

Nr **34**



cena
50 zł
(w tym 8% VAT)

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK IX NUMER 4 (34) ZIMA 2020 ROK
ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594 <https://doi.org/10.36128/prw.vi34>



SPÓŁDZIELCZY  **INSTYTUT NAUKOWY**

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

Sieć Przyjaciół



Sieć Przyjaciół zapewnia dostęp do cyfrowej wersji **tygodnika Sieci**, magazynu **wSieci Historii** i artykułów **PREMIUM+** w portalu **wPolityce.pl**



Jacek Karnowski
Redaktor naczelny tygodnika Sieci

Marzena Nykiel
Redaktor naczelna portalu wPolityce.pl

E-PRENUMERATA **SIECI**

TERAZ 50% TANIEJ!

NOWOŚĆ!

DOSTĘP DO TREŚCI PREMIUM+
W PORTALU **wPolityce.pl**

KUP TERAZ: www.SiecPrzyjaciol.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

Journal in Legal and Social Studies

ROK IX NUMER 4 (34) ZIMA 2020

ISSN 2299-405X

E-ISSN 2719-3594

VOL. 9 NO. 4 (34) WINTER 2020

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34>

ERIH PLUS

EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

CEJSH

THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL
OF SOCIAL SCIENCES AND HUMANITIES

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK IX NUMER 4 (34) ZIMA 2020

ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34>

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) – przewodniczący
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Przemysław Dąbrowski** (AP w Słupsku)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (KUL, SIN)
dr hab. **Marcin Glicz** (AP w Słupsku)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr hab. **Justyn Piskorski** (prof. UAM)
dr hab. **Jadwiga Potrzebacz** (prof. KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
prof. **Dariusz Szpoper** (AP w Słupsku)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (UKSW)

Rada międzynarodowa:

prof. **Arsen Akopian** (Federacja Rosyjska)
prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Irakli Burduli** (Gruzja)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
prof. **Carlos Kete** (Angola)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (Ekwador)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

dr **Dominik Bierecki**, Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie – redaktor naczelny
prof. **Adam Czarnota**, Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney – zastępca redaktora naczelnego
dr **Agata Czarnecka**, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu – zastępca redaktora naczelnego
Janusz Ossowski – redaktor prowadzący
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 200 zł,
cena za jeden zeszyt 50 zł (w tym 8 % VAT),
nakład 55 egz.

Konto Wydawcy: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Okladka: Pieter Snayers, *Siege of Aire-sur-la-Lys*
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Liczba punktów do oceny parametrycznej jednostek naukowych – 40

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl

Adres do korespondencji:

Redakcja „Prawa i Więzi”
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

PRAWO i WIEŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

VOL. 9 NO. 4 (34) WINTER 2020

ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34>

Editorial Board:

prof. **Cezary Mik** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw) – President

prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Kozminski University, Warsaw)

prof. **Zbigniew Cieślak** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Przemysław Dąbrowski**, (Pomeranian University in Słupsk)

ks. prof. **Antoni Dębiński** (The John Paul II Catholic University of Lublin)

ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (The John Paul II Catholic University of Lublin)

dr. hab. **Marcin Glicz** (Pomeranian University in Słupsk)

prof. **Tadeusz Jasudowicz** (Nicolaus Copernicus University, Toruń)

prof. **Jarosław Majewski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Marek Michalski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (University of Warsaw)

dr. hab. **Justyn Piskorski**, prof. UAM (Adam Mickiewicz University in Poznań)

dr. hab. **Jadwiga Potrzeszcz**, prof. KUL (The John Paul II Catholic University of Lublin)

prof. **Zbigniew Rau** (University of Lodz)

prof. **Dariusz Szpoper** (Pomeranian University in Słupsk)

dr. **Marcin Romanowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

International Editorial Board:

prof. **Arsen Akopian** (Yelets State University)

prof. **Zenon Bankowski** (University of Edinburgh)

prof. **Irakli Burduli** (Tbilisi State University)

prof. **Christian Hillgruber** (University of Bonn)

prof. **Håkan Hydén** (Lund University)

dr. **Bogdan Iancu** (University of Bucharest)

prof. **Carlos Kete** (Agostinho Neto University)

dr. hab. **Zdeněk Koudelka** (Masaryk University)

prof. **Martin Krygier** (University of New South Wales)

prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (University of the Americas)

prof. **Martin Rhonheimer** (Pontifical University of the Holy Cross)

prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (La Salle University)

prof. **Hideki Tarumoto** (Hokkaido University)

Editorial Team:

dr. **Dominik Bierecki**, Cooperative Research Institute in Sopot – Editor-in-Chief

prof. **Adam Czarnota**, University of New South Wales, Sydney – Deputy Editor-in-Chief

dr. **Agata Czarnecka**, Nicolaus Copernicus University, Toruń – Deputy Editor-in-Chief

Janusz Ossowski – Managing Editor

Michał J. Czarnecki – Proofreading

Andrzej Kozakowski – Layout Editor

Annual subscription: 200 PLN,
price per issue: 50 PLN (8 % VAT included),
printed circulation: 55 copies

Publisher's bank account: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Journal cover: Pieter Snayers, *Siege of Aire-sur-la-Lys*

Source: Web Gallery of Art, Hungary
(www.wga.hu)

Parametric evaluation of scientific units
– 40 points

The original version is a paper version

Published by:



SPÓŁDZIELCZY

INSTYTUT NAUKOWY

Addresses:

Publisher's office:

Spółdzielczy Instytut Naukowy G. Bierecki sp. j.

ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland

tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90

www.sin.edu.pl

Mailing address:

"Law and Social Bonds" editorial office

ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland

www.prawoiwiedz.edu.pl

e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl



Spis treści

ARTYKUŁY

Marta Stepnowska

Prawo członka spółdzielni do informacji..... 11

Paweł Widorski

The Abuse of Authority by a Professional Counsel in Civil Proceedings..... 31

Sebastian Czechowicz

Zasadność istnienia kary nagany i możliwość jej stosowania za wykroczenie uchylania się od obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci..... 51

Aleksandra Młynarkiewicz

Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa 65

Ewa Derc

Cechy działań Komisji Nadzoru Finansowego wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w kontekście definicji władczych i pozawładczych działań administracji oraz konsekwencje władczego kształtowania sytuacji prawnej kas i Kasy Krajowej w formach niewładczych 89

Eryk Kosiński, Anna Mikulska

Assessing the Rules of Functioning and Organization of the Wholesale Natural Gas Market in the European Union and Ukraine: Legal and Socio-political Perspective. Part 1. The Backdrop: Natural Gas Market in the EU and Ukraine..... 125

Marian Masternak

Prawne aspekty funkcjonowania organizacji pożytku publicznego w Polsce..... 138

Dariusz Szpopper

Niedoszła próba ograniczenia samodzierżawia. Aleksander I i warszawski projekt konstytucji dla Imperium Rosyjskiego z lat 1818-1820 168

<i>Adam Ostrowski</i>	
Jerzy Panejko i jego poglądy na instytucję samorządu	203
<i>Anna Korzeniewska-Lasota</i>	
Legislacyjne próby rozwiązania kwestii rozliczenia się za tzw. mienie zabużańskie w latach 1989-2003	231
<i>Maciej Helmin</i>	
U początków funkcjonowania sądownictwa polskiego na Żuławach i Powiślu po II wojnie światowej. Sąd Grodzki w Malborku (1945-1950).....	252
<hr/>	
<i>Maciej Serowaniec</i>	
The Financial Independence of the Supreme Audit Institutions in the Light of Regulations of EU Member States.....	275
<i>Łukasz Kułaga</i>	
Zmiana paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie międzynarodowego prawa inwestycyjnego	286
<i>Adam Wiśniewski</i>	
Europejski Trybunał Praw Człowieka trybunałem konstytucyjnym Europy?	320
<i>Paweł Króliczek</i>	
Postlegislacyjna ocena skutków regulacji na szczeblu federalnym w Stanach Zjednoczonych	348
<hr/>	
<i>Arkadiusz Barut</i>	
Prawo jako wyraz „idei kierującej”. Koncepcja Maurice’a Hauriou i jej aktualność.....	370
<hr/>	
AUTORZY	
Noty o autorach	397



Table of Contents

ARTICLES

Marta Stepnowska

Cooperative Member's Right to Receive Information 11

Paweł Widorski

The Abuse of Authority by a Professional Counsel in Civil Proceedings..... 31

Sebastian Czechowicz

Reasonableness of a Reprimand and Its Applicability for Evading
Mandatory Vaccinations for Children..... 51

Aleksandra Młynarkiewicz

Legal Aspects of Parental Abduction and Kidnapping and the Welfare
of the Child – a Study of Conditions against a Background of Case-Law .. 65

Ewa Derc

Characteristics of the Polish Financial Supervision Authority's
actions towards Credit Unions in the Context of the Imperious
and Non-Imperious Actions of the Administration,
and the Consequences of the Imperious Actions of Administration
Towards Legal Situation of Credit Unions and National Association
of Cooperative Savings and Credit Unions (NACSCU)
in the Form of Non-Imperious Actions 89

Eryk Kosiński, Anna Mikulska

Assessing the Rules of Functioning and Organization of the Wholesale
Natural Gas Market in the European Union and Ukraine: Legal
and Socio-political Perspective. Part 1. The Backdrop: Natural Gas
Market in the EU and Ukraine..... 125

Marian Masternak

Legal Aspects of the Activities of Public Benefit Organizations
in Poland..... 138

Dariusz Szpoper

A Failed Attempt to Limit Self-Lease. Alexander I and the Warsaw
Constitution Draft for the Russian Empire between 1818 and 1820 168

<i>Adam Ostrowski</i>	
Jerzy Panejko and His Views on the Institution of the Local Government	203
<i>Anna Korzeniewska-Lasota</i>	
Legislative Attempts to Resolve the Issue of Settling for So-Called „Property Left beyond the Bug River” in between 1989 and 2003.....	231
<i>Maciej Helmin</i>	
The First Years of the Judicial System in Żuławy and Powiśle after the II World War. District Court in Malbork (1945-50).....	252
<hr/>	
<i>Maciej Serowaniec</i>	
The Financial Independence of the Supreme Audit Institutions in the Light of Regulations of EU Member States.....	275
<i>Eukasz Kulaga</i>	
Paradigm Shift in International Law with Particular Focus on International Investment Law.....	286
<i>Adam Wiśniewski</i>	
The European Court of Human Rights as a Constitutional Court for Europe?.....	320
<i>Paweł Króliczek</i>	
Post-Legislative Regulatory Impact Analysis in American Federal System	348
<hr/>	
<i>Arkadiusz Barut</i>	
Law as a „Directing Idea”. Maurice Hauriou’s Concept and Its Validity ...	370
<hr/>	
AUTHORS	
About the Authors.....	397



ARTYKUŁY

Prawo członka spółdzielni do informacji

Cooperative Member's Right to Receive Information

Among the cooperative member's rights special attention should be paid to the right to receive information about operations of a cooperative. A general provision concerning this right can be found in Cooperatives Law Act of September 16, 1982 (CL). According to Article 18 § 2(3) of the latter, a member of a cooperative has the right to receive copies of the constitutional document and the rules and regulations of the cooperative, as well as the right to read resolutions passed by the cooperative bodies, minutes of cooperative body meetings, vetting reports, annual financial statements and agreements executed between the cooperative and third parties, without prejudice to Article 81.1 of Housing Cooperatives Act of December 15, 2000 (HCA). CL's Article 18 § 2 (3) provides a right to receive copies of the constitutional document of the cooperative and its rules and regulations, as well as the right to read resolutions passed by the cooperative bodies, minutes of cooperative body meetings, vetting reports, annual financial statements and agreements executed between the cooperative and third parties. On the other hand, HCA's Article 81. 1- 3 provides only the right to receive copies of the constitutional document of the cooperative and its rules and regulations, annual financial statements, invoices and agreements executed between the cooperative and third parties. It also states which documents, save for invoices and agreements, should be posted on the website of the cooperative concerned. Amendments to the legislation within the above mentioned scope were introduced chiefly by an Act of June 14, 2007. Justified concerns of both legal and technical nature of those amendments have been raised both in literature and the case-law. It has not been indicated correctly, precisely and clearly whether cooperative members have only the right to receive copies of documents, or whether they also have the right to see originals of those documents personally, or whether CL's Article 18 § 3 applies to cooperative members, finally what is the meaning of 'third party' with whom the cooperative executes an agreement.

Marta Stepnowska

*doktor nauk prawnych
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

ORCID – 0000-0003-3607-1786

Słowa kluczowe: członek spółdzielni, udostępnienie, statut, regulaminy, uchwały, protokoły sprawozdanie finansowe, osoba trzecia

Keywords: cooperative member, access, nonconstitutional document, rules and regulations, resolutions, reports/minutes, financial statements, third party

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.234>

1. Uwagi ogólne

Z praw przysługujących członkom spółdzielni na szczególną uwagę zasługuje prawo do informacji na temat działalności spółdzielni. Ogólnym przepisem dotyczącym tego prawa jest art. 18 § 2 pkt 3 ustawy z 16.9.1982 r. – Prawo spółdzielcze, zgodnie z którym członek spółdzielni ma prawo do otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami obrad organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi oraz umowami zawieranymi przez

spółdzielnię z osobami trzecimi, z zastrzeżeniem art. 8¹ ust. 1 ustawy z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych. Z kolei art. 8¹ ust. 1- 3 u.s.m. stanowi tylko o prawie do otrzymania odpisu statutu i regulaminów, kopii uchwał organów spółdzielni i protokołów obrad organów spółdzielni, protokołów lustracji, rocznych sprawozdań finansowych oraz faktur i umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi, które, poza fakturami i umowami, powinny być udostępnione na stronie internetowej spółdzielni. Zmiany przepisów w omawianym zakresie zostały wprowadzone do systemu prawnego głównie ustawą z dnia 14 czerwca 2007 r., o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, a w literaturze oraz w orzecznictwie trafnie podnosi się, że budzą wątpliwości zarówno natury legislacyjnej, jak i merytorycznej: czy członkom spółdzielni mieszkaniowych przysługuje tylko prawo do otrzymania odpisów i kopii dokumentów, czy też posiadają oni także wynikające z pr.spółdz. prawo do zaznajamiania się z oryginałami tych dokumentów osobiście, w siedzibie spółdzielni lub w innym wyznaczonym miejscu, czy do członków spółdzielni mieszkaniowych znajduje zastosowanie art. 18 § 3 pr.spółdz., czy, w końcu, jak interpretować pojęcie osoby trzeciej, z którą spółdzielnia zawiera umowy czy obowiązek zamieszczania na stronie internetowej spółdzielni powyższych informacji.

2. Zakres praw do informacji członków spółdzielni

Prawa i obowiązki członków spółdzielni, wynikające ze stosunku członkostwa, można podzielić na dwie grupy: organizacyjne-niemajątkowe (np. art. 18 § 2 pkt 1–4, art. 18 § 5, art. 37 § 4 pr. spółdz.) oraz majątkowe (art. 18 § 2 pkt 5 i 6 pr. spółdz.)¹. Prawa niemajątkowe mają zwykle charakter konkretny, a zatem mogą być wykonywane od chwili powstania stosunku członkostwa². Mogą one jednak mieć także charakter abstrakcyjny, jak np. prawo zaskarżenia do sądu uchwały walnego zgromadzenia. Wówczas prawa te konkretyzują się w czasie trwania stosunku członkostwa,

-
- 1 Stefan Grzybowski, *Prawo spółdzielcze w systemie porządku prawnego* (Warszawa: Zakład Wydawnictw CRS, 1976), 120, Teresa Misiuk, *Sądowa ochrona praw członków spółdzielni* (Warszawa: Zakład Wydawniczy CZSR, 1979), 25 i n. Podział taki znajduje zastosowanie także w odniesieniu do praw i obowiązków wynikających ze stosunków pochodnych od stosunku członkostwa. Zob. Katarzyna Kryła-Cudna w: *System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo spółdzielcze*, red. K. Pietrzykowski 2020, wyd. 1 (Warszawa: C. H. Beck, 2020), 130.
 - 2 Krzysztof Pietrzykowski, „Prawa rzeczowe do lokali w spółdzielni mieszkaniowej”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. IV (Warszawa: C. H. Beck, 2012), 346; Krzysztof Pietrzykowski, *Członkostwo w spółdzielni – wybrane aspekty*, *SPP*, nr 2 (2020): 23.

a niekiedy także w związku z ustaniem tego stosunku³. Katalog praw i obowiązków członków spółdzielni przedstawiony w art. 18 pr. spółdz. ma charakter otwarty⁴.

Prawo do informacji członka spółdzielni w obowiązującym stanie prawnym regulują przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych⁵. Wskazują, do jakich dokumentów ma dostęp członek spółdzielni oraz w odniesieniu do jakich dokumentów i z jakich przyczyn dostęp ten może być ograniczony. Określają one również formę odmowy udostępnienia określonych dokumentów, tryb odwoławczy od decyzji spółdzielni i organ właściwy do rozpatrzenia wniosku członka spółdzielni kwestionującego odmowę udostępnienia mużądanego dokumentu.

Zmiany przepisów w omawianym zakresie zostały wprowadzone do systemu prawnego głównie ustawą z dnia 14 czerwca 2007 r., o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, w literaturze oraz w orzecznictwie trafnie podniesiono, że budzą wątpliwości, gdyż nie są sformułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny⁶. Przepisy art. 8¹ ust. 1 i 2 u.s.m., które częściowo powtarzają, a częściowo

- 3 Krzysztof Pietrzykowski, *Prawa rzeczowe do lokali* (Warszawa: C. H. Beck, 2012), 346, K. Kwapisz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz* (Warszawa: LexisNexis 2012), 62.
- 4 Krzysztof Pietrzykowski, „Komentarz do ustawy Prawo spółdzielcze (art. 18)”, [w:] *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 9 (Warszawa: Legalis 2018).
- 5 Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz.U. 2020, poz 275 ze zm.) dalej jako pr.spółdz., ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. 2020, poz. 1465 ze zm.) dalej jako u.s.m.
- 6 Ustawą z dnia 14 czerwca 2007 r., o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 125, poz. 873 ze zm.). Zob. Wyrok SA w Szczecinie z dnia 22 maja 2013 r., I ACa 121/13, Lex nr 1400474. Zob. Krzysztof Pietrzykowski, „Komentarz do ustawy Prawo spółdzielcze (art. 8¹)”, [w:] *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 9 (Warszawa: Legalis 2018); M. Wrzolek-Romańczuk, „Obowiązki informacyjne spółdzielni a ochrona danych osobowych” *Palestra*, nr 7-8 (2013): 103; też: „Niewykorzystane szanse nowelizacji. Uwagi do ustawy z 14.06.2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw”, cz. I–II *Palestra*, nr 7-8 (2007): 129-140; nr 9-10 (2007): 142-154; E. Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warszawa: Lex, 2013); A. Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych* (Komentarz, LEX 2014).

modyfikują reguły określone w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz, naruszają zasady przyzwoitej legislacji, słusznie wywodzone przez TK z art. 2 Konstytucji RP⁷.

Powołane ustawy przyznają prawa członka spółdzielni dostępu do dokumentów spółdzielni, zarazem ograniczając je do określonych dokumentów i nakładają na spółdzielnie określone obowiązki w tym zakresie.

Enumeratywne podanie przez ustawodawcę dokumentów udostępnionych członkowi spółdzielni wskazuje na zamknięty katalog przedmiotowej regulacji, przez co ogranicza członka w uprawnieniach informacyjnych⁸. Z unormowań zawartych w art. 8¹ ust. 1 u.s.m. oraz art. 18 § 2 pkt 3 pr.spółdz. w żaden sposób nie wynika natomiast uprawnienie członków do uzyskania informacji o działaniach podejmowanych przez spółdzielnię. Brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres praw członków spółdzielni, o których mowa w powyższych przepisach wykracza poza udostępnianie członkowi spółdzielni określonych dokumentów i reguluje prawo członka spółdzielni do uzyskiwania informacji o działaniach podejmowanych przez spółdzielnię⁹.

Zgodnie ze stanem prawnym, obowiązującym do dnia 30 lipca 2007 r., obowiązki spółdzielni w zakresie udostępniania członkom dokumentów były w całości uregulowane w ustawie Prawo spółdzielcze w art. 18 oraz art. 31 i 32 tej ustawy¹⁰. Celowe przepisy ustanawiają prawo członka każdej spółdzielni do otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami obrad organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi, umowami zawieranymi przez spółdzielnię z osobami trzecimi. Prawu temu odpowiada obowiązek każdej spółdzielni udostępnienia członkom tych dokumentów (w przypadku statutu i regulaminów także wydania ich odpisów). Członek każdej spółdzielni ma także prawo przeglądać rejestr członków, zawierający ich imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania (w odniesieniu do członków będących osobami prawnymi – ich nazwę i siedzibę), wysokość zadeklarowanych i wniesionych udziałów, wysokość wniesionych wkładów, ich rodzaj, jeżeli są to wkłady niepieniężne, zmiany tych danych, datę przyjęcia w poczet

7 Zob. Krzysztof Pietrzykowski, „Komentarz do ustawy Prawo spółdzielcze” (art 8¹), [w:] *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 9 (Warszawa: Legalis 2018); Wrzołek-Romańczuk, *Niewykorzystane szanse nowelizacji*, cz. I, 135 i n.

8 Zob. Krzysztof Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warszawa 2016), 118 i n.

9 Wyrok SA w Szczecinie z dnia 22 maja 2013 r., I ACa 121/13, Lex nr 1400474. Odmiennie Anna Wilk, „Prawo członków spółdzielni mieszkaniowych do informacji” *Nieruchomości*, nr 10 (2019): 12.

10 Zob. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 10 stycznia 2008 r. do Trybunału Konstytucyjnego, RPO-564591-V-KD/07. www.rpo.gov.pl.

członków, datę wypowiedzenia członkostwa i jego ustania, a także inne dane przewidziane w statucie. Prawo przeglądania rejestru służy również małżonkowi członka, wierzycielowi członka spółdzielni oraz wierzycielowi spółdzielni. Powyższe wskazuje, że ogólne przepisy dotyczące spółdzielni w bardzo szerokim zakresie zapewniają członkowi spółdzielni dostęp do dokumentów spółdzielni. Z uwagi, iż takie szerokie prawo dostępu do informacji, które ma spółdzielnia, może prowadzić do kolizji z przepisami o ochronie danych osobowych, przepisami o ochronie dóbr osobistych lub przepisami dotyczącymi tajemnicy handlowej, w art. 18 § 3 Prawa spółdzielczego, przewidziano możliwość odmowy spółdzielni wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi, jeżeli naruszałoby to prawa tych osób lub jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że członek wykorzysta pozyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółdzielni i przez to wyrządzi spółdzielni znaczną szkodę. Członkowi spółdzielni zagwarantowano możliwość poddania odmowy spółdzielni kontroli sądu rejestrowego¹¹.

Zgodnie z art. 8¹ ust. 1 u.s.m. członkom spółdzielni mieszkaniowych przysługuje prawo do otrzymania kopii uchwał organów spółdzielni i protokołów obrad organów spółdzielni, protokołów lustracji, rocznych sprawozdań finansowych oraz faktur i umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi. Przepis ten jest przepisem *lex specialis* w stosunku do art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz., który uprawnia członka spółdzielni do otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami obrad organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi, umowami zawieranymi przez spółdzielnię z osobami trzecimi.

Statut spółdzielni może przewidywać udostępnianie również innych dokumentów niż te wymienione w art. 8¹ u.s.m. Zgodnie z art. 18 § 4 pr. spółdz, członkowi spółdzielni przysługują również inne prawa określone wynikające z członkostwa w spółdzielni, jeśli zostały określone w statucie spółdzielni. Spółdzielnia musi jednak pamiętać o konieczności stosowania przepisów o ochronie danych osobowych, ponieważ przetwarza dane osobowe. Przepis art. 30 pr. spółdz. stanowi podstawę prawną legalizującą przetwarzanie danych osobowych, które w tym przypadku polegają na ich udostępnieniu, czyli jest spełniona przesłanka wskazana w art. 23 ust. 1 pkt 2 u.o.d.o.¹².

Członek spółdzielni mieszkaniowej może żądać otrzymania odpisów statutu i regulaminów. Zgodnie też z art. 31 pr. spółdz zarząd spółdzielni powinien wydać każdemu członkowi na jego żądanie odpis statutu oraz regulaminów wydanych na podstawie tego statutu. Jest to istotne, gdyż wedle art.

11 Ibidem.

12 Szerzej Dariusz Wociór, *Ochrona danych osobowych i informacji niejawnych z uwzględnieniem ogólnego rozporządzenia unijnego* (Warszawa: Legalis, 2016).

18 § 5 pkt. 1 pr. spółdz członek spółdzielni ma obowiązek przestrzegania postanowień statutu i opartych na nich regulaminów wydanych przez organy spółdzielni. Dla ich przestrzegania powinien mieć możliwość dostępu do ich tekstu. Należy także nadmienić, że regulaminy powinny być udostępnione na stronie internetowej spółdzielni (art. 8¹ u.s.m.).

Ponadto, może żądać otrzymania kopii uchwał organów spółdzielni (kopii uchwał walnego zgromadzenia członków, kopii uchwał zarządu spółdzielni mieszkaniowej, kopii uchwał rady nadzorczej spółdzielni mieszkaniowej). Również według ogólnego przepisu art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz członek spółdzielni ma prawo zaznajamiania się z uchwałami tych organów. To uchwały zezwalające zarządowi na podejmowanie określonych czynności prawnych oraz uchwały w sprawach indywidualnych, chociaż w formie uchwał przyjmowane są również regulaminy organów spółdzielni, w tym miejscu przyjmuje się kopie innych uchwał niezawierających abstrakcyjnie sformułowanych regulaminów¹³.

W dalszej kolejności wedle art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz członek spółdzielni ma prawo zaznajamiania się protokołami obrad organów spółdzielni i protokołami lustracyjnymi. Na podstawie art. 41 § 3-5 pr. spółdz, protokół sporządza się z obrad walnego zgromadzenia, który powinien być podpisany przez przewodniczącego walnego zgromadzenia oraz przez inne osoby wskazane w statucie. Protokoły są jawne dla członków spółdzielni, przedstawicieli związku rewizyjnego, w którym spółdzielnia jest zrzeszona, oraz dla Krajowej Rady Spółdzielczej. Przechowuje je zarząd spółdzielni co najmniej przez dziesięć lat, o ile przepisy w sprawie przechowywania akt nie przewidują terminu dłuższego.

