego oświadczenia woli. Ma ono bowiem kontekst społeczny (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 3, 14). Odrywa się od autora i zaczyna niejako żyć swoim własnym życiem w wyznaczonych przez prawo ramach (Wojewoda 2009, 630). Podważenie skuteczności złożonego oświadczenia woli powoduje tedy wstrząs w relacjach między stronami (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 17). Szczególnie godzi ono w kontrahenta czynności prawnej opierającego się na treści złożonego przez drugą stronę oświadczenia. Prawo nie może wobec tego pozostać obojętne.

[17] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27.10.1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82 poz. 598).

W piśmiennictwie polskim podkreśla się niekiedy, że ochroną zaufania realizowaną przez przepisy o błędzie, podstępie i wyzysku objęty jest również sam oświadczający. Chodzi mianowicie o ochronę zaufania związaną ze stanem wiedzy podmiotu składającego oświadczenie woli. W przypadkach tych dochodzi do naruszenia zaufania autora oświadczenia, które żywił on wobec partnera. Powołanie się na wadę oświadczenia woli ma na celu jego przywrócenie. Uchylenie się od skutków prawnych złożonego oświadczenia stawia oświadczającego w sytuacji zbliżonej do tej, w której znalazłby się, gdyby nie podjął decyzji, działając w zaufaniu do partnera. Przepisy o błędzie, podstępie i wyzysku określono przeto mianem instrumentu restytucyjnej ochrony zaufania (Machnikowski 2010, 132 i n.).

Omówione wyżej wartości chronione są przez przepisy o wadach oświadczenia woli na kilka sposobów. Ochrona autonomii i autentyczności woli realizowana jest w prawie polskim bądź przez sankcję w postaci bezwzględnej nieważności czynności prawnej (art. 82 i 83 § 1 k.c.), bądź też przez przyznanie oświadczającemu prawa podmiotowego kształtującego do uchylenia się od skutków prawnych wadliwego oświadczenia (sankcja nieważności względnej – art. 88 k.c.). W prawie francuskim ochrona ta realizowana jest przez przyznanie oświadczającemu uprawnienia do żądania stwierdzenia przez sąd nieważności atakowanej czynności prawnej lub też do stwierdzenia nieważności w drodze umowy zawartej z kontrahentem (art. 1178 *c. civ.*). Ochrona zaufania w obu systemach realizuje się zaś przez dokładne określenie w ustawie przesłanek podważenia skuteczności aktu prawnego – owo stawianie tam dla powołania się na wadę oświadczenia woli. Dodatkowo jej przejawem w przypadku nieważności względnej jest ustanowienie terminów, które ograniczają możliwość wzruszenia czynności prawnej. W prawie francuskim jedną z innowacji wprowadzonych ordonansem z 2016 r. jest przyznanie adresatowi oświadczenia woli możliwości wyznaczenia oświadczającemu sześciomiesięcznego terminu bądź na potwierdzenie wadliwego oświadczenia woli, bądź na wniesienie powództwa o stwierdzenie nieważności czynności prawnej (art. 1183 *c. civ.*). W razie upływu terminu przy jednoczesnej bierności autora oświadczenia, czynność uważa się za potwierdzoną, a uprawnienie do wzruszenia czynności wygasa.

5. RÓŻNICE W OGÓLNYM UNORMOWANIU WAD OŚWIADCZENIA WOLI W PORÓWNYWANYCH SYSTEMACH

Przejdźmy teraz do omówienia kodeksowego unormowania wad oświadczenia woli według prawa polskiego i francuskiego. Przedstawiony został już ich katalog, a także wyjaśnione zostało umiejscowienie przepisów o wadach oświadczenia woli w obu ustawach. Zbadania wymagają różnice w ogólnym unormowaniu wad oświadczenia woli w dwu systemach.

Po pierwsze, wskazać trzeba na odmienne ukształtowanie katalogu wad oświadczenia woli. Od reformy prawa zobowiązań z 2016 r. nie budzi wątpliwości,

że stan wyłączający świadomość lub swobodę (*insanité d'esprit*) nie stanowi w prawie francuskim wady oświadczenia woli. System ten nie podążył jednak śladem prawodawstw, które zagadnienie to ujmują w ramach szerszego problemu zdolności do kontraktowania (np. prawo niemieckie). Brak świadomości lub swobody rozpatrywany jest za to w kategoriach istnienia zgody/woli (*consentement*) stanowiącej jeden z warunków ważności umowy (art. 1128 *c. civ.*). Rozwiązanie to odpowiada psychologicznej koncepcji wad oświadczenia woli. Skoro nie ma w tym wypadku w pełni świadomej z punktu widzenia psychologii zgody człowieka na zawarcie umowy, nie ma sensu rozważać jej wadliwości. Co istotne, przeważa jednak pogląd, że sankcją, którą pociąga za sobą *insanité d'esprit*, jest nieważność względna (Dissaux 2017, pkt 125)[18]. Umożliwia to, mimo braku świadomej zgody, trwanie aktu prawnego w razie niewzruszenia go przez autora oświadczenia. Gdy idzie o prawo polskie, uznać należy, że zakwalifikowanie braku świadomości lub swobody jako wady oświadczenia woli stanowi argument na rzecz normatywnej koncepcji wad oświadczenia woli (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 37). Ustawodawca nie baczył na to, czy nieprawidłowość ta umożliwia w ogóle wyrażenie jakiejkolwiek woli wedle analiz psychologicznych. Znaczenie ma wyłącznie spełnienie przesłanek ustawowych.

Nie zna również prawo francuskie wady oświadczenia woli, jaką jest pozorność (*simulation*). Problem ten system francuski wiąże z zagadnieniem mocy wiążącej umowy pozornej, ograniczając jej skuteczność do stron, które ją zawarły (art. 1201 *c. civ.*). Uzasadnienia dla tego rozwiązania również dostarczają założenia psychologicznej koncepcji wad oświadczenia woli. Zauważa się bowiem, że istota pozorności nie polega wcale na wadliwości procesu woli, a nawet, że o żadnej wadliwości procesu woli nie może być tu mowy (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 54). W przypadku pozorności występuje wyłącznie fałszywość samego oświadczenia. Skoro tak, trudno, by ustawodawca francuski uznał pozorność za wadę woli. Na gruncie prawa polskiego okoliczność ta stanowi, rzecz jasna, argument na rzecz normatywnej koncepcji wad oświadczenia woli. Z tej samej przyczyny *code civil* nie reguluje zniekształcenia woli przez posłańca traktowanego w prawie polskim na równi z błędem (art. 85 k.c.). Jest to instytucja zupełnie obca tradycji prawa francuskiego niebaczącego na zniekształcenia treści oświadczenia niemające nic wspólnego z wadliwością w powzięciu woli (Flour, Aubert, Savaux 2022, 435).

Po drugie, nasuwa się uwaga, że w prawie francuskim odnajdujemy wspólną regulację wad oświadczenia woli w art. 1130 i 1131 *c. civ.* będącą rezultatem

[18] Jest tak dlatego, że zgodnie z art. 1179 *c. civ.* sankcja nieważności względnej występuje w przypadku naruszenia normy mającej na celu ochronę interesu prywatnego, a nie interesu ogólnego, jak to jest w wypadku nieważności bezwzględnej. Artykuł 1129 *c. civ.* dotyczący braku świadomości lub swobody chroni przede wszystkim osoby znajdujące się w tym stanie, a więc ma na celu w pierwszej kolejności ochronę interesu prywatnego.

reformy z 2016 r.[19] O ile art. 1131 *c. civ.* traktuje wyłącznie o wspólnym skutku wystąpienia wady oświadczenia woli, którym jest nieważność względna, o tyle art. 1130 *c. civ.* dotyczy już wspólnej przesłanki, którą spełniać muszą wszystkie wady oświadczenia woli, a mianowicie przesłanki istotności (charakteru determinującego). Jest to rozwiązanie odmienne od tego przyjętego przez polski kodeks cywilny. Na gruncie prawa francuskiego trudne do utrzymania są zatem wysuwane w doktrynie polskiej argumenty, że każda ze znanych ustawie wad oświadczenia woli stanowi sama dla siebie stan zamknięty (Lewaszkiewicz-Petrykowska 1973, 12) oraz że nie ma wady oświadczenia woli w ogólności, lecz występują tylko konkretne, opisane przez ustawę wady (Lewaszkiewicz-Petrykowska 2009, 850). Istnieje w prawie francuskim pewien wspólny, normatywny mianownik wad oświadczenia woli, który, jak się zdaje, jest konsekwencją przyjęcia przez tamtejszego ustawodawcę psychologicznej koncepcji wad oświadczenia woli, zakładającej konieczność wystąpienia nieprawidłowości procesu psychicznego autora oświadczenia w wypadku każdej wady.

Po trzecie wreszcie, istotna różnica między porównywanymi systemami ujawnia się na polu konsekwencji, jakie pociągają za sobą wady oświadczenia woli. Polski kodeks cywilny przewiduje bowiem dla nieznanych kodeksowi francuskiemu wad, jakimi są brak świadomości lub swobody (art. 82 k.c.) oraz pozorność (art. 83 k.c.), sankcję nieważności bezwzględnej, dla pozostałych zaś nieważność względną[20]. W prawie francuskim konsekwencja wystąpienia jakiejkolwiek znanej kodeksowi wady jest taka sama. Jest nią nieważność względna. I tutaj ujawnia się zatem wspólny normatywny mianownik wad oświadczenia woli w prawie francuskim, którego brak w prawie polskim[21].

6. PODSUMOWANIE

Wnioski wynikające z prawnoporównawczej analizy ukształtowania wad oświadczenia woli w prawie polskim i francuskim wymagają zwięzłego podsumowania. Podkreślić należy, że oba systemy przyjmują za punkt wyjścia inną

[19] Dotychczas istniał co prawda przepis art. 1109 *c. civ.*, który wymieniał poszczególne wady oświadczenia woli, nie określając jednakże ich wspólnych przesłanek.

[20] Pomijam tu odmienne konsekwencje wyzysku.

[21] Skłania to niektórych autorów do rozważania zagadnienia zamienności (*fongibilité*) wad oświadczenia woli (Terré et al. 2022, 362). Zauważa się, że ta sama nieprawidłowość w powzięciu woli podpadać może pod kilka norm prawnych regulujących różne wady. Doktryna francuska daleka jest jednak od definitywnego przyjęcia tezy o zamienności wad oświadczenia woli. Zgodnie z takim założeniem, nie tyle istotne byłoby stwierdzenie, z jaką wadą oświadczenia woli mamy do czynienia w danym przypadku, ile raczej to, czy w ogóle wystąpiła któraś ze znanych ustawie nieprawidłowości powzięcia woli. Konsekwencja ich wystąpienia jest bowiem tożsama. Przyjęcie tej tezy prowadziłoby w istocie do zanegowania potrzeby istnienia odrębnych przepisów dotyczących każdej z wad. Z tego względu pogląd ten jest nie do przyjęcia.

koncepcję wad oświadczenia woli: prawo polskie normatywną, a prawo francuskie psychologiczną. Wynika to po części z różnic co do samego pojęcia oświadczenia woli (*consentement*). W systemie francuskim tradycyjnie podkreśla się doniosłe znaczenie woli dla powstania zobowiązania, podczas gdy w systemie polskim przeważa raczej pogląd przywiązujący wagę do samego faktu złożenia oświadczenia. Rozdźwięk koncepcji oświadczenia woli prezentowanych w dwu porządkach prawnych nie przekłada się jednak w całej rozciągłości na praktyczne rezultaty stosowania przepisów o wadach oświadczenia woli. Znaczącą rolę odgrywa tu orzecznictwo, które łagodzi zbyt skrajne niekiedy rozwiązania, wynikające z koncepcji teoretycznych obu systemów.

Przyjęcie odmiennych koncepcji wad oświadczenia woli sprawia, że nieco inaczej w obu systemach przedstawia się katalog wad, zwłaszcza, gdy idzie o uznanie za wadę braku świadomości lub swobody oraz pozorności. Odmienne koncepcje powodują również pewne różnice w aksjologicznym uzasadnieniu unormowania wad. W doktrynie prawa polskiego podkreśla się, że regulacja wad oświadczenia woli ma na celu zarówno ochronę woli oświadczającego, jak i zaufania kontrahenta czynności prawnej oraz bezpieczeństwa obrotu. W nauce prawa francuskiego dominuje zaś ujęcie, które unormowanie błędu wiąże przede wszystkim z względami psychologicznymi, a regulację podstępu z względami moralnymi. Obie te kategorie leżą u podstaw regulacji groźby/przymusu. Stanowisko to jest jednak znacznie łagodzone w orzecznictwie. Przy rozstrzyganiu o prawnej doniosłości każdej z wad sądy biorą bowiem pod uwagę zarówno potrzebę ochrony woli oświadczającego, jak i konieczność ochrony interesów obrotu oraz kontrahenta czynności prawnej. W ten sposób judykatura wypracowała zresztą pewne dodatkowe przesłanki powoływania się na poszczególne wady oświadczenia woli. Zostały one uwzględnione przez ustawodawcę w treści aktualnie obowiązujących przepisów przy okazji reformy prawa zobowiązań z 2016 r. W literaturze francuskiej podkreśla się więc, że uznanie ustawodawcy dla dzieła judykatury jest symbolem zmiany epoki: „podczas gdy sędzia w 1804 r. miał być tylko ustami ustawy, ustawa stała się w 2016 r. ustami sędziego" (Loiseau 2016, 16).

BIBLIOGRAFIA

Brenner, Claude. Aktualizacja Suzanne Lequette. 2019. „Acte juridique". W *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz.

Buffelan-Lanore, Yvaine. Virginie Larribau-Terneyre. 2022. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Sirey.

Carbonnier, Jean. 2000. *Droit civil*. Tom 4. *Les obligations*. Paris: PUF.

Dissaux, Nicolas. 2017. „Contrat: formation". W *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz.

Flour, Jacques. Jean-Luc Aubert. Éric Savaux. 2022. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*. Paris: Sirey.

Frison-Roche, Marie-Anne. 1995. „Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats". *Revue trimestrielle de droit civil* 3: 573–578.

Ghestin, Jacques. 1971. *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. Préface J. Boulanger. Paris: LGDJ. Reprint 2014. Paris: LGDJ.

Ghestin, Jacques. Yves-Marie Serinet. 2017. „Erreur". W *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz.

Grzybowski, Stefan. 1974. *System prawa cywilnego*. Tom 1. *Część ogólna*. Red. naczelny Witold Czachórski. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk: Zakład Narodowy im. Ossolińskich – Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk.

Gutowski, Maciej. 2010. *Wzruszalność czynności prawnej*. Warszawa: C.H. Beck.

Jędrzejewska, Anna. 1989. „Wpływ teorii woli wewnętrznej na koncepcje oświadczeń woli w polskiej judykaturze". *Państwo i Prawo* 11: 75–86.

Jędrzejewska, Anna. 1992. *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*. Warszawa: Polska Akademia Nauk – Instytut Nauk Prawnych.

Lewaszkiewicz-Petrykowska, Biruta. 1971. „Uwagi o konstrukcji wad oświadczenia woli w kodeksie cywilnym". *Studia Prawno-Ekonomiczne* 6: 59–71.

Lewaszkiewicz-Petrykowska, Biruta. 1972. „Błąd jako wada oświadczenia woli". *Studia Prawno--Ekonomiczne* 8: 7–17.

Lewaszkiewicz-Petrykowska, Biruta. 1973. *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Lewaszkiewicz-Petrykowska, Biruta. 2009. W *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*. Red. Małgorzata Pyziak-Szafnicka. Warszawa: Wolters Kluwer.

Loiseau, Grégoire. 2016. „Les vices du consentement". *Contrats Concurrence Consommation* 5: 16–21.

Longchamps de Bérier, Roman. 2020. *Dzieła wybrane*. Tom 3. *Zobowiązania*. Red. Piotr Zakrzewski, Joanna Misztal-Konecka. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.

Machnikowski, Piotr. 2010. *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.

Machnikowski, Piotr. 2022. W *Zobowiązania*. Tom 1. *Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Komentarz*. Red. Piotr Machnikowski. Warszawa: C.H. Beck.

Mazeaud, Denis. Aktualizacja Mathias Latina. 2018. „Lésion". W *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz.

Ohanowicz, Alfred. 2007. „Wady oświadczenia woli w projekcie kodeksu cywilnego". W *Wybór prac*. Oprac. A. Gulczyński. 311–324. Warszawa: C.H. Beck.

Pyziak-Szafnicka, Małgorzata. 2009. W *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*. Red. Małgorzata Pyziak-Szafnicka. Warszawa: Wolters Kluwer.

Radwański, Zbigniew. 1985. W *System prawa cywilnego*. Tom 1. *Część ogólna*. Red. Stefan Grzybowski. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich – Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk.

Radwański, Zbigniew. 2008. W *System Prawa Prywatnego*. Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*. Red. Zbigniew Radwański. Warszawa: C.H. Beck – Instytut Nauk Prawnych PAN.

Radwański, Zbigniew. Krzysztof Mularski. 2019. W *System Prawa Prywatnego*. Tom 2. *Prawo cywilne – część ogólna*. Red. Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak. Warszawa: C.H. Beck – Instytut Nauk Prawnych PAN.

Rieg, Alfred. 1961. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Strasbourg: LGDJ.

Ripert, Georges. 1949. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ.

Rudnicki, Stanisław. 1998. W *Komentarz do kodeksu cywilnego. Część ogólna*. Red. Stanisław Dmowski, Stanisław Rudnicki. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Szpunar, Adam. 1974. „Uwagi o pojęciu czynności prawnej". *Państwo i Prawo* 12: 3–16.

Terré, François. Philippe Simler. Yves Lequette. François Chénedé. 2022. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Dalloz.

Wilejczyk, Magdalena. 2014. *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*. Warszawa: C.H. Beck.

Wojewoda, Michał. 2009. W *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*. Red. Małgorzata Pyziak-Szafnicka. Warszawa: Wolters Kluwer.

Wolter, Aleksander. Jerzy Ignatowicz. Krzysztof Stefaniuk. 2020. *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Akty prawne

Code civil des Français; dernière modification le 21 mai 2023.

Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n° 0035 du 11 février 2016).

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27.10.1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82 poz. 598).

Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm.).

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.11

C O P E
Member since 2018
JM13714

*Alina Serhieieva**

https://orcid.org/0000-0001-7330-4062

CEPEJ GUDELINES FOR MEDIATION RESOLVING ADMINISTRATIVE DISPUTES – A COMPARISON BETWEEN COUNCIL OF EUROPE STATES AND UKRAINIAN PERSPECTIVES

Abstract: The status of Ukraine as a candidate country for the European Union membership reinforces the need for comparative analysis between Ukrainian regulations and law of other EU Member States as well as European regulations. One of the fields of comparative law is a development of mediation for disputes covered by administrative law. It has already been a subject of interest and promotion to both – The EU and the Council of Europe, since European standards of democracy provide for state cooperate with citizens/individuals.

The aim of this article is, to examine the main provisions, recommendations and best practices of the CoE member states, and to analyse the current practice and existing gaps in Ukraine in order to develop a proposal for effective implementation in the light of the most recent CEPEJ *Guidelines* promoting mediation to resolve administrative disputes. A comparative overview of this type of mediation regulations may be considered as *novum*. As for methodology, the paper is dominated by the logical-linguistic and comparative method.

So far – though Ukrainian legal system is quite compatibile with the examined CEPEJ gudelines and provide for inter-branch solutions – the development of administrative and court-administrative mediation is quite resilient and there is still much to be done not solely with legal regulations, but also „mediation culture" in such field.

Keywords: mediation on administrative disputes, CEPEJ guidelines, European law, Ukrainian law

WYTYCZNE CEPEJ DOTYCZĄCE ROZWIĄZYWANIA SPORÓW ADMINISTRACYJNYCH ZA POMOCĄ MEDIACJI – PORÓWNANIE PERSPEKTYWY PAŃSTW RADY EUROPY I UKRAINY

Streszczenie. Status Ukrainy jako kraju kandydującego do członkostwa w Unii Europejskiej wzmacnia potrzebę analizy porównawczej regulacji ukraińskich z prawem innych państw członkowskich UE oraz regulacjami europejskimi. Jedną z dziedzin prawa porównawczego jest rozwój mediacji w sporach objętych prawem administracyjnym. Był on już przedmiotem

* Yaroslav Mudryi National Law University of Kharkiv, Mykolas Romeris University of Vilnius, serhieieva.alina@mruni.eu

creative commons

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

zainteresowania i promocji zarówno UE, jak i Rady Europy, ponieważ europejskie standardy demokracji przewidują współpracę państwa z obywatelami/jednostkami.

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie głównych przepisów, zaleceń i najlepszych praktyk państw członkowskich Rady Europy oraz przeanalizowanie obecnej praktyki i istniejących luk w Ukrainie w celu opracowania propozycji skutecznego wdrożenia w świetle najnowszych wytycznych CEPEJ promujących mediację w celu rozwiązywania sporów administracyjnych. Przegląd porównawczy tego typu przepisów, dotyczących mediacji, można uznać za *novum*.

Słowa kluczowe: mediacja w sporach administracyjnych, wytyczne CEPEJ, prawo europejskie, prawo ukraińskie

1. INTRODUCTION

One of the challenges that Ukraine – as a candidate country for the European Union (the EU) membership – is about to face is the regulation of the institution of mediation, which is a subject of interest to the EU legislator (and so to the Council of Europe – the CoE – as another pillar of European integration).

As for **the EU** – it started with the soft law of Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law (COM, 2002, 196 final) and concluded with binding secondary law of the EU: directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (OJ L 136, 24.05.2008, pp. 3–8); directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR –r OJ L 165, 18.06.2013, pp. 63–79) and regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR OJ L 165, 18.06.2013, pp. 1–12).

Even more extensive in this respect is the *acquis* of **the CoE** – restricting only to normative regulations of a *lex generalis* nature, these are worth-too-mention recommendations: R (81) 7, referring to (78) 8; R (86) 12 and the resolution no. 1 (2000). A for *lex specialis* nature see recommendations no.: R (87) 18 concerning the simplification of criminal justice; R (99) 19 concerning mediation in penal matters; R (98) 1 on family mediation; R (2001) 9 on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties; R (2002) 10 on mediation in civil matters. Another soft law document is a *European Code of Conduct for Mediators* (CEPEJ 2018).