Na podstawie przepisów ogólnych pr. spółdz, zarząd spółdzielni obowiązany jest na żądanie członka spółdzielni udostępnić mu do wglądu nie tylko protokół lustracji, ale również wnioski polustracyjne i informacje o realizacji wniosków polustracyjnych (art. 93 § 2 pr. spółdz). Do wyłącznej właściwości walnego zgromadzenia członków należy rozpatrywanie wniosków wynikających z przedstawionego protokołu polustracyjnego z działalności spółdzielni oraz podejmowanie uchwał w tym zakresie. Protokół czynności lustracyjnych sporządza lustrator i składa go radzie nadzorczej i zarządowi spółdzielni. Na podstawie protokołu lustracji przeprowadzający ją związek rewizyjny lub Krajowa Rada Spółdzielcza opracowuje wnioski polustracyjne oraz przekazuje je zarządowi i radzie.

Członek spółdzielni ma prawo zaznajamiania się z rocznymi sprawozdaniami finansowymi. Roczne sprawozdanie finansowe spółdzielni mieszkaniowej, obejmujące także związane z nim dokumenty, w tym opinie biegłego

13 Zob. Katarzyna Królikowska, *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych (Art. 8¹ SpMieszkU). Komentarz*, t. VI A, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe*, red. Konrad Osajda (Warszawa: Legalis 2019).

rewidenta. Na mocy art. 8¹ ust. 1 u.s.m. członkowie spółdzielni posiadają stały dostęp do sprawozdań, także tych, które nie zostały jeszcze przyjęte przez najwyższy organ spółdzielni, ale zostały już sporządzone¹⁴.

Nowy art. 8¹ ust. 1 w porównaniu z art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz rozszerza sferę uprawnień członków spółdzielni mieszkaniowej o możliwość otrzymania kopii ww. dokumentów oraz faktur. W wyroku SA w Białymstoku z 30.7.2015 r. zastosowano do spółdzielni mieszkaniowych bezpośrednio art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz i stwierdzono, iż prawo członka spółdzielni do zaznajamiania się z wymienionymi w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz dokumentami spółdzielni oznacza prawo do poznania treści tych dokumentów, a nie tylko wglądu do nich, czy zobaczenia ich na własne oczy¹⁵. Zdaniem Sądu, jeżeli poznanie treści dokumentów, w przypadku konkretnego członka spółdzielni, wymaga nie tylko pobieżnego ich przeczytania, ale także wykonania samodzielnego odpisu – własnoręcznie lub w formie fotokopii na własny koszt – to brak jest jakiegokolwiek racjonalnego powodu, aby taką formę zaznajomienia się z dokumentami uznać za sprzeczną z prawem lub z innych względów niedopuszczalną. Ponadto, opowiedział się, że nie jest właściwy argument, według którego przepisy ustaw spółdzielczych nie dopuszczały „czytania” dokumentów aparatem cyfrowym, czy też nie przewidywały możliwości samodzielnego sporządzenia odpisów, gdyż istotne jest, że takich czynności wprost nie zakazują, zgodnie z fundamentalną regułą państwa prawa „co nie jest zakazane, to jest dozwolone”. Wobec tego wykładnia art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz prowadzi do wniosku, że na jego podstawie członek spółdzielni może w celu zaznajomienia się z dokumentami sporządzić ich fotokopie lub własnoręczne odpisy. Stanowisko to zasługuje na akceptację, a przyjęcie poglądu, że członkowie spółdzielni mieszkaniowych mieliby być gorzej traktowani w zakresie prawa do informacji niż członkowie innych spółdzielni byłoby nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą równości wszystkich wobec prawa¹⁶.

Treść art. 8¹ ust. 1 SpMieszkU należy natomiast stosować łącznie z treścią art. 31 pr.spółdz., który uzupełnia regulacje i nakłada na zarząd spółdzielni mieszkaniowej obowiązek wydania kopii i odpisów dokumentów¹⁷. W konsekwencji, w odniesieniu do wszystkich spółdzielni, innych niż spółdzielnie mieszkaniowe, uprawnienie członka dostępu do informacji reguluje art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz.

14 Ibidem.

15 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 lipca 2015r., I ACa 262/15, Legalis.

16 Szerzej Piotr Zakrzewski, „Zasada równości w prawie spółdzielczym” *Studia prawnicze KUL*, nr 2 (2008): 67 i n. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 20.6.2007 r. V CSK 125/07, OSNC-ZD 2008, Nr B, poz. 38.

17 Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis.

3. Udostępnianie dokumentów na stronie internetowej spółdzielni

Ponadto, zgodnie z art. 8¹ ust. 1 u.s.m., zamknięty i ograniczony katalog dokumentów – statut spółdzielni mieszkaniowej, regulaminy, uchwały i protokoły obrad organów spółdzielni, a także protokoły lustracji i roczne sprawozdanie finansowe – powinny być udostępnione na stronie internetowej spółdzielni. Analiza orzeczeń potwierdza, że przewidziane w art. 8¹ u.s.m. uprawnienia informacyjne członka spółdzielni mieszkaniowej nie mają nieograniczonego charakteru. Ustawodawca w art. 8¹ ust. 1 u.s.m. wymienił dokumenty, które w odpisach bądź kopiach mają być udostępnione członkowi. Katalog dokumentów z art. 8¹ ust. 1 u.s.m. jest przy tym szerszy od katalogu dokumentów wymienionych w art. 8¹ ust. 3 u.s.m. podlegających udostępnieniu na stronie internetowej spółdzielni mieszkaniowej. Zasadny jest zatem wniosek, że katalog z art. 8¹ ust. 3 u.s.m. jest katalogiem zamkniętym, zawierającym enumeratywne wyliczenie dokumentów, które spółdzielnia mieszkaniowa powinna zamieścić na swojej stronie internetowej¹⁸. Z treści powyższego przepisu wynikają dwa obowiązki spółdzielni mieszkaniowej – posiadania strony internetowej i ustawowy obowiązek publikowania na tej stronie wymienionych dokumentów, a więc udostępniania ich treści nieograniczonej grupie osób.

Udostępnianie na stronie internetowej dokumentów wymienionych w art. 8¹ ust. 3 u.s.m. stanowi powinność, a nie obowiązek spółdzielni, z powodu braku przewidzianej sankcji¹⁹. Niezależnie bowiem od tego, że w ujęciu semantycznym słowa „powinność” oraz „obowiązek” mają charakter synonimów, kwestię znaczenia użytego przez ustawodawcę w tym przepisie zwrotu „powinny być udostępnione” w sposób jednoznaczny wyjaśnił Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lipca 2009 r., sygn. K 64/07. Stwierdził on mianowicie, że (...) art. 8¹ ust. 3 u.s.m., który nakłada obowiązek udostępniania na stronie internetowej spółdzielni mieszkaniowej jej statutu, regulaminów, uchwał i protokołów obrad organów spółdzielni, a także protokołów lustracji i rocznego sprawozdania finansowego (...)²⁰. Spółdzielnia mieszkaniowa ma zatem obowiązek posiadania strony internetowej i zamieszczania na niej dokumentów wymienionych w 8¹ ust. 3 SpMieszkU. Koszty związane z udostępnieniem internetowym obciążają wszystkich członków spółdzielni jako koszty zarządu. Brak jest zatem podstaw do poszukiwania źródeł pokrywania tych kosztów poprzez domaganie się od członka spółdzielni, który zechce zapoznać się z zamieszczonym na stronie internetowej spółdzielni dokumentem i wykonać na swój koszt jego

18 Ibidem.

19 Tak Adam Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 414-416.

20 Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 1 sierpnia 2019 r., I ACa 365/19.

kopię, dodatkowych opłat za korzystanie ze strony internetowej spółdzielni²¹. Rozbieżne orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2015 r., w którym powołany przepis art. 8¹ ust. 3 u.s.m. niewątpliwie nakazuje spółdzielni („powinny być udostępnione”) udostępnianie na stronie internetowej dokumentów tam enumeratywnie wymienionych. Adresatami tej normy prawnej są, poza spółdzielniami mieszkaniowymi (jako zobowiązanymi), członkowie tych spółdzielni, jako uprawnieni²². Spółdzielnia mieszkaniowa ma zatem obowiązek posiadania strony internetowej i zamieszczania na niej dokumentów wymienionych w art. 8¹ ust. 3 u.s.m. Koszty związane z udostępnieniem internetowym obciążają wszystkich członków spółdzielni jako koszty zarządu. Brak jest zatem podstaw do poszukiwania źródeł pokrywania tych kosztów poprzez domaganie się od członka spółdzielni, który zechce zapoznać się z zamieszczonym na stronie internetowej spółdzielni dokumentem i wykonać na swój koszt jego kopię, dodatkowych opłat za korzystanie ze strony internetowej spółdzielni²³.

W wyroku z 15 lipca 2009 r. Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 8¹ ust. 3 u.s.m. rozumiany w ten sposób, że dotyczy udostępniania wskazanych w nim dokumentów wyłącznie członkom spółdzielni mieszkaniowej, jest zgodny z art. 51 ust. 1, 3 i 5 Konstytucji, gwarantującym autonomię informacyjną jednostki oraz nie jest niezgodny z art. 49 i art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji²⁴. Jak zauważa Krzysztof Pietrzykowski, przewidziany w art. 8¹ ust. 3 u.s.m. obowiązek zamieszczania na stronie internetowej spółdzielni statutu, regulaminów, uchwał i protokołów obrad organów, protokołów lustracji i rocznych sprawozdań finansowych, który pośrednio obliguje spółdzielnię do założenia takiej strony, stanowi rozwiązanie bezprecedensowe, niespotykane w polskiej legislacji. Wątpliwości budzi przede wszystkim sama formuła wyroku interpretacyjnego powyższego wyroku TK²⁵. Profesor Pietrzykowski podkreśla także, że stanowisko Trybunału jest o tyle niezrozumiałe, że nakłada na spółdzielnię pozaustawowy obowiązek udostępniania strony internetowej wyłącznie członkom spółdzielni. Uzasadniona jest potrzeba

21 Wyrok SA w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis.

22 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2015 r., I ACa 1530/14, Lex nr 1805952.

23 Wyrok SA w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis.

24 Por. Henryk Cioch, *Prawo spółdzielcze w świetle prezydenckiego projektu ustawy* (Kraków: Zakamycze 2005). Wyrok TK z 15 lipca 2009 r., K64/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 110. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.

25 Szerzej Krzysztof Pietrzykowski, „O tak zwanych »interpretacyjnych« wyrokach Trybunału Konstytucyjnego” *Przeгляд Sądowy*, nr 3 (2004): 15 i n.

powszechnego udostępnienia w szczególności statutu i regulaminów spółdzielni. Inne zaś wymienione w komentowanym przepisie dokumenty powinny być udostępnione również osobom niebędącym członkami, którym przysługują prawa odrębnej własności lokali lub spółdzielcze własnościowe prawa do lokali²⁶.

Katalog praw wymienionych w art. 8¹ ust. 1 u.s.m. dotyczy wyłącznie członków spółdzielni. Nie rozciąga się on na osoby niebędące członkami spółdzielni, którym przysługuje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu lub prawo odrębnej własności lokalu²⁷. Mając na względzie art. 30 pr. spółdz. ustawodawca poszerzył krąg podmiotów, oprócz członka spółdzielni, o jego małżonka i wierzyciela członka lub spółdzielni, które mają prawo przeglądać rejestr członków. Zarząd spółdzielni prowadzi rejestr członków zawierający ich imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania (w odniesieniu do członków będących osobami prawnymi – ich nazwę i siedzibę), wysokość zadeklarowanych i wniesionych udziałów, wysokość wniesionych wkładów, ich rodzaj, jeżeli są to wkłady niepieniężne, zmiany tych danych, datę przyjęcia w poczet członków, datę wypowiedzenia członkostwa i jego ustania, a także inne dane przewidziane w statucie²⁸. Prawo to nie rozciąga się na akta członkowskie,

-
- 26 Tak Krzysztof Pietrzykowski, „Komentarz do ustawy Prawo spółdzielcze (art. 8¹)”, [w:] *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 9 (Warszawa: Legalis 2018).
- 27 Królikowska, *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*; Stefaniak, *Prawo spółdzielcze*, 414-416.
- 28 W decyzji Generalnego Inspektora Ochrony danych Osobowych z dnia 11 lipca 2013 r. DOLiS/DEC-737/13, w której uzasadnieniu zaznaczono, iż zgodnie z art. 30 pr. spółdz., dostęp do danych z rejestru prowadzonego przez zarząd mogą mieć jedynie osoby uprawnione do przeglądania rejestru, tj. członek spółdzielni, jego małżonek i wierzyciel członka lub spółdzielni. Podstawą prawną do udostępnienia danych zawartych w rejestrze członków spółdzielni jest zatem przepis prawa (tj. przesłanka legalnego przetwarzania danych osobowych wskazana w art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych). Tryb i forma udostępniania tych informacji powinna być szczegółowo uregulowana w statucie spółdzielni. Stosując art. 30 pr. spółdz. należy wskazać, że członkowi spółdzielni przysługuje uprawnienie żądania od spółdzielni udostępnienia danych osobowych członków spółdzielni poprzez przejrzanie rejestru członków w zakresie utrwalonym w tym rejestrze. Rola Spółdzielni w procesie realizacji uprawnienia jej członka do dostępu do danych osobowych innych członków jest bierna, tzn. ma ona obowiązek jedynie umożliwić członkowi – w przypadku takiego żądania z jego strony - przejrzanie rejestru, www.giodo.gov.pl. Zob. Wrzołek-Romańczuk, „Obowiązki”, 103.

w których są gromadzone rozmaite informacje o członku. Udostępnienie przez spółdzielnię akt członkowskich osobie trzeciej może być poczytane za naruszenie dóbr osobistych członka (art. 23 i 24 k.c.) oraz przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych²⁹.

4. Prawo członka spółdzielni wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi

Z treści art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. należy wywieść wniosek, iż każdy członek spółdzielni ma prawo o charakterze organizacyjnym wyrażające się we wskazach tam uprawnieniach z zastrzeżeniem art. 8¹ ust. 1 u.s.m. Jedynie w odniesieniu do umów zawieranych z osobami trzecimi ustawodawca przewidział ograniczenie polegające na uprawnieniu spółdzielni do odmowy członkowi wglądu do tego rodzaju umów, regulując tryb odmowy i jej formę, określając dwie podstawy tej odmowy. Natomiast w odniesieniu do udostępniania członkowi spółdzielni pozostałych dokumentów wymienionych w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. ustawodawca nie przewidział żadnych ograniczeń, przewidując jednocześnie w art. 18 § 3 zd. trzecie pr. spółdz. uprawnienie członka spółdzielni do udostępniania umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi.

Zauważyć należy, że art. 18 § 3 pr. spółdz. daje uprawnienie odmowy przez spółdzielnię wglądu czy kopii członkowi, jeżeli to naruszałoby prawa osób trzecich, natomiast art. 8¹ SpMieszkU nie uzależnia wykonania wglądu (kopii) dokumentu od uprzedniej zgody osoby trzeciej³⁰.

Jednak według art. 18 § 3 pr. spółdz. spółdzielnia może odmówić członkowi wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi, jeżeli naruszałoby to prawa osób trzecich lub jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że członek wykorzysta pozyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółdzielni i przez to wyrządzi spółdzielni znaczną szkodę. Oświadczenie woli spółdzielni w sprawie odmówienia członkowi wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi powinno być wyrażone na piśmie. Jednakże w takim wypadku członek może, w terminie 7 dni od dnia doręczenia mu odmowy, złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia umów zawartych z osobami trzecimi³¹.

Judykatura i doktryna są zgodne, że choć stosowanie art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. nie wchodzi w grę, to do zarządu spółdzielni mieszkaniowej znajduje zastosowanie art. 18 § 3 pr. normujący przesłanki odmowy wglądu do

29 Stefaniak, *Prawo spółdzielcze*, 83-83.

30 Wyrok SR w Olsztynie z 3.3.2015 r., I C 1676/14, Monitor Spółdzielczy 2015, Nr 3, 69 i n.

31 Por. Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy prawo spółdzielcze (art. 18)* (Warszawa: Legalis 2018). Zob. wyr. SO w Toruniu z 14.8.2012 r., VI Gz 127/2012, Legalis.

umów zawieranych z osobami trzecimi, formę wyrażania odmowy i tryb jej kwestionowania³². Wymaga, przy tym podkreślenia, że uprawnienie członka do żądania kopii dokumentów, o których mowa w tym przepisie, nie ma charakteru absolutnego i należy uznać za ograniczone. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 grudnia 2010 r. przyjął, że wprawdzie przewidziany w art. 8¹ u.s.m. zakres uprawnień członka spółdzielni mieszkaniowej jest szerszy w porównaniu z uprawnieniami członków innych spółdzielni, ale podlega także ograniczeniom przewidzianym w art. 18 § 3 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze³³. Zgodnie z tym przepisem, spółdzielnia może odmówić członkowi wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi, jeżeli naruszałoby to prawa tych osób lub jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że członek wykorzysta pozyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółdzielni i przez to wyrządzi spółdzielni szkodę. Odmowa powinna być wyrażona na piśmie. Członek, któremu odmówiono wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia tych umów. W ten sposób zapewniona została możliwość kontroli sądowej korzystania z tego uprawnienia, co ma zapobiegać ewentualnym nadużyciom obu stron w tym zakresie, a co jednocześnie gwarantuje właściwy standard ochrony prawnej członkowi związanemu ze spółdzielnią umową o pracę³⁴.

W związku z tym szerszy zakres uprawnień członka spółdzielni mieszkaniowej niż innych członków spółdzielni i tak podlega ograniczeniom przewidzianym w art. 18 § 3 pr. spółdz i nie ma powodów do odmowy jego stosowania³⁵. Mając na względzie ograniczenia dostępu do dokumentów w rezultacie podstawy art. 1 ust. 7 u.s.m. oraz przy wykorzystaniu *argumentum a minori ad maius*, należy jednak przyjąć, iż pomimo barku w art. 8¹ u.s.m. przepisu o możliwości odmowy przez spółdzielnię mieszkaniową sporządzenia kopii umów zawieranych przez tę spółdzielnię z osobami trzecimi,

32 Zob. Ewa Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warszawa: Wolter Kluwer 2018), 42, 922. Wyrok SN z 3.12.2010 r., I CNP 16/10, Biul. SN 2011, Nr 11, 38.

33 Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2010 r. I CNP16/10, Lex nr 950711 w zw. z uzasadnieniem uchwały SN z dnia 21 2013 r. III CZP 21/13, OSNC 2014, nr 1, poz. 1

34 Marta Stepnowska, „Ograniczenia w uprawnieniach informacyjnych członka spółdzielni mieszkaniowej a ochrona danych osobowych”, [w:] *Bezpieczeństwo informacyjne. Aspekty prawne-administracyjne*, red. Waldemar Kitler, Joanna Taczowska-Olszewska (Warszawa: TWO 2017), 344.

35 Wyrok SA w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis.

ma zastosowanie art. 18 § 3 pr. spółdz. tak jak w stosunku do innych typów spółdzielni³⁶.

Przyznanie członkom prawa do otrzymania kopii wszelkich umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi, może w niektórych przypadkach naruszać prawa tych osób do nieujawniania informacji o charakterze osobistym, a także danych osobowych, adresowych itp. albo może być wykorzystane na niekorzyść spółdzielni, dlatego w spółdzielniach mieszkaniowych obowiązuje przepis 18 § 3 pr. spółdz.³⁷. W sprawach o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia dokumentów nie przysługuje skarga kasacyjna³⁸.

Zastosowanie art. 18 § 2 3 pr. spółdz do członków spółdzielni i spółdzielni mieszkaniowych należy rozpatrywać w kontekście ochrony danych osobowych w związku z wejściem w życie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE oraz ustawy z 10.5.2018 r. o ochronie danych osobowych³⁹.

Sposób udostępnienia i katalog dokumentów, których kopię ma prawo otrzymać członkowie spółdzielni mieszkaniowej, jest szerszy od katalogu dokumentów, z którymi mogą zapoznać się członkowie innych spółdzielni. Jego zasadnicza różnica polegała na przyznaniu członkowi spółdzielni mieszkaniowej prawa otrzymania kopii m.in. faktur i umów z osobami trzecimi.

36 Tak Małgorzata Wrzolek-Romańczuk, „Obowiązki”, 110.

37 Zob. Królikowska, *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*. W wyroku SA w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis, wskazał, że dopuszczając możliwość nieograniczonego udostępnienia na stronie internetowej protokołów przetargowych, pomija bowiem to, że zawarte w tego rodzaju materiałach dane stanowią częstokroć tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Zob. wyrok SR dla m.st. Warszawy z 15.3.2017 r., V W 1225/16. <http://www.orzeczenia.mst.warszawa.so.gov.pl>, postanowienie SO w Bydgoszczy z 21.6.2017 r., VIII Ga 61/17. <http://orzeczenia.bydgoszcz.so.gov.pl>.

38 Por. Postanowienie SN z 30.10.2013 r., II CZ 59/13, Legalis.

39 Wrzolek-Romańczuk, „Obowiązki”; M. Stepnowska, „Ograniczenia w uprawnieniach”, 344. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016 r., Nr 119, poz. 1), ustawa z 10.5.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1000).

Pojęcie „osób trzecich” nie zostało zdefiniowane w ustawie pr. spółdz. i ustawie s.m., w kontekście omawianego zagadnienia wymaga sprecyzowania. Właściwe odczytanie istotnej treści i sensu tego unormowania, jak również wyjaśnienia pojęcia „osób trzecich” powinno zostać powiązane z ustawowym (art. 1 u.s.m.) i statutowym przedmiotem działania spółdzielni mieszkaniowej⁴⁰. Wedle czego, za osoby trzecie będą uznane tylko te osoby, które pozostają w stosunkach gospodarczych ze spółdzielnią innych, niż objęte celem jej działania ustawowego i statutowego. Nie są więc nimi członkowie spółdzielni i osoby, które realizują w spółdzielni określone prawa do lokali lub domów jednorodzinnych zgodnie z przedmiotem działania danej spółdzielni, oraz osoby, których lokalami zarządza spółdzielnia, stosownie do art. 1 ust. 3⁴¹. Na tle prawa członka spółdzielni mieszkaniowej do otrzymania kopii umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi i ograniczeń w tym zakresie zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym pojawiły się rozbieżności. Jak ostatecznie przesądził Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z 13 sierpnia 2013 r.⁴², „Członek spółdzielni mieszkaniowej, będący jej pracownikiem, jest osobą trzecią w rozumieniu art. 8¹ ust. 1 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych”. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu podkreślił, że w prawie spółdzielczym zasadniczym stosunkiem prawnym jest stosunek członkostwa, należy więc przyjąć, że osoba trzecia, o której mowa w art. 8¹ ust. 1 u.s.m., to osoba pozostająca poza stosunkiem członkostwa łączącego członka ze spółdzielnią. Oznacza to, że przez umowy zawierane przez spółdzielnię mieszkaniową z osobami trzecimi należy rozumieć wszystkie umowy, których przedmiot pozostaje poza zakresem korporacyjnego stosunku członkostwa w niej, stosunek członkostwa bowiem jest tym podstawowym wyznacznikiem, który określa treść i zakres uprawnień i obowiązków członka w stosunku do każdej struktury organizacyjnej, w tym także w spółdzielni. Ze względu na znaczenie członkostwa, inne powiązania umowne członka ze spółdzielnią mieszkaniową, pozostające poza stosunkiem członkostwa, należy traktować jako umowy zawierane z nią przez osoby trzecie. Argumentował, przy tym, że przemawia za tym zarówno brzmienie art. 8¹ u.s.m., jak i wykładnia systemowa⁴³. Członek spółdzielni mieszkaniowej ma zatem prawo, z reguły, kontrolować jej władze, a więc pytać, jak gospodaruje mieniem i przeglądać dokumenty także w zakresie odnoszącym się do umów z pracownikami spółdzielni. W tym konflikcie interesów trzeba przyznać prymat interesowi korporacyjno-spółdzielczemu,

40 Zob. Roman Dżiczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 270 i n.

41 Ibidem.

42 Uchwała SN z dnia 21 sierpnia 2013 r. III CZP 21/13, OSNC 2014, nr 1, poz. 1.

43 Ibidem.

przyjmując, że przewidziane w art. 8¹ ust. 1 u.s.m. ograniczenie prywatności pracownika spółdzielni mieszkaniowej, który jednocześnie jest jej członkiem, przez dopuszczenie możliwości żądania przez innego członka udostępnienia kopii jego umowy o pracę, jest racjonalne i konieczne do wykonywania przez spółdzielców kontroli działalności zarządu, a jednocześnie nie jest ograniczeniem nadmiernym⁴⁴.

Próby ograniczenia członków spółdzielni w dostępie zarówno do treści uchwał organów spółdzielni, jak i protokołów obrad tych organów nie powinny być usprawiedliwiane obowiązywaniem przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, które nie zmieniają ani nie ograniczają zakresu uprawnień i obowiązków spółdzielni określonych w powyższych przepisach⁴⁵.

5. Koszty sporządzenia odpisów i kopii dokumentów

Norma art. 8¹ ust. 2 u.s.m. uzupełnia uprawnienia informacyjne członka spółdzielni o kwestiach organizacyjnych, stanowiąc, że koszty sporządzania odpisów i kopii tych dokumentów, z wyjątkiem statutu i regulaminów uchwalonych na podstawie statutu, pokrywa członek spółdzielni, który wnioskuje o ich otrzymanie. Tylko rzeczywiste koszty, wynikające z przepisu art. 8¹ u.s.m., są zobligowani ponosić członkowie spółdzielni ubiegający się o wydanie kopii dokumentów, a nie jednostronnie z góry określone w formie cenników czy opłat. Przy tym art. 8¹ u.s.m. nie uzależnia wykonania kopii dokumentu od uprzedniej zgody osobny trzeciej⁴⁶. W literaturze podnosi się, że nie ma przeszkód, aby udostępnić do wglądu członkowi dane dokumenty, będzie miał on prawo wykonania samodzielnie i na własny koszt ich fotokopii w lokalu spółdzielni⁴⁷.

44 Zob. Dżiczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, 270 i n.

45 Zob. Decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 11 lutego 2013 r. DOLiS/DEC-120/13/8350, Legalis.

46 Zob. wyrok SR w Olsztynie z dnia 3 marca 2015 r., I C 1676/14, M.Spółdz. 2015, nr 3, 69-72. Por. wyrok SR w Olsztynie z dnia 20 października 2014 r. IX W 1214/14, M.Spółdz. 2015, nr 1, 56-58, w którym sąd uznaje, że członek zarządu spółdzielni jest osobą upoważnioną do udostępnienia członkowi spółdzielni mieszkaniowej odpisów oraz kopii dokumentów, o których mowa w art. 8¹ ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Jest on także osobą wymienioną w art 27³ pkt 1 u.s.m., która ponosi odpowiedzialność za dopuszczenie do tego, że spółdzielnia nie udostępniła członkowi tychże dokumentów.

47 Zob. Dżiczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, 270 i n.; Stefaniak, „Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych”, 414-416, wskazuje że pokrywane przez członków koszty sporządzania odpisów i kopii dokumentów (art. 8¹ ust. 2 u.s.m.) nie mogą przynosić spółdzielni

Na gruncie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych orzecznictwo wypracowało pewne zasady rozstrzygania sporów z tytułu opłat między spółdzielnią a jej członkami. Przyjęto m.in. zasadę maksymalnego powiązania wysokości opłat z rzeczywistą wysokością wydatków ponoszonych przez spółdzielnię na daną usługę wykonaną na rzecz spółdzielcy, a nadto, że niezależnie od konfiguracji procesowej w konkretnej sprawie to na spółdzielni spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ustalenia żądanej od członka należności⁴⁸. Prawo członka spółdzielni do zaznajamiania się z wymienionymi w art. 18 § 2 ust. 3 Prawa spółdzielczego dokumentami spółdzielni oznacza prawo do poznania treści tych dokumentów, a nie tylko wglądu do nich, czy zobaczenia ich na własne oczy. Jeżeli zatem poznanie treści dokumentów w przypadku konkretnego członka spółdzielni wymaga nie tylko pobieżnego ich przeczytania, ale także wykonania samodzielnego odpisu – własnoręcznie lub w formie fotokopii na własny koszt – to brak jest jakiegokolwiek racjonalnego powodu, aby taką formę zaznajomienia się z dokumentami uznać za sprzeczną z prawem lub z innych względów niedopuszczalną⁴⁹.

W prawie spółdzielczym przyjęto m.in. zasadę maksymalnego powiązania wysokości opłat z rzeczywistą wysokością wydatków ponoszonych przez spółdzielnię na daną usługę wykonaną na rzecz spółdzielcy, a nadto, że niezależnie od konfiguracji procesowej w konkretnej sprawie, to na spółdzielni spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ustalenia żądanej od członka należności członek spółdzielni mieszkaniowej ma prawo otrzymania odpisu statutu i regulaminów oraz kopii uchwał organów spółdzielni i protokołów obrad organów spółdzielni, protokołów lustracji, rocznych sprawozdań finansowych oraz faktur i umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi. Koszty sporządzania odpisów i kopii tych dokumentów, z wyjątkiem statutu i regulaminów uchwalonych na podstawie statutu, pokrywa członek spółdzielni wnioskujący o ich otrzymanie. Jednocześnie spółdzielnia mieszkaniowa nie może odnosić korzyści majątkowych kosztem swoich członków, a zatem uznać należy, iż w skład kosztów sporządzenia odpisów i dokumentów, ale także udostępniania członkowi spółdzielni ich treści do samodzielnego wykonywania fotokopii w siedzibie spółdzielni, mogą wchodzić jedynie faktyczne wydatki ponoszone przez spółdzielnię na realizację powyższych zadań, co wyklucza osiągnięcie przez spółdzielnię z tego tytułu jakichkolwiek zysków⁵⁰.

żadnego zysku. Por. wyr. SA w Łodzi z 24.6.2014 r., I ACa 45/14, Legalis)

48 Zob. Wyrok SA w Białymstoku z dnia 30.07.2017 r. IAc 262/15, Legalis.

49 Ibidem.

50 Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku - I Wydział Cywilny z dnia 8 czerwca 2017 r., I ACa 20/17, Legalis.

6. Sądowa realizacja roszczenia w sprawach o udostępnienie dokumentów

Obowiązek spółdzielni mieszkaniowej, określony w art. 81 ust. 3 u.s.m., rodzi roszczenia cywilnego po stronie członka spółdzielni. Członkowie spółdzielni, wobec braku szczególnego przepisu, są na zasadach ogólnych uprawnieni do sądowego dochodzenia swych praw, w drodze procesu (art. 13 kpc)⁵¹.

Pogląd, że członkowie dysponują jedynie procedurą postępowania wewnątrzspółdzielczego, jest nieuprawniony z tej zasadniczej przyczyny, że postanowienia statutu o postępowaniu wewnątrzspółdzielczym nie mogą ograniczać dochodzenia przez członków ich praw na drodze sądowej, a w przypadku wystąpienia na drogę postępowania wewnątrzspółdzielczego i sądowego, postępowanie wewnątrzspółdzielcze ulega umorzeniu⁵².

Okoliczność zaś, że mamy do czynienia z roszczeniem i sprawą cywilną oraz cywilną drogą sądową (art. 1 i art. 2 § 1 kpc) nie może budzić wątpliwości. Jeżeli bowiem przepis wprost nie wskazuje beneficjenta danej normy (jak czyni to w przypadku art. 8¹ u.s.m) dopiero wówczas, gdy z pomocą wykładni funkcjonalnej i systemowej nie da się odkodować takiego adresata, można uznać, że mamy do czynienia z *lex imperfecta*, a to nie występuje w tym przypadku.

Artykuł 8¹ u.s.m., jak również art. 18 § 2 pr.spółdz, nie stanowią podstawy do formułowania żądania (na drodze procesu sądowego) do udzielenia przez pozwaną, działającą przez swoje organy, informacji o podjętych czynnościach związanych ze statutowymi działaniami spółdzielni. Przepisy te stanowią jedynie podstawę do żądania od spółdzielni określonych dokumentów, związanych z jej funkcjonowaniem⁵³.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że obowiązek spółdzielni mieszkaniowej, określony w art. 8¹ ust. 1 § 3 u.s.m., nie rodzi roszczenia cywilnego po stronie członka spółdzielni⁵⁴. Powołany przepis niewątpliwie nakazuje spółdzielni („powinny być udostępnione”) udostępnianie na stronie internetowej dokumentów tam enumeratywnie wymienionych. Adresatami

51 Ustawa z z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks Postępowania Cywilnego, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1575 ze zm.

52 Zob. Królikowska, *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych*, Por. wyrok SA w Warszawie z 16.6.2015 r., I ACa 1530/14, Legalis

53 Tak Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 22 maja 2013 r., I ACa 121/13, Legalis.

54 Roszczenie jest skonkretyzowanym uprawnieniem, którego treścią jest możliwość domagania się – także na drodze sądowej – określonego zachowania się od podmiotu, na którym spoczywa tego rodzaju obowiązek. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie – I Wydział Cywilny z dnia 1 sierpnia 2019 r. I ACa 365/19, LEX nr 2770870.

tej normy prawnej są, poza spółdzielniami mieszkaniowymi (jako zobowiązanymi), członkowie tych spółdzielni, jako uprawnieni. Oni też, wobec braku szczególnego przepisu, są na zasadach ogólnych uprawnieni do sądowego dochodzenia swych praw, w drodze procesu⁵⁵.

Skoro spółdzielnia mieszkaniowa nie jest podmiotem zobowiązanym do udzielenia informacji publicznej na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, to tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia właściwości sądu administracyjnego do rozpatrzenia skargi na bezczynność Spółdzielni w tym zakresie – art. 58 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵⁶.

Sprawa realizacji uprawnień przysługujących członkom spółdzielni wobec spółdzielni mieszkaniowej, zgodnie z art. 8¹ ust. 1 u.s.m. nie jest sprawą z zakresu działania administracji publicznej, która może być przedmiotem skargi do sądu administracyjnego⁵⁷.

7. Podsumowanie

Prawodawca, ustanawiając prawa informacyjne członków spółdzielni mieszkaniowych wprowadził w art. 8¹ u.s.m. zakres uprawnień członka spółdzielni mieszkaniowej szerszy w porównaniu z uprawnieniami członków innych spółdzielni, ale on podlega także ograniczeniom przewidzianym w art. 18 § 3 pr. spółdz. W zakresie nieuregulowanym w przepisach art. 8¹ - 8³ u.s.m. stosuje się zgodnie z art. 1 ust. 7 u.s.m. przepisy pr. spółdz, wobec zatem odmiennej regulacji w u.s.m., nie będzie wchodzić w grę art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz., ale nie ma powodów do odmowy stosowania art. 18 § 3 pr. spółdz. Przepisy w art. 8¹ ust. 1 i 2 u.s.m, częściowo powtarzają, a częściowo zmieniają reguły określone w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz., co można było założyć, że osiągnięte się przez stosowną nowelizację art. 18 pr. spółdz.

Przyjęta natomiast systematyka art. 8¹, w tym jego ust. 3 u.s.m., w zw. z art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz., zakłada, że obowiązek spółdzielni został skorelowany z uprawnieniami członków. Dotyczy to także pozostałych przepisów wprowadzonych nowelą czerwową do u.s.m. z 2007, których celem było wyraźne uregulowanie praw informacyjnych członka spółdzielni mieszkaniowych, któremu pozycja spółdzielni służy realizacji praw majątkowych i szeroko rozumianych praw zarządczych, w tym prawa do informacji o zapadających uchwałach, regulaminach i innych decyzjach podejmowanych przez organy spółdzielni – obligatoryjne i fakultatywne. Z drugiej zaś strony

55 Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – I Wydział Cywilny z dnia 16 czerwca 2015 r., I ACa 1530/14, LEX nr 1805952.

56 T. j. Dz.U. 2019, poz 2325 ze zm.

57 Por. Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Białymstoku z dnia 5 lutego 2008 r., II SAB/Bk 32/07, LEX nr 973875.

konieczność zapewniania i respektowania praw członków spółdzielni mieszkaniowej do ochrony prywatności, ograniczenia uprawnień informacyjnych w przypadku braku podstaw legalizujących ochronę, udostępnianie, przetwarzanie danych osobowych przez spółdzielnię, co orzecznictwo sądowe potwierdza, stosuje w tym zakresie przepisy omawianej noweli.

Bibliografia

- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warszawa: Lex, 2013.
- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Cioch Henryk, *Prawo spółdzielcze w świetle prezydenckiego projektu ustawy*. Kraków: Zakamycze, 2005.
- Dziczek Roman, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Grzybowski Stefan, *Prawo spółdzielcze w systemie porządku prawnego*. Warszawa: Zakład Wydawnictw CRS, 1976.
- Królikowska Katarzyna, *Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, t. VI A, Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe, red. Konrad Osajda. Warszawa: Legalis, 2019.
- Kryła-Cudna Katarzyna, *System Prawa Prywatnego*, t. XXI, *Prawo spółdzielcze*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 1. Warszawa: C. H. Beck, 2020.
- Kwapisz Krystyna, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis, 2012.
- Misiuk Teresa, *Sądowa ochrona praw członków spółdzielni*. Warszawa: Zakład Wydawniczy CZSR, 1979.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Członkostwo w spółdzielni – wybrane aspekty” *SPP*, nr 2 (2020): 21-39.
- Pietrzykowski Krzysztof, „O tak zwanych »interpretacyjnych« wyrokach Trybunału Konstytucyjnego” *Przegląd Sądowy*, nr 3 (2004): 15-30.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Prawa rzeczowe do lokali w spółdzielni mieszkaniowej”, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. I. 276-458. Warszawa: C. H. Beck, 2012.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2016.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*. Warszawa: Legalis 2018.
- Stefaniak Adam, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Stepnowska Marta, „Ograniczenia w uprawnieniach informacyjnych członka spółdzielni mieszkaniowej a ochrona danych osobowych”, [w:] *Bezpieczeństwo informacyjne. Aspekty prawne-administracyjne*, red.

- Waldemar Kitler, Joanna Taczkowska-Olszewska. 344-355. Warszawa: TWO 2017.
- Wilk Anna, „Prawo członków spółdzielni mieszkaniowych do informacji” *Nieruchomości*, nr 10 (2019): 10-16. DOI: 10.32027/NIER.19.10.2
- Wociór Dariusz, *Ochrona danych osobowych i informacji niejawnych z uwzględnieniem ogólnego rozporządzenia unijnego*. Warszawa: Legalis, 2016.
- Wrzolek-Romańczuk Małgorzata, „Niewykorzystane szanse nowelizacji. Uwagi do ustawy z 14.06.2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, cz. I” *Palestra*, nr 7-8 (2007): 129-141.
- Wrzolek-Romańczuk Małgorzata, „Niewykorzystane szanse nowelizacji. Uwagi do ustawy z 14.06.2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, cz. II” *Palestra*, nr 9-10 (2007): 142-155.
- Wrzolek-Romańczuk Małgorzata, „Obowiązki informacyjne spółdzielni a ochrona danych osobowych” *Palestra*, nr 7-8 (2013): 103-112.
- Zakrzewski Piotr, „Zasada równości w prawie spółdzielczym” *Studia prawnicze KUL*, nr 2 (2008): 67-78.

The Abuse of Authority by a Professional Counsel in Civil Proceedings

The author discusses the problem of the abuse of authority by a professional counsel in civil proceedings. Such abuse should be specifically understood. The premises for the abuse of authority by a professional counsel embrace acting within the limits of authority set by the scope of the power of attorney, taking procedural steps against the real or hypothetical will of the principal provided that acting in accordance with his will does not violate the rules of professional conduct of the counsel. The lack of due diligence of a professional counsel in litigation is not a premise for the abuse of authority but due diligence affects his liability for damages. Abuse of authority is counsel's failure to maintain due diligence.

Paweł Widerski

*PhD of Juridical Science
John Paul II Catholic University of Lublin*

ORCID – 0000-0002-5808-8645

Key words:
abuse of authority, professional counsel,
due diligence

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.200>

1. Introduction

The issue of the abuse of authority by a professional counsel has not yet been widely discussed in the literature. Generally speaking, the doctrine statements related to the abuse of authority are laconic and largely concern substantive law. The aim of this article is to discuss the abuse of authority in civil litigation, and more precisely, abuse of authority by a professional counsel.

The subject matter hereof is a power of attorney. Therefore, the introductory remarks should indicate the manner in which the notion of legal representation in civil proceedings is understood. Namely, the power of attorney in civil law cases is a procedural relationship based on the will of the principal, arising at

the time of demonstrating the power of attorney in accordance with article 89 of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure¹, the content of which is the authorization to perform procedural acts on behalf and to the benefit of the person represented².

2. The concept of a professional counsel in civil proceedings

In civil proceedings, there is an exclusive list of entities that can act as legal representatives. These entities are listed primarily in article 87 of the Code of Civil Procedure, as well as in article 87¹ § 1, article 465 § 1 and 1¹, article 479²⁹ § 3, article 479⁵¹, article 479⁶², article 479⁷³, article 479⁸⁴ and article 691⁵ thereof. Moreover, it is assumed that the status of a legal representative in civil litigation can also be granted to a commercial proxy³. Counsels in civil proceedings embrace a group of the so-called professional counsels. The present article does not include a detailed analysis of the concept of a professional counsel in civil litigation, particularly the features of the professional nature of a power of attorney granted for the purposes of civil litigation. It can only be pointed out that what distinguishes professional representatives from all representatives in civil proceedings is the possibility of providing comprehensive legal assistance in the normative meaning⁴. For example, in article 6 section 1 of the Act on Legal Advisers dated 6 July 1982⁵ it was indicated that the provision of legal assistance by a legal adviser consists in particular in providing legal advice and consultations, drawing up legal opinions, drafting legal acts and appearing before offices and courts as an counsel or defender.

-
- 1 Consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1460 with amendments.
 - 2 See Paweł Widerski, *Pełnomocnictwo w prawie polskim* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2018), 86; see also Z. Krzemiński, *Adwokat w procesie cywilnym. Z wyboru i z urzędu* (Kraków: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, 1999), 19; idem, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*, (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1971), 38; Joanna Parafianowicz, „Commentary on article 92 of the Code of Civil Procedure, edge no. 2”, [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, ed. Olga Maria Piaskowska (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020), LEX.
 - 3 See the resolution of the Supreme Court of 24 July 2013, III CZP 45/13, LEX no. 1350230.
 - 4 See Zenon Klatka, „Pomoc prawna”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. Arkadiusz Bereza (Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010), 44.
 - 5 Consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 75.

Therefore, in civil proceedings legal advisers (article 4 of the Act on Legal Advisers), advocates (article 4 section 1 of the Act of 26 May 1982 – Law on the Bar⁶) and foreign lawyers on the terms described in the Act on Legal Assistance Provided by Foreign Lawyers in the Republic of Poland dated 5 July 2002⁷ (article 1 section 2 of this legal act) are referred to as professional counsels. It should be assumed that patent agents also belong to the group of professional counsels, or they may be referred to as *quasi*-professional counsels in litigation⁸. Pursuant to legal regulations, the profession of a patent agents consists in providing assistance in industrial property matters (article 4 section 1 of the Act on Patent Agents of 11 April 2001⁹). As a result, the attribute of professional patent agents in civil proceedings is not comprehensive and has been limited to intellectual property matters (article 9 section 1 and 1a of the Act on Patent Agents, article 87 section 1 of the Code of Civil Procedure)¹⁰.

3. The concept of abuse of authority

According to the semantic rules of the common language, the term “abuse” means: “conduct or act inconsistent with the accepted standards of conduct”, “to use something beyond measure”, “to use something improperly

6 Consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1513 with amendments.

7 Consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 823.

8 The article lists professional counsels in a positive way, i.e. who is the professional counsel. Taking into account the fact that the regulations of civil procedure enumerate several dozen entities that can be counsels in civil proceedings, a negative way, i.e. who is not the professional counsel, would require an analysis of all these entities. Firstly, it would significantly exceed the scope of the article. Secondly, the main thread of the article would be lost.

9 Consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1861 with amendments.

10 Before 1 July 2020, the material scope of representation of patent agent in civil proceedings was limited solely and exclusively to industrial property matters, and such cases were treated in a relatively broad manner. According to the Act amending the Code of Civil Procedure as well as certain other acts dated 13 February 2020, an amendment to the Code of Civil Procedure entered into force on 1 July 2020 extending the scope of powers of patent agent in civil proceedings, in connection with the introduction of the concept of intellectual property matter (article 479⁸⁹ of the Code of Civil Procedure).

or to an excessive extent”¹¹. As for the concept of the abuse of authority, it is understood in the doctrine in various ways. M. Pazdan writes that it may be a legal act performed by the proxy on behalf of the principal, bringing a legal benefit only to the proxy (e.g. proxy’s debt suretyship agreement) or his relatives¹². However, according to Przemysław Drapała, the structure of the abuse of authority covers cases of the representative acting in breach with good practice (article 5 of the Act of 23 April 1964 – Civil Code¹³), leading to gross violation of the interests of the person represented, as well as cases of the representative taking actions that bring benefit solely to him or his relatives¹⁴. By making a synthesizing comparison, it may be stated that the abuse of a power of attorney is perceived as a situation bearing the following common features:

- a) the proxy acts within the authorization;
- b) his action brings to the person represented losses instead of benefits;
- c) the proxy acts against the actual or hypothetical will of the principal¹⁵.

According to the author, the element in the form of a loss incurred by the principal affects only the liability of the proxy, and is not a premise for the abuse of authority itself. Thus, the mere act of the proxy acting against the will of the principal, regardless of the losses incurred by the principal, is reprehensible and constitutes the abuse of the power of attorney.

4. The abuse of authority by a professional counsel

The abuse of authority in civil proceedings cannot be understood in the same way as in substantive civil law, which becomes apparent mainly

11 See <https://sjp.pwn.pl/slowniki/nadu%C5%BCy%C4%87.html>. [accessed: 31.07.2020].

12 See Maksymilian Pazdan, „Przedstawicielstwo” [in:] *System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, ed. Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak (Warszawa: C. H. Beck, 2019), 627.

13 Consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1145 with amendments.

14 See Przemysław Drapała, „Odpowiedzialność odszkodowawcza pełnomocnika rzekomego,” *Przegląd Prawa Handlowego*, no. 9 (2002): 36.

15 See Pazdan, „Przedstawicielstwo”, 656; see also the judgement of the Supreme Court of 28 February 2018, II CSK 228/17, LEX no. 2486810; the judgment of the Court of Appeal in Kraków of 27 April 2015, I ACa 874/14, LEX no. 1761982; the judgment of the Court of Appeal in Białystok of 4 April 2010, I ACa 83/08, *Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej*, no. 2 (2010): 9 and subsequent articles; Krzysztof Żok, „Nadużycie umocowania przez pełnomocnika – glosa – I ACa 83/08” *Monitor Prawniczy*, no. 12 (2012): 654 and subsequent articles.

when it comes to a group of professional counsels. The understanding of the abuse of authority in civil litigation must be subject to certain adjustments dictated by the dynamics of civil proceedings. The first prerequisite for the abuse of authority by a professional legal counsel is, as in the case of a substantive proxy, acting within the limits of his power of attorney¹⁶. It is obvious that in both cases the power of attorney itself differs in terms of its material scope.

As far as the second prerequisite is concerned, with regard to professional counsels in litigation, the only condition for the abuse of authority is, as a rule, acting against the actual or hypothetical will of the principal. Taking into account the group of professional counsels in civil proceedings, it should be noted that these are entities performing professions of public trust that are bound by the rules of professional ethics. The authority of a representative may not include illegal actions, in this respect the act of granting a power of attorney is absolutely invalid (article 58 of the Civil Code). Therefore, a situation where the will of the principal would be to act through the counsel in a manner inconsistent with the positive law cannot be considered an abuse of authority as it is not possible to speak of acting within the limits of authority at all, and thus the first prerequisite is not fulfilled. However, it cannot be ruled out that the action of a professional counsel in accordance with the will of the principal would fall within the scope of the power of attorney, but would be contrary to the principles of ethics binding upon professional counsels¹⁷. In the author's opinion, when it comes to professional counsels in litigation, the second prerequisite for abuse of authority occurs when the counsel acts against the actual or hypothetical will of the principal provided that acting in compliance with this will does not violate the rules of professional ethics applicable to the counsel. In the case of a professional representative for the purpose of litigation, the norms of professional deontology take precedence over the will of the principal. This is confirmed by the collections of professional deontology. Pursuant to article 7 section 3 of the Code

16 Due to the fact that the professional counsel acts within the limit of his authorization, his procedural actions have procedural consequences. The abuse of authority by a professional counsel does not affect the procedural consequences of a professional counsel's actions. He is liable for the abuse of authority in legal relationship between him and the principal.

17 Not every action under the law is ethical, some behavior complying with the norm and falling within the freedom of contract may be highly unethical; see the decision of the Higher Disciplinary Court of the Bar of 4 July 2009, WSD 2/09, Legalis.

of Ethics for Legal Advisers¹⁸, a legal adviser shall not violate the principles of professional ethics and improperly perform professional duties in order to meet the expectations of the client or third parties. According to § 10 of the Code of Ethics for the Bar¹⁹, an advocate may not justify his breach of the principles of ethics and the dignity of the profession by referring to the suggestions made by the client. Finally, according to § 10 section 1 of the Rules of Professional Conduct of the Patent Agent²⁰, a patent agent may not justify his infringement of the rules of conduct and the dignity of the profession by referring to instructions or orders received from the client or superior. The ethical boundaries of representation cannot be determined by the will of the client²¹. Stanisław Garlicki compares it to the situation of doctors who are always obliged to save human life. A professional representative in litigation must therefore also act *lege artis*. The author notes, however, that even a doctor is obliged to take into account the patient's will regarding, for example, blood transfusion, or consent or lack of consent to the operation, when performing certain activities²². In its decision of 10 January 2009, the Higher Disciplinary Court of the Bar clearly stated that: „The profession of an advocate is a profession of public trust. And this trust must be two-sided. An advocate is bound by the client's procedural position, but this does not mean that he has to act »as dictated by the client« and submit to his will in every respect. The client should respect the advocate, trust his professionalism and

18 The appendix to to the Resolution No. 3/2014 of the Extraordinary National Congress of Legal Advisers on the Code of Ethics for Legal Advisers of 22 November 2014.

19 The announcement of the Presidium of the Supreme Bar Council on the publication of the consolidated text of the Code of Ethics for the Bar and Dignity of the Profession (Code of Bar Ethics) of 27 February 27, 2018.

20 The Rules of Professional Ethics of the Patent Agent (consolidated text, containing the changes of 12 January 2011 introduced by the 7th Extraordinary National Congress of Patent Agents).

21 See Hubert Izdebski, Paweł Skuczyński, Sebastian Sykuna, „Pomoc Prawna”, [in:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 13. Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, ed. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel (Warszawa: C. H. Beck, 2016), 532.

22 See Stanisław Garlicki, „Odpowiedzialność cywilna adwokatury za szkodę wyrządzoną przy udzielaniu pomocy prawnej” *Palestra*, no. 9 (1967): 8.

professional integrity, and if for some reason he does not trust him, he should ask for the appointment of another counsel”²³.

In the context of the abuse of authority on the basis of a professional power of attorney, the will of the principal should be assessed individually in each situation, according to all the facts. Above all, this concerns the will expressed by the principal in an explicit manner, but also the will expressed implicitly. The principal represented by a professional counsel generally does not have legal expertise. Therefore, it seems that on the grounds of the order to protect client interests, which results from the rules of professional conduct of individual legal professions (article 8 of the Code of Ethics for Legal Advisers, § 6 of the Code of Ethics for the Bar, § 2 of the Rules of Professional Conduct of the Patent Agent) whose members may be professional legal representatives in civil law proceedings, it is possible to deduce the principle that the principal’s hypothetical will is to strive for the best possible result of the proceedings. Similarly, among the tasks of an attorney-at-law in Polish civil proceedings Józef Filipowski mentions reliable, conscientious and fair representation of a party aimed at obtaining the most favorable decision therefor²⁴. Thus, if nothing else results from the will of the principal which is expressed explicitly or implicitly through a specific behavior of the principal, it ought to be concluded that the principal has the will for a professional counsel to undertake such activities that will result in obtaining the most favorable resolution of the case. As a consequence, if the counsel fails to take such actions, then he acts against the will of the principal, which essentially constitutes the grounds for assuming that he commits an abuse of the power of attorney provided, undoubtedly, such act is within the limits of the authority granted to him.