Thus, the subject of interest and promotion is not solely the most "natural" – a private law mediation, but also mediation in public law, including in administrative cases. European standards of democracy provide for the state to cooperate with citizens as individuals.

The goal of this article is to examine the main provisions, recommendations and best practices of the CoE member states, and to analyse the existing gaps in Ukraine in order to develop a proposal for effective implementation in the light of Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) *Guidelines* promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states. The fact, that they are quite recent, dated Dec. 2022 (though they were preceded by previous guidelines on mediation matters) brings the "novelty of the discussion."

As far as methodology is concerned – the present research is based on the referenced literature, internet resources, legal acts, as well as comparative method. The paper is dominated by the logical-linguistic method, although some conclusions were drawn on the basis of participant observation, i.e. the authors' own mediation practice.

2.1. THE COE LEGAL FRAMEWORK FOR ADMINISTRATIVE MEDIATION

As noted, the introduction of alternative forms of dispute resolution (including mediation) involving the state and its administrative bodies is in line with the *soft law* legislation of the Council of Europe.

Recommendation no. R (2001) 9 "On alternatives to litigation between administrative authorities and private individuals" states that the legislation regulating alternative means should ensure: that the parties receive adequate information about their possible use; independence and impartiality of mediators (conciliators and arbitrators); fairness of the proceedings (in particular, by respecting the principles of equality and impartiality, as well as the rights of the parties); transparency of the use of alternative means and a certain level of discretion; and the possibility of effective enforcement of decisions made as a result of the settlement. Also, Recommendation no. R (81)7 "On measures to facilitate access to justice" and Recommendation No. R (86) "On measures to prevent and reduce excessive court workload" relate, in particular, to court proceedings in administrative cases. It points to the need to introduce conciliation and mediation procedures as a means of reducing the burden on the courts by shortening and streamlining court proceedings and recommends the use of mediation both before and during court proceedings.

Recommendation (2001)9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties of 5.09.2001 states that "the widespread use of alternative methods of settling administrative disputes will allow to approach the solution of these problems and bring administrative authorities closer to the public," which will be strategically important for Ukraine in the conditions of war and in the post-war period.

However, according to a study by the **CEPEJ** Working Group on Mediation (CEPEJ-GT-MED), only a few member states either used or even knew about administrative mediation tools.

Taking into account the findings of the study, CEPEJ-GT-QUAL developed a guide on administrative mediation Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states CEPEJ (2022)11 of December 7, 2022. It is worth to give it a closer examination.

The manual contains a section on definitions and principles, and attention is drawn to the novelties, namely the term "administrative mediation" and a new classification of its forms (institutional, conventional and jurisdictional or para-jurisdictional), although it is noted that the mediation process is not specific to administrative disputes, which certainly requires further scientific study.

The section on the benefits of mediation in administrative disputes focuses on the importance of establishing a dialogue and improving the quality of relations between citizens and public authorities, given that the parties to an administrative dispute are not on equal terms. Mediation is more accessible to citizens and facilitates communication between citizens and public authorities to prevent new conflicts.

The scope of mediation in administrative disputes, according to the CEPEJ document, is very broad and covers the following types of administrative disputes:

– contractual and obligation disputes;
– disputes over legality;
– *lex specialis* disputes (arising in connection with urban planning decisions or documents – for example, when several persons dispute a building permit or document; social assistance disputes – which usually concern people in difficulty who primarily need clarification of certain decisions that they are unable to understand; and disputes arising from contracts concluded by public authorities (contract and concession agreements); disputes between citizens and local authorities regarding the functioning of local public services (water supply, electricity, Internet access, etc.); disputes between insured persons and social security authorities; disputes between the administration and civil servants – when the nature of these conflicts affects the normal functioning of the service; requiring technical expertise (e.g., disputes between sports federations regarding the organization of sports events) and is effective in resolving issues related to the administration's failure to comply with court decisions. Undoubtedly, such a broad approach to the use of mediation to resolve administrative disputes is a solid ground for building partnerships between citizens and the state.

The section on recommendations on measures that can be taken to promote the use of administrative mediation focuses on recommendations in three important areas, such as availability, accessibility and awareness.

Strengthening the availability of mediation in administrative disputes is proposed to avoid conceptual uncertainty and to cover all existing mechanisms

that meet the basic elements of successful mediation Adopt a broad definition of administrative mediation. To choose the forms of institutional, jurisdictional or purely conventional mediation. For improved efficiency, it is proposed that different types of processes coexist. Develop a legal framework that clearly defines the rules and scope of mediation in administrative cases. Introduce mediation from the pre-trial stage. An important element is the creation of a list of mediators who are qualified and specialize in resolving administrative disputes, given the availability and accessibility of professionals in this field.

To ensure the accessibility and development of mediation, the availability of financial resources is an important factor. Because the state's assistance in training judges, administrations, lawyers and persons who are to become mediators in this area and ensuring the availability of legal aid for all mediation procedures is a significant factor in ensuring that citizens have access to the opportunity to establish a dialogue with citizens. Attention should be paid to addressing couple of important aspects: establishing a link between court proceedings and the mediation process and developing procedural legislation to suspend and interrupt appeals and limitation periods.

The development of mediation is possible only if public authorities, courts, lawyers, and state-owned companies are involved and have quality information on mediation – that means the need for increasing the awareness. The fact that public authorities are still not ready for a dialogue with citizens, lawyers still do not sufficiently understand the essence of the mediation process, and there is distrust, which, of course, hinders the spread of mediation.

Therefore, social policy should provide for measures to widely disseminate the culture of mediation, such as information and communication campaigns for all mediation actors. Research of figures that give an idea of the practice of administrative mediation and the difficulties encountered in its implementation.

2.2. THE "MEDIATION CULTURE" IN PARTICULAR COE MEMBER STATES

As mentioned, mediation corresponds rather with the nature of private law, with its autonomy of will; with its apprach that the individual interests of the parties to the dispute and the balance between them matters; as well as with its adversariality. It is an institution that combines the resolution of various types of disputes and therefore works "across" the boundaries between various branches of law. In the sphere of state and public administration, the presence of mediation is associated with the increasing role of the state and its bodies in social life, but at the same time with democratisation of contemporary society. This is why mediation in administrative and court-administrative cases is recommended and promoted by the CoE (and the EU). Such promotion, however, falls on different types of ground and results with various outcomes.

Analysing these best practices and national legislation in the field of mediation, it should be noted that mediation practices in administrative cases in the CoE member states, that are currently 46 (including the 27 EU members), vary. They can be split into two groups.

The first (quite a small) group includes countries such as: Andorra, Armenia, the Republic of Cyprus, the Czech Republic and North Macedonia, **where regulations on for administrative disputes are absent**. However, some of these Member States do have provisions for mediation in civil matters.

The second group of Member States has a legislative framework and/or practice of mediation in administrative disputes.

Among them, France, Germany, Latvia, Lithuania, Monaco, the Netherlands, Spain, Switzerland and the United Kingdom have both a legal framework and quite established practice. In Spain, there is no national act regulating mediation in administrative disputes, but some autonomous communities have adopted a so-called *protocol* defining specific rules applicable to mediation in administrative disputes (Canary Islands, Catalonia, Madrid, Murcia, and Valencia).

In Azerbaijan, Bulgaria, Croatia, Portugal and Ukraine – but also Poland, despite the existence of a legal possibility and framework, it is rarely used in practice. In spite of the promoting efforts mediation, particularly administrative and court-administrative, does not enjoy sufficient use neither among citizens nor public authorities or judges.

At the same time, in Luxembourg, in the absence of a legal framework, the Administrative Court has a broader vision of its role, which is not limited to the application of the law, but also extends to dispute resolution, also – if possible – through mediation between the parties.

It should also be noted that the adopted solutions and practice of mediation in administrative disputes differ from one EU member state to another. In some countries, institutional mediation is the only type available, such as in Switzerland, where each *canton* has a cantonal ombudsman known as the Bureau Cantonal of Administrative Mediation (BCMA n.d.). In Spain, mediation is considered a "jurisdictional" process and is conducted by judges who are mediators. In other EU member states, mediation is linked to the court, as in Germany, Latvia and Spain. The mediation process in such cases is initiated and sometimes conducted by a judge. There are also countries with a "hybrid" system, such as France, Lithuania and the Netherlands, where mediation can be conducted by jurisdictional, out-of-court or institutional.

Despite the fact that Recommendation no. R (2001)9 on alternatives to litigation between public authorities and private persons was adopted in 2001 and the importance of such factors as improved relations between citizens and the administration, reduction of court appeals, more efficient and cost-effective dispute resolution, and confidential approach to conflict resolution, the actual use of mediation in administrative disputes remains low.

It is important to note that there are differences in the understanding of the mediation process among the CoE member states. There are significant differences in definitions and terms. In most countries, mediation can be carried out by professional mediators or by judges, but in Switzerland it is considered exclusively a process carried out by an institutional body. The terminology used to define the process that can be falling within the broad concept of mediation also varies: in France – it is stated as "mediation," in Germany – "conciliation," in Lithuania – "conclusion of a peace agreement," in Luxembourg – "amicable settlement," etc.

Analysing the various examples in the Council of Europe signatory states, it is worth to note the main obstacles. One of them is not a specific legal framework due to the presence of a special subject (such as state bodies). Another important factor is the lack of a clear link between the mediation procedure and court proceedings.

However, the main obstacle to the development of mediation in administrative disputes remains the mental barriers – low "culture of mediation" as well as low "mediation consciousness" among both representatives of administrations and legal professions, which is why they rarely consider participation in mediation to be appropriate.

All these factors contribute to the low rates of mediation practice in administrative cases. One of the priority tasks is to develop mediation in administrative cases in the CoE member states to provide a broad definition to unify different concepts and promote a "culture of mediation."

3. CURRENT PRACTICE AND PERSPECTIVES OF *GUIDELINES* IN UKRAINE – CONCLUSIONS

It worth to start with the remark that legal system in Ukraine is not incompatibile with the examined CEPEJ gudelines and provide for inter-branch solutions. A bit worse picture, though, is emerging from analysis of the mediation practice.

The national legislation of Ukraine provides for mediation and the institution of dispute resolution with the participation of a judge in the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2005). Mediation is defined as an out-of-court, voluntary, confidential and structured procedure in which the parties, with the help of a mediator (or co-mediators), try to prevent or resolve a conflict (legal dispute) through negotiations (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2021) and is based on the principles of voluntariness, confidentiality, neutrality, independence and impartiality of the mediator, self-determination and equality of rights of the parties to the mediation (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2021).

Although, as mentioned, the mediation process is not peculiar to administrative disputes, it covers a special subject, one of the parties to such a dispute is always a representative of a public authority (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2005).

One of the central reasons for the lack of clear legal regulation of mediation in administrative disputes and the lack of appropriate discretionary powers of public authorities is an obstacle to the use of mediation that affects its **availability**. According to part 2 of Article 19 of the Constitution of Ukraine, "state authorities and local self-government bodies, their officials are obliged to act only on the basis, within the limits of authority and in the manner provided for by the Constitution and laws of Ukraine" (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 1996). Therefore, there is still a concern about the scope of powers and responsibilities of public authorities' participation in mediation procedures, despite the existence of a legal framework for mediation and the fact that the Code of Administrative Proceedings of Ukraine promotes the use of mediation (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2005).

Another central problem with the use of mediation to resolve administrative and legal disputes is the question of who can be a mediator in such cases. Unfortunately, the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2016). does not currently allow judges to act as mediators unless they have undergone special training in accordance with the requirements established by law (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2021), although the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2005) does provide for the institution of dispute resolution with the participation of a judge. Due to the peculiarities of public law relations, the presence of a public authority as one of the parties to a dispute, and the territorial location of district and appellate administrative courts, it seems optimal to reform the institution of dispute resolution with the participation of a judge in an administrative process to a jurisdictional form of mediation, where a judge or retired judge of administrative jurisdiction may act as a mediator, which will not cause an additional financial burden on the state budget of Ukraine and will solve the issue of insufficient staff.

The creation of a list of mediators qualified and specialised in administrative dispute resolution will be another important step towards the introduction of mediation in administrative disputes.

In 2016, the Constitution of Ukraine was amended to include a policy provision that "the jurisdiction of the courts shall extend to any legal dispute and any criminal charge. In cases provided for by law, courts shall also hear other cases. The law may establish a mandatory pre-trial dispute resolution procedure" (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 1996). The Law of Ukraine "On Administrative Procedure" currently has only a provision on conciliation as a right of participants in administrative proceedings (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2022).

The recommendation to ensure the introduction of mediation at the earliest possible pretrial stage is important, so it is proposed to supplement Article 28 of

the Law of Ukraine "On Administrative Procedure" at the first stage with the right of the parties to reach conciliation through mediation.

In the future, as another remark *de lege ferenda*, mediation should be made a prerequisite for going to court and making a decision at the court proceedings stage, and the issue of presumed consent of the public authority to participate in mediation should be regulated by law if an individual or legal entity initiates the process. Ensuring proper implementation of the agreement resulting from mediation is an important component, and the example of France may be used, where the Code of Administrative Justice provides that "the court may, in all cases where mediation has been initiated (…), approve and give effect to the agreement resulting from mediation" (French Republic 1999).

An important aspect is the **accessibility** of mediation. The issue of payment is currently a significant obstacle for the parties to an administrative dispute. Therefore, this is another factor in favour of the institutional model of mediation. If both parties apply for time for reconciliation, including through mediation under Article 236 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine 2005), the court shall suspend the proceedings. The existence of a link between the mediation process and the court procedure facilitates the development of mediation.

One of the main obstacles to the development of mediation is the lack of **awareness**, and understanding of the benefits and procedures of mediation, lack of information and insufficient communication between all parties: administrations, courts, legal advisers and citizens.

Unfortunately, there is still a perception that mediation is a process only for resolving disputes between private individuals. A certain lack of trust on the part of the parties to mediation, and reluctance on the part of lawyers who have no knowledge of mediation and are used to the classical method of resolving disputes in court, although they help to draft the agreement resulting from mediation, also does not contribute to the development of a culture of dispute resolution through mediation.

That is why it is important to create incentives for the widespread of mediation culture:

Availability of information not only in courts but also in administrations to encourage the use of mediation, information and communication campaigns for all mediation actors, analysis and annual reports that provide insight into the practice to track emerging difficulties. One of the possible ways is to institutionalise mediation referrals among institutional mediation actors, following the example of France, where in 2017 the Committee for Administrative Justice and Mediation (CAIM) was established to pilot mediation in all administrative jurisdictions. In addition, administrative and appellate administrative courts have appointed "mediation referents" to coordinate mediation activities at the local level and raise awareness of mediation among both the courts and the public. Such a committee

could be created under the High Council of Justice of Ukraine (High Council of Justice of Ukraine, n.d.) and a pilot project could be initiated, based on the practice in the Administrative Court of Strasbourg. In order to raise awareness of the benefits of mediation among the parties and to offer mediation more effectively, a "mediation referent", after studying the case, offers the parties the opportunity to consider mediation as a possible way to resolve their dispute and simultaneously appoints a mediator. His task is to inform the parties about mediation and the reasons why their dispute is suitable for mediation.

BIBLIOGRAPHY

Bureau cantonal de médiation administrative (BCMA). n.d. http://www.vd.ch/bcma (accessed: 10.03.2023).

CEPEJ. 2007. "Guidelines for the Better Implementation of the Existing Recommendation on Family Mediation and Civil Mediation." https://rm.coe.int/16807475b6 (accessed: 10.03.2023).

CEPEJ. 2007a. "Guidelines for the Better Implementation of the Existing Recommendation on Criminal Mediation." https://rm.coe.int/1680747759 (accessed: 10.03.2023).

CEPEJ. 2018. "European Code of Conduct for Mediation Providers." https://rm.coe.int/cepej-2018–24-en-mediation-development-toolkit-european-code-of-conduc/1680901dc6 (accessed: 10.03.2023).

CEPEJ. 2022. "Promoting Mediation to Resolve Administrative Disputes in Council of Europe Member States." https://rm.coe.int/cepej-2022–11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692 (accessed: 10.03.2023).

CEPEJ-GT-QUAL(2022). N.d. https://www.coe.int/en/web/cepej/meetings/working-group-on-quality-of-justice-meeting-reports (accessed: 10.03.2023).

The European Commission. 2022. "Statement of 17 June 2022 on the European Commission's opinion on Ukraine's application for membership of the EU." https://www.europarl.europa.eu/delegations/en/statement-of-17-june-2022-on-the-europea/product-details/20220617DPU33242 (accessed: 10.03.2023).

French Republic. 1999. "Code de Justice Administrative." https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?init=true&page=1&query=Code+de+justice+administrative&searchField=ALL&tab_selection=all (accessed: 10.03.2023).

High Council of Justice of Ukraine. n.d. http://hcj.gov.ua (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 1996. "Constitution of Ukraine." https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 2005. "Code of Administrative Proceedings of Ukraine." https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 2016. "Law of Ukraine On the judicial system and the status of judges." https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 2016. "On the Judiciary and the Status of Judges." https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 2021. "Law of Ukraine ʻOn Mediation.'" https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text (accessed: 10.03.2023).

Verhovna Rada (Parliament) of Ukraine. 2022. "Law of Ukraine 'On administrative procedure.'" https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text (accessed: 10.03.2023).

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.12

C O P E
Member since 2018
JM13714

*Katarzyna Kamińska**

https://orcid.org/0000-0002-4438-0127

FROM MATERNAL PREFERENCE TO SHARED PARENTING: CHILD'S WELL-BEING. LESSONS FROM THE USA[1]

Abstract. The article concerns parenting after divorce or separation within the context of social changes. Special attention is paid to the principle of the welfare of the child, which is the most important criterion for deciding child custody. The child's welfare is an open concept that grants a wide discretion to courts in choosing the best custodial arrangement for a child in a particular case. In this context, reference was made to the American experience on parenting after family break-up, separation or divorce. In the USA different theories were developed to explain which parenting model best fulfils the principle of the child's welfare. This article discusses the tender years doctrine, primary care-taker preference, psychological parent doctrine and approximation rule. After a divorce, a mother was usually granted custody and a father paid child-support. He was placed in the background and excluded from the daily activities of his child. Currently, the theory of mother-nurturer and father-breadwinner is coming to an end; the father is no longer the only breadwinner responsible for providing the family an adequate standard for living, and the mother is no longer primarily responsible for the duties of childrearing and household chores. The changes taking place are reflected in struggling for equal treatment in the award of custody and abandoning the stereotypical approaches based on awarding custody automatically to mothers. A significant rise in the number of parents entering into joint custody arrangements is observed.

Keywords: divorce, separation, custody, parenting, child's welfare

OD FAWORYZOWANIA ROLI MATKI DO WSPÓLNEGO RODZICIELSTWA: DOBRO DZIECKA. DOŚWIADCZENIA AMERYKAŃSKIE

Streszczenie. Przedmiotem niniejszego artykułu jest władza rodzicielska nad dzieckiem po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu w kontekście zachodzących przemian społecznych. Szczególna uwaga została poświęcona zasadzie dobra dziecka, która jest najważniejszym kryterium przy decydowaniu o wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Dobro dziecka jest klauzulą generalną, a sądom orzekającym o władzy rodzicielskiej przysługuje szeroka swoboda

* University of Silesia in Katowice, katarzyna.kaminska@us.edu.pl

[1] The paper was written as a part of the research project funded by the National Science Centre, Poland, decision number DEC-2019/33/N/HS5/00284 and agreement number UMO-2019/33/N/HS5/00284.

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

przy wyborze najlepszego sposobu wykonywania tej władzy w świetle okoliczności sprawy. W tym kontekście za celowe uznano sięgnięcie do doświadczeń amerykańskich związanych z rozstrzyganiem o władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub rozstaniu rodziców. W Stanach Zjednoczonych powstawały różne teorie, które miały tłumaczyć, jaki model władzy rodzicielskiej najlepiej realizuje postulat dobra dziecka. W artykule omówiono teorię wrażliwych lat, teorię podstawowego opiekuna, teorię psychologicznego rodzica oraz tzw. *approximation rule*. Po rozwodzie zwykle to matce była powierzana władza rodzicielska, a rola ojca sprowadzała się do obowiązku alimentacji. Ojciec był traktowany jako rodzic drugoplanowy i wyłączany był ze sprawowania bieżącej pieczy nad dzieckiem. Obecnie odchodzi się od tradycyjnego modelu matki – opiekuna i ojca – żywiciela rodziny. Zachodzące zmiany mają również swoje odzwierciedlenie w walce o równouprawnienie przy decydowaniu o władzy rodzicielskiej oraz zwalczaniu stereotypów sprowadzających się do automatycznego przyznawania tej władzy matkom. Obecnie obserwuje się wzrost orzeczeń sądów rodzinnych przyznających pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom.

Słowa kluczowe: rozwód, separacja, władza rodzicielska, rodzicielstwo, dobro dziecka

1. INTRODUCTION

The relationship between parents and children has its own characteristics. It is generally a relationship between three persons: a mother and father who should together take care of the family's interests, and a child who is not able to care for his or her own interests properly. Each parental divorce or separation affects the relationship at the partner level, but also impacts the parent-child relationship. During divorce and separation, the individual interests of the former partners often become more important than the interests of the child (Schrama 2009, 133). A relationship breakdown may involve bad feelings between the parents, which is not without significance for the parents' agreement on how to exercise parental responsibility and maintain contact with the child after the divorce. Parents who are in the middle of a high conflict divorce rarely reach a consensus over their children's custody issues. If the parents cannot agree on a custody arrangement, the judge handling the divorce will decide the matter for them. Each case is unique and the most important factor in deciding who gets custody is the welfare of the child. Moreover, even if the parents agree on the parenting arrangement, the judge should consider the parties' suggestions and wishes, but most of all, follow the principle of the child's welfare. It is the most important criterion for deciding custody, but at the same time the hardest criterion to assess legally. The welfare of the child is an open concept which grants a broad margin of discretion to the authorities and leads to arbitrary application the best solution in each individual case. The main reasons for taking up this topic were doubts about choosing the right parenting style after divorce or separation.

The article concerns the use of the principle of the child's welfare when making child custody decisions and the interpretation of the welfare of the child from a legal and cultural perspective. The concept of the child's welfare in the context of parenting after divorce keeps evolving. Therefore, it was considered

reasonable to analyse various theories to explain which parenting model best fulfils the principle of the child's welfare. The purpose of the article is to present the change in approach of legislators and courts to child custody when parents divorce. In this respect, special attention is given to joint parental responsibility, joint custody and shared parenting, and their practical application. In this article, reference was made to the American experience on parenting in postdivorce families, including both the scholarship views and the abundant jurisprudence. Taking into account that there are 50 states – each with their own legislative and judicial systems, efforts were made to choose the rulings which seem to be the most important and characteristic on this matter. What is important, the results of the study are of a universal value, and can be used in all the national legislations.