The question arises as to whether favorable outcome of the case should be assessed in the light of objective or subjective criteria. The subjective concept is the proper one, since when evaluating the favorability of the result, individual and personal goals that the principal wishes to achieve must be taken into consideration, e.g. the principal may not want to win the case in the objective sense for moral reasons. Nevertheless, also in this respect one should be moderate and each case should be assessed individually. A professional representative may not seek to act according to the will of the client “at any cost”, i.e. in breach of the law, applicable ethical rules, thus exposing the client to irreparable damage. Client interest is expressed in the goal that the client, being the principal of the professional representative in litigation,

23 See the decision of the Higher Disciplinary Court of the Bar of 10 January 2009, WSD 64/08, Legalis.

24 See Józef Filipowski, *Adwokat w procesie cywilnym* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1973), 39; see also Izdebski, Skuczyński, Sykuna, „Pomoc Prawna”, 532.

wants to achieve in the proceedings. Hence, in striving to achieve it, the counsel acts in accordance with the interests of his client. Pursuant to point 2.7. of the Code of Conduct for European Lawyers²⁵, subject to proper observance of all legal provisions and principles of professional ethics, a lawyer shall always act in the best interest of his client and shall favor client interest over his own interest or the interests of other legal professionals²⁶.

Adopting the principle that the principal's hypothetical will is to obtain the most favorable result of the proceedings, which for the counsel means taking the most appropriate procedural actions aimed at achieving this goal, is particularly useful when the counsel cannot obtain an explicit position from his principal. Nonetheless, it is difficult to assess the situation when the principal expresses, in broad terms, the will to obtain an unfavorable resolution of the case, however it may also be the case that the principal wishes the counsel to take incorrect procedural actions being aware or unaware of the legal consequences arising therefrom. In such situation, bearing in mind the specific understanding of the abuse of authority on a procedural basis, it needs to be assumed that an abuse of authority will not take place if a professional counsel undertakes actions that are inconsistent with the will of the principal but in line with the principles of professional conduct.

For instance, legal advisers are subject to an information obligation, i.e. a legal adviser is obliged to provide the client, at his request, with information concerning the course of the case and its result, in particular related to the effects of the procedural steps taken (article 44 section 1 of the Code of Ethics for Legal Advisers), and shall also inform the client about the unreasonableness or unfounded nature of the appeal against the final decision in a given instance (article 44 section 3 of the Code of Ethics for Legal Advisers). In addition, there is an obligation to obtain consent. A legal adviser is obliged to obtain the client's consent to perform procedural steps including the filing of a claim, recognition of a claim, settling a claim, withdrawing a claim (article 44 section 2 of the Code of Ethics for Legal Advisers). If, despite providing the principal with all the required legal expertise, the principal still wishes the counsel to take an erroneous procedural action, the counsel who is a legal adviser should refuse to do so. According to article 26 section 1 of the Code of Ethics for Legal Advisers, a legal adviser may not provide legal assistance if the activities performed thereby violate or pose a significant threat to

25 The appendix to the Resolution No. 8/2010 of the 9th National Convention of Legal Advisers of 6 November 2010.

26 See also Paweł Skuczyński, „Nowy Kodeks etyki radcy prawnego – nowy model relacji z klientem?” *Monitor Prawniczy*, no. 12 (2015): 627-628.

the independence of such legal adviser²⁷. He is obliged to resign from conducting the case, particularly to terminate the power of attorney granted to him by the client (article 26 section 2 of the Code of Ethics for Legal Advisers). This is a further specification of article 22 section 1 the Act on Legal Advisers, pursuant to which, a legal adviser may refuse to provide legal assistance if there are important reasons therefor. Such standpoint is confirmed by the jurisprudence. In the justification of the resolution of the Panel of Seven Judges of 21 September 2000 whose reasoning stipulated that an advocate appointed by the court to the benefit of a party may refuse to prepare a cassation if it is inadmissible or manifestly unfounded. The Supreme Court emphasized that an advocate shall not be guided solely and exclusively by the will of the party if it is in breach with the requirements of expert knowledge²⁸. *Ergo*, in such situation, taking steps against the will of the principal by his counsel cannot be regarded as fulfilling the condition of abuse of authority, since acting in accordance with professional ethics relieves the counsel of the charge of abuse of authority. Moreover, if a professional legal representative acted in accordance with the will of the principal, but in a manner contrary to professional ethics, he would risk liability. According to Jerzy Neumann, an advocate cannot discharge himself of liability for actions that violate ethical and obligatory standards resulting from the principles of his profession. In particular, not only shall he not place burden of the responsibility for unethical conduct on the client, but he cannot even attempt to justify his own reprehensible behavior by the fact that such recommendations were given to him by the client²⁹. Examples of the abuse of authority by a professional counsel are: recognition of a legal action or conclusion of a settlement against the client's will, lodging an appeal in the absence of a client's legal interest (*gravamen*) in appealing, failure to submit a motion as to evidence relevant to the resolution of the case, about which the counsel knew.

-
- 27 It follows from the principle of independence that a legal adviser shall not violate the rules of professional conduct or improperly perform professional duties in order to meet the expectations of the client or third parties, as clearly stipulated in article 7 section 3 of the Code of Ethics for Legal Advisers; see also Jarosław Sobutka, Commentary on article 7 of the Code of Ethics for Legal Advisers, edge no. 3, in *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, ed. Tomasz Scheffler (Warszawa: C. H. Beck, 2017), Legalis.
- 28 See the resolution of the Panel of Seven Judges of the Supreme Court of 21 September 2000, III CZP 14/00, LEX no. 41972.
- 29 See Jerzy Naumann, Commentary on article § 10 of the Code of Ethics for the Bar, edge no. 4, in *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Jerzy Naumann (Warszawa: C. H. Beck, 2020), Legalis.

5. Lack of due diligence by a professional counsel

In the case of legal advisers, pursuant to article 3 section 2 of the the Law on Legal Advisers, a legal adviser performs his profession with due diligence that results from legal knowledge and the principles of ethics of his profession. The obligation of due diligence is set forth in article 12 section 1 of the Code of Ethics for Legal Advisers. Pursuant thereto, a legal counsel is obliged to perform professional activities conscientiously and with due diligence, taking into account the professional nature of the activity. As far as advocates are concerned, according to § 8 sentence 1 of the Code of Ethics for the Bar, an advocate should perform professional activities according to the best will and knowledge, with due honesty, diligence and zeal. As for patent agents, pursuant to article 3 section 3 of the Law on Patent Agents, a patent agent is obliged to practice the profession in compliance with the ethics of the patent agent and with due diligence. This is elaborated in § 3 of the Rules of Professional Conduct of the Patent Agent, according to which a patent agent should perform his professional activities to the best will and knowledge, with due diligence, at the same time maintaining appropriate moderation and dignity. In general, professional representatives in litigation are under obligation of due diligence, which is one of the fundamental duties towards the client as the principal³⁰. Therefore, the question arises whether the lack of due diligence in legal representation of the principal by a professional counsel in litigation is a premise for the abuse of authority. According to Jarosław Sobutka, in terms of the profession of a legal adviser, a legal adviser providing legal assistance is required to be highly diligent and conscientious. Both case law and the doctrine provide a well-established position confirming that the professional nature of an activity is inseparably connected with an increased scope of requirements. It is justified both by the experience of a professional, the highest qualifications obtained thereby and his professional specialist knowledge³¹.

Failure to exercise due diligence by a professional counsel in litigation while representing the principal is not a premise for the abuse of authority. Due diligence is an objective pattern of conduct for a professional counsel in proceedings which he shall observe when performing his professional activities³². According to the normative theory, fault constitutes negative

30 See Sławomir W. Ciupa, „Umowy o świadczenie pomocy prawnej”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. Arkadiusz Bereza (Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010), 76.

31 See Sobutka, Commentary on article 12 of the Code of Ethics for Legal Advisers, edge no. 1.

32 As far as advocates are concerned, the jurisprudence indicates that the professional due diligence standard of an advocate (article 355 § 2 of the

assessment of the entirety of the perpetrator's conduct, consisting in the possibility of holding him liable based on the analysis of his mental state and the existing norm³³. If an counsel acts in a manner that violates the standard of due diligence, he may be charged that conduct in the case was incorrect. Thus, counsel's due diligence has an impact on establishing the counsel's fault³⁴, and thereby constitutes a premise for the counsel's liability for damages³⁵, but not a premise for the abuse of authority. In the absence of specific regulations relating to professional counsels in terms of their liability for damages for improper performance of the obligation resulting from the mandate contract binding upon them and the principal, which includes the provision of legal assistance in the form of representation in court proceedings, the general principles of liability for damages for failure to perform contractual obligations provided for in article 471 and subsequent articles of the Civil Code, including article 472 in connection with art. 355 § 2 of the Civil Code. The said rules also apply to an ex officio representative, since by his appointment a legal relationship is established between him and the party represented, which is similar to the relationship between a legal representative

Civil Code) covers his professionalism in the cases he undertakes. An advocate's professional diligence may be considered not to fall within this standard only if the opinion drawn up thereby or the manner of proceeding in a given case is clearly inconsistent with the applicable provisions or the generally approved statements of the doctrine, or with the established jurisprudence which he had been familiar with before taking the action; see the judgement of the Supreme Court of 15 March 2012, I CSK 330/11, LEX no.1217097.

- 33 See Piotr Machnikowski, Andrzej Śmieja, „Czyny niedozwolone”, [in:] *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, ed. Adam Olejniczak (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 441.
- 34 See Witold Borysiak, “Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 17”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Konrad Osajda, Legalis 2020; Piotr Machnikowski, “Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 2”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Warszawa: C. H. Beck 2019), Legalis; Adam Olejniczak, “Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 2”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, ed. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2014), LEX.
- 35 See Przemysław Drapała, „Pełnomocnik rzekomy jako *negotiorum gestor*” *Państwo i Prawo*, no. 5 (2013): 22.

„by choice” and his client³⁶. According to article 472 of the Civil Code, if a specific provision of an act or a legal transaction does not stipulate otherwise, the debtor shall be held liable for failure to exercise due diligence. In its judgment of 2 December 2004, the Supreme Court indicated that an advocate and a legal counsellor are liable for damages suffered by the principal as a result of their own negligence and errors leading to the loss of the case whose outcome would be beneficial for the party if the counsel exercised due diligence. The principal may demand compensation, and the court adjudicating the case should assess due diligence required from the advocate and legal adviser, taking into account the professional nature of their activities³⁷.

However, a certain relationship can be found between due diligence and the abuse of authority. Namely, due to the fact that the abuse of authority by an counsel is regarded, as a rule, as acting against the will of the principal, it will constitute counsel's failure to maintain due diligence, thus constituting grounds for deeming his conduct as inappropriate (reprehensible). As is the case with the abuse of authority in general terms, also in the case of abuse of authority in civil proceedings by a professional counsel, suffering by the party represented a loss instead of benefit as a result of counsel's acting does not constitute a premise for the abuse of authority itself, but is a premise for the counsel's liability for damages.

The issue of due diligence of a professional counsel in litigation is related to the question of his fault. In line with the traditional views of the Polish civil law science, fault consists of two elements, i.e. objective element defined as unlawfulness, and subjective element sometimes referred to as fault in the strict sense³⁸.

36 See the judgement of the Supreme Court of 12 September 2018, II CSK 536/17, LEX no. 2565810; see also M. Kaczyński, *Pełnomocnik z urzędu w sądowym postępowaniu cywilnym* (Warszawa: C. H. Beck, 2014), 245 and subsequent articles.

37 See the judgement of the Supreme Court of 2 December 2004, V CK 297/04, LEX no. 222184; see also the judgement of the Supreme Court of 21 October 2004, V CK 61/04, LEX no. 124082; the judgement of the Supreme Court of 19 lutego 2014 r., V CSK 189/13, LEX no. 1436183.

38 See Zbigniew Banaszczyk, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 21”, [in:] *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warszawa: C. H. Beck, 2018), Legalis; Witold Czachórski, Adam Brzozowski, Marek Safjan, Elżbieta Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu* (Warszawa: LexisNexis, 2009), 251-216; Janina Dąbrowa, *Wina jako przestępstwo odpowiedzialności cywilnej* (Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1968), 12; Wojciech Dubis, „Commentary on article 415 of the Civil Code,

As for the objective element of fault, i.e. unlawfulness, it needs to be stated that in the case of professional counsels in litigation, it is shaped in a peculiar way. This peculiarity is due to the fact that professional litigants are professionally involved in providing legal assistance. Hence, the objective element of fault is related to the obligations which result therefrom. On the basis of the profession of an advocate, Stanisław Garlicki presents a catalog of fundamental duties of this type, i.e. an advocate undertaking to provide legal assistance is obliged to:

- a) become familiar with the facts of a given case as comprehensively as possible, both with favorable and unfavorable circumstances for his client;
- b) read the evidence (documents, witness statements and others) provided to him by the client;
- c) properly apply legal provisions and, in the case of various possibilities in this regard, apply those most beneficial for the client;
- d) choose the right procedural tactics;
- e) take appropriate measures in a timely manner and mode appropriate in a given case;
- f) properly secure the documents received from the client;
- g) inform the client about the course of his case on an ongoing basis³⁹.

edge no. 6”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Warszawa: C. H. Beck, 2019), Legalis; Tomasz Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1982), 184 and subsequent articles; Monika Wałachowska, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 12”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, ed. Magdalena Habdas, Mariusz Fras (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2018), LEX. However, it should be added that according to another standpoint, unlawfulness is not a part of fault, but is its premise; see Joanna Kuźmicka-Sulikowska, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011), 85-86; Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, *Prawo zobowiązań – część ogólna* (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 205-206; Mariusz Zelek, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 32”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353-626*, ed. Maciej Gutowski (Warszawa: C. H. Beck, 2019), Legalis.

39 See Garlicki, „Odpowiedzialność cywilna” 6; see also Andrzej Zieliński, „Odpowiedzialność odszkodowawcza adwokata i zespołu adwokackiego” *Palestra*, no. 9 (1986): 15.

In terms of a professional power of attorney, the objective element of fault (unlawfulness⁴⁰) is connected with the issue of “malpractice”. In the event of a malpractice during legal representation by a professional counsel, the objective element of fault can be observed. Andrzej Zieliński believes that a malpractice of an advocate will take place when the following elements occur:

- a) advocate’s conduct (action or omission) inconsistent with applicable law;
- b) advocate’s fault;
- c) negative effect suffered by the client⁴¹.

Such viewpoint may raise some doubts as malpractice is objective in nature and it occurs regardless of the subjective attitude of an advocate (legal counsellor, patent agent) performing professional activities within the framework of legal representation (fault in the strict sense). The elements presented by Andrzeja Zielińskiego fit into the premises of liability for damages of a professional counsel rather than a malpractice. Stanisław Garlicki defines an advocate’s malpractice as insufficient knowledge of the facts necessary in a given case and insufficient knowledge of the law⁴². Similarly, with regard to legal advisers, Zenon Klatka says that the person providing legal assistance is liable for ignorance of the applicable legal regulations and the latest case law⁴³.

The doctrine indicates that committing a malpractice justifies liability for damages in the case when the subjective element of fault occurs, i.e. when a professional counsel did not demonstrate due diligence⁴⁴. Similarly, in the judgment of the Court of Appeal in Kraków of 8 November 2018, it was stated that: „An attorney-at-law, legal counsellor or advocate cannot be held responsible for the unfavorable outcome of the case for his client. His liability for damages may arise solely and exclusively from his errors proving failure to maintain due diligence, the consequences of which influenced the

40 It is unlawful to act contrary to the applicable legal order, which is understood as the orders and prohibitions resulting from the legal norm, as well as orders and prohibitions arising from moral norms, i.e. the principles of social coexistence (good manners); see the judgement of the Supreme Court of 21 May 2015, IV CSK 539/14, LEX no. 1682734.

41 See Zieliński, „Odpowiedzialność odszkodowawcza”, 17.

42 See Garlicki, „Odpowiedzialność cywilna”, 9.

43 See Zenon Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz* (Warszawa: C. H. Beck, 1999), 12.

44 See Garlicki, „Odpowiedzialność cywilna”, 9-10; Zieliński, „Odpowiedzialność odszkodowawcza”, 16.

final result of the case, which would have been different, if such errors had not been made thereby⁴⁵.

As far as the subjective element of fault is concerned, the activity of professional counsels in civil proceedings is governed by article 355 § 2 of the Civil Code. In civil litigation, the maintenance of the generally required diligence in relations of a given type (article 355 § 1 of the Civil Code) is sufficient only in the case of certain categories of non-professional counsels⁴⁶. Pursuant to article 355 § 2 of the Civil Code, due diligence of the debtor in the scope of his business activity is determined taking into account the professional nature of this activity. In the case of a professional litigation counsel, due diligence should be considered in terms of the professional nature of his activity. It is difficult to argue that representation in proceedings by an advocate, legal counsellor and patent agent is devoid of professional character⁴⁷. According to Piotr Machnikowski, formal rules of conduct created by specific professional groups (sets of deontology rules, codes of ethics, etc.) are helpful in building a model of diligence for such groups⁴⁸. As indicated in the case of a professional power of attorney, the latter premise of the abuse of authority is adjusted according to the principles of professional ethics. Therefore, even if a professional counsel acts against the will of the principal, but in compliance with the principles of professional conduct, neither the abuse of authority nor failure to exercise due diligence shall occur as the pattern of conduct for professionals that may act as professional counsels in civil proceedings is constructed on the basis of the principles of professional ethics.

In terms of a professional power of attorney, due diligence should be understood not so much as an increase in the standard of due diligence, but as the application of specialist criteria related to the specificity of the

45 See the judgment of the Court of Appeal in Kraków of 8 November 2018, I ACa 149/18, LEX no. 2600991.

46 As regards the profession of an advocate, the author points out that in the case of an attorney-at-law, due diligence cannot be reduced to diligence in the general sense. Therefore, a specific kind of diligence is required from advocates, which is related to specific obligations resulting from both the mandate contract with the client and the provisions of the law on the bar, i.e. professional diligence; see Lesław Galeński, „Uwagi o staranności adwokata-pełnomocnika w sprawach cywilnych” *Palestra*, no. 5-6 (1986): 5.

47 See Krystyna Stoga, „Radca prawny jako przedsiębiorca”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. Arkadiusz Bereza (Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010), 91 and subsequent articles.

48 See Machnikowski, Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 9.

profession⁴⁹. Similarly, in its judgment of 15 March 2012 the Supreme Court indicated that article 355 § 2 of the Civil Code requires that debtor's due diligence in the scope of his business activity be determined taking into consideration the professional nature of this activity. This does not mean increased diligence of the entrepreneur compared to the average (general) diligence required in public turnover, but it means due professional diligence, the patterns of which are created immediately considering the professionalism of the entities they concern. The professionalism of an advocate presupposes having competence in the matters he undertakes, thus having knowledge in normative, theoretical and practical terms, especially through jurisprudence as well as taking into account sufficient professional and life experience⁵⁰. Failure to maintain professionalism by an attorney-at-law may result in a charge of the lack of due diligence and, consequently, his liability for damages provided that the remaining conditions for being held liable for damages are met.

Professional diligence is a different type of diligence that takes into account a different dimension of performed activities, i.e. professional ones. However, the term "due" should always mean adapted to the acting person, the subject matter of the activity and the circumstances in which the activity takes place⁵¹. Likewise, due diligence of a professional counsel in civil proceedings should be interpreted in a flexible manner and be always related to a specific factual state. As a result, it must be concluded that the counsel fulfills the duty of due diligence if his actions undertaken in connection with the performance of the mandate can be assessed as professional diligence of an average counsel, i.e. such as may be required in a specific case to avoid damage⁵².

6. Conclusion

Abuse of authority by a professional counsel in civil proceedings occurs when an counsel acts within the scope of the power of attorney against

49 See Zieliński, „Odpowiedzialność odszkodowawcza”, 15; see also Mieczysław Sośniak, „Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej” *Nowe Prawo*, no. 2 (1980): 23.

50 See the judgement of the Supreme Court of 15 March 2012, I CSK 330/11, LEX no. 1217097.

51 See Mieczysław Sośniak, *Należyta staranność* (Katowice: Uniwersytet Śląski, 1980), 190; see also Grzegorz Kozieł, „Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 10”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Mariusz Załucki (Warszawa: C. H. Beck, 2019), Legalis.

52 See Zieliński, „Odpowiedzialność odszkodowawcza”, 16.

the actual or hypothetical will of the principal⁵³. However, in the case when the action of a professional counsel as per the actual or hypothetical will of the principal violates the rules of professional ethics applicable to the counsel, then his action against the will of the principal does not constitute a premise for abuse of authority, and thus no abuse of the authority can be observed.

Failure to maintain due diligence by a professional counsel in litigation during legal representation of the principal is not a premise for the abuse of authority. Due diligence is significant in the context of the liability for damages of a professional litigation counsel. It is a model of conduct for a professional counsel in civil proceedings, which the counsel should follow when performing professional activities. Due diligence of a professional counsel should be considered in terms of the professional nature of the activity (article 355 § 2 of the Civil Code). In the event of failure to comply with the standard of due diligence, the counsel may be charged with improper (reprehensible) conduct, which is important in the context of finding him at fault, and going even further, holding him liable. The relationship between the abuse of authority and due diligence of a professional counsel in litigation is such that, since the abuse of authority by the counsel is essentially an act against the will of the principal, then it shall constitute counsel's failure to maintain due diligence.

Bibliography

- Banaszczyk Zbigniew, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 21.”, [in:] *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, ed. Krzysztof Pietrzykowski. Warszawa: C. H. Beck, 2018, Legalis.
- Borysiak Witold, „Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 17.”, [in] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Konrad Osajda, Legalis 2020.
- Ciupa Sławomir W., „Umowy o świadczenie pomocy prawnej”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed.

53 In criminal proceedings, a defense counsel is not bound by the will of the accused and may effectively take legal actions against the accused's standpoint, but for his benefit; see Dariusz Święcki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych* (Warszawa: LexisNexis, 2011), 21; see also the decision of the Supreme Court of 20 April 2011, II KZ 14/11, LEX no. 794845. Therefore, if this counsel undertakes an action in the interest of the principal, but against his will, this does not constitute the abuse of authority in criminal proceedings. Thus, in criminal proceedings, the abuse of authority must be understood differently than in civil proceedings. Therefore the subject matter of this article does not go beyond civil proceedings.

- Arkadiusz Bereza, 76. Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010.
- Czachórski Witold, Adam Brzozowski, Marek Safjan, Elżbieta Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*. Warszawa: LexisNexis, 2009.
- Dąbrowa Janina, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1968.
- Drapała Przemysław, „Odpowiedzialność odszkodowawcza pełnomocnika rzekomego” *Przegląd Prawa Handlowego*, no. 9 (2002): 35-42.
- Drapała Przemysław, „Pełnomocnik rzekomy jako *negotiorum gestor*” *Państwo i Prawo*, no. 5 (2013): 17-30.
- Dubis Wojciech, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 6.”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: C. H. Beck, 2019, Legalis.
- Filipowski Józef, *Adwokat w procesie cywilnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1973.
- Galeński Lesław, „Uwagi o staranności adwokata-pełnomocnika w sprawach cywilnych” *Palestra*, no. 5-6 (1986): 3-8.
- Garlicki Stanisław, „Odpowiedzialność cywilna adwokatury za szkodę wyrządzoną przy udzielaniu pomocy prawnej” *Palestra*, no. 9 (1967): 3-16.
- Izdebski Hubert, Paweł Skuczyński, Sebastian Sykuna, „Pomoc Prawna”, [in:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 13. Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, ed. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 532. Warszawa: C. H. Beck, 2016.
- Kaczyński Miłosz, *Pełnomocnik z urzędu w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa: C. H. Beck, 2014.
- Klatka Zenon, „Pomoc prawna”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. Arkadiusz Bereza, 44. Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010.
- Klatka Zenon, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 1999.
- Kozieł Grzegorz, „Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 10”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Mariusz Załucki. Warszawa: C. H. Beck, 2019, Legalis.
- Krzemiński Zdzisław, *Adwokat w procesie cywilnym. Z wyboru i z urzędu*. Kraków: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, 1999.
- Krzemiński Zdzisław, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1971.
- Kuźmicka-Sulikowska Joanna, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011.

- Machnikowski Piotr, „Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 2.”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: C. H. Beck, 2019, Legalis.
- Machnikowski Piotr, Andrzej Śmieja, „Czyny niedozwolone”, [in:] *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, ed. Adam Olejniczak, 441. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Naumann Jerzy, „Commentary on article § 10 of the Code of Ethics for the Bar, edge no. 4” , [in:] *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Jerzy Naumann. Warszawa: C. H. Beck, 2020, Legalis.
- Olejniczak Adam, „Commentary on article 355 of the Civil Code, edge no. 2.”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, ed. Andrzej Kidyba. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2014, LEX.
- Pajor Tomasz, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1982.
- Parafianowicz Joanna, „Commentary on article 92 of the Code of Civil Procedure, edge no. 2” , [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, ed. Olga Maria Piaskowska. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020, LEX.
- Pazdan Maksymilian, „Przedstawicielstwo”, [in:] *System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, ed. Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, 627, 656. Warszawa: C. H. Beck, 2019.
- Radwański Zbigniew, Adam Olejniczak, *Prawo zobowiązań – część ogólna*. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Skuczyński Paweł, „Nowy Kodeks etyki radcy prawnego – nowy model relacji z klientem?” *Monitor Prawniczy*, no. 12 (2015): 625–635.
- Sobotka Jarosław, „Commentary on article 7 of the Code of Ethics for Legal Advisers, edge no. 3” , [in:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, ed. Tomasz Scheffler. Warszawa: C. H. Beck, 2017, Legalis.
- Sośniak Mieczysław, „Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej” *Nowe Prawo*, no. 2 (1980): 13–24.
- Sośniak Mieczysław, *Należyta staranność*. Katowice: Uniwersytet Śląski, 1980.
- Stoga Krystyna, „Radca prawny jako przedsiębiorca”, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. Arkadiusz Bereza, 91 and subsequent articles. Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2010.
- Święcki Dariusz, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*. Warszawa: LexisNexis, 2011.
- Wałachowska Monika, „Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 12.”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, ed. Magdalena Habdas, Mariusz Fras. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2018, LEX.
- Widerski Paweł, *Pełnomocnictwo w prawie polskim*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2018.