2. PRINCIPLE OF THE WELFARE OF THE CHILD

The majority of the states in the USA have adopted the principle of the child's welfare either statutorily or in the case law. It means that courts are required to settle custody disputes between parents on the basis of the welfare of the child. The state legislatures have also introduced a number of factors that judges consider in cases involving minor children. It should be pointed that although the notion of the welfare of the child seems to capture the essence of its represented value, the statutes of the USA are more willing to use the concept of the best interests of the child. The child's welfare is sometimes also a subcategory of the best interests of the child, but this is a kind of simplification. To illustrate this point, in California for example, in making a determination of the best interests of the child, the court should examine, inter alia, the health, safety and welfare of the child (California Family Code § 3011). However, a list of factors can be more or less extensive. For the sake of comparison, the Statutes of Pennsylvania (§ 5328) provide as many as 16 factors to consider when awarding custody. The best interests of the child factors can be helpful for the court in deciding what order to make for a child, but ultimately authority belongs to the judge who has to weigh and apply those factors in any given case.

The Supreme Court of New York in the matter of *Vann v. Vann* (789 N.Y.S.2d 261) stated that "custody determinations are ordinarily a matter of discretion for the hearing court" and that "paramount concern in a custody dispute is to determine the best interests of the child [the welfare of the child – K.K.]". However, the application of the principle raises certain interpretation doubts. The welfare of the child is that kind of legal rule which is quite easy to state, but much more difficult to apply in practice. Some authors claim that the child's welfare is not a principle at all, but "that is merely a cloak for judicial discretion and intuition" (Miller 1979, 353). The welfare of the child is a general and comprehensive rule. Therefore, it may be affected by a subjectivity and inconsistency of judgements. Nonetheless,

relying on personal values and convictions by judges does not always have to be intentional. Due to the vagueness and ambiguity of the rule of the child's welfare, a judge is placed in the situation in which he or she has to use personal bias and values to bridge the gap of the child's welfare rule (Lapsatis 2012, 677). The content of the welfare of the child is still being fulfilled by doctrine and judicature. The notion of the child's welfare is an interpretative challenge.

In order to facilitate the implementation of the principle in matters of child custody after divorce, in the USA the theories were developed to explain what is best for the child. Among many different theories related to the principle of the child's welfare, the most important and the most frequently quoted are: the tender years doctrine (also known as the tender years presumption), the primary caretaker preference, the psychological parent doctrine and the approximation rule (also known as approximation standard or past caretaking standard). Below is a brief description of the development of the above theories as solutions adopted in American law in the context of child custody after divorce, which were to implement the principle of the child's welfare to the greatest possible extent. Moreover, the review of the historical forms of exercising parental responsibility, especially care of the person of the child, as well as custody and visiting rights will show how the law was adjusting to changing social realities.

3. AMERICAN THEORIES ABOUT THE CHILD'S WELFARE

The tender years doctrine was broad adoption in the XIX and XX centuries and meant that mothers should be primary caretakers of children, especially toddlers and young children. Some sources say that the discussed theory was applicable to children under the age of thirteen years (https://law.jrank.org/pages/10725/Tender-Years-Doctrine.html (accessed: 9.05.2023)), others – the age of fourteen years (*Jb v. Ab* (242 S.E.2d 248). The mothers were considered superior to fathers at parenting. For the first time this theory was formulated in the 1813 Pennsylvania case (*Commonwealth v. Addicks*, 5 Binn. 520; see McCall 2019, 153). There was a presumption that women do, by nature, a better job caring for a child than fathers. As the Supreme Court of New York said in *Ulman v. Ulman* (135 N.Y.S. 1080), "the child at tender age is entitled to have such care, love and discipline as only a good mother can usually give". The Idaho Supreme Court in case of *Krieger v. Krieger* (81 P.2d 1081) admitted that the maternal presumption "needs no argument to support it because it arises out of the very nature and instincts of motherhood; nature has ordained it". Similarly, in *Freeland v. Freeland* (92 Wash. 482) it was ruled that "mother love is a dominant trait in even the weakest of women, and as a general thing surpasses the paternal affection for the common offspring, and, moreover, a child needs a mother's care more than a father's". In its adjudication *Ross v. Ross* (339 A.2d 447) the District of Columbia

Court of Appeals pointed out that "the interests of children [the welfare of children – K.K.] of tender years will be best served when they are in the custody of their mother". Under the tender years doctrine, primary residence of the child was granted to the mother as the primary caregiver in child custody decisions.

The second theory was the primary care-taker preference under which a child custody dispute should be settled on the basis of existing model of exercising of parental responsibility. The primary care-taker was the parent who handled all or most of the daily care tasks related to the child, including grooming, dressing, eating, cleaning and household chores, shopping or managing medications. It was presumed that children develop a strong bond with the primary parent and benefit most from sole custody after a divorce. Two states, i.e. Minnesota and West Virginia adopted the primary care-taker preference. This approach was applied in subsequent case-law of the Minnesota's and West Virginia's courts. In *Marriage of Pikula v. Pikula* (374 N.W.2d 705) the Minnesota Supreme Court ruled that "when the evidence indicates that both parents would be suitable custodians, the intimacy of the relationship between the primary parent and the child should not be disrupted (…). Awarding custody to the non-primary parent without such strong reasons, when the primary parent has given the child good care, may constitute reversible error". In the further part of the judgment the Supreme Court also made reference to the tender years doctrine, saying that

> for younger children in particular, that stability is most often provided by and through the child's relationship to his or her primary caretaker – the person who provides the child with daily [nurturance – K.K.], care and support (…). Continuity of care with the primary caretaker is not only central and crucial to the best interest of the child [the welfare of children – K.K.], but is perhaps the single predicator of a child's well-being about which there is agreement, and which can be competently evaluated by judges.

There is a conclusion that courts should apply a custody presumption in favor of primary care-taker parent if he or has the capacity to provide and care for the child.

The Supreme Court of Appeals in West Virginia applied the primary care-taker preference in *Garska v. McCoy* (278 S.E.2d 357). It is necessary to highlight two conclusions from this judgment. Firstly, the primary care-taker preference is gender neutral. Either parent can be the primary parent. The Court noted that the primary parent in most custody cases in West Virginia is still the mother, however, currently gender roles are becoming more flexible and high-income jobs are opening to women, so it is possible that primary care-taker may also be the father. The second conclusion concerns the factors that are taken into account when making the decision to award custody. In establishing which parent is the primary care-taker, the court should determine which parent has taken primary responsibility for, among others, "the performance of the following caring and nurturing duties of a parent: preparing and planning of meals, bathing, grooming

and dressing, (…), teaching elementary skills, for example, reading, writing and arithmetic."

For some time, Minnesota and West Virginia have followed the approach of the primary parent, but both states subsequently repealed this preference. Now the Minnesota Statutes in § 518.17 states that in determining custody, the court should not prefer one parent over the other solely on the basis of the sex of the parent. The West Virginia Code's regulations on allocation of parental responsibility (§ 48–9–206) do not expressly refer to preferences in child custody decisions, only stating that the court should allocate parental responsibility based on the child's best interest.

The tender years doctrine and the primary care-taker preference favoured the mother in custody cases. The opponents of these theories say that there is no evidence that women have a maternal instinct – a natural, automatic, built in or hard-wired set of skills that provides better preparation for exercising care over the child. A mother's predispositions for taking care of a child are acquired through experience and learning, not through instinct. The same reasoning applies for fathers (Nielsen 2015, 123–124). This is also confirmed by the jurisdiction of American courts of the '70s of XX century. The District of Columbia Court of Appeals in *Bazemore v. Davis* (394 A.2d 1377) rejected the tender years doctrine that small children are better off with their mother, referring to the opinion of eminent child psychiatrists who have demonstrated that "what a child needs is not a mother, but someone who can provide «mothering»."

A social revolution in the 1960s forced the tender years doctrine to more gender-neutral custody theories (DiFonzo 2015, 1006). J. Goldstein, A. Freud and A. Solnit claimed that the well-being of the child requires to award custody to one parent, i.e. a custodial parent. They recommended that only one parent should have exclusively custody and the second parent (non-custodial parent), surprisingly, should have not any legal rights to visit the child. The custodial parent decides if visitations by the non-custodial parent are desirable. Goldstein, Freud and Solnit initiated the psychological parent theory in the book *Beyond the Best Interests of the Child* (Goldstein et al. 1979, 37–38). They also said that joint custody, particularly joint physical custody, disrupts the relationship with both parents if the child developed the attachment bond with either parent. No one wins in joint custody and it is better to sacrifice one relationship than to lose two (Bratt 1978–1979, 299). The "psychological parent", from which the name of the theory comes, is the person with whom the child was most closely associated (Mason, Quirk 1997, 456–457). Theoretically the sex of the parents was not being considered at all when deciding on child custody, but in practice, that person was usually a mother. The psychological parent theory was seemingly gender neutral approach to exercising parental responsibility after a divorce, but its application by courts had the same effect as the tender years doctrine and the primary care-taker preference. As it has turned out, stereotypes die hard.

4. AMERICAN LAW INSTITUTE AND ITS PRINCIPLES

In 2000 the American Law Institute (ALI) – the leading independent organisation in the USA producing scholarly work to improve all the major branches of law – adopted their *Principles of the Law Family Dissolution: Analysis and Recommendation*. The authors of the Principles proposed a new child custody theory knows as the approximation rule. Despite this, it was originally formulated by E.S. Scott in her law review article from the year 1992 (Scott 1992, 615). The approximation rule means that custodial time between parents should approximate the share of caretaking each of them performed for the child before divorce. The approximation rule focuses on how the child was cared for previously, reflecting the existing model of family. According to the theory, allocation of custody should also reflect the roles that parents assumed prior to their divorce. In other words, a parent who has been the primary caretaker of the child should remain so, and that parents who had co-equal roles before divorce should also retain those roles (https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp (accessed: 9.05.2023)). The Principles introduce an objective presumption that the court should award custody according to the allocation of past caretaking. Under the Principles, this serves the child's welfare because it promotes stability and continuity in his or her life. On the other hand, critics of this approach say that child-rearing decisions which parents made in the past cannot forever determine their future relationships with the child. The decisions were made when the marriage was intact and the parties could agree. However, the child's needs, as well as each parent's needs change after divorce. Pre-divorce childcare arrangement may not reflect the current situation. It is more important to maintain the quality of a parent-child relationship than an exact representation of the quantity of time spent together before a divorce (Sanders 2010, 17–18, 21).

The aim of the Principles was to eliminate sex-based preference and ideology in which the best option for the child is always granting sole custody to the mother. The idea was to treat mothers and fathers equally without looking back at cultural stereotypes. Like the psychological parent theory, the approximation rule is gender neutral at first sight. However, the reality is that a mother is still the primary caregiver in most intact families, doing the majority of the childcare in the home. The approximation rule requires the judge to approximate the proportion of time each parent was engaged in parenting during the marriage and then give a judgment respectively. In practice these proportions are rarely equal. And that is why some authors name this rule "a maternal preference «in disguise»" (Mnookin 2014, 262). Contrary to expectation, the approximation rule did not revolutionise the American child custody law. The only jurisdiction which enacted the ALI's Principles in full by legislation, including the approximation rule, was West Virginia. However, the courts in other states have also referenced this rule, including: the Supreme

Court of Iowa in *Hansen v. Hansen* (733. N.W.2d 683), the Supreme Judicial Court of Massachusetts in *Custody of Kali* (792 N.E.2d 635) and the District Court of Appeal of Florida in *Young v. Hector* (740 So. 2d 1153). It can be concluded that the ALI's works in the field of family law have made a significant contribution to the improvement of children's and parents' protection. Therefore, these works should not be overlooked in legal research.

It should be added that also under the influence of the Principles, most states now require the court to determine custody only on the basis of the child's welfare, regardless of the parent's gender. The California Family Code, for example, expressly provides in § 3011 that in making a determination, the court should not consider the sex of a parent. And pursuant to section 14–10–124 (3) of the Colorado Revised Statutes, in determining parenting time or decision-making responsibilities, the court should not presume that any parent is better able to serve the best interests of the child because of that parent's sex. While it can be true that the factors in a given case favor one parent, the laws do not give a consent to favor one parent over the other parent solely because of his or her sex in deciding child custody. Moreover, in this context, the parents have equal status regardless of whether they have ever been married or a couple, are divorced or separated, or with which of them the child permanently lives.

Until recently, it was believed that the child's welfare requires sole custody granted to a mother. However, a growing number of fathers fight to gain more time with the child after a divorce. Judges are encouraged to grant each divorced parent a substantial amounts of time with their child. Joint custody is not a new arrangement for children in a divorce, because courts in the USA have experimented with such custody in one form to another for a long time. However, regulations on this field have been enacted since 1979 and most of the scientific papers have been written since then (Hawkins 1982, 99). A presumption of joint custody carries the message that neither the mother nor the father is inherently superior to the other. Since the beginning of the 1980s joint custody has been preferred as a solution of allowing a child to see both parents after a divorce. In 2019, 15 states had a presumption of joint custody (Forman 2019, 588). It has become the new standard of what was considered "the child's welfare" (Mason, Quirk 1997, 453).

5. JOINT PARENTAL RESPONSIBILITY AND JOINT CUSTODY

The starting point for further considerations is parental responsibility which means legal rights and duties that parents have towards their children. Nowadays the concept of "parental responsibility" is gradually replacing the concept of "parental authority". Parental responsibility and parental authority are, however, very often synonymous. In general parental responsibility should belong to each

parent whether they are married or not. The relationship between parents concerns themselves and the breakdown also involves a man and a woman. Nonetheless, a court can deprive a parent of his or her rights towards the child if the child's welfare requires to do so, usually due to the parent's misconduct.

Another concept, i.e. "custody" is often used in the context of parental responsibility. It is also presumed that custody over the minor child should belong to both parents. There are two categories of joint custody: joint legal custody and joint physical custody. In joint legal custody both parents have full responsibility to make major decisions regarding the child, for example, non-emergency health care, education and religion. The example is also the place of the child's residence. In important matters the parents should act jointly. If the parents cannot agree on the child's important matter, they may bring their dispute before a court. The court ruling replaces parents' agreement. Most parents now share joint legal custody. Under joint physical custody both parents make day-to-day decisions, such as what and when to eat, when to do chores, when to go to bed. Those decisions do not require joint action and each parent can act alone in daily matters. Joint physical custody involves minor and major decisions made by both parents (Miller 1979, 360). Moreover, joint physical custody is characterised by alternating between parents at consistent periods, for example three days long, a week long or two weeks long depending on the specific needs and circumstances of the family (https://www.itsovereasy.com/insights/child-custody-schedules-by-age (accessed: 9.05.2023)). Many joint physical custody laws require "significant" or "substantial" periods time with each parent, but what does that mean exactly? In California joint physical custody means a parenting-time schedule where the child has significant periods of time with each parent that "assure[s] a child of frequent and continuing contact with both parents" (California Family Code § 3004, § 3020(b); see McCall 2019, 145).

Overall, there are three types of physical custody arrangements: sole physical custody, asymmetric joint physical custody and symmetric joint physical custody. In sole physical custody the child spends from 71% to 100% his or her time in the mother's or father's home. Asymmetric joint physical custody means that the child lives from 51% to 70% time with one parent. Under symmetric joint physical custody the child has no main residence due to the fact that he or she is living 50% with one parent and 50% with the second parent (Steinbach et al. 2020, 4). It is assumed that joint physical custody is when children spend at least 30% of their time during a two-week period. More practical tips on the application of joint physical custody arrangements can be found on the Alabama Family Rights Association's website. Some equal time schedules are examples: alternating weeks; alternating weeks with an evening overnight; alternating 4–4 day with each parent; a 2–2–3 day rotation; a 3–3–4–4 day rotation; a 2–2–5–5 day routine; a 3–4–4–3 day routine; 50%–50% alternating custody: parents alternate months of custody or years of custody. Importantly, the authors of the

sample custody arrangements show the advantages and disadvantages of each type of arrangement. It may be particularly helpful in drawing up parenting plans that will meet the needs of both parents and children involved.

There can be a fine line between joint physical custody, on the one hand, and joint legal custody and sole physical custody with liberal visitation rights on the other. This is reflected in case of *Wilhelm v. Wilhelm* (504 S.W.2d 699) where the Court of Appeals of Kentucky awarded custody of the children to the mother and the father was granted very liberal visitation, i.e. two afternoons a week from noon until 5 p.m., alternate weekends from Friday evening until 5 p.m. on Sundays and two weeks in the summer. Such parenting time schedule resembles joint physical custody, but theoretically there is one residential parent, i.e. mother, with primary physical custody, while the father is the non-residential parent. Moreover, some courts do not seem to notice the difference between sole custody with liberal visitation rights and joint legal custody with sole physical custody. The Court of Appeals of Kansas in *Larsen v. Larsen* (5 Kan. App. 2d 284) stated that the same result is obtained by giving formal custody to the mother with visitation rights in the father for the same period specified as his custody period in the court's order. Nevertheless, it is necessary to remember that only with joint legal custody there is an active, shared involvement and decision-making between parents, regardless of the child's place of residence (Bratton 1984, 629).

6. WHEN SHARED PARENTING WORKS

Shared parenting after divorce has its supporters and opponents. Courts are currently inclined to grant joint legal custody of the child. One should not, however, interpret a ruling of joint legal custody as an indication that the court is likely to also retain joint physical custody. In the USA courts are still careful when it comes to shared residence arrangement. The Supreme Court in New York County pointed out that shared residence requires that "shuttling back and forth" of the child which must inevitably lead to the lack of stability in home environment that children need (*Dodd v. Dodd*, 93 Misc. 2d 641). The Court of Appeals of New York expressed the view that children need a home base and joint physical custody may the insecurity and resultant pain frequently experienced by children (*Braiman v. Braiman*, 44 N.Y.2d 584).

Shared parenting is not appropriate where there is unresolved, continued and ongoing conflict between parents. High interparental conflict leads to the fact that parents are wholly unable to communicate or make decisions regarding the child. The New York Court of Appeals in *Braiman v. Braiman* (378 N.E.2d 1019) rejected joint custody because the parties were in bitter conflict and did not agree on this arrangement: "joint custody is encouraged primarily as a voluntary alternative

for relatively stable, amicable parents behaving in mature civilized fashion." The Indiana Court of Appeals in *Carmichael v. Siegel* (754 N.E.2d 619) concluded that "the issue in determining whether joint legal custody is appropriate is not the parties' respective parenting skills, but their ability to work together for the best interests of their children." Similarly, the Minnesota Court of Appeals in *Wopata v. Wopata* (498 N.W.2d 478) found that the fact that parents are equally qualified to raise the children does not mean that they are qualified to raise them jointly. It is worth considering that failure to comply with a parenting plan – even in a written form and confirmed by a court – does not meet with any direct sanction. Nevertheless, the non-compliance with the provisions of parenting plan can lead to indirect consequences. If one of the parents does not follow the rules on certain issues related to the child's care, joint physical custody order can be made illusory and such case will go to a court for reconsideration.

Joint physical custody works when parents live close to each other and are sufficiently cooperative. They must cooperate with each other not for themselves, but for the child's welfare and development. According to A. Opie, this cooperation concerns various spheres of contact between parents, including: adherence to agreements, being flexible and willing to change custody schedule where it is needed, the exchange of information about the child in his or her presence and the fair division of the costs of children (Opie 1993, 319). Cooperating effectively also means respecting each other's private life. Children cannot be used to take revenge on ex-spouse, even though a spouse committed adultery, left to live with another man or woman and they had a child together. On the other hand, H. Sünderhauf says that it need not be active cooperation in which parents jointly plan for and coordinate their child's schedule. The opposite of co-parenting is parallel-parenting which means passive cooperation characterised by low-level conflict and also poor communication between parents. Parallel-parenting is not as favorable from the standpoint of the child as co-parenting, but it is sufficient to make shared residence feasible (Sünderhauf 2013, 294). The point is whether the parents can separate their conflicts from being parents to their children. If they can, they are able to cooperate on bringing up children although the residual anger and hurt did not just disappear. According to experts, it is also not necessary that parent in shared residence arrangement agree on everything. Even happily married parents do not always agree in matters of raising their own child (Trout 1984, 639).

Bearing in mind the above, it would be probably easier for divorcing parents to prepare a shared parenting plan for court during the mediation process. This is one of the methods of alternative dispute resolution which conduces reduction in the level of negative emotions and understanding the needs of the child and the second parent. Mediation reduces psychological stress associated with conflict situations between spouses and allows them to focus on parenting after their own relationship has ended. And interestingly, the move towards shared custody has been accompanied by the introduction of a mediation regulations. Mediation has become

an alternative a custody litigation in courts – recognised and encouraged by the law. For instance, California was the first American family law where implemented joint custody presumption in 1979 and two years later, in 1981, introduced there mandatory mediation for custody disputes (Kurki-Suonio 2000, 188). In any event, both mediator and judge should hear the child in proceedings regarding the divorce of his or her parents, taking into account the child's age. Children's wishes and feelings about shared parenting after divorce should be analysed during mediation and trial. This applies in particular to shared residence, since the only person moving between the different homes is the child.

7. CONCLUSIONS

To sum up, the welfare of the child is the most important rule in family law. This rule may be associated with the risk of subjectivity, inconsistency and unpredictability of judgments. So far, it was not invented another, a better standard. However, a court applies the welfare of the child's rule, taking into account various factors set forth in the laws. As guardian of the general child's interest, the judge should have ultimately authority to weigh and choose those factors that are relevant to the case. It is true that removing discretion would inevitably lead to a less worked out decision-making process and less appropriate outcomes (Forman 2019, 618).

One of the main lessons from the above considerations is that there is no one-size-fits all approach when deciding what custodial arrangement is ideal for the child. Deciding custody on the basis of principle of the child's welfare means that courts have to settle custody disputes effectively and fairly, making case-by-case determinations. A judge is the ultimate arbiter of what custody arrangement is in line with the principle of welfare of the child. There seems to be a certain cultural consensus about the best custody arrangement. Previously it was thought that the child's welfare is best-served by remaining with one parent who has both physical and legal custody. The custody of the child was typically granted to the mothers (maternal preference). Recently the approach to custody of children has changed as many parents benefit from shared parenting. Moreover, many courts today favor joint custody arrangements. The preference for sole custody – bringing to order the child's residence with one of his or her parents and contact for the other – was replaced with the preference for joint custody. There is a close relationship between law and culture (Kurki-Suonio 2000, 183–184). However, none of these arrangements for the exercise of custody is in principle better than the other in any case.

The purpose of the final custody order is to provide the child with necessary strong, continuing and stress-free relationships with both parents. The fundamental criterion of the child's well-being can be fulfilled through joint custody, but also

through sole custody with liberal visitation rights. Child custody and visitation should serve the child's welfare in the best way. Although in shared parenting, particularly shared residence, equal amount of time in each parent's home after divorce is emphasised, the meaningful relationship is far more important. It seems that quality of relationships with both parents can be reached by any parent who is available and interested about the child in any care arrangement serves the child's welfare (Atwell et al. 1984, 156).

BIBLIOGRAPHY

Atwell, Anthony E. Ursula S. Moore. Evan Nielsen. Ziva Levite. 1984. "Effects of Joint Custody on Children." *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 12(2): 149–157.

Bratt, Carolyn. S. 1978–1979. "Joint Custody." *Kentucky Law Journal* 67(2): 271–308.

Bratton, Robert M. 1981. "Joint Custody in Kentucky." *Northern Kentucky Law Review* 8(3): 553–576.

DiFonzo, Herbie J. 2015. "Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody." *Hofstra Law Review* 43(4): 1003–1024.

Forman, Deborah L. 2019. "Legal Relationships Between Adults and Children in the United States of America." In *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*. Edited by Jehanne Sosson, Geoffrey Willems, Gwendoline Motte. 583–622. Cambridge: Intersentia. https://doi.org/10.1017/9781780688480.021

Goldstein, Joseph. Anna Freud. Albert J. Solnit. 1979. *Beyond the Best Interests of the Child (New Edition with Epilogue)*. New York: Free Press.

Hawkins, Lois E. 1982. "Joint Custody in Louisiana." *Louisiana Law Review* 43(1): 85–118.

Kurki-Suonio, Kirsti. 2000. "Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective." *International Journal of Law, Policy and the Family* 14(3): 183–205. https://doi.org/10.1093/lawfam/14.3.183

Lapsatis, Nicole. 2012. "In the Best Interests of No One: How New York's Best Interests of the Child Violates Parents' Fundamental Right to the Care, Custody, and Control of Their Children." *St. John's Law Review* 86(2 & 3): 673–714.

Mason, Mary A. Ann Quirk. 1997. "Are Mothers Losing Custody – Read My Lips: Trends in Judicial Decision-making in Custody Disputes – 1920, 1960, 1990, and 1995." *Family Law Quarterly* 31(2): 215–236.

McCall, Shawn. 2019. "Bringing Specificity to Child Custody Provisions in California." *Golden Gate University Law Review* 49(2): 141–168.

Miller, David J. 1979. "Joint Custody." *Family Law Quarterly* 13(3): 345–412.

Mnookin. Robert. 2014. "Child Custody Revisited." *Law and Contemporary Problems* 77(1): 249–274.

Nielsen, Linda. 2015. "Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?" *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 28(1): 79–138.

Opie, Anne. 1993. "Ideologies of Joint Custody." *Family and Conciliation Courts Review* 31(3): 313–326. https://doi.org/10.1111/j.174-1617.1993.tb00307.x

Sanders, Molly. 2010. "Should Child Custody Awards Be Based on Past Caretaking: The Effect of the Approximation Standard Ten Years after Its Adoption." *Children's Legal Rights Journal* 30(3): 17–35.

Schrama, Wendy M. 2009. "Family Function over Family Form in the Law on Parentage. The Legal Position of Children Born in Informal Relationships." In *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*. Edited by Katharina Boele-Woelki. 123–144. Antwerp: Intersentia.

Scott, Elizabeth S. 1992. "Pluralism, Paternal Preference, and Child Custody." *Columbia Law School* 80: 615–672. https://doi.org/10.2307/3480710

Steinbach, Anja. Lara Augustijn. Gerrit Corkadi. 2020. "Joint Physical Custody and Adolescent's Life Satisfaction in 37 North American and European Countries." *Family Process*: 1–14. https://doi.org/10.1111/famp.12536

Sünderhauf, Hildegund. 2013. "Vorurteile gegen das Wechselmodell: Was stimmt, was nicht? – Argumente in der Rechtsprechung und Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung." *FamRB-Beratungspraxis. Aktuelle Praxisfragen* 9: 290–335.

Trout, Linda. 1984. "Missouri Joint Custody Law." *UMKC Law Review* 52(4): 625–640.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.13

*Olgierd Górecki**
https://orcid.org/0000-0001-6852-3092

AUTONOMIA I WOLNOŚĆ – KORELACJA POJĘĆ W DOKTRYNACH POLITYCZNO-PRAWNYCH

Streszczenie. Celem artykułu jest przedstawienie relacji znaczeniowych zachodzących pomiędzy pojęciem autonomii i wolności na gruncie doktryn polityczno-prawnych. Przeprowadzona analiza służy wykazaniu, że pojęcie autonomii ma węższe znaczenie, zawierające się w szerszej kategorii, jaką jest wolność. O ile pojęcie autonomii nie jest tożsame z negatywnym ujęciem wolności, sprowadzającym się do posiadania jak najszerszego spektrum alternatyw możliwego wyboru zachowania, to wyraża się ono w koncepcji wolności pozytywnej, czyli w zasadzie samodzielnego kierowania własnym postępowaniem. Obydwa pojęcia zostały badane wyłącznie w kontekście postrzegania ich jako atrybutu człowieka. Metodyka prowadzonej analizy opiera się głównie na koncepcjach Isaiaha Berlina, Geralda C. MacCalluma Jr. oraz Geralda Dworkina. W artykule poruszono także rozumienie pojęcia autonomii w wybranych wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Słowa kluczowe: autonomia, wolność, koncepcja wolności pozytywnej i negatywnej, doktryny polityczno-prawne

AUTONOMY AND FREEDOM – CORRELATION OF CONCEPTS IN POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

Abstract. The aim of the article is to present the relation of significance between the concepts of autonomy and freedom in the context of political and legal doctrines. The analysis carried out serves to demonstrate that the concept of autonomy has a narrower meaning, included in a broader category, which is freedom. While the concept of autonomy is not identical with the negative approach to freedom, which boils down to having the widest possible spectrum of alternatives to choose behavior, it is expressed in the concept of positive freedom, which basically means independent control of one's own behavior. Both concepts were examined only in the context of perceiving them as a human attribute. The methodology of the conducted analysis is based mainly on the concepts of Isaiah Berlin, Gerald C. MacCallum Jr. and Gerald Dworkin. The article also discusses the understanding of the concept of autonomy in selected judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: autonomy, freedom, concept of positive and negative freedom, political and legal doctrines

* Uniwersytet Łódzki, ogorecki@wpia.uni.lodz.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

> Chcę przede wszystkim być świadom siebie jako bytu, który myśli, chce, działa, ponosi odpowiedzialność za swoje wybory i potrafi wyjaśnić je nawiązaniem do swoich idei i celów. (Isaiah Berlin 2017, 228)

1. WPROWADZENIE

Problematyka prowadzonych przeze mnie badań zainspirowała mnie do przeprowadzenia komparatystycznej analizy dwóch wyjątkowo obszernych i zbliżonych znaczeniowo pojęć, jakimi są autonomia oraz wolność. W niniejszym artykule pragnę zatem udowodnić tezę głoszącą, że autonomia człowieka jest jednym ze składowych i niezbędnych elementów istoty wolności jednostki postrzeganej w możliwie szerokiej perspektywie. W celu właściwego uporządkowania wywodu wpierw poświęcę część uwagi na dookreślenie podstawowego rozumienia wymienionych terminów, aby móc później wskazać na to, jaki rodzaj zależności zachodzi pomiędzy ich merytoryczną treścią. Przeprowadzona analiza będzie służyła wskazaniu, że pojęcie autonomii wydaje się mieć węższe znaczenie, zawierające się w szerszej kategorii, jaką jest wolność. Pragnę jasno zaznaczyć, że do obydwu pojęć będę odnosił się wyłącznie w kontekście postrzegania ich jako atrybutu człowieka, jednocześnie pomijając takie znaczenia, które występują chociażby w prawie międzynarodowym i przykładowo dotyczą autonomii jakiegoś regionu lub mniejszości narodowej (Branka 2018, 5–17), czy też które wiązałyby się ze ściśle określoną płaszczyzną ludzkiej aktywności, jak np. wolność polityczna, ekonomiczna, słowa, wyznania czy zrzeszania się. W konkluzjach nawiążę jeszcze skrótowo do rozumienia pojęcia autonomii w wybranych wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

2. POJĘCIE AUTONOMII

Autonomia w najszerszym rozumieniu utożsamiana jest z niezawisłością ludzkiej woli lub sumienia od czynników wpływających na człowieka z zewnątrz, niezależnie od tego, czy mają one charakter metafizyczny (teonomia), czy też pochodzą od organów władzy lub innego autorytetu (Piper 2016, 768). Oznacza to, że pod pojęciem autonomii kryje się bycie zależnym wyłącznie od siebie samego, co jest pokrewne założeniom libertarianizmu metafizycznego i jednocześnie stanowi przeciwieństwo heteronomiczności (Kaczmarczyk 2019, 47–48). Z punktu widzenia filozoficznego pojęcie autonomii utożsamia się również jako zdolność podmiotu moralnego do ustanawiania własnych reguł postępowania – co jest najbliższe etymologicznemu znaczeniu tego słowa, *autos* oznacza bowiem sam,

zaś *nomos* to reguła lub prawo (Błachut 2003, 42; Blicharz 2011, 11). Z tego względu badany termin bywa czasem utożsamiany nie tylko z wolnością, lecz także z problematyką wolnej woli, racjonalności oraz suwerenności, do których jednak nie będę się odnosił w niniejszym wywodzie.

W starożytnej Grecji pojęcie autonomii odnosiło się w szczególności do kontekstu wolności politycznej. Niezależność obywatela *polis* wiązała się nie tylko z kwestią samowystarczalności wspólnoty, do której przynależał, lecz również z niepodleganiem żadnemu tyranowi, ponieważ to właśnie tyrania stanowiła biegunowe przeciwieństwo koncepcji wolności w ujęciu republikańskim. W takim ujęciu miała zatem charakter przymiotu kolektywnego (Swaine 2016, 225). Warto przywołać również poglądy prezentowane przez stoików, którzy głosili, że odrzucenie dóbr pozornych połączone z ograniczeniem potrzeb cielesnych pozwala człowiekowi osiągnąć stan samowystarczalności sprowadzający się do całkowitej niezależności od nikogo i niczego. Stan taki, tożsamy ze szczęściem, określali mianem *autarkii* od gr. *autarkeia* (May 1994, 134). Stanowi on urzeczywistnienie prawdziwej wolności wewnętrznej, będącej jednocześnie osiągnięciem przez jednostkę pełni swojej autonomii.

Analizowane pojęcie odgrywało również fundamentalną rolę w teorii etycznej Immanuela Kanta. Autonomia oznaczała dla niego właściwość woli polegającą na tym, że owa wola sama dla siebie jest prawem (Kant 2001, 100). Stąd też, istnienie autonomii stanowi warunek konieczny do możliwości przypisania człowiekowi moralnego sprawstwa (Schneewind 1998, 3). Oznacza ona bowiem zdolność rozpoznawania przez jednostkę moralnej słuszności podejmowanych czynów (Darwall 2006, 281). Jest więc tożsama z możliwością wyboru takiego działania, które jest zgodne z obiektywnymi i powszechnie obowiązującymi regułami postępowania, sankcjonowanymi przez sam rozum. Powyższe ujęcie koncepcji autonomii nie neguje istnienia uwarunkowań natury zewnętrznej, lecz sprawia, że moralność ma charakter pierwotny wobec wiary oraz opartej na niej etyki. Innymi słowy, Kantowska koncepcja autonomii uniezależnia ludzkie sumienie od determinującego go wpływu czynników empirycznych, mających charakter zewnętrznej przyczynowości. Z powyższego wynika, że autonomia ludzkiej woli jawi się jako najwyższa zasada moralna, przyjmująca brzmienie: „(…) nie należy wybierać inaczej, jak tylko tak, żeby maksymy własnego wyboru były zarazem w tej samej woli zawarte jako ogólne prawo" (Kant 2001, 91). Z tego względu, w ujęciu Kanta, człowiek jest podmiotem racjonalnym, którego rozum jest wolny od emocjonalnych wpływów, dzięki czemu może samodzielnie i suwerennie przyjmować wybrane maksymy za podstawę podejmowania etycznych działań (Makowski 2006, 62). Z tego natomiast wynika, że autonomia jest podstawą godności zarówno natury ludzkiej, jak i każdej natury rozumnej (Kant 2001, 84).

Na przywołanie zasługuje również intelektualne dziedzictwo pozostawione przez licznych XIX-wiecznych liberałów, dla których istota wolności człowieka nie tylko wiązała się z postulatem anty-paternalistycznego ograniczenia publicznej

aktywności państwa, ale oparta była na aksjomacie samorealizującej się – a przeto właśnie – autonomicznej jednostki (Rau 2000, 12). Taki przekaz uzasadniony różnorodną argumentacją odkrywamy m.in. w dziełach Wilhelma von Humboldta (Chmieliński 2004), Johna Stuarta Milla (Urbańczyk 2019) czy Herberta Spencera (Górecki 2013). Bez autonomii nie ma możliwości samodoskonalenia, osiągnięcia szczęścia utylitarnego czy rozwoju wpisującego się w zasady naturalnego ewolucjonizmu.

Współcześni przedstawiciele filozofii politycznej różnorodnie odnosili się do zagadnienia autonomii człowieka. John Rawls rozróżnił pojęcia racjonalnej i pełnej autonomii. Wskazał, że pojęcie „pełnej autonomii" stanowi pewnego rodzaju ideał moralny stanowiący część szerszego ideału dobrze zorganizowanego społeczeństwa. Natomiast terminem „racjonalnej autonomii" posłużył się w celu powiązania koncepcji osoby z określonymi zasadami sprawiedliwości. W takim ujęciu racjonalne rozważania mogą być postrzegane jako aspekt ideału „pełnej autonomii" (Rawls 1980, 533–534). Dlatego Rawls, prezentując swoją koncepcję zasłony niewiedzy, twierdził, że jednostki charakteryzują się „racjonalną autonomią", co pozwala im tworzyć, rewidować i racjonalnie poszukiwać własnej koncepcji dobra. Jak napisał: „Rozpatrywane w świetle teorii umowy społecznej, pojęcia autonomii i obiektywności są zgodne: nie ma sprzeczności między wolnością a rozumem. (…) działanie autonomiczne jest działaniem na podstawie zasad, na które zgodzilibyśmy się jako wolne i równe istoty racjonalne, i które powinniśmy w taki właśnie sposób rozumieć" (Rawls 2009, 727; Rupniewski 2015, 44–51).

Inaczej odniósł się do omawianego zagadnienia Joseph Raz, który analizując problematykę zasadności przymusu państwowego, stwierdził, że przymiot autonomiczności człowieka można stopniować. Znaczący poziom autonomii pozwala na kształtowanie swojego życia i decydowanie o jego przebiegu, czego przejawem jest możliwość kreowania własnego świata moralnego (Raz 1986, 154). Realnie dokonywane wybory przez człowieka są przeprowadzane jednak pod wpływem zarówno pewnych determinizmów o charakterze naturalnym, jak i społecznym, czyli podyktowane są zindywidualizowaną perspektywą preferencji decydenta. Oznacza to, że nie ma możliwości istnienia człowieka cieszącego się całkowitą autonomią. Dlatego zdaniem Raza „Autonomia jest możliwa tylko w ramach ograniczeń" (Raz 1986, 155).

Na szczególną uwagę zasługuje także definicja autonomii sformułowana przez jednego ze współcześnie najwybitniejszych badaczy tegoż pojęcia – Geralda Dworkina, który stwierdził, że: „autonomia to zdolność drugiego rzędu, przysługująca osobie, która potrafi zdobyć się na krytyczną refleksję dotyczącą jej preferencji, pragnień, życzeń pierwszego rzędu itd., a ponadto potrafi je akceptować lub starać się zmienić w świetle preferencji wyższego rzędu" (Dworkin 2002, 465). Wykorzystując taką zdolność, określamy naszą naturę, nadajemy sens i spójność naszemu życiu oraz bierzemy odpowiedzialność za to, kim

jesteśmy (Dworkin 1988, 108). W takim ujęciu autonomia to umiejętność refleksyjnego podejmowania decyzji kształtujących własne życie i odpowiedzialność za określenie natury moralnych uzasadnień, która stanowi podstawę tychże decyzji (Dworkin 1988, 48). Jak ujął to Dworkin: „(…) autonomia = autentyczność + niezależność. Osoba autonomiczna to taka, która robi swoje. Potrzebujemy więc scharakteryzować, co to znaczy, że motywacja jest jego, oraz co to znaczy, że jest jego własną" (Dworkin 1976, 24). W powyższym sformułowaniu należy zwrócić uwagę na kwestię, że istotą autonomii jest nie tylko samodzielność podejmowanych decyzji, lecz również autorstwo preferencji, na których wybór został dokonany.

Zagadnienie autonomii człowieka jest powiązane także ze współczesnym zjawiskiem kryzysu tożsamości, który dotyczy zarówno samych jednostek, jak i społecznej świadomości zbiorowej. W wyniku nieustannego przyspieszania procesów modernizacji oraz postępu nowoczesności można zaobserwować gruntowną zmianę sposobu uzyskiwania własnej samoidentyfikacji człowieka i jego przynależności do wspólnoty. W takim ujęciu autonomiczność wiąże się z autokreacją tożsamości człowieka (Korzeniewski 2006, 182–185). Jest ona pochodną procesu indywidualizacji życia jednostek związanego z transformacją społeczeństw stanowych i agrarnych (charakteryzujących się kolektywizmem), w stronę wspólnot wykorzystujących potencjał ekonomiczny procesów wolnorynkowych, dla których aktywność i samodzielność podmiotów jest jednym z podstawowych warunków odniesienia sukcesu (Mędrzecki 2011, 83–84).

Przyjmując powyższą perspektywę, jednostkę autonomiczną można scharakteryzować kilkoma cechami. Po pierwsze jest zdolna do samodzielnego kształtowania środowiska, w jakim żyje, co oznacza, iż jest ona niezależna od czynników zewnętrznych, które mogłyby wpływać na jej życie. W literaturze przedmiotu można spotkać się ze stanowiskiem, że tak postrzegana autonomia jest skutkiem depotencjalizacji Boga. Metaforycznie rzecz ujmując, oznacza to, że człowiek zajął miejsce Boga, jako źródło kreacji świata, postrzeganego już nie jako naturalne środowisko niezależne od ludzi, lecz jako wynik przekształceń dokonywanych przez człowieka. W takim ujęciu świat przestaje mieć charakter naturalny, lecz jest coraz bardziej wypełniony ludzkimi artefaktami (Korzeniewski 2006, 218). Z tego względu autonomia może być ujmowana jako element zjawiska emancypacji człowieka, połączony z dążeniem do osiągnięcia niepowtarzalności i wyrażający się w procesach indywidualizacji. Takie rozumienie autonomii charakterystyczne jest dla współczesnego człowieka, który uwolniony od licznych form zewnętrznego przymusu – z jakimi musieli sobie radzić jego przodkowie – cieszy się szerokim spektrum wolności osobistej (Lorenc 2017, 52).

3. POJĘCIE WOLNOŚCI

Ze względu na ograniczenia natury redakcyjnej przywołam jedynie dwie koncepcje wolności – Isaiaha Berlina oraz Geralda MacCalluma, które posłużą w dalszej części wywodu do ukazania relacji zachodzących pomiędzy badanymi terminami. Berlin dokonał rozróżnienia wolności na dwa różne pojęcia – wolności negatywnej i pozytywnej. W odniesieniu do wolności negatywnej pierwotnie stwierdził, że odpowiada ona na pytanie: „Jaki jest obszar, w którym podmiot – osoba lub grupa osób – ma lub powinien mieć swobodę czynienia lub bycia, tak jak jest zdolny czynić lub być, bez ingerencji innych osób (…) Wolność polityczna w tym sensie to po prostu obszar, w którym człowiek może działać bez przeszkód ze stronny innych" (Berlin 2017, 218). Z upływem czasu Berlin nieznacznie zmodyfikował swój pogląd, uściślając, że typowe ujęcie wolności negatywnej odnosi się do braku przeszkód w spełnianiu ludzkich pragnień. Takie rozumowanie mogłoby jednak prowadzić do swoistej interpretacji, według której rezygnacja z ludzkich życzeń służy realizacji idei wolności. Takowe odczytane znaczenie pojęcia wolności jest bliskie stoickiej koncepcji wolności wewnętrznej (Gajda-Krynicka 2019, 81), lecz jednocześnie koliduje z przyjętą przez Berlina percepcją wolności negatywnej, która ma dla niego praktyczniejszy wymiar, niezwiązany z brakiem istnienia wewnętrznych frustracji, ale wyłącznie z brakiem przeszkód („wolność od czegoś") przy dokonywaniu wyborów oraz podejmowaniu działań.

Druga wprowadzona przez Berlina koncepcja wolności określana jest mianem pozytywnej i dotyczy „wolność człowieka do czegoś". Jak napisał:

> „Pozytywny" sens słowa «wolność» bierze się z życzenia jednostki do bycia panem siebie. Chcę, by moje życie i decyzje zależały ode mnie, nie od zewnętrznych sił jakiegokolwiek rodzaju. Chcę być narzędziem własnych, a nie cudzych aktów woli. Chcę być podmiotem, a nie przedmiotem, poruszać się mocą własnych racji, świadomych celów, a nie pod wpływem przyczyn oddziaływujących na mnie niejako z zewnątrz. Chcę być kimś, a nie nikim, człowiekiem czynu – kimś kto decyduje, a nie kimś, za kogo się decyduje – chcę sam kierować sobą, a nie być obiektem działania zewnętrznej przyrody lub innych ludzi, tak jakbym był rzeczą, zwierzęciem lub niewolnikiem niezdolnym do roli człowieka, to znaczy do formułowania własnych celów i poczynań oraz do urzeczywistniania ich. (Berlin 2017, 228)

Jednostka postrzegana z takiej perspektywy jawi się zatem jako samoświadoma istota rozumna, podejmująca autonomiczne decyzje, w oparciu o wyznawane przez siebie wartości. To człowiek, który sam sobie stawia cele do realizacji, jak i samodzielnie ponosi konsekwencje podjętych działań.