- Zelek Mariusz, Commentary on article 415 of the Civil Code, edge no. 32.”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, ed. Maciej Gutowski. Warszawa: C. H. Beck, 2019, Legalis.
- Zieliński Andrzej, „Odpowiedzialność odszkodowawcza adwokata i zespołu adwokackiego” *Palestra*, no. 9 (1986): 9-21.
- Żok Krzysztof, „Nadużycie umocowania przez pełnomocnika – glosa – I ACa 83/08” *Monitor Prawniczy*, no. 12 (2012): 654-656.

Zasadność istnienia kary nagany i możliwość jej stosowania za wykroczenie uchylania się od obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci

Reasonableness of a Reprimand and Its Applicability for Evading Mandatory Vaccinations for Children

The author discusses the current legal status through the prism of avoiding mandatory vaccinations for children in Poland. The main axis of the work the analysis of the legitimacy of a reprimand in the catalogue of penalties for this offence in relation to the child's legal guardians, who, despite the application of administrative enforcement measures, still do not carry out mandatory preventive vaccination. The reprimand is also assessed in terms of the goal that the legislator intends to achieve in relation to the offender. The work is supplemented by an analysis of the literature and jurisprudence on the application of reprimand.

Sebastian Czechowicz

magister prawa
Uniwersytet Łódzki

ORCID – 0000-0002-1770-1941

Słowa kluczowe:
kara nagany, obowiązkowe szczepienia
ochronne dzieci, uchylanie się, wykroczenie

Key words: penalty of reprimand,
mandatory vaccinations, evading, offence

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.186>

Wstęp

Obowiązkowe szczepienia ochronne w Polsce stanowią obowiązek o charakterze prawnym, czyli bezpośrednio wykonywalnym, wynikającym wprost z przepisów ustawy¹. Podstawy prawne obowiązku szczepień ugruntowane są

-
- 1 W tej kwestii wypowiedziały się wielokrotnie sądy administracyjne (por. np.: Por. np.: Wyrok NSA z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. II OSK 745/12, LEX nr 1360426; Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 września 2018 r., sygn. VII SA/Wa 2983/17, LEX nr 2584268; Wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 maja 2019 r., sygn. VII SA/Wa 2815/18, LEX nr 2686869).

w prawie administracyjnym², natomiast sankcja za uchylanie się od niego w prawie wykroczeń³. Katalog osób podlegających obowiązkowym szczepieniom ochronnym jest szeroki. W głównej jednak mierze dotyczą one dzieci. W realiach niniejszych rozważań uwaga skupiona zostanie właśnie na obowiązku szczepień ochronnych dzieci.

Za realizację obowiązkowych szczepień ochronnych dziecka odpowiadają jego przedstawiciele ustawowi, których obowiązkiem jest poddanie małoletniego lekarskiemu badaniu kwalifikacyjnemu, a następnie obowiązkowej iniekcji. W przypadku zaniechania takiego działania następuje wszczęcie postępowania egzekucyjnego na drodze postępowania egzekucyjnego w administracji⁴. Wówczas organ egzekucyjny będzie władny do nakładania grzywien w celu przymuszenia do wykonania obowiązkowego szczepienia ochronnego, jak i uprzedniego poddania się lekarskiemu badaniu kwalifikacyjnemu⁵.

W sytuacji, gdy organ egzekucyjny zastosuje środki egzekucji administracyjnej, a obowiązek w dalszym ciągu nie został wykonany, ma możliwość skierowania wniosku o ukaranie na podstawie art. 115 Kodeksu wykroczeń (k.w.)⁶. Zgodnie z art. 115§1 k.w. kto, pomimo zastosowania

- 2 Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t. j.: Dz. U. 2019, poz. 1495); Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (t. j.: Dz. U. 2018, poz. 753).
- 3 Art. 115 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (tekst jednolity: Dz. U. 2019, poz. 1238).
- 4 Należy zaznaczyć, iż egzekucja obowiązkowych szczepień ochronnych jest dopuszczalna (por. Wyrok WSA w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2013 r., syg. III SA/Kr 1103/12, LEX nr 1326296). Jako obowiązek o charakterze niepieniężnym podlegać będzie rygorom ustawowym przewidzianym dla egzekucji tej kategorii obowiązków (art. 117 i n. ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t. j.: Dz. U. 2019, poz. 1438 ze zm.). Szerzej na temat egzekucji administracyjnej obowiązku poddania dziecka szczepieniom ochronnym: Paweł Daniel, „Egzekucja obowiązku poddania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 4 (2014): 45-55.
- 5 Na marginesie dodać wypada, że grzywna w celu przymuszenia do wykonania obowiązku nie stanowi kary za jego niewykonanie (por. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 października 2016 r., syg. VII SA/Wa 2537/15, LEX nr 2090334).
- 6 T. j.: Dz. U. 2019, poz. 1238.

środków egzekucji administracyjnej, nie poddaje się obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu, podlega karze grzywny do 1500 złotych albo karze nagany. Tej samej karze podlegać będzie opiekun prawny lub faktyczny, który sprawując pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, nie poddaje jej określone w §1 szczepieniu ochronnemu (art. 115§2 k.w.). Zatem w przypadku dzieci to rodzice (odpowiednio: opiekunowie prawni lub faktyczni) będą odpowiadać za uchylenie się od zaszczepienia dziecka, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej. Istotną kwestią dla pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie przedstawicieli ustawowych dziecka będzie wystąpienie do sądu karnego z wnioskiem o ukaranie przez organ właściwy⁷. Organem tym będzie organ egzekucyjny, a więc wojewoda⁸.

Instytucją, która budzić może uzasadnione wątpliwości, a poruszana na łamach niniejszej pracy pozostaje kara nagany, wyróżniona jako jedna z możliwości do zastosowania wobec obwinionego za wykroczenie z art. 115 k.w. Należy zastanowić się, czy i w jakim zakresie należy stosować tę karę w stosunku do przedstawicieli ustawowych dziecka, którzy uchyłili się od poddania go obowiązkowym szczepieniom ochronnym i pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej w dalszym ciągu nie poddali go obowiązkowemu zaszczepieniu na określone choroby zakaźne.

2. Kara nagany w katalogu kar za wykroczenia w świetle literatury przedmiotu i orzecznictwa sądowego

Polski ustawodawca, wprowadzając Kodeks wykroczeń, określił zamknięty katalog kar przewidzianych za ich popełnienie⁹. Wśród nich znajduje się kara nagany. W literaturze przedmiotu brakuje kompleksowej analizy tej instytucji prawa wykroczeń. Małe zainteresowanie karą nagany może

- 7 Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy, który uniewinnił obwinionego za niepoddanie dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu, gdyż w postępowaniu działał organ nieuprawniony do prowadzenia postępowania egzekucyjnego, a następnie skierowania wniosku o ukaranie (por. Wyrok SN z dnia 8 stycznia 2016 r., syg. V KK 306/15, LEX nr 1963649).
- 8 Stanowisko to jest utrwalone w orzecznictwie sądów administracyjnych (por. np.: Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2019 r., syg. VII SA/Wa 2248/18, LEX nr 2675843; Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 czerwca 2019 r., syg. VII SA/Wa 3100/18, LEX nr 2690434). Odmienny pogląd wyraził WSA w Białymstoku (zob. Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 16 kwietnia 2013 r., syg. II SA/Bk 89/13, LEX nr 1310133).
- 9 W art. 18 k.w. wskazano, że karami są: areszt, ograniczenie wolności, grzywna i nagana. Katalog kar ma zatem charakter zamknięty.

wynikać zarówno z symbolicznej wręcz dolegliwości tej kary, jak i stosunkowo niewielkim odsetkiem jej wymierzania¹⁰. Przyznać trzeba, że kary tej nie można w żaden sposób wycenić, tym bardziej *in abstracto* dostrzec jej dolegliwości, jako cechy sprzężonej z samym pojęciem kary. Trudno także zauważyć w niej odzwierciedlenie zarówno funkcji prawa karnego *sensu largo*, jak chociażby funkcji prewencyjnej.

Analizując karę nagany należy na wstępie zgodzić się z poglądem Radosława Krajewskiego, że kara ta ma niewielkie zastosowanie praktyczne¹¹. Niewątpliwie nagana jest karą najłagodniejszą. Trafnie charakteryzują ją przedstawiciele doktryny. Zdaniem Bolesława Kurzępy winna ona być stosowana wraz ze środkami karnymi lub środkami oddziaływania społecznego¹². Tomasz Bojarski podkreśla symboliczny charakter kary nagany, jednocześnie aprobując jej obecność w katalogu kar za wykroczenia, gdyż jego zdaniem istnieją przypadki, w których stosunkowo drobne naruszenia porządku prawnego implikują zasadność stosowania kary nagany czyniąc ją wystarczającą¹³. Jak słusznie wskazuje Julia Kosonoga-Zygmunt, kara nagany nie przysparza bowiem dolegliwości natury fizycznej ani ekonomicznej, o skonkretyzowanym, wymiernym i realnym charakterze¹⁴.

Dokonując charakterystyki kary nagany należy dostrzec jej cel wychowawczy. Orzeczenie nagany i jej zwerbalizowanie w stosunku do obwinionego może powodować skłonienie go do pewnych refleksji, jednakże jest to trudne do empirycznego zbadania ze względu na pewien subiektywizm kary nagany. Taka kara może mieć duże znaczenie dla sprawcy wykroczenia, który ze względu na prawidłowo ukształtowane postawy społeczne rozumie, że popełniając wykroczenie swoim zachowaniem naruszył porządek prawny. Samo postępowanie przed sądem, a następnie ukaranie są dla niego wystarczającym napiętnowaniem. Tylko wówczas wydaje się słuszne i celowe orzeczenie kary nagany. Z drugiej jednak strony, wobec innego obwinionego

-
- 10 Wymierzanie kary nagany waha się w przedziale 2,5-3% ogółu postępowań w sprawach o wykroczenia (zob. Marek Marczewski, *Wykroczenia w świetle statystyki policyjnej i sądowej* (Warszawa: Wydawnictwo IWS, 2018), 20.
- 11 Radosław Krajewski, „Kara nagany za wykroczenia” *Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW*, t. III (2013): 75.
- 12 Bolesław Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz* (Warszawa: Lexis Nexis, 2008), 158.
- 13 Tadeusz Bojarski, „Komentarz do art. 18 Kodeksu wykroczeń”, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 6. (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2019), 109.
- 14 Julia Kosonoga-Zygmunt, „Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenia” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 1 (2017): 94.

kara nagany nie będzie spełniała żadnych stawianych przed nią celów, chociażby ze względu na wspomniane ukształtowane postawy społeczne, które w tym przypadku są mocno dostosowane do wyznawanego przez obwinionego systemu wartości, którymi kieruje się w życiu. Przejawiające się na przykład pogardą dla obowiązującego prawa, czy niejednokrotnym naruszaniem jego reguł. Sąd winien zatem – obok oceny wagi popełnionego wykroczenia – uważnie obserwować postawę sprawcy oraz dogłębnie zweryfikować całość kształtu jego postawy społecznej (a więc zachowanie przed popełnieniem wykroczenia, a także po jego popełnieniu).

W art. 36 k.w. wskazano, że karę nagany można orzec w przypadku, gdy ze względu na charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy należy przypuszczać, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego. Kary nagany nie można orzec za wykroczenie o charakterze chuligańskim (art. 36§2 k.w.). Dostrzec należy więc następujące elementy determinujące możliwość wymierzenia kary nagany. Przede wszystkim jest to waga naruszenia porządku prawnego skutkującego wypełnieniem znamion konkretnego wykroczenia. Obok tego immanentnym elementem będą właściwości i warunki osobiste sprawcy. W tej przesłance mieścić się zatem będą wspomniane powyżej cechy sprawcy, jego nastawienie, zachowanie, wyznawane wartości społeczne, które dadzą obraz sfery wewnętrznej obwinionego, czy jest podatny na autorytet sądu wymierzającego karę nagany. Innymi słowy, czy kara nagany będzie celowa ze względu na postawę sprawcy, przy jednoczesnym niewielkim stopniu naruszenia porządku prawnego. Będzie to relewantne w trakcie weryfikacji dyrektyw wymiaru kary za konkretne wykroczenie¹⁵.

Godzien aprobaty pogląd wyraziła Mirosława Melezini, wskazując, że dolegliwość kary nagany wyraża się w moralnym potępieniu obwinionego za wykroczenie, a wobec tego kara nagany będzie celowa jedynie w stosunku do sprawców, którzy posiadają swoistą wrażliwość w stosunku do społecznego systemu wartości¹⁶. Zatem – jak stwierdzono powyżej – będą to sprawcy wyczuleni na oceny moralne swoich zachowań, mający szacunek do wydanego orzeczenia i przejawiający respekt wobec przestrzegania porządku prawnego, odbierający karę nagany, jako wyraz dezaprobaty ze strony sądu, a więc i państwa, społeczeństwa, w którym żyją wobec ich zachowania. Podobnie twierdzi Violetta Konarska-Wrzosek, wskazując, że kara nagany stanowi

15 Badane będzie przede wszystkim, czy kara spełnia swoje funkcje (prewencyjną, wychowawczą, sprawiedliwościową). Zob. Agnieszka Kania, „Ogólne dyrektywy wymiaru kary za wykroczenia” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XLI (2016): 123, 1250-126, 129.

16 Mirosława Melezini, „Kara nagany”, [w:] *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. VI, red. Mirosława Melezini (Warszawa: C.H. Beck, 2010), 377 i n.

wyłącznie dolegliwość o charakterze psychicznym. Zatem będzie to szczególnie wyraz potępienia czynu sprawcy, oddziałujący na niego tak samo, jak potępienie typu moralnego¹⁷.

Kara nagany jest zdecydowanie karą najłagodniejszą. Świadczy przede wszystkim o tym hierarchia kar określona w art. 18 k.w.¹⁸. Charakteryzując karę nagany należy odnieść się po krótko do praktycznego stosowania nagany. Kara nagany istnieje w polskim porządku prawnym w wielu aktach prawnych, nie tylko w Kodeksie wykroczeń¹⁹. Jednak każdorazowo jej funkcja będzie tożsama. Wychować obwinionego poprzez swoistą perswazję i wpłynięcie za pomocą autorytetu organu orzekającego na jego psychikę i nastawienie do porządku prawnego. Analizując zapadłe orzeczenia sądów natrafić można na pogląd, że karę nagany „można orzec tylko wtedy, gdy ze względu zarówno na charakter, jak i okoliczności przewinienia lub właściwości i warunki osobiste policjanta należy zasadnie przypuszczać, że jej zastosowanie jest wystarczające do uświadomienia mu, iż poszanowanie prawa i uznanych powszechnie za najważniejsze zasad współżycia społecznego jest jego powinnością”²⁰. Uznać należy go za trafny, w szczególności, że wskazuje na zasadnicze aspekty podkreślane już w literaturze przedmiotu, mianowicie przede wszystkim wychowawczą funkcję tej kary, która ma spowodować w obwinionym zmianę nastawienia wobec porządku prawnego, szacunek do niego i na zasadzie autorytetu sądu uświadomienie mu, przez tę dolegliwość, określonego zachowania. Podobne stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który stosowanie kary nagany

17 Violetta Konarska-Wrzosek, „Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary”, [w:] *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. V, wyd. 2 (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 346-347.

18 Por. np. Wyrok SN z dnia 16 listopada 2011 r., syg. III KK 280/11, LEX nr 1055029.

19 Kara nagany występuje najczęściej jako jedna z sankcji wymierzanych na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Szerzej: Radosław Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim* (Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2013), 380; Kosonoga-Zygmunt, „Kara nagany”, 95-99. Przykładowo powołać można przepisy odnoszące się do odpowiedzialności dyscyplinarnej: §7 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 maja 2020 r. w sprawie przeprowadzania postępowania dyscyplinarnego wobec funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz. U. 2020, poz. 897), czy §38 Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 29 lipca 1993 r. w sprawie postępowania dotyczącego odpowiedzialności zawodowej lekarzy weterynarii (Dz. U. 1993, nr 79, poz. 371).

20 Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 3 stycznia 2013 r., syg. II SA/Go 942/12, LEX nr 1270409.

dopuszcza w przypadku, kiedy „postępowanie sprawcy wskazuje, że popełnienie przez niego czynu zabronionego było zachowaniem incydentalnym i mimo niewymierzenia kary przewidzianej za dany czyn będzie on przestrzegał zarówno porządku prawnego, jak i zasad współżycia społecznego”²¹.

Warto także przytoczyć istotny pogląd Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze, który rozpatrując sprawę o wykroczenie wskazał przy wymierzaniu kary nagany, że „ze względu na charakter czynu, który stanowił drobne wykroczenie oraz okoliczności dotyczące osoby obwinionego, niekaranego dotychczas za podobne przestępstwa ani wykroczenia, kara nagany będzie wystarczająca dla osiągnięcia wobec niego celów kary i poszanowania zasad porządku prawnego w przyszłości. Zważywszy, że sam udział obwinionego w postępowaniu jurysdykcyjnym przed Sądem będzie już dla niego karą w zupełności wystarczającą, nie ma bezwzględnej konieczności karania obwinionego grzywną. Mając na uwadze przedstawione okoliczności, Sąd Okręgowy ocenił, że jedynie wymierzenie obwinionemu kary nagany może być uznane za sprawiedliwą reakcję na przypisane mu wykroczenie, nienoszącą znamion nadmiernej surowości”²². Z orzeczenia tego wyprowadzić można następujące przesłanki, których zaistnienie warunkować będzie możliwość wymierzenia kary nagany. Przede wszystkim jest to uprzednia niekaralność i niska waga naruszenia porządku prawnego. Co także istotne, z punktu widzenia niniejszych rozważań, to fakt, że już samo uczestnictwo w postępowaniu jest wystarczającym napiętnowaniem sprawcy wykroczenia. Ważnym aspektem jest pojedyncze zachowanie obwinionego, niestanowiące zamierzonego zespołu wielu zachowań godzących w dobro prawne.

Poczynione powyżej uwagi okażą się cenne na dalszym etapie tytułowych rozważań, gdzie zostanie dokonana analiza kary nagany, która przewidziana jest za wykroczenie polegające na uchyleniu od obowiązkowego szczepienia ochronnego.

3. Kara nagany za uchylenie się od obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci

Jak wskazano, kara nagany jest dolegliwością o charakterze symbolicznym, mającym na celu napiętnowanie moralne sprawcy wykroczenia. Stosowanie kary nagany winno być realizowane wówczas, gdy charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy pozwalają na obiektywne przypuszczenie, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego.

21 Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 listopada 2019 r., syg. IV Ka 1108/19, LEX nr 2769786.

22 Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 20 grudnia 2016 r., syg. VI Ka 520/16, LEX nr 2199802.

Podkreślenia wymaga przesłanka charakteru i okoliczności czynu, czyli przede wszystkim niskiej wagi naruszenia porządku prawnego.

Kara nagany została przewidziana (obok kary grzywny do 1500 zł) w art. 115 k.w. penalizującego uchylanie się od obowiązkowych szczepień ochronnych. W odniesieniu do prezentowanego problemu skupić należy się na art. 115§2 k.w., który odpowiedzialnością za nieszczepienie obciąża każdego, kto, sprawując pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej nie podda jej obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu.

Należy mieć na uwadze, że wykroczenie polegające na niepoddaniu dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu jest wymierzone w głównej mierze przeciwko bezpieczeństwu zdrowotnemu dziecka zagrażając jego zdrowiu, jako dobru prawem chronionemu. Faktem jest, że szczepienia ochronne są zarówno najlepszą formą zapobiegania chorobom zakaźnym w skali całego społeczeństwa, jak i zapewniają ochronę przez nawrotem ciężkich chorób zakaźnych, które niegdyś dziesiątkowały ludność²³.

W przypadku art. 115 §2 k.w. penalizowanym zachowaniem jest niepoddanie dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu. Karze podlegać będą osoby sprawujące pieczę nad małoletnim, a więc przedstawiciele ustawowi (rodzice), opiekunowie prawni lub faktyczni dziecka, którzy pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej nie poddali go obowiązkowemu zaszczepieniu na określoną chorobę zakaźną. Już z pobieżnej analizy ustawowego opisu omawianego wykroczenia jawi się następujący wniosek: nie tylko zamiar bezpośredni, ale przede wszystkim pewna ciągłość uchylania się od obowiązku szczepień, pomimo interwencji na drodze postępowania egzekucyjnego w administracji i nakładania grzywien w celu przymuszenia do wykonania obowiązku determinować będzie bezprawne zachowanie np. przedstawicieli ustawowych dziecka. Widoczny jest zatem wymóg umyślności i zamiaru bezpośredniego w dodatku rozciągnięty w czasie. Nie będzie to

23 Powoływać można wiele przykładów z literatury przedmiotu – zob. np.: Louis A. Weithorn, Dorit Rubinstein Reiss, „Legal approaches to promoting parental compliance with childhood immunization recommendations” *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, vol. 18 (2018): 1611 i n. Także raporty przygotowywane przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego-Państwowy Zakład Higieny obrazują tendencję, że wysoki poziom zaszczepień skutkuje przynajmniej ponad 90% wyeliminowaniem chorób zakaźnych – por.: http://wwwold.pzh.gov.pl/oldpage/epimeld/index_p.html. [dostęp: 5.05.2020]. Podkreślają to wreszcie krajowe autorytety w dziedzinie medycyny i epidemiologii – zob.: <https://gis.gov.pl/aktualnosci/prezes-nrl-i-glowny-inspektor-sanitarny-ws-przypadkow-odmowy-poddania-sie-obowiazkowemu-szczepieniu-ochronnemu>. [dostęp: 5.05.2020].

zatem jednorazowe zachowanie, lecz podjęty z góry zespół zachowań mający na celu niepoddanie dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu²⁴. Za przykłady takich działań bezprawnych (a w zasadzie form zaniechania poddania dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu) podać można nie-reagowanie na upomnienia wierzyciela obowiązku, a następnie niepoddawanie dziecka szczepieniu pomimo nakładania grzywnien w celu przymuszenia do jego wykonania. Jest to zatem pewien ciąg zachowań godzących w porządek prawny, a konkretnie normę wynikającą z przepisu art. 115 k.w. (konkretnie adresowaną m.in. w odniesieniu do przedstawicieli ustawowych dziecka – art. 115§2 k.w.).

Sąd orzekający w sprawie z art. 115 k.w. będzie władny do wybrania jednej spośród dwóch kar: grzywny do 1500 zł lub kary nagany. W przypadku przedstawicieli ustawowych dziecka uchylających się od poddania go obowiązkowym szczepieniom ochronnym należy zastanowić się, czy kara nagany będzie *in abstracto* skuteczna. Wydaje się, że w przypadku podjętej i niezminionej w toku postępowania egzekucyjnego w administracji decyzji o niepoddaniu dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu, kara ta nie spełniałaby swoich celów. Przede wszystkim mając na uwadze wychowanie obwinionego i zmianę jego nastawienia w stosunku do przedmiotowego obowiązku.

Warto zadać pytanie, czy w ogóle istnieje możliwość zastosowania kary nagany. Biorąc pod uwagę przepis art. 115 k.w. rzecz wydaje się niepodważalna. Sankcjami za uchylenie się od obowiązkowego zaszczepienia dziecka jest grzywna do 1500 zł lub kara nagany. Zatem zasadne jest stwierdzenie, że taka kara może zostać orzeczona. Jednakże, aby dokonać kompleksowej analizy karnoprawnej dotyczącej postawionego pytania badawczego, trzeba zestawić art. 115§2 k.w. w zw. z art. 33§4 k.w. określającym okoliczności obciążające.

4. Ocena możliwości stosowania kary nagany w przypadku uchylania się od obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci w świetle okoliczności obciążających

Porządkując przedstawioną analizę dotyczącą uchylania się od obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci należy mieć na uwadze, że wykroczenie to popełniać będą przedstawiciele ustawowi dziecka, którzy pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, sprawując pieczę nad

24 Zachowania te można rozważyć przez pryzmat czynu ciągłego. Choć niewątpliwie w Kodeksie wykroczeń nie ma instytucji czynu ciągłego, to w doktrynie i orzecznictwie dostrzegalne jest przekonanie, że zasadnym jest dopuszczenie czynu ciągłego na grunt prawa wykroczeń (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 7 listopada 2013 r., syg. IV Ka 411/13, LEX nr 1717078; Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 23 kwietnia 2014 r., syg. V Ka 165/14, LEX nr 1871841).

osobą małoletnią lub bezradną, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, nie poddają jej obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu. Zatem opiekunowi prawni (lub faktyczni) dziecka będą działali wbrew jego dobru, jakim jest zdrowie, bowiem – jak wskazano – szczepienia obowiązkowe są uznanym sposobem zapobiegania chorobom zakaźnym poprzez sztuczne uodpornienie.

Mając na uwadze obowiązujące przepisy, stwierdzić należy, że przedstawiciele ustawowi zobowiązani są działać dla dobra dziecka i sprawować opiekę nad nim w sposób należyty²⁵. Dobro dziecka powinno stanowić wartość nadrzędną. W przypadku obowiązkowych szczepień ochronnych dobrem dziecka będzie zachowanie jego zdrowia poprzez sztuczne uodpornienie na konkretną chorobę zakaźną, przeciwko której stosowane są obowiązkowe szczepienia ochronne. Warto przywołać istotne stanowisko, które wyraził WSA w Warszawie: „w realiach demokratycznego państwa prawnego tak dobro dziecka, jak i interes społeczny jednoznacznie wymagają, aby rodzice dziecka korzystali z osiągnięć współczesnej medycyny w sposób wolny od ideologicznych uprzedzeń i dobrowolnie poddawali dziecko szczepieniom ochronnym m.in. po to, by uniknąć stosowania przez organy państwa przymusu dla wykonania tego obowiązku”²⁶. Nie sposób przy tej okazji pominąć wciąż aktualny pogląd Sądu Najwyższego, który w wyroku z 1968 r. wskazał, że obowiązkowe szczepienia ochronne zostały wprowadzone nie tylko w interesie osób poddawanych szczepieniom, ale i w interesie całego społeczeństwa²⁷. Zatem przedstawiciele ustawowi wypełniając znamiona wykroczenia z art. 115 k.w. polegającego na niepoddaniu dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu będą działali na jego szkodę i wbrew jego interesom.

W art. 33§4 k.w. wprowadzono katalog okoliczności obciążających. Wśród nich dostrzec można interesującą z punktu widzenia niniejszych rozważań okoliczność. Mianowicie w art. 33§4 pkt 8 k.w. ustanowiono okoliczność obciążającą, polegającą na popełnieniu wykroczenia na szkodę osoby bezradnej lub osoby, której sprawca powinien okazać szczególne względy. W piśmiennictwie wskazuje się, że popełnienie wykroczenia na szkodę osoby, której sprawca powinien okazać szczególne względy, uzasadnia jednoznacznie ujemną ocenę osobowości sprawcy. Wskazuje się, że wykroczenie popełnione

25 Można powołać przy tej okazji art. 95§3 k.r.o. stanowiący o wykonywaniu władzy rodzicielskiej dla dobra dziecka i interesu społecznego (Ustawa z dnia 25 lutego 1954 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t. j.: Dz. U. 2019, poz. 2086).

26 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 czerwca 2019 r., syg. VII SA/Wa 3100/18, LEX nr 2690434.

27 Wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1968 r., syg. II CR 310/68, LEX nr 800.

może być na szkodę własnego dziecka²⁸. Z kolei Tomasz Grzegorzcyk, omawiając okoliczności obciążające, do kategorii osób bezradnych zalicza dzieci, wskazując, że mają one ograniczone możliwości reagowania na zachowanie sprawcy²⁹.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że przedstawiciele ustawowi działając w sposób zamierzony i celowo nie poddając dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu będą działali na szkodę dziecka, ale i na szkodę interesu społecznego (w tym bezpieczeństwa zdrowotnego). Zasluguje zatem na aprobatę przywołany wyżej pogląd Tomasza Bojarskiego, iż sprawcy wykroczeń popełnianych na szkodę osoby bezradnej lub osoby, której sprawca winien okazać szczególne względy będą zasługiwali na jednoznaczna ujemną ocenę. Wydaje się zasadnym twierdzić, iż szczególnie w tym przypadku osobowość sprawcy ma znamienite znaczenie.

Słusznie wskazuje Agnieszka Fiutak, że nakładanie kar finansowych na rodziców, którzy nie realizują obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci nie zawsze będzie właściwe i skuteczne³⁰. Jeśli zaś kary finansowe (na gruncie 115 k.w. będzie to kara grzywny) nie są zawsze skuteczne, tym bardziej wydaje się, że najłagodniejsza z katalogu kar za wykroczenia i przewidziana za uchylenie się od obowiązkowych szczepień ochronnych kara nagany nie przyniesie zamierzonych rezultatów.

Celowe, zamierzone i bezprawne działanie przedstawicieli ustawowych dziecka, zmierzające do niepoddania go obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu bez względu na sankcje administracyjne oraz odpowiedzialność za wykroczenie, należy zatem ocenić zdecydowanie negatywnie. Ponadto wykroczenie to winno być rozważane w związku z art. 33§4 ust. 8 k.w., gdyż popełniane jest w tym wypadku na szkodę dziecka. Stanać należy na stanowisku, że zarówno długotrwałe i zamierzone działanie, jak i fakt zaistnienia okoliczności obciążającej warunkuje niemożność zastosowania kary nagany.

Mając na uwadze powyższe, wydaje się zasadnym twierdzić, że kara nagany nie tylko będzie nieskuteczna w stosunku do przedstawicieli ustawowych niepoddających dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu, ale także niewspółmierna do wagi popełnionego wykroczenia, a co za tym idzie naruszenia porządku prawnego. Jak wskazano, uchylenie się od

28 Bojarski, „Komentarz do art. 33 Kodeksu wykroczeń”, [w:], *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 6. (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2019), 137-138.

29 Tomasz Grzegorzcyk, „Komentarz do art. 33 Kodeksu wykroczeń”, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. Tomasz Grzegorzcyk (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013), 160 i n.

30 Por. Agnieszka Fiutak, *Odpowiedzialność przedstawiciela ustawowego za niewykonanie szczepieni obowiązkowego*, *Medyczna Wokanda*, nr 9 (2017): 164.

obowiązkowych szczepień ochronnych dzieci stanowi zarówno zagrożenie dla ich bezpieczeństwa zdrowotnego, jak i społeczeństwa. Stwierdzić także należy, że istnienie kary nagany za wykroczenie popełniane na szkodę dziecka (art. 115§2 k.w.) jest wysoce wątpliwe. Podobna wątpliwość nasuwa się w przypadku możliwości jej stosowania w przypadku tego wykroczenia.

6. Podsumowanie

Wykroczenie polegające na uchylaniu się od obowiązkowych szczepień ochronnych w Polsce nabiera na znaczeniu, bowiem zwrot odsetka osób uchylających się od tego obowiązku z roku na rok wzrasta. W niniejszym opracowaniu wskazano na jeden z przejawów tego wykroczenia, mianowicie uchylanie się przez przedstawicieli ustawowych od poddania dziecka, które pozostaje pod ich opieką obowiązkowym szczepieniom ochronnym. Za popełnienie tego wykroczenia grozi kara nagany lub grzywny do 1500 zł.

Kara nagany stanowi najłagodniejszą formę represji przewidzianą na gruncie Kodeksu wykroczeń. Stanowi napiętnowanie czynu sprawcy wykroczenia, którego celem jest wywołanie refleksji w psychice sprawcy, by nie popełniał tego czynu w przyszłości, jak i nie występował przeciwko porządkowi prawnemu w ogóle. Kara ta jest symboliczna. Włącznie z samym przebiegiem postępowania w sprawach o wykroczenia winna przynieść określony pozytywny rezultat, tylko wówczas będzie celowa.

Główną wątpliwością omawianą na kanwie niniejszych rozważań jest dopuszczalność zastosowania kary nagany w przypadku przedstawicieli ustawowych uchylających się od poddania dziecka obowiązkowemu zaszczepieniu na określoną chorobę zakaźną. U podstaw postawienia tego pytania legły następujące czynniki. Po pierwsze, uchylając się od obowiązkowych szczepień ochronnych przedstawiciele ustawowi działają w sposób zamierzony i długofalowy, mianowicie uchylają się od lekarskiego badania kwalifikacyjnego, nie poddają dziecka zaszczepieniu pomimo wysyłanych wezwań, nie realizują wreszcie obowiązku w drodze postępowania egzekucyjnego w administracji, co skutkuje nakładaniem grzywien w celu przymuszenia do wykonania ciężącego na nich obowiązku. Dopiero ostatnim elementem jest skierowanie wniosku o ukaranie do sądu właściwego w sprawach o wykroczenia. Wyrokując w tej sprawie z uwagi sądu nie może zejść ta okoliczność.

Kolejnym czynnikiem są okoliczności obciążające w postaci działania na szkodę osoby bezradnej, a więc dziecka. Przedstawiciele ustawowi działają na szkodę małoletniego w przypadku niepoddania go obowiązkowym szczepieniom ochronnym. Jak udowodniono szczepienia ochronne na konkretne choroby zakaźne stanowią w świetle obecnej wiedzy medycznej bardzo dobry środek do zapobiegania rozprzestrzenianiu się chorób zakaźnych, a co za tym idzie ochrony bezpieczeństwa zdrowotnego jednostki i społeczeństwa. Dziecko, jako osoba niepełnoletnia, niezdolna do prawidłowego rozpoznania

skutków niezaszczepienia, jest zdane w tej kwestii na rozsądek przedstawicieli ustawowych (odpowiednio: opiekunów prawnych lub faktycznych dziecka).

W toku niniejszej analizy dokonano próby odpowiedzenia na pytanie, czy kara nagany będzie karą właściwą za to wykroczenie po pierwsze *in abstracto*, gdyż przedstawiciele ustawowi podejmują szereg działań sprzecznych z prawem mających na celu niepoddanie dziecka obowiązkowemu zaszczepieniu, przez co kara nagany w tym przypadku wydaje się pozbawiona zasadności, a po drugie *in concreto* w świetle okoliczności obciążających sprawcę wykroczenia na podstawie art. 33§4 pkt 8 k.w.

Mając na uwadze poczynioną powyżej analizę zasadnym jawi się twierdzenie, że możliwość orzekania kary nagany w omawianym przypadku stałaby w sprzeczności z samym celem tej kary nie wspominając już o żadnym oddziaływaniu na sprawcę wykroczenia, w tym przypadku doprowadzając do poddania dziecka obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu.

Bibliografia

- Bojarski Tadeusz, „Komentarz do art. 18 Kodeksu wykroczeń”, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 6. 109-110. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2019.
- Bojarski Tadeusz, „Komentarz do art. 33 Kodeksu wykroczeń”, [w:], *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 6. 133-138. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2019.
- Daniel Paweł, „Egzekucja obowiązku poddania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych” *Przeгляд Prawa Publicznego*, nr 4 (2014): 45-55.
- Fiutak Agnieszka, *Odpowiedzialność przedstawiciela ustawowego za niewykonanie szczepieni obowiązkowego*, Medyczna Wokanda, nr 9 (2017): 155-169.
- Giętkowski Radosław, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2013.
- Grzegorzczuk Tomasz, „Komentarz do art. 33 Kodeksu wykroczeń”, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczuk. 150-165. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013.
- Kania Agnieszka, „Ogólne dyrektywy wymiaru kary za wykroczenia” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XLI (2016): 117-135. DOI: <https://doi.org/10.19195/2084-5065.41.7>.
- Konarska-Wrzosek Violetta, „Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary”, [w:] *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. V, wyd. 2. 275-353. Warszawa: C.H. Beck, 2017.
- Kosonoga-Zygmunt Julia, „Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenia” *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, nr 1 (2017): 92-109.

- Krajewski Radosław, „Kara nagany za wykroczenia” *Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW*, t. III (2013): 75-82.
- Kurzępa Bolesław, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis, 2008.
- Marczewski Marek, *Wykroczenia w świetle statystyki policyjnej i sądowej*. Warszawa: Wydawnictwo IWS, 2018.
- Melezini Mirosława, „Kara nagany”, [w:] *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Podnie sprawcy próbie*, t. VI, red. Mirosława Melezini. 377-380. Warszawa: C.H. Beck, 2010.
- Podkówka Anna, „Wykonywanie kar orzeczonych w sprawach o wykroczenia” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2018): 157-177.
- Weithorn Louis A., Dorit Rubinstein Reiss, „Legal approaches to promoting parental compliance with childhood immunization recommendations” *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, vol. 18 (2018):1610-1617. DOI: 10.1080/21645515.2018.1423929.

Prawne aspekty uprowadzenia i porwania rodzicielskiego a naruszenie dobra dziecka – studium uwarunkowań na tle orzecznictwa

Legal Aspects of Parental Abduction and Kidnapping and the Welfare of the Child – a Study of Conditions against a Background of Case-Law

The author presents issues related to parental kidnapping or abduction. No legal act contains definitions of these terms. The author focuses on both national and international aspects of violation of the child's welfare with unlawfulness in the parents' actions. Parental kidnapping as a violation of the rules arising from the Family and Guardianship Code and parental abduction as a violation of the child's and another parent's welfare are also discussed. The author points to the lack of a legal definition of the notion of „child's well-being“. According to the author, child should be at the center of every parental decision as well as the protection of their rights, including the right to an undisturbed existence.

Aleksandra Młynarkiewicz

magister prawa
Akademia Pomorska w Słupsku

ORCID – 0000-0003-4807-8408

Słowa kluczowe:
dobro dziecka, kontakty z dzieckiem,
władza rodzicielska, porwanie rodzicielskie,
uprowadzenie rodzicielskie, sankcje karne,
konwencje, piecza nad dzieckiem

Keywords:
child welfare, contants with the child,
parental authority, parental kidnapping,
perental hijacking, penal sanctions,
conventions, award of custody

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.185>

W polskim i europejskim systemie prawa nie ma definicji legalnej dobra dziecka, jak również nie znajdziemy definicji pojęcia „porwanie” czy „uprowadzenie” rodzicielskie. Rodzice bez względu na to, czy wychowują dziecko wspólnie czy osobno, na piedestał wartości powinni wynieść dziecko i kierować się jego dobrem. W dobie dzisiejszych czasów, w których co trzeci związek małżeński kończy się rozwodem¹, trudno postawić granicę między realizowaniem obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej czy

1 Centrum Badań Opinii Społecznej- Komunikat z Badań, Nr 7/2019. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2019/K_007_19.PDF.

utrzymywania osobistej styczności z dzieckiem a kierowaniem się negatywnymi emocjami, jakie towarzyszą byłym małżonkom. W celu zagwarantowania pełnego poszanowania praw dzieci do kontaktów z rodzicami wywiezienie dziecka małoletniego do lat 15 poza wiedzą i wolą drugiego rodzica podlega penalizacji. Jednocześnie ustawodawca nie precyzuje strony podmiotowej występku wprowadzenia małoletniego i w tym zakresie należy poszukiwać wykładni celowościowej w dorobku orzecznictwa. W zależności od tego, czy jeden rodzic posiada ograniczoną władzę rodzicielską, czy w drodze mediacji bądź ugody pozasądowej byli małżonkowie określili sposób utrzymywania kontaktów z dzieckiem, czy w drodze orzeczenia sądowego zostało ustalone miejsce pobytu dziecka przy jednym z rodziców, w tle różnych stanów faktycznych pojawia się dysonans prawniczy. Trudno uchwycić granicę czy postępowanie rodzica posiada cechy występku czy jest nadużyciem wykonywania władzy rodzicielskiej, czy rodzic bez wiedzy drugiego rodzica zmieniając miejsce pobytu dziecka narusza dobro dziecka, albowiem penalizacja występku wprowadzenia dotyczy naruszenia prawa drugiego rodzica do kontaktu z dzieckiem, co może stanowić również naruszenie jego dóbr osobistych jak prawa do osobistej styczności z dzieckiem i wykonywania kontaktów w sposób niezakłócony.

1. Dobro dziecka jako pochodna prawidłowego ukształtowania wzajemnych relacji rodziców

1.1. Międzynarodowe aspekty naruszenia dobra dziecka przy bezprawności w działaniach rodziców

Poszukując wskazówek interpretacyjnych pojęcia „dobro dziecka” należy odnieść się do preambuły Europejskiej Konwencji z dnia 20 maja 1980 r., w której powyższe pojęcie stanowi wartość zasadniczą przy wydawaniu orzeczeń dotyczących ustanawiania pieczy nad dzieckiem. Konwencja znajduje zastosowanie do uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w celu zagwarantowania „lepszego ochrony interesów dziecka”. Ustawodawstwo europejskie w tym zakresie kładzie nacisk na prawo rodziców do kontaktów z dzieckiem, wskazując, że stanowią one naturalne, czyli wrodzone prawo do sprawowania pieczy nad dzieckiem. Z preambuły Konwencji można również wyprowadzić słuszną tezę, że celem usankcjonowania istoty przywracania pieczy rodzicom nad dzieckiem są liczne, bezprawne sytuacje wprowadzenia dzieci za granicę. Preambuła wprost określa przypadki pojawiającej się trudności w poszukiwaniu właściwych narzędzi, mechanizmów prawnych dotyczących przywrócenia „przerwanego sprawowania pieczy nad dzieckiem”. Regulacja ta wprowadza pojęcie przerwanego, a zatem zakłóconego procesu sprawowania pieczy przez rodzica.

Rozważając znaczenie słowniczka w art. 1 Konwencji można przyjąć, że tworzy on pewien wzorzec do prawidłowej wykładni definicji naruszenia dobra dziecka przez przyzmat zakłóconych relacji, nadużycia w sprawowaniu

pieczy nad dzieckiem, uprowadzenia czy porwania. Pojęcie dziecka dotyczy osoby, której górna granica wiekowa została określona przez ustawodawstwo europejskie na 16 lat, a zatem inaczej niż granica wiekowa w penalizowanych działaniach rodzica, o których w dalszej części niniejszego opracowania. „Orzeczenie dotyczące pieczy” należy interpretować szeroko poprzez każdą decyzję procesową Sądu odnoszącą się do realizowania pieczy nad dzieckiem czy wykonywania kontaktów. „Bezprawne przejście pieczy” zostało wyjaśnione jako każde zachowanie rodzica sprzeczne z orzeczeniem dotyczącym pieczy, które musi spełniać przesłanki: wywiezienia dziecka za granicę, odmowy powrotu dziecka po upływie okresu wykonywania prawa do kontaktów lub innego okresu czasowego pobytu na terytorium innego państwa oraz bezprawności działań. Poszukując korelacji naruszenia dobra dziecka z postępowaniem rodziców, którzy uprowadzają je za granicę można dojść do konstatacji, że cele Konwencji haskiej z dnia 25 października 1980 r.² zbliżone zostały do Europejskiej Konwencji z dnia 20 maja 1980 r. W preambule również znajdują się pojęcia „interesu dziecka” jako najwyższej wartości, mającej podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim. Celem uregulowania cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę jest szeroka ochrona na płaszczyźnie międzynarodowej, *ratio legis* tejże regulacji polega także na stworzeniu parasola ochronnego nad dzieckiem w związku z bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem³. Konwencja określa zasady i tryb postępowania oraz tworzy mechanizmy powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu, odmiennie interpretując jedynie pojęcie ochrony prawa do odwiedzin, co na gruncie Europejskiej Konwencji określone zostało jako prawo do kontaktów i pieczy nad dzieckiem. Treść art. 1 Konwencji haskiej stanowi, że jej przedmiotem jest zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych oraz zapewnienie poszanowania prawa do opieki i odwiedzin określonych. Obie konwencje operują pojęciami bezprawności w działaniach rodziców, przy czym kształtują pojęcie „bezprawnego uprowadzenia” do „bezprawnego przerwania opieki”, co w istocie na kanwie różnych stanów faktycznych oznacza to samo. W myśl art. 3 podpunkt a i b Konwencji haskiej należy przyjąć, że uprowadzenie (bądź zatrzymanie dziecka) jest bezprawne jedynie w sytuacjach w nim wymienionych. Katalog enumeratywny określa zatem zdarzenia, kiedy uprowadzenie (rodzicielskie) nastąpiło w wyniku naruszenia prawa do opieki wykonywanego wspólnie lub indywidualnie na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało

-
- 2 Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz.U. 1995, Nr 108, poz. 528 ze zm.).
 - 3 Marcin Radwan, „Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 2 (2011): 11-20.

miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem. Drugą przesłanką jest moment wykonywania indywidualnie lub wspólnie prawa do opieki w dacie uprowadzenia bądź wykonywania tego prawa (hipotetyczne jako zdarzenie przyszłe), gdyby nie nastąpiło uprowadzenie. Różnica między wyżej wymienionymi aktami prawnymi wynika z rodzaju usankcjonowania prawa danego rodzica (rodziców) do pieczy nad dzieckiem. Europejska konwencja posiłkuje się pojęciem orzeczenia dotyczącego pieczy, które dotyczy wyroków i postanowień wydanych przez Sąd państwa ostatniego miejsca zamieszkania dziecka. Konwencja haska z kolei rozszerza ten katalog o orzeczenia, administracyjne bądź ugody o mocy prawnej w świetle ustawodawstwa krajowego. Konwencja łączy bezprawność naruszenia prawa do opieki z miejscem ostatniego pobytu dziecka przed uprowadzeniem. Kierując się stanowiskiem orzecznictwa poprzez stały pobyt należy rozumieć miejsce, w którym dziecko posiada zaspokojone wszystkie potrzeby, niezależnie od istnienia tychże potrzeb i skupienia centrum życiowego po stronie rodziców. Zamiar stałego pobytu dziecka i wola osób, pod których opieką dziecko pozostaje wzajemnie się wykluczają i nie są pojęciami zbliżonymi, pomimo prób forsowania argumentacji w zarzutach kasacyjnych przez rodziców, którzy utożsamiają miejsce stanowiące ich centrum życiowe z ich uzewnętrznieniem i stabilnością po stronie dziecka.⁴ Z mocy art. 4 ww. Konwencji granicą możliwości zastosowania mechanizmów i procedur w niej zawartych jest osiągnięcie przez dziecko 16 lat. W sytuacji, gdy na podstawie regulacji międzynarodowych w tym zakresie rozstrzygać ma sąd polski, winien ustalić a priori, czy w sprawie zgodnie z wyborem prawa z art. 4 § 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe ma zastosowanie do oceny prawa do opieki nad dzieckiem prawo obce⁵. Granica wieku dotyczy momentu uprowadzenia czy zatrzymania dziecka⁶. W razie wątpliwości co do tej zbieżności interesów dziecka i rodziców najpierw uwzględnia się dobro dziecka i w jego świetle ocenia się interes rodziców.⁷ Analiza orzecznictwa pozwala przyjąć, że uprowadzenie może mieć miejsce również w stanach faktycznych sprawy, gdzie rodzic, któremu nie przysługuje wyłączne prawo opieki nad dzieckiem, wyjeżdża z nim poza granice kraju w celu stałego pobytu. Sprzężenie zwrotne ma miejsce wtedy w związku z zatrzymaniem dziecka poza ustalony z drugim rodzicem termin powrotu, jednakże wtedy wyczerpuje definicję zatrzymania. W sytuacjach wyjątkowych

4 Postanowienie SN z dnia 26 września 2000r., I CKN 776/00, OSNC 2001/3/38.

5 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792).

6 Helena Ciepła, *Nowelizacje kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2010).

7 Tadeusz Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2001), 311).

wydaje się, że można sięgnąć do zarządzeń tymczasowych, jednakże terminy niezwłocznego rozpoznania spraw przez sądy stypizowane w Konwencji winny być dotrzymywane. Zgodnie z art. 8 pkt 1-2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.) każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób⁸.

Powyższy przepis tworzy tarczę ochronę dla prawa do poszanowania życia rodzinnego, również dla dzieci, albowiem zabezpieczenie najlepszego interesu dziecka w oparciu o standardy z art. 8 EKPC polega na indywidualnym, dogłębnym rozpoznaniu sprawy, które nie zawsze, z uwagi na ograniczony zakres procedury w trybie Konwencji będzie zastosowany. Umocowanie do wydania na wniosek strony, zainteresowanego lub z urzędu zarządzeń tymczasowych wynika z art. 39 regulaminu ETPC. Przesłankami łącznymi do wydania zarządzeń tymczasowych jest istnienie bezpośredniego i poważnego zagrożenia (w analizowanym aspekcie praw dziecka), brak skutecznego środka o ochronie suspensywnej w prawie krajowym, istnienie wysokiego prawdopodobieństwa naruszenia EKPC, jak również prawdopodobieństwa wyrządzenia nieodwracalnej w skutkach szkody⁹. Zarządzenia tymczasowe, jakkolwiek są wydawane czasowo, pełnią ważną funkcję prewencyjną, ochronną, wymuszającą na państwie-stronie podejmowania działań o szerszym płaszczu ochronnym dla dziecka. Sam proces podjęcia decyzji o możliwości wydania przedmiotowych zarządzeń musi być *ad hoc*, tym bardziej że trudna ocena dotyczy zasady pomocniczości oraz wyczerpania dostępnych środków odwoławczych¹⁰.

8 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. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.).

9 Tomasz Wróbel, „Środki tymczasowe (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”, [w:] *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, red. Jerzy Jaskiernia (Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2012), 79.

10 Agata Rogalska-Piechota, „Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system*

Analizując płaszczyznę relacji między regulacjami ETPC a Konwencją haska w aspekcie tzw. porwań rodzicielskich należy zauważyć, że ta druga regulacja należy do międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka i stanowi z samych zapisów opisanych w preambule gwarancję niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu. Zabezpieczenie najlepszego interesu dziecka w oparciu o art. 8 EKPC polega na całościowym, wszechstronnym rozpatrzeniu sprawy, mając na względzie różnice społeczne, kulturowe. Konwencja haska oparta jest zdaniem Autora na ograniczonej procedurze, albowiem najistotniejszą kwestią są ramy czasowe, (niezwłoczność w doprowadzeniu dziecka do stanu sprzed uprowadzenia czy zatrzymania, z wyjątkami określonymi w art. 13.) Kluczowym orzeczeniem, który opisuje korelacje między procedurą z Konwencji Haskiej a zarządzeniami tymczasowymi wydawanymi przez ETPC, jest sprawa *Nadolska i Lopez przeciwko Polsce*¹¹. Sądy krajowe w oparciu o Konwencję haską nakazały powrót dziecka do miejsca pobytu ojca, a matka małoletniego poszukując szerokiej ochrony prawnej wniosła skargę do ETPC, jak również zainicjowała wniesienie nadzwyczajnych środków odwoławczych w prawie krajowym. Ostatecznie ETPC uznał skargę za niedopuszczalną, podkreślając, że pełni subsydiarną i pomocniczą rolę wobec regulacji krajowych. ETPC uznał jednak, że sprawa wymaga wydania zarządzeń tymczasowych, stanowiących zobowiązania rezultatu. Oznacza to, że organ zarządzający wskazuje jedynie, jaki cel powinien zostać osiągnięty, a nie w jaki sposób ma zostać zrealizowany. W omawianej sprawie celem zarządzenia tymczasowego było wstrzymanie wydalenia małoletniego dziecka, a Sąd Rejonowy zobligowany był do uchylecia postanowienia o wyznaczeniu kuratora sądowego do egzekucji nakazu powrotu¹².

Zarządzenie ETPC miało bowiem pełnić funkcję prewencyjną oraz skutecznego natychmiastowego wykonania zobowiązania państwa przyjmującego na gruncie Konwencji Haskiej w zakresie wydania uprowadzonego

kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza, red. Michał Balcerzak, Tadeusz Jasudowicz, Julia Kapelańska-Pręgowska (Toruń: Katedra Praw Człowieka Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 2011).