W celu głębszego zrozumienia pojęcia wolności pozytywnej oksfordzki profesor wprowadził rozróżnienie ludzkiej jaźni (w org. *self*) na „wyższą" oraz „niższą" (Berlin 2017, 229). Pierwszą z wymienionych identyfikował z wyższą naturą człowieka, której wyrazem jest rozum, realność, autonomiczność oraz umiejętność planowania przyszłych działań. Natomiast jaźń niższą utożsamiał z irracjonalnymi odruchami oraz natychmiastowym zaspakajaniem niekontrolowanych

pragnień i namiętności. Wynika z tego logiczny wniosek, że jedynie surowa dyscyplina niższej natury może dać jednostce możliwość wzniesienia się na poziom wyższej – prawdziwej jego natury. Innymi słowy, żeby móc być w pełni panem samego siebie, musi wpierw wyzwolić się z targających nim namiętności, co określane jest także mianem wyzwolenia przez rozum (Berlin 2017, 241)[1].

Do najbardziej wpływowych koncepcji wolności należy zaliczyć także formułę autorstwa Geralda MacCalluma, która, zainspirowana m.in. przywołaną teorią Berlina, miała obejmować swoim zakresem wszystkie możliwe twierdzenia – zarówno o charakterze wolności negatywnej, jak i pozytywnej. MacCallum zdefiniował wolność jako relację trójczłonową: „wolność X od Y do Z. W przywołanym wzorze X oznacza podmioty, Y odnosi się do wszelkich ograniczeń wolności, zaś Z jest tożsame z działaniami, cechami charakteru, jak i występującymi okolicznościami" (MacCallum 1967, 314). Z powyższego wynika, że wolność to możliwość samodzielnego decydowania o sobie, która w każdym przypadku przybiera formę opisanego powyżej modelu logicznego. Po pierwsze, wolność jest cechą jakiegoś podmiotu (lub podmiotów). Po drugie, zawsze jest wolnością od jakichś zewnętrznych ograniczeń i ingerencji ze strony innych ludzi oraz władzy, które zabraniają lub zmuszają do określonego zachowania, czy też zakazują lub nakazują stać się kimś konkretnym. Po trzecie, wolność jest także realną możliwością podejmowania samodzielnie określonych wyborów i działań. Takie rozumowanie doprowadziło MacCalluma do wniosku, że pojęcie wolności może być wyłącznie zrozumiałe, kiedy połączy się je z konkretnym podmiotem, wskazując jednocześnie na czynniki, które go ograniczają, oraz cele, które pragnie osiągnąć.

4. KORELACJA POJĘCIA AUTONOMII Z POJĘCIEM WOLNOŚCI

Wspólnym elementem przywołanych koncepcji autonomii jest samostanowienie człowieka mające wyraz w podejmowanych przez niego wyborach i działaniach. Jak widać z przeprowadzonego wywodu, takie ujęcie jest merytorycznie zbieżne z koncepcją wolności pozytywnej Berlina. Jeżeli dodatkowo dokonamy zestawienia definicji autonomii Dworkina z koncepcją jaźni wyższej Berlina, to okaże się, że obie teorie wzajemnie się uzupełniają i uzasadniają[2]. Autonomiczny człowiek Dworkina potrafi bowiem krytycznie ocenić swoje preferencje i pragnienia, co oznacza, że kierując się Berlinowską jaźnią wyższą potrafi skutecznie okiełznać wszelkie niższe impulsy, mające źródło w jaźni niższej. W takim ujęciu

[1] W prowadzonym wywodzie umyślnie pomijam kontekst znaczeniowy jaźni wyższej i niższej, którą posłużył się Berlin, w celu wskazania na niebezpieczeństwo despotycznego ograniczania jednostki w państwie.

[2] Błachut, dokonując podobnego spostrzeżenia podczas porównywania teorii Berlina i Dworkina, napisał: „Wydaje się, że między pojęciem wolności pozytywnej a pojęciem autonomii istnieje związek analityczny" (Błachut 2003, 45, przyp. 19).

samokontrola jest wymogiem koniecznym gwarantującym człowiekowi możliwość racjonalnego i autonomicznego działania.

Dla głębszego zrozumienia badanej problematyki posłużmy się hipotetycznym przykładem, dotyczącym przestępcy odbywającego w zakładzie zamkniętym wyrok pozbawienia wolności. Czy o takim człowieku, który pod wpływem wielopłaszczyznowego procesu resocjalizacji uzyskał pełnię świadomości popełnionych przez siebie czynów i stał się człowiekiem racjonalnym oraz refleksyjnym, można rzec, że cieszy się on autonomią oraz wolnością? Otóż, o ile zgodzić się można na przyznanie mu przymiotu istoty autonomicznej oraz w kontekście wolności wewnętrznej można przypisać mu pewien zakres wolności pozytywnej, to z całą pewnością dalej przebywa on fizycznie za murami ośrodka penitencjarnego, co jednoznacznie oznacza, że nie jest osobą wolną ani empirycznie, ani normatywnie. Dlatego uważam, że ze względu na różnorodność ujęć pojęcia wolności najprecyzyjniejszym narzędziem badawczym jest trójelementowa koncepcja MacCalluma, ponieważ nie sprowadza się ona do budowania wyabstrahowanego i uniwersalnego modelu człowieka, lecz wiąże się z przeprowadzeniem analizy konkretnego przypadku w określonych warunkach[3]. Stosując model MacCalluma, wpierw powinno się scharakteryzować podmiot wolności, co pozwoli określić jego prawdziwą tożsamość (*true identity*). Posiadając taką wiedzę, można następnie poddać analizie czynniki ograniczające jego wolność negatywną (takie jak przeszkody i bariery – *obstacle and barier*) oraz takie, które wpływają na zakres wolności pozytywnej (ograniczenia i ingerencje – *restiction and interference*), (MacCallum 1967, 314). Dopiero, kiedy ustali się, od czego człowiek jest wolny, przy jednoczesnym rozpoznaniu do uczynienia czego – lub stania się kim – dysponuje swobodą, wówczas można oszacować wartość ludzkiego szczęścia wynikającą z doświadczania wolności, czegokolwiek by ona nie dotyczyła. Kontekst relacji zachodzących pomiędzy pojęciem szczęścia i autonomii nie stanowi jednak istoty prowadzonych rozważań (szerzej: Haworth 1984, 5–19).

Analizując relacje znaczeniowe zachodzące pomiędzy pojęciem autonomii i wolności, należy przywołać również stanowisko samego Dworkina, który również pokusił się o porównanie obydwu badanych pojęć i wyraził pogląd, że: „Autonomia jest bogatszym pojęciem niż wolność, którą pojmuje się albo jako zwykły brak ingerencji, albo jako obecność alternatyw. Wiąże się to z ideą bycia podmiotem, bycia kimś więcej niż tylko biernym obserwatorem własnych pragnień i uczuć" (Dworkin 1988, 107). Trzeba jednak zwrócić uwagę, że znaczenie terminu wolności, którym posłużył się, jest tożsame wyłącznie z Berlinowską wolnością negatywną, zaś zaproponowane jej podmiotowe rozumienie zawiera

[3] Trójczłonowa koncepcja wolności MacCalluma stanowi uniwersalne narzędzie, którym można poddać badaniu określone pojęcie wolności, zarówno o charakterze normatywnym, jak i teoretyczno-prawnym; por. Górecki (2016, 117–140; 2022, 105–122).

się merytorycznie w koncepcji wolności pozytywnej[4]. Wynika z tego, że przyjęte w niniejszym artykule rozumowanie jest zgodne ze stanowiskiem Dworkina. Rozwijając swój wywód, Dworkin odwołał się do znanego z klasycznej mitologii przypadku Odyseusza, który to podczas swojej morskiej podróży świadom był niebezpieczeństwa wpływu śpiewu syren na załogę statku, co mogło grozić rozbiciem okrętu o skały i dlatego nakazał wszystkim marynarzom zakleić uszy woskiem. Sam Odyseusz był jednak bardzo ciekawy brzemienia syreniego śpiewu, zatem wydał rozkaz, aby przywiązać go do masztu statku oraz aby nie wykonywać jego późniejszych poleceń, kiedy to będzie już znajdować się pod wpływem mitologicznych istot. Zdaniem Dworkina, bohater Odysei był jednocześnie świadomy zarówno własnych preferencji, jak i niebezpieczeństwa wpływu obcych pragnień na własną wolę. Dlatego ograniczenia wolności zastosowane wobec greckiego króla Itaki, które były uczynione zgodnie z jego życzeniem, jawią się zatem jako promowanie jego autonomii (Dworkin 1988, 106).

Do oceny zakresu wolności i autonomii Odyseusza posłużmy się trójczłonowym modelem wolności MacCalluma, zwracając uwagę na to, że mamy do czynienia z sytuacją dynamiczną, składającą się z dwóch etapów. Wpierw Odyseusz, mając świadomość istnienia niebezpieczeństw związanych z konfrontacją z syrenami, podjął decyzje mające na celu ochronę załogi statku przy jednoczesnym zaspokojeniu własnej ciekawości, jak brzmi śpiew morskich potworów (podmiot X). Zamierzał więc pozostać wolny od czynników, które mogą wpłynąć na podejmowane przez niego decyzje (wolność od Y), przy jednoczesnym zachowaniu wolności do doświadczenia śpiewu syren (wolność do Z). Wyrazem autonomii bohatera jest świadomy wybór określonego zachowania zgodny z własnymi preferencjami. Drugi etap ma miejsce już podczas konfrontacji z mitologicznymi istotami morskimi. Wówczas Odyseusz (podmiot X), przywiązany do masztu statku, pozbawiony jest wprawdzie swobody ruchów (brak wolności od Y), może jednak cieszyć się doświadczaniem śpiewu syren, co stanowiło jedną z bezpośrednich motywacji, podjętych wcześniej decyzji (wolność do Z). Czyni to zadość definicji autonomii człowieka Dworkina przy jednoczesnym posłużeniu się aparatem pojęciowym Berlina, zastosowanym w ramach koncepcji MacCalluma.

5. KONKLUZJE

Na podstawie przeprowadzonego wywodu i przywołanych koncepcji teoretycznych pragnę stwierdzić, że autonomia jednostki jest jednym ze składowych i niezbędnych elementów istoty wolności człowieka postrzeganej w możliwie

[4] Na potwierdzenie tego stanowiska przywołam jeszcze fakt, że sam Dworkin w kolejnych zdaniach przytoczył cytat Berlina definiujący właśnie wolność pozytywną; Dworkin (1988, 107).

szerokiej perspektywie. O ile nie jest ona wprost tożsama z negatywnym ujęciem wolności, sprowadzającym się do posiadania jak najszerszego spektrum alternatyw możliwego wyboru zachowania, to wyraża się w koncepcji wolności postrzeganej pozytywnie, czyli w zasadzie samodzielnego kierowania własnym postępowaniem. Wzajemne znaczeniowe uzupełnianie się obydwu pojęć nie oznacza jednak, że są one wobec siebie synonimami. Można być bowiem wolnym człowiekiem, pozbawionym autonomiczności, jak i również fizycznie zniewoloną osobą, której rozum zachował jednak pełnię samodzielności dokonywanych wyborów.

Na zakończenie pragnę jeszcze dodać, że prezentowane przeze mnie stanowisko znajduje swoje normatywne odzwierciedlenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który zdefiniował pojęcie autonomiczności jako „możliwość prowadzenia własnego życia zgodnie z własną wolą i z własnym wyborem" (Mana-Walasek 2016, 464). Europejski Trybunał Praw Człowieka w uzasadnieniach wyroków w sprawach: *Pretty v. Wielka Brytania* (wyr. z 29.04.2002 r., 2346/02, HUDOC), *I. v. Wielka Brytania* (wyr. z 1.07.2002 r., 25680/94, HUDOC), *Gillan i Quinton v. Wielka Brytania* (wyr. z 12.01.2010 r., 4158/05, HUDOC) oraz *Evans v. Wielka Brytania* (wyr. z 10.04.2007 r., 6339/05, HUDOC) stwierdził, że poszanowanie autonomii jednostki jest równie ważne, jak poszanowanie jej godności. Trybunał wskazał na podobieństwo cech wolności pozytywnej z pojęciem autonomii jednostki, argumentując, że oba te pojęcia dotyczą podejmowania przez człowieka decyzji wpływających na jakość jego życia (Mana-Walasek 2016, 470–471). Na marginesie można dodać, że orzecznictwo ETPC w odniesieniu do kwestii autonomii jednostki nie jest jednorodne i sprowadza się do uznania jej albo za wartość samoistną leżącą u podstaw praw człowieka, albo za swoiste prawo podmiotowe (Mana-Walasek 2016, 476). W obydwu przypadkach stanowi ona jednak kluczowy element wolności jednostki. Czy jednak zawsze pojęcie autonomii będzie wiązać się z Kantowsko rozumianą istotą rozumną dokonującą świadomych wyborów? Problem ten uwidacznia się na przykładzie tzw. prawa do niewiedzy w kontekście medycznym lub odmowy przyjęcia określonego leczenia, co może prowadzić do zgonu pacjenta. Przykładem jest wyrok ETPC w sprawie *Świadkowie Jehowy w Moskwie i inni v. Rosja*, w uzasadnieniu którego Trybunał wskazał, że wybór alternatywnej formy leczenia dokonany z uwagi na wyznawane przekonania religijne jest w rzeczywistości istotą samostanowienia i autonomii osobistej człowieka (wyr. z 6.10.2010 r., *Świadkowie Jehowy w Moskwie i inni v. Russia*, 302/02, HUDOC)[5]. W takim ujęciu autonomia oznacza wolność

[5] Na uwagę zasługuje treść dwóch akapitów zwartych w uzasadnieniu wyroku: akapit 135: „The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees"; akapit 136: „The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy".

dokonywania wyborów zgodnych z własnymi poglądami niezależnie od tego, czy są one podzielane przez innych ludzi, czy wręcz mogą wydawać się im irracjonalne (Dryla 2012, 19–36).

BIBLIOGRAFIA

Berlin, Isaiah. 2017. *Wolność.* Warszawa: Wydawnictwo Aletheia.

Blicharz, Jolanta. 2011. „Dyskusje na temat znaczenia autonomii. Jednostki (osoby) jako wartości aksjologicznej". *Przegląd Prawa i Administracji* 87: 11–19.

Błachut, Michał. 2003. „Autonomia podmiotu a neutralność moralna prawa". W *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa*. Red. Joanna Helios. 41–58. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.

Branka, Tomasz. 2018. „Treść i zakres pojęcia «autonomia». Wyzwania definicyjne". *Acta Politica Polonica* 3(45): 5–17. https://doi.org/10.18276/ap.2018.45-01

Chmieliński, Maciej. 2004. *Atomizm a indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

Darwall, Stephen. 2006. „The Value of Autonomy and Autonomy of the Will". *Ethics* 116(2): 263–284. https://doi.org/10.1086/498461

Dryla, Olga. 2012. „Prawo do niewiedzy a autonomia". *Diametros* 32: 19–36.

Dworkin, Gerald. 1976. „Autonomy and Behavior Control". *The Hastings Center Report* 6(1): 23–28. https://doi.org/10.2307/3560358

Dworkin, Gerald. 1988. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511625206

Dworkin, Gerald. 2002. „Autonomia". W *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej.* Red. Robert E. Goodin, Philip Pettit. 463–471. Warszawa: Wydawnictwo „Książka i Wiedza".

Gajda-Krynicka, Janina. 2019. „Paradoks wolności w filozofii stoickiej". W *Wolność człowieka i jej granice. Antologia pojęcia w doktrynach polityczno-prawnych. Od Starożytności do Monteskiusza*. Red. Olgierd Górecki. 67–98. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. https://doi.org/10.18778/8142-180-5.04

Górecki, Olgierd. 2013. *Obrona państwa ograniczonego. Polityczno-prawna doktryna Herberta Spencera*. Kraków: Wydawnictwo Akademicka.

Górecki, Olgierd. 2016. „Wolność człowieka – doktrynalna analiza pojęcia normatywnego zawartego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.". W *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Polskie i zagraniczne rozwiązania ustrojowe*. Red. Krzysztof Skotnicki, Konrad Składowski, Anna Michalak. 117–140. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. https://doi.org/10.18778/7969-841-7.11

Górecki, Olgierd. 2022. „Freedom According to the Views of Aristotle of Stagira: Analysis of Its Doctrinal Category Using Gerald MacCallum's Extended Formula of Freedom". *Studia Iuridica Lublinensia* 31(3): 105–122. https://doi.org/10.17951/sil.2022.31.3.105-122

Haworth, Lawrence. 1984. „Autonomy and Utility". *Ethics* 95(1): 5–19. https://doi.org/10.1086/292594

Kaczmarczyk, Michał Roch. 2019. *Aporia wolności*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

Kant, Immanuel. 2001. *Uzasadnienie metafizyki moralności*. Kęty: Wydawnictwo Antyk.

Korzeniewski, Bartosz. 2006. *Polityczne rytuały pokuty w perspektywie zagadnienia autonomii jednostki*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Lorenc, Włodzimierz. 2017. „Autonomia ludzkiego istnienia a autonomia filozofii". W *Przestrzenie autonomii – sztuka, filozofia, kultura*. Red. Teresa Pękala. 39–54. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.

MacCallum, Gerald C. Jr. 1967. „Negative and Positive Freedom". *Philosophical Review* 76(3): 312–334. https://doi.org/10.2307/2183622

Makowski, Piotr. 2006. „Autonomia w etyce I. Kanta (próba interpretacji historycznej)". *Diametros* 10: 34–64.

Mana-Walasek, Sabrina. 2016. „Korelacja autonomii jednostki z wolnością w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka". *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 15(2): 461–478.

May, Thomas. 1994. „The Concept of Autonomy". *American Philosophical Quarterly* 31(2): 133–144.

Mędrzecki, Włodzimierz. 2011. „Jednostka – społeczeństwo – państwo w XX wieku". W *Autonomia jednostki w Europie i w Polsce od XVII do XX wieku.* Red. Włodzimierz Mędrzecki. 83–102. Warszawa: Instytut Historii PAN.

Piper, Mark. 2016. „Achieving Autonomy". *Social Theory and Practice* 42(4): 767–792. https://doi.org/10.5840/ soctheorpract201642427

Rau, Zbigniew. 2000. *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX i XX w.* Warszawa: Aletheia.

Rawls, John. 1980. „Kantian Constructivism in Moral Theory". *The Journal of Philosophy* 77(9): 515–572. https://doi.org/10.2307/2025790

Rawls, John. 2009. *Teoria sprawiedliwości*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Raz, Joseph. 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

Rupniewski, Michał. 2015. *Prawo jako narzędzie sprawiedliwej kooperacji w społeczeństwie demokratycznym. Filozofia polityczna Johna Rawlsa z perspektywy prawniczej*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. https://doi.org/10.18778/7969-566-9

Schneewind, Jerome Borges. 1998. *The Invention of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Swaine, Lucas. 2016. „The Origins of Autonomy". *History of Political Thought* 37(2): 216–237.

Urbańczyk, Michał. 2019. „Powinności wolności. John Stuart Mill i jego koncepcja wolności społecznej/obywatelskiej". W *Wolność człowieka i jej granice. Antologia pojęcia w doktrynach polityczno-prawnych. Od Nietzschego do współczesności.* Red. Olgierd Górecki. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. https://doi.org/10.18778/8142-186-7.16

Orzecznictwo

Wyrok ETPC z 29.04.2002 r., *Pretty v. Wielka Brytania*, 2346/02, HUDOC.

Wyrok ETPC z 1.07.2002 r., *I. v. Wielka Brytania*, 25680/94, HUDOC.

Wyrok ETPC z 10.04.2007 r., *Evans v. Wielka Brytania*, 6339/05, HUDOC.

Wyrok ETPC z 12.01.2010 r., *Gillan i Quinton v. Wielka Brytania*, 4158/05, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6.10.2010 r., *Świadkowie Jehowy w Moskwie i inni v. Russia*, 302/02, HUDOC.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.14

*Ewa Milczarek**

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

WARUNKI ZASTOSOWANIA PAKIETÓW ZERO-RATING W ŚWIETLE ZASADY NEUTRALNOŚCI SIECI

Streszczenie. Przedmiotem artykułu jest analiza wpływu pakietów zero-rating na zasadę neutralności sieci. Problematyka ta ma istotne znaczenie dla rynku usług telekomunikacyjnych i internetowych w UE. Efektem badań jest określenie: czy i na jakich warunkach dostawcy usług łączności mogą stosować pakiety zero-rating. Wykorzystując studium przypadku oparte na orzecznictwie TSUE, autorka rozważa relację istoty neutralności sieci i jej rolę w europejskim dziedzictwie aksjologicznym.

Słowa kluczowe: neutralność sieci, otwarty Internet, usługi telekomunikacyjne, Internet, zero-rating, prawo Unii Europejskiej

CONDITIONS FOR THE USE OF ZERO-RATING PACKAGES IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF NET NEUTRALITY

Abstract. The subject of the article is an analysis of the impact of zero-rating packages on the principle of net neutrality. This issue is of significant importance for the telecommunications and internet services market in the EU. The result of the research is to determine whether and under what conditions communication service providers can use zero-rating packages. Using a case study based on the case law of the European Court of Justice, the author considers the relationship between the essence of net neutrality and its role in the European axiological heritage.

Keywords: net neutrality, open Internet, telecommunications services, Internet, zero-rating, European Union law

1. WSTĘP

Rozwój sieci przez wiele lat odbywał się ze znikomą interwencją państwową, co doprowadziło do opanowania rynku Internetu przez kilku potentatów branży IT. Obecnie warstwa techniczna i treściowa sieci pozostaje pod ich kontrolą. Narzucają oni swoim użytkownikom politykę i regulaminy często oderwane od norm występujących w świecie off-line, tworząc tym samym swoisty system prawny.

* Uniwersytet Szczeciński, ewa.milczarek@usz.edu.pl

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

Unia Europejska, zarówno poprzez prawodawstwo, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), dąży do przełamania tej tendencji i zagwarantowania takich samych praw obywateli UE off-line, jak i on-line.