- 11 Decyzja ETPC z 15.10.2013 r., 78296/11, *Nadolska i Lopez Nadolska przeciwko Polsce*, HUDOC – dalej decyzja 78296/11, *Nadolska*.
- 12 Piotr Pelc, „Zarządzenia tymczasowe stosowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka a Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 5 (2019): 34-39).

syna¹³. Ostatecznie w omawianym stanie faktycznym Trybunał cofnął zarządzenie tymczasowe, jednakże cel dla skarżącej został osiągnięty. Przeciwnie: gdyby zarządzenia nie było skarżąca oczekiwałaby przez okres osiemnastu miesięcy na powrót syna. W tym zakresie na czynnik pierwszeństwa w rezultacie zarządzeń wysnuć należy czynnik temporalny, który automatyzuje i upraszcza procedurę opartą na Konwencji haskiej. Przyjęcie za linią orzeczniczą poglądu, że ocenie Trybunału poddawana jest kwestia zgodności powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu, skutkuje koniecznością wzięcia za podstawę rozstrzygnięcia aktualnej sytuacji dziecka, istniejącej w momencie wydawania wyroku¹⁴.

Podsumowując: niezależnie od określenia zachowań rodzica, który wspólnie bądź indywidualnie sprawuje pieczę nad dzieckiem, a piecza ta jest uregulowana sądownie bądź Sąd orzekł o sposobie wykonywania kontaktów z dzieckiem, ewentualnie kwestia ta została uregulowana ugodą sądową czy przed mediatorem (co ma moc ugody sądowej), to naruszenie harmonii dotychczas ukształtowanego prawa wpływa niewątpliwie na sferę uprawnień rodzica w zakresie uniemożliwienia mu realizowania prawa do osobistej styczności z dzieckiem. Sprzeczne z ukształtowanym *status quo* w zakresie relacji rodzice – dziecko będzie zatem każde bezprawne postępowanie rodziców wspólnie wykonujących władzę rodzicielską, bądź którym władza ta została ograniczona i realizują w określonym czasie prawo do pieczy czy kontaktów z dzieckiem. W korelacji z naruszeniem dobra dziecka występuje dobro rodzica, któremu drugi z rodziców uniemożliwił wykonanie kontaktów czy realizowanie pieczy. W judykaturze podkreśla się, że jeżeli **interes dziecka** da się pogodzić z interesem rodziców, to nie można pomijać tego ostatniego, nawet przy założeniu, że „rozstrzygnięcie wywoła pewne przejściowe skutki ujemne dla dziecka”¹⁵. Analizując europejskie uregulowania w zakresie wskazówki interpretacyjnej do pojęcia naruszenia dobra dziecka z przyczyn bezprawnego naruszenia przez rodzica prawa do kontaktów, opieki etc., należy również odwołać się do preambuły Rozporządzenia Rady (WE) z dnia 27 listopada

13 Lech Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18* (Warszawa: C. H. Beck, 2010).

14 Michał Kowalski, „Środki tymczasowe zarządzane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce”, [w:] *Stosowanie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w krajowym porządku prawnym. VI Seminarium Warszawskie* (Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2013).

15 Wyrok SN z 17.12.1965 r., I CR 309/65, OSNCP 1966/7–8, poz. 132; uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 9.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976/9, poz. 184).

2003 r.¹⁶. We wstępie do powyższego aktu prawnego na piedestał zostały wyrażone „najlepsze interesy dziecka, w szczególności kryterium bliskości”. Odpowiedzialność rodzicielska została zatem ukształtowana w połączeniu z dbaniem o dobro dziecka, w tym realizowaniem prawa do wykonywania osobistej styczności, w zakresie kontaktów czy innych aspektów związanych z roztoczeniem opieki nad dzieckiem¹⁷.

Kierunek interpretacyjny szerokiego pojęcia naruszenia dobra dziecka w art. 1 punkt 2 ww. Rozporządzenia dotyczy naruszenia prawa do opieki i prawa do kontaktów z dzieckiem. Poprzez pryzmat wykonywania tychże praw należy zawsze odnosić się do dobra dziecka, albowiem pojęcie to jest powiązane z prawami do opieki i wykonywania kontaktów oraz skupia w sobie również dobro drugiego rodzica, utożsamiane jako jedna z płaszczyzn realizowania praw wynikających z opieki, kontaktów, osobistej styczności z dzieckiem. „Odpowiedzialność rodzicielska”, zgodnie z art. 2 punkt 7 w/w Rozporządzenia, dotyczy wszelkich praw i obowiązków odnoszących się do dziecka, przysługujących na mocy bądź orzeczenia sądowego, z mocy prawa lub umowy skutecznej prawnie. Odpowiedzialność rodzicielska odnosi się do sfery prawa do opieki oraz prawa do realizowania kontaktów z dzieckiem i determinanty te zostały wprost wyartykułowane. Z mocy art. 2 punkt 8 Rozporządzenia pojawia się pojęcie „osoby posiadającej odpowiedzialność rodzicielską”, którą należy utożsamiać z prawnym opiekunem dziecka. „Prawo do opieki” obejmuje prawa i obowiązki związane z opieką nad dzieckiem, w tym prawo do ustalenia miejsca zamieszkania dziecka (art. 2 punkt 9), a zatem posiada definicję zbliżoną do wyrażonej w Konwencji haskiej. „Prawo do kontaktów z dzieckiem” dotyczy prawda do zabrania dziecka na określony czas w miejsce inne, aniżeli ustalone jako stałe miejsce pobytu (art. 2 punkt 10). W tym zakresie pojęcie pozostaje zbliżone do definicji zawartej w Europejskiej konwencji, natomiast Rozporządzenie określa pojęcie „bezprawnego zabrania lub zatrzymania”, które różni się jedynie frazeologicznie od pojęcia bezprawnego uprowadzenia czy bezprawnego przerwania opieki na kanwie Europejskiej konwencji bądź Konwencji haskiej. Przepis art. 2 punkt 11 wyjaśnia, że pojęcie to dotyczy naruszenia prawa do opieki nabytego na mocy orzeczenia sądowego, przysługującego z mocy prawa lub umowy mającej skutek w państwie, w którym dziecko zamieszkiwało przez zabranie lub zatrzymaniem. Uprowadzenie, przerwanie opieki czy zabranie dziecka, jeżeli posiada cechy bezprawności zawsze będzie pojęciem synonimicznym, naruszającym dobro

16 Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 Dziennik Urzędowy L 338 , 23/12/2003 P. 0001 – 0029.

17 Rogalska-Piechota, „Prawny charakter”.

dziecka. Drugą przesłanką warunkującą z mocy Rozporządzenia przyjęcie, że w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z bezprawnym zabránieniem lub zatrzymaniem dziecka będzie moment skutecznego wykonywania prawa do opieki wspólnie lub samodzielnie przez rodziców. Powyższe Rozporządzenie wyjaśnia pojęcie wspólnego wykonywania prawa, precyzując definicję z Konwencji haskiej, które odnosi się do stanów, z mocy prawa lub orzeczenia, kiedy jedna z osób posiadających odpowiedzialność rodzicielską nie może podejmować decyzji bez zgody innej osoby posiadającej odpowiedzialność rodzicielską, w zakresie miejsca zamieszkania dziecka. Zatem odpowiedzialność rodzicielska to inaczej władza rodzicielska przysługująca obojgu rodzicom w pełni bądź ograniczona w zakresie jednego rodzica, której wykonywanie zostało określone bądź ewentualnie rozstrzygnięcia Sądu o istotnych sprawach dziecka, tj. ustalenia miejsca pobytu na kanwie wykonywania przez nich pieczy naprzemiennej.

Podsumowując: niezależnie od różnic terminologicznych, działania rodzica wykonującego prawo do opieki, kontaktów, odwiedzin dziecka, w sposób sprzeczny z dotychczasowymi ustaleniami na gruncie orzeczenia sądowego, ugody pozasądowej, ugody mediacyjnej zawsze będą bezprawnym uprowadzeniem, zatrzymaniem czy przerwaniem dotychczasowej pieczy, co wpływa na naruszenie interesu dziecka, jak również sfery praw drugiego rodzica. Wykładnia celowościowa uregulowań międzynarodowych pozwala postawić tezę, że każde naruszenie powyższych Konwencji czy Rozporządzenia wpłynie na dobro dziecka, a nie każde naruszenie naruszy dobro drugiego rodzica. Dopiero łączne spełnienie determinantów w zakresie granicy wiekowej dziecka, naruszenia sfery praw, jego dotychczasowego miejsca zamieszkania czy pobytu, jak również działania naruszające sferę praw drugiego rodzica, wpłynie na naruszenie dóbr osobistych rodzica, przy którym dziecko przebywało – „uprowadzenia, zatrzymania czy przerwania dotychczasowej pieczy”¹⁸.

Powyższe wnioski są zasadne w świetle wykładni systemowej, albowiem zgodnie z art. 60 podpunkt d i e Rozporządzenia ma ono pierwszeństwo m.in. przed Konwencją haską z dnia 25 października 1980 r. oraz Europejską konwencją z dnia 20 maja 1980 r.

1.2. Naruszenie dobra dziecka w wykonywaniu prawa do kontaktów i pieczy nad dzieckiem w regulacji krajowej

W systemie prawa krajowego również nie znajdziemy definicji legalnej dobra dziecka. Przedmiotowe *utilitates pueri* zostało ukształtowane przez orzecznictwo, natomiast źródłem wykładni jest Konwencja o prawach

18 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 19 lipca 2016 r., 2171/14, Lex numer 2071843.

dziecka¹⁹, która wielokrotnie wymienia pojęcie „dobra dziecka”. W art. 1 Konwencji wskazuje się, że dzieckiem jest co do zasady każda istota ludzka poniżej osiemnastego roku życia. Zgodnie z art. 3 ust. 2 Konwencji do obowiązków Państwa – Strony należy zapewnienie dziecku opieki i ochrony dla realizacji dobra dziecka, mając na względzie prawa i obowiązku jego rodziców. Z mocy art. 18 ust. 1 Konwencji rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka i winni kierować się najlepszym zabezpieczeniem interesów dziecka. Na kanwie art. 20 ust. 1 znajduje się odesłanie do sytuacji potencjalnego „uprowadzenia, porwania dziecka”, pozbawionego czasowo swego środowiska rodzinnego (vide: aktualnego miejsca zamieszkania). Klauzula „dobro dziecka” należy do naczelných zasad polskiego prawa rodzinnego i stanowi złoty środek, a zarazem cel sam w sobie, którym należy się kierować na gruncie wszystkich sytuacji z udziałem dziecka. Dobro dziecka w stosunkach między rodzicami i dziećmi stanowi źródło wykładni przepisów, co zostało wzmocnione przez art. 3 ust. 1 Konwencji. W powyższym akcie wartością nadrzędną jest „zabezpieczenie interesów dziecka” we wszystkich działaniach podejmowanych m.in. przez sądy. Ochrona prawa dziecka w aspekcie szerokiego spectrum czynników, które wpływają na jego dobro wynika *explicite* z art. 72 ust. 1 zd. 1 ustawy zasadniczej, gdzie wskazuje się, że Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka²⁰. U źródła każdej decyzji dotyczącej dziecka leży ochrona jego interesu, która wyraża się w respektowaniu dobra dziecka. Orzecznictwo próbuje określić czynniki, mające wpływ na dobro dziecka w zakresie sfery spraw osobistych o wymiarze fizycznym, duchowym, w zakresie kształcenia, wychowania, strzeżenia interesów majątkowych²¹.

Naczelna zasada dobra dziecka odnosi się również do relacji na gruncie rodzic – rodzic, albowiem interesy dziecka mają priorytetowe znaczenie nad konflikt między rodzicami a niemożność dojścia do porozumienia. Zakres władzy rodzicielskiej wynikający z art. 95 § 1-4 krio²² obejmuje obowiązek i prawo do wykonywania pieczy nad dzieckiem, wychowywanie go z poszanowaniem godności i praw. Prawidłowe wykonywanie władzy rodzicielskiej wymaga „kierowania się dobrem dziecka” i interesem społecznym. Z oczywistych zatem względów postępowania rodzica, który zakłóca ukształtowany

-
- 19 Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. 1991, Nr 120, poz. 526 ze zm.).
- 20 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U., Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- 21 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1997 r., II CKN 90/96, niepubl. z dnia 12 grudnia 2000 r., V CKN 1751/00, niepubl.
- 22 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2086).

sposób wykonywania władzy rodzicielskiej przez drugiego i wywozi dziecko poza stałe miejsce pobytu, pozostaje w sprzeczności zarówno z dobrem osoby wywożonej, jak i również rodzica, któremu uniemożliwia się prawidłowe wykonywanie władzy rodzicielskiej. Należy skonstatować, że dziecko powinno być wychowywane z poszanowaniem systemu wartości, które są akceptowane w społeczeństwie. Zgodnie z orzecznictwem wyjazd dziecka za granicę w celu spędzenia tam wakacji wymaga zgody obojga rodziców, wykonujących władzę rodzicielską bądź w braku zgody orzeczenia sądowego²³. Nadużyciem wykonywania władzy rodzicielskiej, uzasadniającym wystąpienie z żądaniem jej pozbawienia, jest zatrzymanie małoletniego dziecka przez jednego z rodziców wbrew woli drugiego w obcym kraju²⁴.

Institucja pieczy nad dzieckiem jako elementu wykonywania tejże władzy została uregulowana w art. 96 § 1 krio i odnosi się do czynności wychowania, kierowania dzieckiem, troszczenia się o fizyczny i duchowy rozwój oraz przygotowania do pracy dla dobra społeczeństwa. Rodzice mają jednak względem dziecka także prawa i obowiązki nieobjęte władzą rodzicielską, nie stanowiące jej elementu, jak np. prawo do osobistej styczności z dzieckiem²⁵.

W sytuacji, kiedy władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, każde z nich posiada obowiązek i uprawnione do jej wykonywania i wspólnego rozstrzygnięcia o istotnych sprawach dziecka, co wynika wprost z art. 97 § 1 i 2 krio. Niemożność dojścia przez rodziców do porozumienia uruchamia procedurę wydania przez sąd rozstrzygnięcia o istotnych sprawach dziecka. Analizując zatem pojęcie dobra dziecka, które powtarza się w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, należy przyjąć, że w różnych stanach faktycznych dobro dziecka zawsze będzie zasadą naczelną, jednakże dobro rodzica w zakresie prawa do wykonywania władzy rodzicielskiej może zostać ograniczone²⁶. Na kanwie art. 107 § 1-3 krio zostały uregulowane sytuacje związane z wypełnianiem władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu. W każdej sytuacji Sąd kieruje się dobrem dziecka, określając sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, w tym utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Od ukształtowania relacji rodziców zależy również możliwość pozostawienia

23 Postanowienie SN z 3 czerwca 1985 r., III CRN 19/85, Lexis.pl nr 320932.

24 Postanowienie SN z 14 października 1970 r., III CRN 181/70, LexisNexis nr 296300, OSNCP 1971, nr 6, poz. 107.

25 Dariusz Kotłowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Wybór orzecznictwa. Komentarz orzecznicy* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014).

26 Jerzy Słyk, „Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka w przypadku braku porozumienia rodziców (art. 97 § 2 k.r.o.)”, *Prawo w Działaniu*, nr 14 (2013): 77-120. <https://www.iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Rozstrzygnięcie-o-istotnych-sprawach-dziecka-w-przypadku-braku-porozumienia-rodzic%C3%B3w-art-97-par.-2-kro.pdf>.

władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, w sytuacji przedstawienia pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem.

W zakresie różnych stanów faktycznych mogą więc zostać naruszone uprawnienia drugiego rodzica do realizowania władzy rodzicielskiej, w tym sprawowania pieczy nad dzieckiem czy utrzymywania kontaktów, co zagrozi sferze analogicznych praw drugiego rodzica, naruszając jego dobra. Antidotum na zagrożenie dobra dziecka będą konkretne zarządzenia Sądu, mające na celu zobowiązanie do określonego postępowania, wskazania jakie czynności rodzice mogą wykonać bez decyzji procesowej Sądu, a nawet poddania wykonywaniu władzy rodzicielskiej stałemu nadzorowi kuratora sądowego (art. 109 § 1 i 2 krio). W orzecznictwie ukształtowany został pogląd, zgodnie z którym uprawnienia wynikające z władzy rodzicielskiej realizowane zostają w pełni jedynie wtedy, kiedy nie prowadzą do kolizji z dobrem dziecka²⁷.

Kierowanie się dobrem dziecka dotyczy wykonania środków zagwarantowanych w innym państwie, co zostało wyrażone w art. 28 zdanie 2 Konwencji haskiej oraz w preambule Konwencji o prawach dziecka, w której wskazuje się, że dzieci mają prawo do szczególnej troski i pomocy²⁸. Pomoc ta realizowana jest niewątpliwie w związku z naruszeniem przez rodzica prawa dziecka do osobistej styczności z drugim z rodziców, pod którego władzą pozostaje, w tym prawa do kontaktów poprzez wywiezienie go za granicę bądź w miejsce inne aniżeli dotychczasowe miejsce zamieszkania.

Analiza orzecznictwa pozwala bowiem przyjąć tezę, że na piedestał wartości i zasad prawa rodzinnego należy wynieść dobro dziecka, które jest pojęciem bardzo szerokim, skupiającym w sobie „dobro rodziny”, konieczność zaspokojenia potrzeb życiowych i emocjonalnych dziecka²⁹. Pod pojęciem dobra rodzica kryje się dobro dziecka, albowiem postępowanie jednego rodzica sprzeczne z ustaleniami odnośnie do sprawowania opieki, pieczy, realizowania kontaktów z nim, narusza dobro drugiego rodzica jako element gwarancji dobra dziecka. Brak definicji legalnej tego pojęcia wymaga od podmiotów stosujących prawo szczególnej wnikliwości i dogłębnego spojrzenia na stan faktyczny sprawy, w tym możliwość zagrożenia dobra dziecka przy aspekcie porwań czy uprowadzeń rodzicielskich³⁰. Ingerencja Sądu odnośnie do możliwości wydania konkretnych zarządzeń nie dotyczy sytuacji również

27 Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2000 r., V CKN 1751/00, Lex nr 1635378.

28 Postanowienie SN z dnia 31 stycznia 2018 r., IV CSK 442/17, Lex nr 2483681.

29 Aleksandra Partyk, *Dobro dziecka jako wartość nadrzędna przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej* (system Informacji Prawnej LEX, 2014).

30 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2016 r., II CA 1/16, Lex nr 2216088.

niezawinionych, natomiast kwestia porwania rodzicielskiego za granicę ma miejsce w sytuacji podjęcia bezprawnych działań.

Analizując orzecznictwo na opisywany temat należy podkreślić, że stosunki między rodzicami wpływają istotnie na dobro dziecka, albowiem naruszenie prerogatyw wynikających z władzy rodzicielskiej zagraża dobru dziecka, jak również dobru drugiego rodzica w znaczeniu szerszym³¹. Realizowanie kontaktów z dzieckiem powinno odbywać się w atmosferze wolnej od negatywnych emocji wynikających z niemożności dojścia między rodzicami do porozumienia³². Więź rodzinna wpływa na kształtowanie dobra dziecka, albowiem rodzice odmiennie od opiekunów nie podlegają nadzorowi Sądu *ex lege*, a procedury zostają uruchamiane dopiero wtedy, gdy istnieje prawdopodobieństwo zagrożenia dobra dziecka. Porwanie czy uprowadzenie rodzicielskie ma miejsce zatem w sytuacji niewłaściwego sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem przez jednego z rodziców³³. W sytuacji powstania konfliktu między dobrem dziecka a interesem rodziców na piedestał należy wyprowadzić zawsze dobro dziecka.

Konstatując zatem należy opowiedzieć się za szerokim pojęciem dobra dziecka. Naruszenie zasady nadrzędnej w relacji rodzice – małoletnie dziecko ma miejsce przez zachowanie jednego z rodziców, który bez wiedzy i zgody drugiego zmienia samoistnie miejsca pobytu dziecka, jego dotychczasowe centrum życiowe. Sposób prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej, prawa do kontaktów z dzieckiem, odwiedzin powinien być tak ukształtowany, aby nie naruszał praw drugiego rodzica oraz jego dobra, rozumianego jako prawo do realizacji czynności wynikających z władzy rodzicielskiej. Na piedestale każdej decyzji rodzica powinno znajdować się dziecko i ochrona jego praw, w tym prawa do niezakłóconej egzystencji. Orzecznictwo przyrównuje również dobro dziecka do interesu rodzica, jednakże przy zauważeniu kolizji tychże dóbr pierwszeństwo zawsze ma dobro dziecka. Nieco odmiennie wykładnia dobra rodzica (interesu rodzica) ukształtowana jest w sytuacji badania przesłanek karnoprawnych przy występku uprowadzenia rodzicielskiego, o czym w dalszej części.

31 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1997 r., III CKN 321/97, Lex nr 236525.

32 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 1981 r., III CRN 155/81, Lex nr 8348.

33 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 1999 r., III CKN 979/98, Lex nr 1215106.

2. Porwanie rodzicielskie – naruszenie zasad wynikających z kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Zgodnie z definicją języka polskiego **porwanie** stanowi przestępstwo, polegające na bezprawnym pozbawieniu człowieka wolności i zmuszenia do zmiany miejsca pobytu wbrew jego woli³⁴.

W orzeczeniu rozwiązującym związek małżeński przez rozwód, zgodnie z art. 58 § 1 krio sąd może orzec o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i kontaktach rodziców z dzieckiem. Jednakże Sąd uwzględnia również pisemne porozumienie małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka. W braku porozumienia, z mocy art. 58 § 1 a kroi, sąd rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, mając przy tym uprawnienia do powierzenia władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając ją w stosunku do drugiego rodzica w zakresie określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, kierując się klauzulą „dobra dziecka”. Jednocześnie w sytuacji pozytywnych relacji między małżonkami, na zgodny wniosek, Sąd nie orzeka o utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (art. 58 § 1 b krio).

W orzecznictwie wyrażono jednomyślny pogląd, oparty na wykładni językowej art. 113 oraz 113¹ krio, że prawo do utrzymywania przez rodziców kontaktów z dzieckiem nie należy do sfery sprawowania władzy rodzicielskiej³⁵. Z mocy powyższych przepisów kontakty między rodzicami a dziećmi stanowią ich prawo, a zarazem obowiązek, i pozostają niezależne od władzy rodzicielskiej. Realizacja kontaktów odbywa się poprzez przebywanie z dzieckiem, tj. odwiedziny czy zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu. W sytuacji, kiedy dziecko przebywa stale u jednego z rodziców, sposób utrzymania kontaktów z drugim rodzicem powinien zostać ustalony wspólnie, biorąc pod uwagę klauzulę dobra dziecka. Niemożność dojścia rodziców do porozumienia i osiągnięcia konsensusu w sferze najważniejszej w życiu, jak sposób utrzymywania kontaktów z dzieckiem, powoduje konieczność

34 *Wielka Encyklopedia Powszechna PWN*, t. IX (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1966), 311.

35 Uchwały SN z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, z dnia 26 września 1983 r., sygn.. III CZP 46/83, publ. OSNCP 1984, nr 4, poz. 49, z dnia 14 czerwca 1988 r., sygn. III CZP 42/88, publ. OSNCP 1989, nr 10, poz. 156, z dnia 21 października 2005 r., sygn. III CZP 75/05, publ. OSNC 2006, nr 9, poz. 142, z dnia 8 marca 2006 r., sygn. III CZP 98/05, publ. OSNC 2006, nr 10, poz. 158 oraz postanowienia z dnia 5 maja 2000 r., sygn.. II CKN 761/00, niepubl., z dnia 7 listopada 2000 r., sygn.. I CKN 115/00, publ. OSNC 2001, nr 3, poz. 50).

uregulowania tej kwestii w trybie art. 109 § 1 krio³⁶. Judykatura wskazuje, że nie ma również przeszkód rozstrzygnięcia kwestii wykonywania kontaktów z dzieckiem w drodze ugody, tym bardziej że celem jej będzie osiągnięcie przez rodziców porozumienia, co wpływa na dobro dziecka i służy dobru rodziców. Dobro dziecka pozostaje zawsze naruszone, kiedy drugi rodzic wymusza kontakty z nim³⁷. Skutkiem uwikłania dziecka w konflikt rodziców może być próba wprowadzenia dobrowolnej częstotliwości i miejsca wykonywania kontaktów bądź naruszenie dotychczasowych ustaleń i nieuzasadnione przetrzymywanie dziecka ponad czasokres realizowania prawa do kontaktów bądź wywiezienie go do miejsca innego aniżeli ustalone w związku z osobistą stycznością z dzieckiem. Wskazać należy, że próby uniemożliwienia właściwego wykonywania kontaktu przez jednego z rodziców wobec drugiego rodzica mogą tworzyć asumpt do podjęcia działań wywiezienia dziecka poza dotychczasowe miejsce pobytu, wypełniając tym samym przesłanki porwania rodzicielskiego.

Zatem z powyższych przepisów należy ukształtować taki model utrzymywania kontaktów rodzica z dzieckiem, który zgodny jest ze wspólnym porozumieniem rodziców, uwzględnia rozsądne życzenie dziecka bądź został ukształtowany na mocy orzeczenia sądowego. Każde działania *contra legem* w tym zakresie i naruszenie rozstrzygnięcia w przedmiocie sposobu wykonywania kontaktów oceniane może zostać jako porwanie rodzicielskie. Rodzic, który nie respektuje orzeczenia sądowego w zakresie rozstrzygnięcia o kontaktach, nawet co do zgodnego wniosku, i następnie podejmuje czynności związane z wywiezieniem dziecka poza miejsce pobytu bądź przetrzymuje je ponad ustalony czasokres – podejmuje działania o charakterze bezprawności, co wypełnia przesłanki definicji porwania rodzicielskiego. Stan faktyczny w tym zakresie wystąpi, kiedy rodzice posiadają równe prawa rodzicielskie, mogą decydować o miejscu pobytu dziecka, natomiast dziecko zostaje zabrane bez wiedzy lub woli drugiego rodzica spod jego opieki. Porwanie rodzicielskie może również wystąpić z zaniechania rodzica wykonującego kontakty z dzieckiem poprzez nie „oddanie” dziecka do jego miejsca pobytu. Zagrożenie zaistnienia porwań rodzicielskich jest większe w stanie faktycznym, gdzie w wyroku rozwodowym Sąd przyznał władzę rodzicielską obojgu rodzicom bądź nie orzekł o sposobie ustalania kontaktów, na zgodny wniosek stron. W sytuacji przedstawienia pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej istnieje również niebezpieczeństwo naruszenia dotychczasowych pozasądowych ustaleń przez byłych małżonków. Czynnikiem determinującym jest możliwość podjęcia się przez rodzica działań

36 Postanowienie SN z dnia 7 listopada 2000 r., sygn.. I CKN 1115/00, publ. LEX nr 45007.

37 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., sygn. III CZP 75/05, publ. LEX nr 1615838.

na pograniczu porwania rodzicielskiego będzie dotychczasowe nierespektowanie umówionych spotkań, nieinformowanie o miejscu przebywania dziecka w czasie realizowania odwiedzin. Opieka naprzemienna również może stworzyć dogodną dla rodzica płaszczyznę działań sprzecznych z porozumieniem i dotychczasową współpracą, albowiem z jednej strony oparta jest na zgodnej woli rodziców, z drugiej przy zmianie pola uzgodnień może doprowadzić do zdarzeń, w których rodzic, realizujący w danym okresie pieczę nad dzieckiem, zmieni jego dotychczasowe miejsce pobytu, nie „odda” dziecka w umówionym tygodniu sprawowania pieczy przed drugim z rodziców³⁸. Przeciwnicy opieki naprzemiennej wskazują na możliwość „poluzowania kontroli rodziców”, co może również mieć znaczenie dla zwiększenia negatywnych zjawisk porwań dzieci³⁹.