Internet posiada współcześnie szczególne znaczenie w sferze społecznej, politycznej i administracyjnej. Jako miejsce publiczne (Camp, Chien 2020, 13–19; post. SN z 17.04.2018 r., IV KK 296/17, OSP 2019/2/15) jego kluczowym elementem jest dostępność (Habermas 2007, 56). Realizowana jest ona m.in. przez postulat neutralności sieci, czyli zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do Internetu. W świetle powyższego na szczególną uwagę zasługuje wyrok TSUE z 15.09.2020 r. w sprawie *Telenor Magyarország Zrt. v. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke* (C-807/18 i C-39/19), który traktuje o pakietach zero--rating w kontekście zasady neutralności sieci.

Celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie badawcze – czy potencjalnie korzystne dla użytkowników oferty dostawców sieciowych, jakimi są zero-rating, pozostają w symbiozie z zasadą neutralności sieci, umożliwiając darmowy dostęp do określonych treści, czy jednak zachodzi między nimi swoisty konflikt, mający u podstaw odmienną ich aksjologię. Ze względu na popularność oferty zero-rating w Europie odpowiedź na to pytanie pozwoli określić, czy i na jakich warunkach dostawcy usług łączności mogą stosować tego typu oferty, co ma znaczący wpływ na rynek usług telekomunikacyjnych w UE.

Jednocześnie doprecyzować należy, że obszarem dla prowadzonych badań jest prawo europejskie, ze szczególnym uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej, co pozwoli poza ich zakresem pozostawić analizy dotyczące innych porządków prawnych. Podstawowymi metodami badawczymi, wykorzystanymi w pracy jest metoda indukcyjna ze szczególnym uwzględnieniem studium przypadku, oparta o orzecznictwo TSUE.

2. PROBLEMATYKA PAKIETÓW ZERO-RATING

Symplifikując, węgierska spółka Telenor, prowadząca działalność na rynku usług informacyjnych i telekomunikacyjnych, umożliwiała swoim klientom zakup ofert „MyChat" i „MyMusic". Obie opierały się na możliwości korzystania z określonych usług Internetowych, takich jak Facebook, Messenger, Instagram, Twitter, Viber, WhatsApp, Apple Music, Deezera, Spotify'a i Tidala, w ramach „zero-rating" – czyli korzystanie z nich nie było potrącane z ilości danych zawartych w zakupionym pakiecie oraz po wykorzystaniu pakietu były dalej dostępne dla użytkownika. Decyzją węgierskiego urzędu ds. komunikacji i mediów (Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság) uznano, że oferty pakietowe przewidywały środki zarządzania transmisją danych niezgodnie z obowiązkiem równego i niedyskryminującego traktowania, o którym mowa w art. 3 ust. 3 Rozporządzenia

Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25.11.2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenia (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (OJ L 310, 26.11.2015) (dalej rozporządzenie 2015/2120). Spółka zaskarżyła decyzje do sądu krajowego, a ten zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym o status wskazanych ofert do TSUE.

Pakiety zero-rating są powszechnie oferowane przez sieci komórkowe w Europie (Rewheel 2014). Z punktu widzenia konsumenta jest to oferta korzystna, pozwalająca na korzystanie z popularnych serwisów bezkosztowo. Umożliwia zatem swobodniejszy i tańszy dostęp do sieci, co szczególnie istotne jest dla najuboższej części społeczeństwa oraz w krajach rozwijających się. Wskazuje się również, że oferty takie stymulują konkurencję na rynku usług telekomunikacyjnych poprzez umożliwienie operatorom wyróżnienia się. Sprzyjają również rozwojowi serwisów internetowych o charakterze platform (Nałęcz 2016, 26; Peng, Preta 2015). Od dłuższego czasu jednak podnoszono negatywny wpływ tej praktyki na neutralność Internetu (BEREC 2016; De Filippi, Belli 2016, 1–39). Kluczowe zatem dla rozważań jest określenie istoty neutralności sieci i jej relacji z ofertami umożliwiającymi darmowy dostęp do określonych treści.

3. POJĘCIE ZASADY NEUTRALNOŚCI SIECI

Neutralność sieci (nazywana również otwartym Internetem) to postulat, który pojawił się już na początku istnienia Internetu[1] jako determinanta funkcjonowania i rozwoju globalnej sieci. Zgodnie z tą zasadą każdy rodzaj transferu danych w Internecie powinien być traktowany jednakowo. Zasada neutralności sieci w początkowej fazie rozwoju Internetu ograniczała się wyłącznie do postulatu niedyskryminacji – zakazu blokowania legalnych treści oraz ograniczania lub spowalniania treści. Obecnie obejmuje również ograniczenia dotyczące płatnego ustalania priorytetów dostępu do treści (Rosston 2018).

Sieć komputerowa składa się z warstwy transmisyjnej i warstwy treści przekazywanej za pośrednictwem tej pierwszej. Jakość warstwy transmisyjnej wpływa na możliwości przesyłu, a w konsekwencji dostępu do warstwy treści. W związku z tym przesył powinien być realizowany w sposób równy: niezależnie od zawartości, rodzaju aplikacji, usługi, wykorzystywanego urządzenia, adresu nadawcy czy odbiorcy (BEREC 2010). Celem jest zniwelowanie możliwości wpływu na dostęp

[1] Chociaż sama idea neutralności w obszarze telekomunikacyjnym sięga XIX w. i wyrażona została w Pacific Telegraph Act of 1860, „An Act to Facilitate Communication between the Atlantic and Pacific States by Electric Telegraph" Ch. 137, U.S. Stat., 36th Cong., 1st Sess. (June 16, 1860).

do treści dostawców usług internetowych (dalej również ISP). W efekcie czego ograniczona ma zostać możliwość oddziaływania internetowych gigantów na rynek, uniemożliwiając im faworyzowanie swoich usług i tym samym wykluczanie konkurencji (Piątek 2017, 16). Oddziałuje to również na prawa konsumentów, którzy poprzez nieuczciwe praktyki ISP pozbawiani są (lub jest to utrudnione) możliwości korzystania z dowolnych aplikacji i usług, a także dostępu do informacji. Popularnymi metodami ograniczania przepływu danych na łączach są dławienie, blokowanie czy uprzywilejowanie ruchu (BoR(12)132).

Znaczenie neutralności Internetu rośnie proporcjonalnie do wzrostu społeczno-gospodarczego wykorzystania usług i funkcji sieci. Obecnie Internet postrzegany jest jako dobro wspólne (Hofmokl 2009, 188–203). Rynek usług internetowych i telekomunikacyjnych odgrywa istotną rolę w gospodarce unijnej. Stanowi kluczowy element jednolitego rynku cyfrowego. Neutralność sieci tworzy indywidualne i możliwe do wyegzekwowania prawo dla użytkowników końcowych w UE do dostępu i rozpowszechniania wybranych przez nich treści i usług internetowych oraz umożliwia im udział w życiu gospodarczym, politycznym i społecznym on-line. Wyraz tej zasady w prawodawstwie unijnym znajdziemy w rozporządzeniu 2015/2120. Artykuł 3 ust. 3 tego rozporządzenia stanowi, że „dostawcy usług dostępu do Internetu w czasie świadczenia tych usług traktują wszystkie transmisje danych jednakowo, bez dyskryminacji, ograniczania czy ingerencji, bez względu na nadawcę i odbiorcę, konsultowane lub rozpowszechniane treści, wykorzystywane lub udostępniane aplikacje lub usługi, lub też na wykorzystywane urządzenia końcowe". Artykuł ten wskazuje zasadę ogólną, nie precyzuje jednak w sposób klarowny zakresu możliwych naruszeń zasady neutralności. Z jednej strony sytuacja ta jest pewnym utrudnieniem zarówno dla usługodawców, jak i organów nadzorczych w kwestii kwalifikacji poszczególnych działań ISP jako naruszających tą zasadę. Jednak ze względu na szybki rozwój sieci rozwiązanie to gwarantuje elastyczność niezbędną do osiągnięcia zakładanej skuteczności norm. Nie każde środki zarządzania ruchem uznamy za niezgodne z rozporządzeniem 2015/2120. Środki o charakterze przejrzystym, niedyskryminacyjnym i proporcjonalnym oraz te niepodyktowane względami handlowymi, a oparte na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu (Motyw 30 rozporządzenia 2015/2120) mogą być stosowane przez dostawców. Wprowadza to jednak konieczność każdorazowej oceny nowych działań ISP pod kątem zgodności z rozporządzeniem 2015/2120. Wszystkie działania, które teoretycznie godzą w zasadę neutralności sieci (jak np. zero-rating), mogą być uzasadnione i zgodnie z prawem stosowane.

4. KRYTERIA ZASTOSOWANIA PAKIETÓW ZERO-RATING W ŚWIETLE ZASADY NEUTRALNOŚCI SIECI

Pakiety zero-rating pozwalają klientom na nieograniczone korzystanie z niektórych aplikacji i usług. Transmisja generowana przez daną aplikację nie jest wliczana do zużycia transferu danych, jak również nie powoduje obniżenia prędkości transmisji po skonsumowaniu umówionej ilości danych. Nie jest to oferta jednolita i posiada różne warianty zastosowania.

Oferta węgierskiej spółki, jaka była przedmiotem sporu, zawierała takie pakiety, które pozwalały na korzystanie bez ograniczeń (w granicach ilości danych zawartych w pakiecie) ze wszystkich dostępnych aplikacji i usług. Część aplikacji i usług, w zależności od wybranego pakietu, było objęte zero-rating. Dotyczyło to najpopularniejszych aplikacji, takich jak np. YouTube czy Facebook. Po wyczerpaniu zakupionej ilości danych nadal można było korzystać bez ograniczeń z owych aplikacji i usług, a inne były blokowane lub spowalniane (Motyw 29 wyroku C-807/18 i C-39/19).

Analiza oferty pozwala na wskazanie dwóch kategorii aplikacji. Pierwsza była niedostępna dla klienta po wyczerpaniu limitu danych. Druga, imiennie wskazana, dostępna była bez uszczerbku dla jakości usługi. Węgierska oferta zero-rating bez wątpienia doprowadzała do faworyzacji określonych aplikacji lub usług, uniemożliwiając lub zniechęcając z korzystania z innych, z tej samej kategorii. Usługodawca bez wątpienia również dokonywał sztucznego zarządzania transmisją danych, skierowując strumień klientów w stronę określonych w ofercie usług i aplikacji. Rozporządzenie 2015/2120 gwarantuje klientom prawo pozbawionego dyskryminacji dostępu do informacji i treści oraz ich rozpowszechniania, a także prawo do korzystania i udostępniania aplikacji i usług (Motyw 6 Rozporządzenia 2015/2120). Tak skonstruowana oferta narusza tym samym prawa dwóch kategorii użytkowników końcowych: konsumentów oraz przedsiębiorców świadczących usługi w ramach tej samej kategorii, co faworyzowane oferty.

Podsumowując, wskazane środki blokowania lub spowolnienia transmisji danych, które są stosowane w uzupełnieniu zero-rating, czynią technicznie trudniejszym, a nawet niemożliwym, korzystanie przez nich z aplikacji i usług nieobjętych tą stawką. Nie opierają się one na obiektywnych różnicach między wymaganiami technicznymi co do jakości niektórych szczególnych kategorii transmisji danych, ale na względach natury handlowej. W związku z powyższym, tak skonstruowana oferta zero-rating wchodzi w zakres zakazu stosowania z art. 3 ust. 3 rozporządzenia 2015/2120 niezależnie od tego, czy wynikają one z umowy zawartej z dostawcą usług dostępu do Internetu, z praktyki handlowej tego dostawcy lub stosowanego przez niego środka technicznego.

Każda praktyka typu zero-rating nie będzie jednak automatycznie uznana za niezgodną z zasadą neutralności sieci. Mimo że w przypadku węgierskiej spółki TSUE uznał ich praktyki za niezgodne z rozporządzeniem 2015/2120, nie oznacza to końca ofert zero-rating na terenie UE. Zarządzanie ruchem w sposób przejrzysty, niedyskryminacyjny i proporcjonalny jest akceptowane. Egzemplifikując, ISP może zgodnie z prawem zaoferować zero-rating do całej kategorii aplikacji (np. muzycznych lub video). Niezgodna będzie jednak oferta, która dotyczy tylko niektórych aplikacji z jednej kategorii, gdyż mimo możliwości korzystania z innych aplikacji użytkownik wybierze tę faworyzowaną, gdyż cena zerowa stwarza zachętę ekonomiczną (tym silniejszą im niższy limit danych) do wybrania konkretnej aplikacji zamiast konkurencyjnych (BEREC 2016). Takie działanie stwarza już zagrożenie naruszenia neutralności sieci.

Operator sieci komórkowej może również oferować bezpłatny dostęp do aplikacji strumieniowego przesyłania muzyki przez pewien okres wszystkim nowym abonentom. Jeżeli ruch związany z tą aplikacją nie podlega żadnym preferencyjnym praktykom zarządzania ruchem i nie jest wyceniany inaczej niż transmisja pozostałej części ruchu, to takie praktyki handlowe nie ograniczają wykonywania praw przyznanych użytkownikom końcowym (Motyw 33 rozporządzenia 2015/2120).

Na rynku dostępne są również praktyki handlowe, w których umożliwia się klientom samodzielny wybór różnorodnych wariantów lub kombinacji usług w ramach pakietu zero-rating, zaspokajając ich indywidualne preferencje. Teoretycznie więc nie dochodzi do faworyzacji z góry określonych usług. Jednak w konsekwencji może to skutkować wprowadzeniem większej lub mniejszej liczby umów o identycznej lub podobnej treści. Usługi i aplikacje oferowane obecnie w ramach zero-rating należą również do tych najbardziej popularnych i cieszących się zainteresowaniem konsumentów. Istnieje zatem wysokie prawdopodobieństwo, że umowy takie powtórzyłyby zapisy kwestionowanych ofert. Wybór użytkowników końcowych jest w znacznym stopniu ograniczony, uwzględniając w szczególności pozycje na rynku odpowiednio ISP, a także dostawców treści, aplikacji i usług. W związku z tym zawieranie takich umów na znaczącej części rynku może ograniczać korzystanie przez użytkowników końcowych z ich praw.

Prawodawca unijny nie ograniczał oceny postanowień umownych i praktyk handlowych stosowanych przez ISP w odniesieniu do konkretnego postanowienia umownego lub takiej czy innej praktyki handlowej rozpatrywanych indywidualnie, lecz przewidział również dokonanie oceny całości postanowień umownych i praktyk handlowych tego dostawcy. Pozwala to na elastyczne reagowanie na nierówne i dyskryminujące traktowanie treści, aplikacji lub usług oraz na zagwarantowanie praw dostępu do informacji i treści oraz ich rozpowszechniania.

Jak wskazuje TSUE, to czy mamy do czynienia z zakazanym ograniczeniem, oceniać powinniśmy również pod kątem oddziaływania postanowień

umownych lub praktyk handlowych danego ISP na prawa nie tylko przedsiębiorców i konsumentów, ale również profesjonalistów, którzy opierają się na takich usługach dostępu do Internetu w celu udostępniania treści i aplikacji oraz świadczenia usług (Motyw 30 wyroku C-807/18 i C-39/19). W tym względzie z motywu 7 rozporządzenia 2015/2120 wynika, że przy ocenie postanowień umownych i praktyk handlowych danego dostawcy konieczne jest właśnie uwzględnienie między innymi pozycji rynkowych tej kategorii przedsiębiorców. Inaczej umożliwiłoby to obejście przepisów dotyczących gwarancji dostępu do otwartego Internetu.

5. ISTOTA I ZNACZENIE ZASADY NEUTRALNOŚCI INTERNETU

Krytyka idei „neutralności Internetu" nie jest zjawiskiem nowym. Sceptycy wskazują na utopijność wizji, która w realiach silnie zmonopolizowanego rynku internetowego nie ma szans na realizację (Zelnik, Zelnik 2013; Ohlhausen 2016–2017). Podnosi się również jej niezgodność z interesami głównych użytkowników sieci poprzez ograniczanie dostępu do interesujących ich treści i usług (McTaggart 2006). Zasada neutralności sieci ma jednak wysokie znaczenie dla dorobku aksjologicznego kultury zachodniej, który oparty jest na wolności słowa i pluralizmie. Sfera publiczna jest sferą, w której jednostki spotykają się, by brać udział w otwartej dyskusji. Potencjalnie każdy ma do niej dostęp, nikt nie wchodzi w dyskurs w przestrzeni publicznej z przewagą nad drugim (Holub, Habermas 1991, 3). Zachwianie neutralności sieci doprowadzić może do jej „Minitelisation" (Belli 2017, 96–122), w której to z sieci ogólnego przeznaczenia zorientowanej na użytkownika zmienia się w sieć o z góry określonych celach, tworząc w ten sposób biernych konsumentów z góry określonych usług, a nie aktywnych użytkowników Internetu.

Neutralność sieci jest filarem konkurencyjności na rynku internetowym. Odejście od zasady neutralności sieci stwarza warunki do poważnego zakłócenia sił rynkowych i jest niekorzystne zarówno dla konsumentów, jak i przedsiębiorców (Trnka 2018, 67). Neutralność Internetu ma decydujący wpływ na tworzenie i rozwój nowatorskich rozwiązań i demokratyzacji przedsiębiorczości (Król, Pawlak, Snażyk 2023; Madhvapaty Goyal 2014, 76–77). Prowadzone badania wskazują, że zachwianie neutralnością tworzy korzyści głównie dla ISP, podczas gdy dostawcy treści są w gorszej sytuacji (Maillé, Tuffin 2019, 11–123). Stwarza to pole do różnorodnych nadużyć. Za przykład służyć może spór pomiędzy Netflixem a Comcast – amerykańskim koncernem telekomunikacyjnym. Na przełomie 2013 i 2014 r. dławił on dostęp do Netflixa, powodując poważne zakłócenia w prędkości Internetu dla klientów. Ze względu na drastyczny spadek ilości użytkowników Netflix musiał zapłacić koncernowi

nieujawnioną kwotę, aby umożliwić użytkownikom odzyskanie dostępu (Capobianco 2016).

Obecnie Internet jest silnie zmonopolizowany. Internetowi giganci regulują i kontrolują większość kontaktów społecznych i gospodarczych odbywających się za pośrednictwem sieci. Stwarza to możliwości zarówno sterowania kierunkiem debaty publicznej, jak i skuteczne blokowanie pojawiającej się konkurencji. Wpływa to negatywnie na prawa użytkowników sieci, zagrażając prawom dostępu do informacji, wolności słowa czy prywatności (Dz.U. UE. C.2012.34.1). Zasada neutralności sieci pozwala zatem na realizację praw człowieka on-line (Carrillo 2016). Prawa użytkowników końcowych realizowane są za pomocą usługi dostępu do Internetu, w związku z tym nie może ona sama w sobie działać w celu ograniczenia w korzystaniu z tych praw (Art. 3 ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120). Określone treści, aplikacje i usługi, a także określone ich kategorie należy chronić z uwagi na negatywny wpływ środków blokujących lub innych środków ograniczających, niewchodzących w zakres uzasadnionych wyłączeń, na wybór użytkownika końcowego (Motyw 11 rozporządzenia 2015/2120).

Praktyka pokazuje, że omówiony mechanizm ograniczenia ofert zero-rating jest skuteczny, znacznie ograniczając nadużycia dużych firm internetowych. Decydenci, biorąc pod uwagę obecną asymetryczną strukturę rynku internetowego, powinni zrewidować i zaktualizować przepisy, dążąc do wzmacniania zasady neutralności sieci w innych aspektach (Comeig, Klaser, Pinar 2022). Monopolizacja rynku internetowego nie sprzyja realizacji postulatów demokracji liberalnej, z ochroną praw jednostki na czele. Wymusza to na prawodawcy unijnym podjęcie działań pozytywnych zmierzających do przywrócenia zachwianej równowagi sił i ochrony konkurencyjności.

Idea neutralności sieci różnie postrzegana jest w UE i w Stanach Zjednoczonych, które są mniej rygorystyczne w ograniczaniu tego zjawiska (Briglauer et al. 2022). Większość internetowych gigantów zlokalizowana jest na terytorium Stanów Zjednoczonych, a dominacja na obcych rynkach pozytywnie wpływa zarówno na ich wpływy finansowe, jak i możliwości inwigilacyjne Stanów. Ważne jest zatem wypracowanie spójnego podejścia europejskiego.

6. PODSUMOWANIE

W świetle powyższego analizowane oferty zero-rating pozostają w konflikcie z zasadą neutralności sieci i jako takie nie mogą występować na rynku unijnym. Wskazane w niniejszych rozważaniach możliwości zastosowania ofert zero-rating należy nieustająco analizować w zakresie wywieranych skutków.

Bez wątpienia ograniczenie stosowania pakietów zero-rating nie przełamie zmonopolizowanego rynku usług internetowych i stanowi kroplę w morzu

potrzeb. Zasada neutralności sieci jest jednak istotnym warunkiem wstępnym, który zapewni sprawiedliwe warunki z korzyścią dla obywateli i przedsiębiorców europejskich, w tym do wolności wyboru i wolności dostępu do informacji w internetowym ekosystemie (2013/C 153 E/15).

Korzyści ze stosowania ofert zero-rating dla konsumentów mają charakter finansowy (Renda 2008), jednak straty, jakie z tym się wiążą, są nieporównywanie większe, mające wyraz w istocie formacji etycznej w pluralistycznym społeczeństwie. Odejście od koncepcji neutralności sieci niesie za sobą szereg implikacji, jakimi są m.in.: ograniczanie wolności wypowiedzi i pluralizmu mediów, naruszenia prywatności, naruszenia konkurencji. Negatywne skutki odczuwać będą nie tylko przedsiębiorcy i konsumenci, ale całe społeczeństwo demokratyczne. Ograniczenie ofert zero-rating nie jest co prawda rozwiązaniem problemu, ale elementem pakietu koniecznych działań, które jako całość pozwolą na ochronę wartości, jaką jest neutralność sieci.

BIBLIOGRAFIA

Belli, Luca. 2017. „Net Neutrality, Zero-rating and the Minitelisation of the Internet". *Journal of Cyber Policy* 2(1): 96–122. https://doi.org/10.1080/23738871.2016.1238954

Briglauer, Wolfgang. Carlo Cambini. Klaus Gugler. Volker Stocker. 2022. „Net Neutrality and High-speed Broadband Networks: Evidence from OECD Countries". *European Journal of Law and Economics* 55: 533–571. https://doi.org/10.1007/s10657-022-09754-5

Camp, Jean. Y.T. Chien. 2000. „The Internet as Public Space: Concepts, Issues, and Implications in Public Policy". *ACM SIGCAS Computers and Society* 30(3): 13–19. https://doi.org/10.1145/572241.572244

Capobianco, John. 2016. „Effects of Net Neutrality". *Political Analysis* 18: 1–13.

Carrillo, Arturo J. 2016. „Having your Cake and Eating It Too: Zero-rating, Net Neutrality, and International Law". *Stanford Technology Law Review* 19: 364–424.

Comeig, Irene. Klaudijo Klaser. Lucia D. Pinar. 2022. „The Paradox of (Inter)net Neutrality: An Experiment on ex-ante Antitrust Regulation". *Technological Forecasting and Social Change* 175:1–10. https://doi.org/10.1016/j.techfore.2021.121405

Filippi, Primavera De. Luca Belli. 2016. *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*. London: Springer.

Habermas, Jürgen. 2007. *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Hofmokl, Justyna. 2009. *Internet jako nowe dobro wspólne.* Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.

Holub, Robert C. 1991. *Jurgen Habermas: Critic in the Public Sphere*. London–New York: Routledge.

Król, Paulina. Marta Pawlak. Tomasz Snażyk. 2023. *An Open and Free Internet in the Eyes of Startups*. Warszawa: Startup Poland.

Madhvapaty, Havish. Ms. Shiva Goyal. 2014. „Net Neutrality – A Look at the Future of Internet". *IOSR Journal of Computer Engineering* 16(4): 71–77. https://doi.org/10.9790/0661-16427177

Maillé, Patrick. Bruno Tuffin. 2019. „Neutral and Non-neutral Countries in a Global Internet: What Does It Imply?" W: *Economics of Grids, Clouds, Systems, and Services. GECON 2019.*

Lecture Notes in Computer Science. Vol. 11819. Red. Karim Djemame, Jörn Altmann, José Ángel Bañares, Orna Agmon Ben-Yehuda, Maurizio Naldi. New York: Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-36027-6_10

Marsden, Christopher T. 2016. „Comparative Case Studies in Implementing Net Neutrality: A Critical Analysis of Zero-rating". *SCRIPTed* 13(1): 1–39. https://doi.org/10.2966/script.130116.1

McTaggart, Craig. 2006. „Was the Internet Ever Neutral?" *TPRC*: 1–31.

Nałęcz, Andrzej. 2016. „Zero-rating a usługa dostępu do Internetu i usługi specjalistyczne". *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 6(5): 33–51.

Ohlhausen, Maureen K. 2016–2017. „Antitrust over Net Neutrality: Why We Should Take Competition in Broadband Seriously". *Colorado Technology Law Journal* 15(1): 119–150.

Owen, Bruce M. 2007. „The Net Neutrality Debate: Twenty Five Years After United States v. AT&T and 120 Years After the Act to Regulate Commerce". *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 336AEI-Brookings Joint Center Working Paper* 7(3): 1–16.

Piątek, Stanisław. 2017. *Rozporządzenie UE Nr 2015/2120 w zakresie dostępu do otwartego Internetu. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Renda, Andrea. 2008. „I Own the Pipes, You Call the Tune: The Net Neutrality Debate and Its (ir) relevance for Europe". *SSRN Electronic Journal* 3–41. https://doi.org/10.2139/ssrn.1291027

Trnka, Krzysztof. 2018. „Net neutrality and Its Influence on the Competetiveness of Web-based Services". *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria Administracja i Zarządzanie* 45(118): 63–68.

Zelnik, Bob. Eva Zelnic. 2013. *The Illusion of Net Neutrality: Political Alarmism, Regulatory Creep and the Real Threat to Internet Freedom*. Stanford: Hoover Press.

Inne

BEREC. 2010. Response to the European's Commission Consultation on the Open Internet and Net Neutrality in Europe. BoR (10)42.

BEREC. 2016. Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules (dostęp: 1.01.2023).

Differentiation Practices and Related Competition Issues in the Scope of Net Neutrality. Final Report. BoR(12)132, 26.11.2012 r.

Preta, Augusto. Peng Peng. 2015. Discrimination and Neutrality on the Internet: The Zero-rating Case. http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/10/Zero-rating_vienna_review.pdf (dostęp: 1.01.2023).

Rewheel. 2014. EU28 & OECD Mobile Internet Access Competitiveness Report Q4 2014, http://dfmonitor.eu/insights/2014_nov_premium_q4_update/ (dostęp: 1.01.2021).

Rosston, Gregory L. 2018. „Net Neutrality: Changing Regulations Won't Kill the Internet". *Standford Institute of Economics Policy Research*. https://siepr.stanford.edu/publications/policy-brief/net-neutrality-changing-regulations-wont-kill-internet (dostęp: 1.05.2023).

Akty prawne

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25.11.2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii, OJ L 310, 26.11.2015, s. 1–18.

Pacific Telegraph Act of 1860, „An Act to Facilitate Communication between the Atlantic and Pacific States by Electric Telegraph" Ch. 137, U.S. Stat., 36th Cong., 1st Sess. (June 16, 1860).
Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 17.11/2011 r. w sprawie otwartego Internetu i neutralności sieci w Europie (2013/C 153 E/15).
Opinia Europejskiego Inspektora Ochrony Danych w sprawie neutralności sieci, zarządzania ruchem oraz ochrony prywatności i danych osobowych, Dz.U. UE. C.2012.34.1.

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z 15.09.2020 r., w sprawie *Telenor Magyarország Zrt. v. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*, C-807/18 i C-39/19, ECLI:EU:C:2020:708.
Postanowienie Sądu Najwyższego z 17.04.2018 r. IV KK 296/17. OSP 2019/2/15.

ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS
FOLIA IURIDICA 105, 2023

https://doi.org/10.18778/0208-6069.105.15

*Monika Haczkowska**
https://orcid.org/0000-0001-6502-8117

ARTYKUŁ RECENZYJNY MONOGRAFII AUTORSTWA MICHAŁA ZIÓŁKOWSKIEGO PT. *ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA NIEZGODNE Z PRAWEM DZIAŁANIE WŁADZY PUBLICZNEJ. STUDIUM Z PRAWA KONSTYTUCYJNEGO*. WARSZAWA 2021, WOLTERS KLUWER, SS. 516

Monografia autorstwa Michała Ziółkowskiego koncentruje się na analizie treści i praktyki w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej organów władzy publicznej za działania niezgodne z prawem. Zagadnienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa było już przedmiotem szerokich badań naukowych, przede wszystkim w dziedzinie prawa cywilnego i administracyjnego. Na rynku wydawniczym istniała jednak wyraźna luka, jeśli chodzi o analizę konstytucyjną tej instytucji prawnej po 2007 r. Z uwagi na to, że problematyka ta znajduje się na pograniczu dziedziny publicznoprawnej i prywatnoprawnej, wymaga od badacza wiedzy wykraczającej poza obszar jednej gałęzi prawa.

Założeniem Autora recenzowanej monografii było zaproponowanie alternatywnej, w stosunku do utrwalonej już w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz doktrynie prawa, interpretacji przepisu art. 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej o odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za niezgodne z prawem działania jej organów. Odejście od odwoływania się do treści przepisów i pojęć na gruncie prawa cywilnego miało na celu udowodnienie twierdzenia, że wraz z wejściem w życie Konstytucji nie doszło ani do konstytucjonalizacji pojęć ustawowych, ani pojęć zastanych, a pojęcia użyte w art. 77 ust. 1 ustawy zasadniczej mają autonomiczny charakter. Za główny cel swojej pracy Autor Michał Ziółkowski obrał udowodnienie tezy, że art. 77 ust. 1 Konstytucji zawiera samodzielne treści normatywne i nie wymaga konieczności odwoływania się do treści pojęć przedkonstytucyjnych czy pojęć, których znaczenie zrekonstruowane zostało na gruncie obowiązujących przepisów

* Politechnika Opolska, monika.haczkowska@gmail.com

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0)
Received: 25.07.2022. Verified: 4.08.2022. Revised: 13.08.2022. Accepted: 20.10.2022.

ustawowych. Pojęcia konstytucyjne żyją bowiem własnym życiem zgodnie z założeniem „żyjącego konstytucjonalizmu". To założenie Autor konsekwentnie realizuje, rozpatrując konstytucyjną formułę odpowiedzialności władzy publicznej za szkodę na płaszczyźnie zasad prawa konstytucyjnego jako prawo podmiotowe jednostki, rekonstruując znaczenie każdego ze słów użytych przez ustrojodawcę w art. 77 ust. 1 na tle relewantnych merytorycznie przepisów konstytucyjnych, dokonując analizy i systematyzacji pojęć podstawowych, którymi posługuje się Trybunał Konstytucyjny. Poszczególne rozdziały porządkują poglądy doktryny i stanowiska wyrażone w orzecznictwie przede wszystkim Trybunału Konstytucyjnego, ale również Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Pozwalają jednocześnie Autorowi na wyodrębnienie różnych linii orzeczniczych w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za niezgodne z prawem działanie. Uwagi zawarte poniżej mają na celu podkreślenie wagi poruszanej problematyki, mają charakter uzupełniający lub polemiczny, nie wpływają jednak na wysoką ocenę monografii.

Monografia składa się z rozbudowanego wstępu, dziewięciu rozdziałów oraz podsumowania. Niezależnie od przyjętej systematyki pracy każdy z rozdziałów tworzy zamkniętą całość. Opatrzony jest bowiem wprowadzeniem i podsumowaniem. Podział treści między poszczególne jednostki redakcyjne jest zazwyczaj jasny i prawidłowy, chociaż sposób usystematyzowania uwag dotyczących tych samych zagadnień niekiedy nie sprzyja klarowności wywodów (niektóre zagadnienia powtarzają się w różnych rozdziałach).

Pierwszy rozdział (*Odpowiedzialność jako sytuacja prawna i instytucja prawa konstytucyjnego*) zawiera rozważania dotyczące odpowiedzialności prawnej z perspektywy dogmatycznej i konstytucyjnej oraz odpowiedzialności odszkodowawczej z perspektywy dogmatycznej. Założeniem Autora było uporządkowanie pewnych pojęć i oderwanie problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej od dogmatyki prawa cywilnego i administracyjnego. Rozważania M. Ziółkowskiego lokujące odpowiedzialność odszkodowawczą w oderwaniu od Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania administracyjnego czy Kodeksu karnego jako samoistnego, autonomicznego konstytucyjnego pojęcia są bardzo dobre i godne podkreślenia (s. 58–59). Autor w celu wykazania swoich twierdzeń słusznie odwołał się dyskusji, jaka toczyła się w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w trakcie prac nad tekstem Konstytucji (s. 56). Dokonanie wykładni historycznej pozwoliło bowiem na wykazanie, że w toku prac nad brzmieniem art. 77 ust. 1 Konstytucji ścierały się poglądy co do zakotwiczenia tej instytucji w prawie cywilnym. W ostateczności odrzucono propozycję wskazującą, że organy państwa są odpowiedzialne cywilnie za naruszenie prawa, pozostając przy szerokiej konstytucyjnej perspektywie. W wyniku przeprowadzonej krytycznej analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz doktryny prawa w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za działania zgodne i niezgodne z prawem, w świetle których odpowiedzialność z art. 77 ust. 1

w niektórych sytuacjach mogłaby się ograniczać do szkód, o których mowa w art. 41 ust. 5 czy art. 228 Konstytucji, a także istnienia współzależności między art. 77 ust. 1 a art. 41 ust. 5, art. 21 ust. 2, art. 64 ust. 1 czy art. 228 ust. 4, Autor doszedł do słusznych wniosków, że istnieją pewne wspólne cechy tych reżimów (podstawy aksjologiczne, funkcja odpowiedzialności, zaufanie do państwa i stanowionego przez nie prawa), jednak to art. 77 ust. 1 jest przepisem podstawowym. Pozostałe zaś mają charakter uzupełniający i są istotne w procesie wykładni art. 77 ust. 1. Wynika to zarówno z istnienia związku merytorycznego między tymi normami, jak i wykładni historycznej dekodowanej w oparciu o dyskusję podczas prac KKZN. Przy czym, o ile art. 41 ust. 1 Konstytucji wskazuje na wyłącznie jedną postać niezgodnego z prawem działania organów władzy, art. 21 ust. 2 w zw. z art. 64 ust. 1 stanowi o nakazie wypłaty „słusznego odszkodowania" w przypadku wywłaszczenia, a art. 228 ust. 4 o wynagrodzeniu strat majątkowych wynikających z wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych, to art. 77 ust. 1 wprowadza generalną hipotezę, obejmującą różne przypadki wyrządzenia szkód działaniem władzy publicznej. Jednocześnie z uwagi na zasadę zaufania obywateli do państwa, wynikającą z art. 2 Konstytucji, wszystkie określone w Konstytucji podstawy roszczeń mają wspólny mianownik w postaci uzasadnienia aksjologicznego dla konieczności wynagrodzenia szkód wyrządzonych działaniem władzy publicznej. W rozdziale tym zabrakło wątków dotyczących możliwości dochodzenia regresu od sprawcy szkody (s. 94). Nie sposób nie wytknąć Autorowi, że w 2011 r. została uchwalona ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz.U. z 2011 r. nr 34 poz. 173). Z kolei zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że konstytucyjne domniemanie powierzenia sądom powszechnym spraw o wynagrodzenie szkód, o których mowa w art. 77 ust. 1, ogranicza ustawodawcę w zakresie wyboru drogi pozasądowej. W mojej ocenie jednak go nie wyklucza. Istnieją bowiem inne pozasądowe sposoby rozwiązywania sporów za działania niezgodne z prawem organów wykonujących władzę publiczną, takie jak np. komisje ds. orzekania o zdarzeniach medycznych. Zabrakło w tym miejscu wyjaśnienia, czy w pojęciu „rozstrzygania" czy „rozwiązywania" sporów w zakresie wynagrodzenia szkód wyrządzonych niezgodnym z prawem działaniem Autor dopuszczałby metody alternatywne w postaci mediacji czy arbitrażu (s. 100).

Drugi rozdział (*Mit konstytucjonalizacji?*) poświęcony został rozważaniom na temat pojęcia konstytucjonalizacji, jego zakresu oraz skutków. Autor poddał wnikliwej analizie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w zakresie sposobu rozumienia konstytucjonalizacji pojęć ustawowych. Zarysował wyraźne różnice pomiędzy koncepcją optymalizacyjną (historycznie wcześniejszą) a redukcyjną, wskazując jednocześnie na pewne słabości każdej z nich. Mam jednak pewne wątpliwości, czy można zgodzić się z poglądem Autora, że na gruncie Konstytucji RP nie doszło choćby do rekonstytucjonalizacji pojęć ustawowych w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za działania niezgodne

z prawem (s. 108–113). Wydaje się bowiem, że konstytucjonalizacja pojęć ustawowych nastąpiła na gruncie art. 121 Konstytucji marcowej. Wówczas to po raz pierwszy prawodawca konstytucyjny wprowadził nowatorską regulację instytucji odpowiedzialności odszkodowawczej państwa i w istocie wyniósł tę instytucję do rangi zasady konstytucyjnej. Abstrahując od tego, czy była to instytucja prawa prywatnego, czy publicznego (w ówczesnej doktrynie kwestia ta nie została ostatecznie rozstrzygnięta), przesłanki odpowiedzialności takie jak szkoda, niezgodnego z prawem działania czy związku przyczynowego były rozumiane tak, jak na gruncie prawa cywilnego. Tytułem jedynie zasygnalizowania należałoby wskazać publikację W.L. Jaworskiego *Zarys teoryi wynagrodzenia szkody* z 1891 r., w której odwołując się m.in. do § 1293 Powszechnego kodeksu obywatelskiego z 1811 r. (tzw. Kodeks cywilny austriacki), wyłożono sposób rozumienia przesłanki szkody. Wprawdzie Autor wyraźnie zastrzegł, że przedmiotem Jego rozważań nie będzie ewolucja instytucji odpowiedzialności odszkodowawczej państwa (s. 19), jednak wydaje się, że od rozważań historycznych w kontekście konstytucjonalizacji pojęć zastanych uciec nie sposób. Zgodzić się należy z Autorem, że spośród dwóch przedstawionych koncepcji – optymalizacyjnej i redukcyjnej, przyjęcie drugiej koncepcji jest nie do pogodzenia z punktu widzenia podmiotowego prawa do wynagrodzenia szkody i gwarancją jego ochrony.

Niezwykle ciekawy jest rozdział trzeci monografii (*Konstytucyjne prawo podmiotowe do wynagrodzenia szkody (Uwagi podstawowe o swoistości, strukturze oraz istocie)*), który poświęcony został podmiotowości konstytucyjnej w zakresie prawa do wynagrodzenia szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem działaniem organów władzy. Autor słusznie wskazuje na szeroki sposób ujęcia podmiotowości konstytucyjnej obejmującej nie tylko osoby fizyczne (jednostki), ale również osoby prawne i inne podmioty, którym przepisy prawne nie nadają osobowości prawnej, ale upoważniają do dokonywania doniosłych prawnie czynności, o ile nie działają w sposób władczy (s. 163 i n.). Nie ma bowiem podstaw do różnicowania ochrony prawnej udzielanej tym podmiotom, jeśli tylko wprost nie przewidują tego regulacje konstytucyjne, a treść poszczególnych praw i wolności nie wyznacza wyraźnych granic co do zakresu podmiotowego. Podobnie jak właściwie zidentyfikował istotę prawa do wynagrodzenia szkody (s. 166–168) w kontekście art. 31 ust. 3 *in fine* Konstytucji. Niewątpliwie bowiem struktura prawa podmiotowego do odszkodowania obejmuje „istotę" oraz tzw. „otoczkę". Do istoty tego prawa należy roszczenie poszkodowanego o wynagrodzenie uszczerbku wynikającego z działania władzy publicznej niezgodnego z prawem. Oznacza to brak możliwości przywrócenia immunitetu państwa w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej. Jeśli chodzi o pozostałe elementy mieszczące się w „istocie" prawa, Autor w celu ich zrekonstruowania dokonał gruntownej analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, i słusznie wytknął brak jednoznacznego stanowiska w tym względzie. Fakt niewypracowania przez TK jednolitej linii orzeczniczej w tym zakresie powoduje, że określenie

istoty prawa do wynagrodzenia szkody nadal nie jest rozumiane w jednakowy sposób. Przykładowo w niektórych orzeczeniach TK wskazywał, że przesłanka niezgodnego z prawem działania stanowi *novum* w prawie polskim, jako że zaostrzyła odpowiedzialność odszkodowawczą państwa (SK 18/00, K 20/02), w innych natomiast uznał, że może ona być kształtowana w różny sposób na poziomie ustawowym poprzez zawężenie do kwalifikowanej niezgodności (SK 9/13) bądź rozszerzenie do cywilistycznej bezprawności (SK 4/11). Natomiast nie zgodzę się z M. Ziółkowskim, że z uwagi na brak wyodrębnionej redakcyjnie w traktatach UE podstawy prawnej obowiązku indemnizacyjnego państwa członkowskiego, obowiązek ten został wywiedziony przez Trybunał Sprawiedliwości z zasady efektywności (s. 186). Tytułem uzupełnienia wypada wspomnieć, że podstawę taką stanowiła zasada lojalnej współpracy określona w art. 4 ust. 3 TUE (dawniej art. 10 TWE), z której wywiedziona została zasada efektywności oraz inne zasady, takie jak obowiązek implementacji dyrektyw, obowiązek ochrony praw jednostek wynikający z bezpośredniego skutku dyrektyw (pod pewnymi warunkami) czy wykładnia prawa krajowego w sposób zgodny z prawem unijnym (wspólnotowym). Z kolei zgodzę się z Autorem, że fakt „skromności treściowej regulacji konstytucyjnej" art. 77 ust. 1 nie jest wystarczającym argumentem do uznania konieczności uwzględniania przepisów Kodeksu cywilnego przy interpretacji co do zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej czy pojęcia szkody (s. 187).

Z punktu widzenia poszukiwania odpowiedzi na pytanie o treść konstytucyjnych pojęć prawa do wynagrodzenia szkody za niezgodne z prawem działanie organów władzy, kluczowe są kolejne trzy rozdziały. W rozdziale czwartym (*Konstytucyjne pojęcie szkody*) Autor dokonał wnikliwej analizy pojęcia szkody, przedstawiając argumenty na rzecz przyjęcia, iż ma ono charakter autonomiczny w ujęciu mocnym. Stosując różne kryteria identyfikacji szkody, takie jak fakt naruszenia dobra lub interesu prawnie chronionego, następstwo naruszenia norm prawnych, stosunek poszkodowanego do szkody przez pryzmat jego woli, koncepcja szkody jako uszczerbku obiektywnie niekorzystnego, doszedł do słusznych wniosków, że możliwe jest zrekonstruowanie pełnej treści pojęć bezpośrednio na podstawie przepisów konstytucyjnych. Podzielam tezę M. Ziółkowskiego o szerokim konstytucyjnym ujęciu szkody na tle art. 77 ust. 1 Konstytucji jako pojęcia autonomicznego. Mimo że podtrzymuję stanowisko wyrażone wcześniej co do możliwości uznania, że na gruncie Konstytucji z 1997 r. doszło w istocie do rekonstytucjonalizacji pojęć ustawowych w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za działania niezgodne z prawem, w kontekście brzmienia art. 121 Konstytucji marcowej (s. 202, podobnie s. 108–113), to polemika nie rzutuje na wysoką ocenę przeprowadzonych wywodów. Autor bowiem wyszedł ze słusznego założenia, że nie można na grunt ustawy zasadniczej przenosić wprost sposobów rozumienia pewnych instytucji (zasada autonomii pojęć konstytucyjnych, s. 213). Krytyczna analiza dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny prawa pozwoliła mu na skonstruowanie

ostatecznych wniosków. Wydaje się, że interesujące byłyby rozważania na temat oceny relacji między roszczeniem o naprawienie szkody majątkowej a roszczeniem o zadośćuczynienie. Pozwoliłyby na ugruntowanie przyjętej tezy. Podobnie jak relacje między brzmieniem art. 41 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a szkodą w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji wymagałyby pogłębienia (s. 207). Dopełniłyby bowiem autonomiczne i szerokie ujęcie szkody na płaszczyźnie konstytucyjnej, w kontekście standardów ochrony praw człowieka.

W rozdziale piątym (*Konstytucyjne pojęcie działania niezgodnego z prawem*), stanowiącym kontynuację badań nad udowodnieniem postawionej tezy o autonomicznym charakterze pojęć konstytucyjnych, Autor dokonał uporządkowania i usystematyzowania argumentów podnoszonych na rzecz interpretacji pojęcia „działania" i „niezgodności z prawem". Wykładnia tych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej organów władzy doczekała się bowiem licznych opracowań w doktrynie prawa oraz orzecznictwie i nie zawsze była rozumiana w jednolity sposób. Na uwagę zasługują rozważania M. Ziółkowskiego zwłaszcza na temat szerokiego rozumienia pojęcia niezgodnego z prawem działania, które – jak słusznie podkreślił – „nie są aż tak odległe merytorycznie" od cywilistycznie rozumianej bezprawności (s. 259–264). Przyjmując bowiem, że niezgodność z prawem oznacza naruszenie przez organ władzy publicznej każdej normy, która wynika z konstytucyjnie określonych źródeł prawa, naruszone normy nie zamykają się wówczas w obrębie rozdziału III Konstytucji, ale obejmują normy prawa międzynarodowego (o których mowa w art. 9 Konstytucji), w tym normy prawa zwyczajowego, oraz działania naruszające reguły egzegezy wyrażone wprost w ustawie zasadniczej w odniesieniu do sposobu rozwiązywania kolizji między umowami międzynarodowymi i prawem stanowionym przez organizację międzynarodową (zgodnie z art. 91 ust. 1, 2 i 3 Konstytucji – s. 264). Za nie dość przekonujące wydają się natomiast argumenty Autora na rzecz uznania, że przesłanka związku przyczynowego, jako że nie została *expresis verbis* wyrażona w art. 77 ust. 2 Konstytucji, może być zrekonstruowana na podstawie zwrotu „przez" niezgodne z prawem działanie organu, dopuszczając tym samym na gruncie konstytucyjnym wnioskowanie o powiązaniach kauzalnych między szkodą a niezgodnym z prawem działaniem organów władzy (s. 267, 270). Na tym tle wypada zauważyć, że w praktyce orzeczniczej sądów taka argumentacja się nie utrzyma. Z kolei za trafne uznać należy stanowisko Autora, że wprowadzenie wymogu prejudycjalnego stwierdzenia niezgodności z prawem działania organów (w kontekście władzy sądowniczej) w istocie ogranicza wykonywanie konstytucyjnego podmiotowego prawa do wynagrodzenia szkody (s. 271–273) i stanowi wyraz bezrefleksyjnego przeniesienia przez Trybunał Konstytucyjny instytucji i rozumowania ustawowego (s. 288). Z konstytucyjnego punktu widzenia nowelizacja art. 417–417[1] Kodeksu cywilnego z 17 czerwca 2004 r., zgodnie z którą, jeśli szkoda została wyrządzona przez wydanie lub niewydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji (art. 417[1] § 2 i 3), jej

naprawienia można żądać dopiero po stwierdzeniu tej niezgodności we właściwym postępowaniu, istotnie ogranicza możliwość bezpośredniego zastosowanie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji przez poszkodowany podmiot. Procedura dochodzenia roszczeń uzależniona jest bowiem najpierw od uruchomienia odrębnego postępowania w trybie skargi kasacyjnej (art. 398^{1}–398^{21} Kodeksu postępowania cywilnego), skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424^{1}–424^{12} k.p.c.) czy wznowienia postępowania (art. 399–416^{1} k.p.c.) w procedurze cywilnej bądź – w procedurze sądowoadministracyjnej czy podatkowej – m.in. w trybie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 285a–285l ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi) czy wznowienia postępowania (art. 270–285 p.p.s.a.). Dopiero zakończenie prawomocnym orzeczeniem postępowania „wstępnego" otworzy poszkodowanemu drogę do dochodzenia roszczeń, pod warunkiem jednak wykazania pozostałych przesłanek, tj. szkody oraz związku przyczynowego pomiędzy wydaniem orzeczenia niezgodnego z prawem a szkodą.

Wreszcie z rozdziale szóstym (*Szkodzący i poszkodowany*) Autor wyjaśniał znaczenie przesłanek „organu władzy publicznej" jako podmiotu odpowiedzialnego za wyrządzoną szkodę oraz „każdego" jako podmiotu poszkodowanego niezgodnym z prawem działaniem owego organu. Cenne uwagi dotyczące treści pojęć „władztwo publiczne", „wykonywanie zadań publicznych" czy „organ władzy publicznej" poparte zostały gruntowną analizą dotychczasowego orzecznictwa konstytucyjnego oraz licznymi rozważaniami doktrynalnymi. Autor słusznie i konsekwentnie realizuje założoną tezę, że pojęcie to ma charakter autonomiczny (w ujęciu mocnym). Krytyczna analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego miała na celu wykazanie rozbieżności terminologicznych co do elementów pojęcia organu władzy publicznej (takich jak *imperium* i *dominium*, pojęcia „powierzenia", „przekazania", „wykonywania" władzy publicznej), bez jednoczesnego wskazania przez TK kryterium różnicowania (s. 301–304). Autor trafnie przyjął, że ujęcie funkcjonalne organów władzy publicznej jest uzasadnione z uwagi na konieczność zagwarantowania szerokiej konstytucyjnej ochrony praw jednostek. Pozwala bowiem do grona podmiotów odpowiedzialnych za niezgodne z prawem działania w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji zaliczyć nie tylko organy władzy *sensu stricto*, ale również wszelkie organy, których zadaniem jest pełnienie funkcji publicznych, choćby organizacyjnie pozostawały poza strukturami aparatu państwowego oraz podmiotów, którym powierzono wykonywanie funkcji władzy publicznej. Podkreślił jednocześnie znaczenie trzech elementów (atrybutów) niezbędnych dla ustalenia konstytucyjnego pojęcia organów władzy publicznej (władztwo publiczne, wyodrębnienie organizacyjne i wykonywanie zadań publicznych – s. 313 i n.). Natomiast można zgłosić pewne wątpliwości w związku z niektórymi tezami odnoszącymi się do przesłanki podmiotów prawa do wynagrodzenia szkody. O ile Autor słusznie zakłada, że pojęcie „każdego" obejmuje osoby fizyczne, osoby prawne i inne podmioty nieposiadające osobowości prawnej

(jako podmioty prawa prywatnego), ale mające zdolność do bycia podmiotem konstytucyjnych praw i wolności, o tyle nieuzasadnione wydaje się ograniczenie w prawie do wynagrodzenia szkody osób prawnych prawa publicznego, np. jednostek samorządu terytorialnego. Jednostki te, posiadając zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, mogą być podmiotem praw i obowiązków, posiadać prawo własności, a także korzystać z innych praw majątkowych. Natomiast samodzielność tych jednostek – w świetle art. 165 ust. 2 Konstytucji – podlega ochronie sądowej. Przysługuje im zatem czynna legitymacja sądowa do dochodzenia ich praw. Znane są już przykłady orzeczeń, w których Sąd Najwyższy uznał możliwość domagania się przez gminę na drodze sądowej odszkodowania od skarbu państwa za szkody wyrządzone wskutek przekazania subwencji z opóźnieniem lub w wysokości niższej od należnej (wyr. SN z 7.05.2004 r., I CK 624/03, LEX nr 197446). W ostateczności Autor uznał możliwość przyjęcia szerokiego zakresu podmiotowego, jednakże pod pewnymi warunkami (s. 326–327, 330).

Rozdział siódmy (*Wynagrodzenie*) poświęcony został przedstawieniu argumentów przemawiających za autonomicznym konstytucyjnie sposobem rozumienia słowa „wynagrodzenie" szkody. Z uwagi na brak definicji legalnych, Autor podjął się próby ustalenia znaczenia pojęć istotnych dla ustalenia sposobu i zakresu kompensacji szkód na podstawie art. 77 ust. 1 Konstytucji. Wysiłek Autora włożony w analizę licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które poddał krytycznej ocenie, owocuje wieloma cennymi tezami. Warte polecenia są obszerne rozważania na temat wynagrodzenia szkody (w ujęciu szerokim i wąskim – s. 344 i n.), odszkodowania, słusznego odszkodowania (s. 347 i n.), wyrównania strat, świadczenia materialnego, restytucji (s. 348–352), które w ostateczności doprowadziły Autora do właściwych konkluzji. Autor formułuje i przekonująco uzasadnia tezę, że w zakresie konstytucyjnego pojęcia „wynagrodzenia szkody" mieszczą się dwie formy ochrony – majątkowa i niemajątkowa. Oznacza to, że dopuszczalne jest – o ile to możliwe – naprawienie szkody w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji poprzez przywrócenie stanu pierwotnego (restytucja *in natura*) lub zapłatę odszkodowania. Choć wydaje się, że w przypadku roszczeń odszkodowawczych za niezgodne z prawem działania organów władzy szersze zastosowanie znajduje restytucja *in valuta.* Natomiast jeśli chodzi o niemajątkowe środki ochrony, dopuszczalne jest żądanie o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia skutków niezgodnego z prawem działania (s. 341). Jednocześnie Autor słusznie przyjmuje, że z przepisów konstytucyjnych wynika nakaz pełnego odszkodowania. Pomijając orzecznictwo TK, które nie przesądza jednoznacznie tej kwestii, zasada pełnego odszkodowania, obejmująca *damnum emeregens* i *lucrum cessans*, wynika z art. 77 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten wyraża bowiem konstytucyjne podmiotowe prawo do odszkodowania, stanowi minimalny standard ochrony jednostek przed niezgodnymi z prawem działaniami organów władzy i wyznacza kierunek interpretacji przepisów ustawowych. Przy czym jego ograniczenie możliwe jest wyłącznie z zachowaniem zasady proporcjonalności

określonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji i wymaga zawsze uzasadnienia w innych wartościach konstytucyjnych.

Przedmiotem rozdziału ósmego (*Granice i ograniczenia*) Autor uczynił rozważania na temat granic oraz ograniczeń konstytucyjnego prawa podmiotowego do wynagrodzenia szkody. Bardzo wszechstronnie – jak na ograniczone ramy rozdziału – zostało omówione pojęcie granic w oparciu o teorię zewnętrzną i wewnętrzną treści praw podmiotowych (s. 382 i n.). Słusznie M. Ziółkowski podkreślił, że pojęcie „granicy" nie sposób wyprowadzić z pojęcia „ograniczenie", którym posługuje się ustrojodawca w art. 31 ust. 3 Konstytucji (s. 382). Twórcy Konstytucji nieprzypadkowo bowiem użyli w tym przepisie określenia „ograniczenia" w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Jest to zatem pojęcie będące wytworem języka prawnego, w przeciwieństwie do pojęcia „granicy", będącego wytworem języka prawniczego. Inne mają również zakresy zastosowania. Dokonując rzetelnej analizy treści Konstytucji, wychodząc od zasady godności człowieka, konsekwentnie wykazywał możliwe do określenia granice treści konstytucyjnego prawa podmiotowego do wynagrodzenia szkody, upatrując je przede wszystkim w zakazie uprzedmiotowienia człowieka, nakazie ochrony jego integralności oraz zakazie pozbawiania go środków niezbędnych do zapewnienia minimum egzystencji. Jednocześnie podkreślił, że granicę konstytucyjnego prawa podmiotowego wyznacza katalog obowiązków prawnych wynikających nie tylko z art. 82–84 Konstytucji, ale również rozdziału I i Preambuły (s. 400). Ciekawe rozważania dotyczą sytuacji określenia granic z uwagi na troskę o dobro wspólne, zwłaszcza gdy poszkodowany przyczynił się do zwiększenia rozmiaru szkody bądź gdy szkoda wyrządzona działaniem organów władzy publicznej stanowiła przyczynowe następstwo niezgodnego z prawem działania samego poszkodowanego (s. 401–402). Za słuszne należy uznać wnioski Autora, do których doszedł w odniesieniu do możliwych na gruncie konstytucyjnym i ustawowym ograniczeń prawa wynikającego z art. 77 ust. 1 Konstytucji (zgodnie z trójelementowym testem proporcjonalności), poparte wnikliwą analizą orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego badającego konstytucyjność wprowadzonych ograniczeń (s. 412–430). W świetle bowiem art. 31 ust. 3 Konstytucji standardem w zakresie dopuszczalnych ograniczeń prawa do wynagrodzenia szkody za działania niezgodne z prawem organów władzy powinno być uzasadnienie przydatnością, niezbędnością i adekwatnością do ponoszonego przez poszkodowanego ciężaru. Praktyka orzecznicza TK nie jest w tym zakresie jednolita. Wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia, będące przedmiotem oceny TK, badane były najczęściej pod kątem niezbędności (zagwarantowanie porządku publicznego), przydatności (w demokratycznym państwie prawnym) czy proporcjonalności *sensu stricto* (nienakładanie nieadekwatnego ciężaru na podmioty prawa). Nie zawsze jednak Trybunał Konstytucyjny rozstrzygał o niekonstytucyjności przepisu po przeprowadzeniu trójelementowego testu

dozwolonych ograniczeń. Podobnie w różny sposób uzasadniał swoje rozstrzygnięcia, przykładowo w odniesieniu do zasady pełnego odszkodowania.

W rozważaniach zawartych w ostatnim, dziewiątym rozdziale (*Horyzontalny skutek czy bezpośrednie stosowanie?*) Autor podjął bardzo istotną, z punktu widzenia celów rozprawy, kwestię bezpośredniego stosowania art. 77 ust. 1 Konstytucji. W zakresie horyzontalnego skutku w wymiarze bezpośrednim czy pośrednim podzielam wątpliwości Autora co do posługiwania się tą kategorią w odniesieniu do art. 77 ust. 1 Konstytucji (s. 447, 449). Natomiast za nieprzekonujący uznaję pogląd M. Ziółkowskiego, że od dnia wejścia w życie Konstytucji w 1997 r. nie było faktycznych przesłanek do samoistnego bezpośredniego stosowania art. 77 ust. 1. Dokonanie jednoznacznej oceny w tym zakresie wymagałoby odniesienia się problematyki intertemporalnej. Z uwagi na ramy monografii Autor zastrzegł w początkowej części pracy (s. 20), że zagadnienia te nie będą przedmiotem jego dalszych rozważań. Natomiast nie sposób pominąć możliwości samoistnego stosowania art. 77 ust. 1 Konstytucji (w wąskim rozumieniu tego pojęcia) w sprawach o bezprawie legislacyjne dotyczących stanów faktycznych powstałych przed wejściem w życie nowelizacji Kodeksu cywilnego z 17 czerwca 2004 r., a więc gdy zdarzenie sprawcze nastąpiło w okresie pomiędzy wejściem w życie Konstytucji (17.10.1997 r.) a znowelizowanym art. 417 i n. Kodeksu cywilnego (tj. 1 września 2004 r.).

Wartą podkreślenia jest ostatnia część książki, zawierająca rozważania podsumowujące w kontekście działalności Trybunału Konstytucyjnego w latach 2015–2016 (*Kolejny krok: odpowiedzialność odszkodowawcza Trybunału Konstytucyjnego*). Dotychczasowa analiza orzecznictwa konstytucyjnego koncentrowała się na uwagach polemicznych bądź krytycznych w stosunku do rozstrzygnięć wydanych w ramach badania zgodności z konstytucją przepisów ustawowych. Uwagi podsumowujące – w związku z ostatnimi wydarzeniami – z konieczności wymagały od Autora odniesienia się do sytuacji działania Trybunału Konstytucyjnego naruszającego normy konstytucyjne i ewentualnych skutków prawnych. Za trafne należy uznać wnioski Autora, że z uwagi na konieczność zagwarantowania efektywności kontroli konstytucyjności prawa, niezależności TK, niezależności i bezstronności sędziów TK, za niedopuszczalne uznać należałoby stanowisko wyjęcia działania Trybunału Konstytucyjnego spod reżimu przewidzianego w art. 77 ust. 1 Konstytucji (s. 478). „Cofałoby" to refleksję o odpowiedzialności odszkodowawczej za niezgodne z prawem działania organów władzy do początków XX w. Mimo że stwierdzenie niezgodności z prawem działania TK nie podważa ostateczności jego orzeczeń jako niezaskarżalnych, to nie wszystkie powodują powstanie stanu *ne bis in idem* i *res iudicata*, bowiem w obrocie prawnym mogą pozostać wyroki naruszające zobowiązania międzynarodowe wynikające choćby z prawa UE (s. 482). Podzielam pogląd Autora, że w takiej sytuacji o ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę spowodowaną przez Trybunał Konstytucyjny praktycznym problemem może okazać się

powiązanie szkody z orzeczeniem TK lub jego działaniem, jednak odpowiedzialności jako takiej wykluczyć nie można. Czy w związku z tym nie byłoby zasadne rozważenie możliwości orzekania przez sądy w okolicznościach konkretnej sprawy stosujące art. 77 ust. 1 w sposób samoistny?

Reasumując, recenzowana monografia stanowi wartościową pozycję, poruszającą zagadnienia o szczególnie istotnym – zarówno z punktu widzenia poznawczo-prawnego, jak i praktycznego – znaczeniu. Mając na uwadze stały proces „udoskonalania" rozwiązań prawnych w zakresie prawa do wynagrodzenia szkody za działania organów władzy publicznej niezgodne z prawem, poszukiwania sposobów wykładni zapewniających najszerszą ochronę poszkodowanym podmiotom, każde nowe opracowanie zagadnieniom tym poświęcone należy uznać za potrzebne i pomocne nie tylko dla praktyków prawa, ale w szerszym ujęciu dla każdego zainteresowanego poznaniem tej problematyki. Podkreślić należy, że mimo podniesionych uwag recenzowana książka stanowi cenne dopełnienie literatury dotyczącej zagadnienia odpowiedzialności odszkodowawczej organów władzy publicznej i wypełnia istotną lukę w zakresie opracowań z tej tematyki w obszarze analizy konstytucyjnoprawnej, jaka istniała po 2007 r.

BIBLIOGRAFIA

Jaworski, Władysław Leopold. 1891. *Zarys teoryi wynagrodzenia szkody*. Lwów: „Ekonomista Polski".

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z dnia 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.).

Ustawa z dnia 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2023 r. poz. 1634 ze zm.).

Ustawa z dnia 20.01.2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz.U. z 2011 r. nr 34 poz. 173).

Orzecznictwo

Wyrok SN z 7.05.2004 r., I CK 624/03, LEX nr 197446.

Wyrok TK z 4.12.2001 r., SK 18/00, LEX nr 50257.

Wyrok TK z 23.09.2003 r., K 20/02, LEX nr 80984.

Wyrok TK z 27.09.2012 r., SK 4/11, LEX nr 1217992.

Wyrok TK z 27.10.2015 r., SK 9/13, LEX nr 1821110.

SPIS TREŚCI

Jan Okoński, Państwo autorytarne Erica Voegelina na tle jego krytyki czystej teorii prawa Hansa Kelsena 5
– Eric Voegelin's Authoritarian State 5

Łukasz Krzyżewski, Problematyka powództwa o ustalenie płci 19
– Procedure of Gender Change 19

Franciszek Skawiński, Use of ICT Systems in Handling Monetary Civil Claims in Poland and England (United Kingdom): A Comparative Analysis 37
– Wykorzystanie systemów teleinformatycznych w postępowaniach w przedmiocie cywilnych roszczeń pieniężnych w Polsce i Anglii (Wielka Brytania): analiza porównawcza 37

Aleksandra Lewandowska, Problematyka przyszłej regulacji związków partnerskich w świetle polityki „tradycyjnej rodziny" 55
– Future Regulation of Partnerships in Poland in the Face of "Traditional Family" Politics . 55

Tomasz Tomczak, Instytucja oddalenia powództwa oczywiście bezzasadnego jako stworzony przez ustawodawcę potencjalny mechanizm do darmowego przerywania biegu przedawnienia? 73
– The Institution of Dismissal of a Claim as Clearly Unfounded as an Created by the Legislator a Potential Mechanism to Interrupt the Limitation Period without Incurring Any Costs? 73

Robert Talaga, Systemowe uwarunkowania zakresu zastosowania definicji legalnej „beneficjenta" w ramach polityki spójności 87
– Systemic Determinants of the Scope of Application of the Legal Definition of „Beneficiary" under the Cohesion Policy 87

Damian Szeleszczuk, Środki karne w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 7 lipca 2022 roku – wybrane problemy 105
– Penal Measures in the Light of the Amendment to the Penal Code of July 7, 2022 – Selected Problems 105

Filip Rubáček, Radka MacGregor Pelikánová, Robert K. MacGregor, The Sustainability of ESAs Triumvirate for Sustainability-Related Disclosures in the Financial Sector – All for One and One for All? 123
– Trwałość triumwiratu ESA dla zrównoważonego rozwoju – ujawnianie informacji w sektorze finansowym: jeden za wszystkich, wszyscy za jednego? 124

Robert Krasoń, Oblicza sprawiedliwości 145
– Faces of Justice 145

Bartłomiej Dziedzic, Uwagi o koncepcji wad oświadczenia woli w prawie polskim i francuskim 167
– Remarks on the Concept of Defects of Consent in Polish and French Law 167

Alina Serhieieva, CEPEJ Gudelines for Mediation Resolving Administrative Disputes – A Comparison between Council of Europe States and Ukrainian Perspectives 185
– Wytyczne CEPEJ dotyczące rozwiązywania sporów administracyjnych za pomocą mediacji – porównanie pomiędzy perspektywą Rady Europy a perspektywą ukraińską 185

Katarzyna Kamińska, From Maternal Preference to Shared Parenting: Child's Well-Being. Lessons from the USA 195
– Od faworyzowania roli matki do wspólnego rodzicielstwa: dobro dziecka. Doświadczenia amerykańskie 195

Olgierd Górecki, Autonomia i wolność – korelacja pojęć w doktrynach polityczno-prawnych 209
– Autonomy and Freedom – Correlation of Concepts in Political and Legal Doctrines 209

Ewa Milczarek, Warunki zastosowania pakietów zero-rating w świetle zasady neutralności sieci 221
– Conditions for the Use of Zero-Rating Packages in the Light of the Principle of Net Neutrality 221

Monika Haczkowska, Artykuł recenzyjny monografii autorstwa Michała Ziółkowskiego pt. *Odpowiedzialność odszkodowawcza za niezgodne z prawem działanie władzy publicznej. Studium z prawa konstytucyjnego*. Warszawa 2021, Wolters Kluwer, ss. 516 233