Podsumowując: każde działanie rodzica posiadającego pełną władzę rodzicielską, bądź któremu władza rodzicielska została ograniczona, nierespektującego ustalenia w zakresie kontaktów z dzieckiem czy tygodni pobytu dziecka u niego podczas realizowania pieczy naprzemiennej, narusza dobro dziecka oraz prawo drugiego rodzica do osobistej styczności z dzieckiem. Działania rodzica – sprzeczne z dotychczasowym porozumieniem, z orzeczeniem Sądu, ugodą sądową czy mediacyjną – który bez wiedzy i woli drugiego wywozi dziecko w inne niż dotychczasowe miejsce pobytu bądź dopuszcza się zaniechania i nie informuje rodzica o miejscu aktualnego pobytu małoletniego dziecka, wypełnia definicję porwania rodzicielskiego na gruncie prawa rodzinnego i opiekuńczego. Kwestią istotną jest również problem próby wymuszenia kontaktów wobec sprzeciwu dziecka, które samo utrudnia drugiemu z rodziców prawo do osobistej styczności⁴⁰. Poszukując remedium w stanach faktycznych, w których rodzice nie respektują dotychczasowych ustalonych zasad realizowania pieczy nad dzieckiem, prawa do kontaktów z nim, należy stworzyć mechanizm prewencyjny, aby zabezpieczyć interesy drugiego rodzica i dziecka przed skutkami zatrzymania czy porwania rodzicielskiego. Rozsądnym rozwiązaniem w tym zakresie może być wystąpienie do Sądu o zabezpieczenie roszczenia poprzez zakazanie rodzicowi niepozbawionemu władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem, przy istnieniu argumentacji dotychczasowego naruszenia praw i obowiązków w tym zakresie.

38 Paulina Gluza, Zofia Kołakowska-Halbersztadt, Maciej Tański, *Dziecko w rozstaniu rodziców* (Warszawa: LexisNexis, 2013), 23.

39 Wanda Stojanowska, Tadeusz Smyczyński, *System Prawa Prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, (Warszawa: C.H. Beck, 2014), 777.

40 Wanda Stojanowska, Mirosław Kosek, *Nowelizacja prawa rodzinnego* (Warszawa, LexisNexis, 2010), 267-269.

Możliwość powyższa zgodna jest z uchwałą pełnego składu SN⁴¹, jednakże w praktyce jest rzadko stosowana⁴².

3. Uprowadzenie rodzicielskie – występki naruszający dobro dziecka *sensu largo* oraz dobro drugiego rodzica *sensu stricto*

Zgodnie z definicją powszechną pojęcie „uprowadzenie” dotyczy szczególnej formy porwania, co oznacza, że uprowadzenie jest pojęciem węższym.

Z mocy art. 211 kk „Kto, wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru, uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega każde pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Przed wejściem w życie nowelizacji kodeksu karnego⁴³, tj. dniem 13 lipca 2017 r., górna granica zagrożenia karnego występkę uprowadzenia wynosiła 3 lata. Powyższa restrykcja związana była z częstotliwością występowania powyższego czynu, co stanowiło asumpt do podwyższenia ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności do 5 lat.

W orzecznictwie wskazuje się, że przedmiotem ochrony czynu z art. 211 kk nie jest dobro osoby uprowadzanej bądź zatrzymanej (*vide* – dziecka do lat 15) czy wolność, lecz instytucja opieki⁴⁴. Zachowanie sprawcy czynu dotyczy alternatywnie uprowadzenia lub zatrzymania (na gruncie rozważań osoby małoletniej poniżej lat 15). Orzecznictwo i dorobek doktryny ukształtowało definicję uprowadzenia, które może odbyć się za wiedzą i zgodą osoby uprowadzanej i realizuje się poprzez porwanie, przemieszczenie, zabranie z jednego miejsca pobytu do drugiego⁴⁵. Czynność zatrzymania dotyczy zmuszenia dziecka do pozostania w miejscu pobytu wbrew woli i wiedzy drugiego rodzica i może mieć zastosowanie do stanów faktycznych, w których dziecko początkowo znalazło się w danym miejscu legalnie (miejsce i czas realizowania kontaktów), a następnie zostało przetrzymywane (poza ustalony przedział czasu). Zwrot „osoba powołana do opieki” wymieniony w omawianym przepisie kodeksu karnego odnosi się do uregulowań prawnych na mocy orzeczeń sądowych, ugody, umowy etc. Powyższy czyn stanowi występki

41 Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 8.03.2006 r., sygn. III CZP 98/05, publ. LEX nr 172365.

42 Ibidem.

43 Ustawa z dnia 23 marca 2017r., o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego.

44 Postanowienie SN z dnia 18.12.1992 r., sygn. I KZP 40/92, publ. *Informacja Prawnicza*, nr 7-9, 1992, poz. 6,

45 Ryszard Andrzej Stefański, „Przestępstwo uprowadzenia małoletniego” *Prawo i Prokuratura*, nr 9 (1999).

materialny (skutkowy), albowiem zawsze wiąże się z niemożnością sprawowania opieki przez uprawnione osoby. Dokonanie występku powiązane jest z „rzeczywistym przerwaniem” teźże opieki lub „rzeczywistym uniemożliwieniem” realizowania opieki, pieczy przez osobę uprawnioną (rodzica, któremu nie została ograniczona władza rodzicielska lub który nie został pozbawiony władzy rodzicielskiej). W doktrynie niejednolicie interpretuje się pojęcie skutku jako zmiany miejsca pobytu (małoletniego), w sytuacji czynności uprowadzenia bądź pozostawienia teźże osoby w jej miejscu pobytu, w momencie doprowadzenia do czynności zatrzymania⁴⁶.

Wykładnia celowościowa pozwala rozszerzyć osoby uprawnione do opieki również na rodzica, który posiada pełną władzę rodzicielską, co stanowiło pierwotnie element sporów w doktrynie i orzecznictwie. Początkowo judykatura wskazywała, że do hipotezy z powyższego przepisu nie wchodzi rodzice, jeżeli władza rodzicielska nie została im ograniczona, zawieszona lub pozbawiona⁴⁷. Orzecznictwo ukształtowało pogląd, że odpowiedzialność za przestępstwo z art. 211 k.k. ponosi rodzic tylko wtedy, gdy jego władza rodzicielska została ograniczona lub gdy został jej pozbawiony⁴⁸. Pogląd takowy nie jest uzasadniony, albowiem niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów. Kierując się tezą, że kontakty z dzieckiem nie są elementem wykonywania władzy rodzicielskiej i prawo do nich jest niezależne od jej posiadania, sprzeczne z *ratio legis* jest wyłączenie rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej od możliwości popełnienia występku uprowadzenia. *A contrario* podnoszono, że nie stanowi przestępstwa zabranie dziecka przez jednego z rodziców wbrew woli drugiego, jeżeli posiadają pełnię władzy rodzicielskiej⁴⁹. Powyższe stanowiska nie mogą być uznane za prawidłowe, gdyż wątpliwość budzi karne sankcjonowanie naruszenia obowiązków wynikających z realizowania obowiązków i praw do pieczy, wykonywania kontaktów, opieki⁵⁰.

W związku z powyższym należy przyjąć, że przestępstwo z art. 211 kk mogą dopuścić się rodzice, którzy posiadają pełnię władzy rodzicielskiej.

46 Aleksander Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1980), 225.

47 Uchwała SN z dnia 21 listopada 1979 r., sygn. VI KZP 15/79, publ. OSNKW 1980, nr 1, poz. 2.

48 Wyrok SN z dnia 14.02.2019r., sygn. V KK 42/18, publ. LEX nr 2619350.

49 Wyrok SN z dnia 21.07.1960 r., sygn.. VI KO 14/60, publ. OSPiKA 1960, nr 10, poz. 159.

50 Wyrok SN z dnia z dnia 5.02 1987 r., sygn.. V KRN 468/86, publ. OSNPG 1988, nr 3, poz. 26.

W stanie faktycznym sprawy, gdzie jeden z rodziców zmienia miejsce pobytu dziecka bez zgody drugiego i uniemożliwia mu realizowanie uprawnień wynikających z pieczy i opieki nad dzieckiem, również zostaną wypełnione znamiona występkę uprowadzenia. Prawidłowa wykładnia przepisu art. 211 kk powinna iść w kierunku niemożności odrzucenia rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej, którzy nie mogą dojść do porozumienia. Wykładnia celowościowa przepisu karnego powinna uwzględniać uregulowania kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w tym obowiązek współdziałania rodziców mających pełną władzę rodzicielską, a żyjących w rozłączeniu, którzy rozstrzygają wspólnie o miejscu pobytu dziecka. Wykluczenie tychże rodziców z hipotezy normy karnej stanowiłoby asumpt do powstania zjawiska ich bezkarności dla działań sprzecznych z prawem. Wola co do powrotu wyrażona przez dziecko, które już osiągnęło odpowiedni poziom dojrzałości, nie jest dla sądu wiążąca. Jeżeli jednak sąd najpierw uzna, iż dziecko jest wystarczająco dojrzałe, aby wyrazić sprzeciw co do powrotu do miejsca stałego pobytu, a następnie zarządzi zwrot dziecka pomimo jego sprzeciwu, to naraża się na zarzut oparty na podstawie. Na podstawie art. 20 Konwencji haskiej, a także na podstawie postanowień Konwencji ONZ o prawach dziecka, a mianowicie, że zarządzenie zwrotu narusza prawo do wolności dziecka oraz jego godność.

Kierując się stanowiskiem doktryny należy zauważyć, że dobrem chronionym w omawianym przepisie jest opieka, a zatem pośrednio niezakłócone wykonywanie kontaktów, pieczy nad dzieckiem. Występek uprowadzenia *implicite* chroni dobro osoby uprowadzanej czy zatrzymanej, albowiem osoby te nie mogą samodzielnie, poza wolą i widzą rodziców decydować o sobie⁵¹.

Należy więc odpowiedzieć się za szeroką wykładnią pojęcia uprowadzenia rodzicielskiego, które może realizować się w czynności porwania rodzicielskiego. Wskazania wymaga, że do czasu ewentualnego podjęcia decyzji procesowej przez Sąd w zakresie odebrania czy ograniczenia władzy rodzicielskiej (prawa do opieki) rodzice posiadają ograniczoną wolność w doborze środków niezbędnych do prawidłowego sprawowania opieki i wykonywania prerogatyw wynikających z władzy rodzicielskiej⁵². Autonomia decyzyjna ma na celu poszanowanie nienaruszalności w prawidłowej, dotychczasowej realizacji prawa do pieczy nad dzieckiem, wykonywania kontaktów i musi być penalizowane karnie. Ochrona niezakłóconego prawa do opieki jest tym bardziej pożądana właśnie w stanach faktycznych, w których każde z rodziców posiada pełnię władzy rodzicielskiej, lecz pozostają oni w konflikcie. Przedmiotem ochrony występkę uprowadzenia nie jest dobro osoby sprawującej

51 Lech Gardocki, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2015).

52 Marek Mozgawa, *Komentarz kodeks karny* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015).

opiekę, jednakże pośrednio dobro to zawsze zostanie naruszone umyślnym działaniem lub zaniechaniem drugiego rodzica. Działanie jednego z rodziców (w sytuacji, gdy obojgu przysługuje władza rodzicielska) polegające na uprowadzeniu lub zabraniu dziecka, przy sprzeciwie drugiego z rodziców, realizuje przedmiotowe znamię „wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru” – stanowi przełamanie woli drugiej z osób powołanych do opieki⁵³.

Podsumowując, działania bądź zaniechania rodzica, który wykonuje prawo do kontaktów czy sprawuje pieczę nad dzieckiem, niezależnie od przedmiotu władzy rodzicielskiej, jeżeli wypełniają znamiona przedmiotowe i podmiotowe z art. 211 kk podlegają odpowiedzialności karnej. W świetle prawa międzynarodowego każde bezprawne działania podjęte w sposób sprzeczny od ukształtowanego systemu sprawowania pieczy, opieki czy kontaktów, jak w przytoczonych na wstępie Konwencjach i Rozporządzeniach, będzie stanowiło asumpt do wszczęcia procedury transgranicznej.

Czynności uderzające w prawo drugiego rodzica do wykonywania opieki, osobistej styczności z dzieckiem, mogą być dochodzone na gruncie Konwencji omówionych na wstępie, jak również na gruncie przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego czy wreszcie na gruncie postępowania karnego. Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę stanowi główny instrument prawny regulujący problematykę zatrzymania dziecka lub uprowadzenia w innym państwie. Celem Europejskiej regulacji nie jest orzekania, przy którym z rodziców dziecko ma posiadać stałe miejsce pobytu, ale element restytucji do stanu przed bezprawnym „porwaniem rodzicielskim”. Zauważyć należy, że sięgnięcie do Konwencji dotyczy czynnika międzynarodowego i odnosi się do państwa sygnatariuszy, w tym Polski, a zatem w sytuacji uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka na terenie Polski zastosowanie znajdują regulacje krajowe, w tym zarządzenia Sądu opiekuńczego. Na zasadzie wzajemności Konwencja haska będzie zatem podstawową regulacją do porwań rodzicielskich dla państw sygnatariuszy, z których dziecko zostało w sposób bezprawny zabrane i w których obecnie się znajduje, jak również do sytuacji wywiezienia dziecka do państwa niebędącego umawiającą się stroną, a następnie jego przewiezienia do państwa-strony Konwencji. Skuteczność złożenia wniosku o wydanie dziecka determinują przesłanki nie tylko granicy wieku dziecka w dacie przemieszczenia z miejsca pobytu na terytorium innego państwa strony, bez zgody rodzica mającego prawo do opieki, ale również bezprawnego zatrzymania na terytorium obcego państwa, podczas czasowego pobytu, za zgodą rodzica sprawującego opiekę. W ocenie Autora zastosowanie regulacji międzynarodowych wymaga pierwotnego ustalenia bezprawności naruszenia prawa do opieki, która pozostaje w koherencji w ustawodawstwie państwa ostatniego stałego miejsca pobytu „dziecka”. W orzecznictwie międzynarodowym podnosi się, że miejsce ostatniego

53 Ibidem.

stałego pobytu dziecka należy również odnieść do czynnika temporalnego i okresu minimum półrocznego, jednakże należy opowiedzieć się za tezą o badaniu każdego stanu faktycznego indywidualnie i możliwości odejścia od powyższej granicy czasowej. Wykorzystanie pojęć niezwłoczności w podejmowaniu decyzji przez organy centralne państw tworzy parasol ochronny dla przyspieszenia procedury zwrotu dziecka, tym bardziej że Konwencja nie przewiduje obowiązku badania przez państwo, w którym dziecko przebywa przy spełnieniu pozostałych przesłanek opisanych powyżej, który z rodziców faktycznie ma realizować prawo do opieki w rozumieniu ww. Konwencji. Autor zwraca uwagę na element *quasi* przedawnienia wniosku o wydanie dziecka, które wynika z przepisu art. 12 zd. 2 Konwencji Haskiej. W sytuacji ustalenia, że wniosek o powrót dziecka wpłynął do sądu po upływie roku od momentu przekroczenia przez nie granicy państwa, w którym miało miejsce stałego pobytu, lub od daty, w której miał powrócić na terytorium państwa, Sąd odmówi wydania zarządzenia, gdy zostanie wykazane, że dziecko przystosowało się do nowych warunków egzystencjalnych. Jednocześnie w analizowanych stanach faktycznych zauważony był podnoszony często argument, że opiekun (rodzic) wyrażał zgodę na wyjazd dziecka, tymczasem zgoda musi być wyraźna, a nie dorozumiana, jak również zgoda nie może przybrać formy aprobaty na sposób roztaczania pieczy nad dzieckiem, w tym wyjazd wakacyjny. Zgoda taka nie może być wyprowadzana z prób dojścia do porozumienia między skonfliktowanymi rodzicami, *a priori* uprowadzenia czy zatrzymania dziecka, albowiem nie stanowi ono karty przetargowej w relacjach z rodzicami. W odróżnieniu od regulacji krajowych i rozstrzyganiu o prawie do opieki nad dzieckiem należy zauważyć ograniczony zakres kognicji Sądu w postępowaniu opartym na Konwencji haskiej. Przeciwnie do procedury cywilnej przed sądem polskim, każda wątpliwość co do przesłanek wyłączających możliwość wydania dziecka winna przemawiać za zarządzeniem o jego powrocie do dotychczasowego miejsca pobytu.

Kolejna negatywna przesłanka do zastosowania procedury transgranicznej związana jest z wykazaniem przez rodzica uprowadzającego, że drugi rodzic przejawia niechęć oraz obojętność względem prawidłowego wykonywania kontaktów z dzieckiem. Analizowane Rozporządzenie Rady (WE) numer 2201/2003 posiada charakter nadrzędny nad Konwencją haską, jednakże dotyczy wzajemności co do państwa będących członkami UE, a przesłanki formalne nie są tożsame. Po pierwsze: Rozporządzenie kwalifikuje ostatni pobyt zwykły osoby uprowadzonej i przewiduje termin rozpatrzenia wniosku o powrót dziecka określony na 6 tygodni, jak również odnosi się do aspektu wysłuchania dziecka, analizując jego dojrzałość i stopień zaangażowania w sprawę.

W przypadku badania zgodności nakazu powrotu z prawem, w tym prawidłowego zastosowania postanowień Konwencji haskiej, Trybunał powinien wziąć pod uwagę stan faktyczny występujący w chwili wydania tego

nakazu. Zakładając, że prawidłowo dokonano „dogłębnej analizy”, decyzja nie byłaby sprzeczna z art. 8 ETPC, jednakże przedłużająca się procedura związana z powrotem uprowadzonego musiałaby rozpocząć się od nowa, albowiem czynnik czasu zmienia interes dziecka i wpływa na zmianę jego sytuacji życiowej w czasie trwania długich procedur. Zdaniem Autora zarządzenia tymczasowe stanowią skuteczne narzędzie do przyspieszenia wydania uprowadzonego dziecka, jednakże mogą odnieść odwrotny i niepożądany skutek w zakresie dezaktualizacji przesłanek będących podstawą wydania nakazu powrotu dziecka jako podstawowych celów Konwencji haskiej. Powyższa sytuacja stworzy pod pozorem skuteczności i niezwłoczności działań przedłużenie powrotu dziecka, stworzenie mu nowego centrum życiowego. Trybunał bierze bowiem pod uwagę zmianę okoliczności między wydaniem decyzji przez sąd krajowy a momentem orzekania, co może w ostateczności stanowić asumpt do wydania rozstrzygnięcia w sposób sprzeczny z wolą osoby skarżącej. Autor postuluje ostrożność w doborze zarządzeń tymczasowych do stanów faktycznych sprawy i zakres badania naruszenia gwarancji praw wynikających z Konwencji, jak również odniesienie się do skutków w szeroko pojętym interesie dziecka.

Niebezpieczeństwo naruszenia dobra dziecka wynika z konfliktu między rodzicami, w którym dziecko staje się kartą przetargową, co uzasadnia nie tylko wszczęcie procedury przed sądem rodzinnym, co przejście na pole transgraniczne, mając na względzie przemieszczenie dziecka poza granicę dotychczasowego miejsca pobytu, bez zgody czy woli drugiego rodzica. Autor stoi na stanowisku, że kierowanie się dobrem dziecka może naruszyć prerogatyw wynikające z władzy rodzicielskiej, w tym prawo, a jednocześnie obowiązek do utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Zgodnie z art. 113 § 2 krio jednym z elementów wykonywania kontaktów z dzieckiem jest zabieranie go poza miejsce stałego pobytu. W tym zakresie istnieje cienka linia rozgraniczająca, która ostatecznie może doprowadzić do konieczności zastosowania trybu przewidzianego w Konwencji haskiej w przedmiocie zwrotu dziecka. Z mocy art. 113 z ind. 1 § krio, rodzice powinni kierować się dobrem dziecka oraz uwzględniać jego rozsądne życzenie, jednakże powyższa regulacja *de lege ferenda* winna uwzględniać również ochronę dziecka przed uprowadzeniem czy zatrzymaniem, jak również ochronę rodzica, uprawnionego do wykonywania pieczy nad dzieckiem.

Niezależnie od wyboru rozwiązania prawnego na piedestale chronionych wartości zawsze powinno znaleźć się dobro dziecka, które wyprzedza prawo do opieki rodzica nad dzieckiem, jak również jest pojęciem szerszym od dobra rodzica, którego prawo do opieki (kontaktów) zostało zagrożone bądź naruszone przez działania drugiego z rodziców. Prawo do kontaktów z osobą bliższą jest z jednej strony dobrem osobistym i podlega ochronie, o jakiej mowa w przepisach art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego, jednakże nie może

pozostawać w sprzeczności z porządkiem prawnym, którego filarem jest kierowanie się dobrem dziecka.

Bibliografia

- Ciepla Helena, *Nowelizacje kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*. Warszawa: LexisNexis, 2010.
- Garlicki Lech, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki. Warszawa: C. H. Beck, 2010.
- Gluz Paulina, Zofia Kołakowska-Halbersztadt, Maciej Tański, *Dziecko w rozstaniu rodziców*, Warszawa: LexisNexis, 2013.
- Kotłowski Dariusz: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Wybór orzecznictwa. Komentarz orzeczniczy*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Michał Kowalski, „Środki tymczasowe zarządzane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce”, [w:] *Stosowanie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w krajowym porządku prawnym. VI Seminarium Warszawskie*. 117-129. Warszawa: Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2013.
- Mozgawa Marek, *Komentarz kodeks karny*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Pelc Piotr, „Zarządzenia tymczasowe stosowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka a Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 5 (2019): 34-39.
- Radwan Marcin, „Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 2 (2011): 11-20.
- Ratajczak Aleksander, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1980.
- Rogalska-Piechota Agata, „Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. Michał Balcerzak, Tadeusz Jasudowicz, Julia Kapelańska-Pręgowska. Toruń: Katedra Praw Człowieka Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 2011.
- Słyk Jerzy, „Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka w przypadku braku porozumienia rodziców (art. 97 § 2 k.r.o.)” *Prawo w Działaniu*, nr 14 (2013): 77-120. <https://www.iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Rozstrzygnięcie-o-istotnych-sprawach-dziecka-w-przypadku-braku-porozumienia-rodzic%C3%B3w-art-97-par.-2-kro.pdf>.

- Stefański Ryszard Andrzej, „Przestępstwo uprowadzenia małoletniego” *Prawo i Prokuratura*, nr 9 (1999): 60-63.
- Stojanowska Wanda, Tadeusz Smyczyński, *System Prawa Prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Warszawa: C.H. Beck, 2014.
- Stojanowska Wanda, Kosek Mirosław, *Nowelizacja prawa rodzinnego*. Warszawa, LexisNexis, 2010.
- Wróbel Tomasz, „Środki tymczasowe (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”, [w:] *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, red. Jerzy Jaskiernia. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2012.

Cechy działań Komisji Nadzoru Finansowego wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w kontekście definicji władczych i pozawładczych działań administracji oraz konsekwencje władczego kształtowania sytuacji prawnej kas i Kasy Krajowej w formach niewładczych

Characteristics of the Polish Financial Supervision Authority's actions towards Credit Unions in the Context of the Imperious and Non-Imperious Actions of the Administration, and the Consequences of the Imperious Actions of Administration Towards Legal Situation of Credit Unions and National Association of Cooperative Savings and Credit Unions (NACSCU) in the Form of Non-Imperious Actions

All contemporary studies on the issues of administrative activity underline the division between the imperious and non-imperious activities of administration but no consensus has been reached on the definition of both sets of activities. Although one can find some of their characteristics, whether they exist or not, all of them lead to the classification of administration activity as an empire or gesture. The author presents these standpoints that are attempts to define the notions of imperious and non-imperious actions of administration. The author also tries to analyse them in terms of actions of the Polish Financial Supervision Authority in relation to the sector of Cooperative Savings and Credit Unions. The Polish Financial Supervision Authority conducts licensing and authorization and analytical activities, inspection, regulatory and prudential activities.

The author questions the significance of non-imperious activities of the Polish Financial Supervision Authority in their classic understanding, despite their formal existence, not only because of regulations determining the competence of the Polish Financial Supervision Authority, but also because of the method of their actual execution.

Ewa Derc

*magister prawa
Uniwersytet Gdański*

ORCID – 0000-0002-7547-3326

Słowa kluczowe:

KNF, władcze, niewładcze, administracja, rekomendacje

Keywords:

soft law, hard law, Financial Supervision Authority

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.31>

Podział pomiędzy władczymi a pozawładczymi działaniami administracji jest założeniem przyjętym powszechnie w doktrynie dotyczącej działania organów administracji¹. Pomimo tego, do dzisiaj

1 O przedmiotowej problematyce traktują między innymi: *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. Małgorzata Stahl (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013); *Przewodnik po prawie administracyjnym*, red.

nie wypracowano konsensusu w zakresie zdefiniowania obydwu zbiorów działalności organów. Wskazuje się jednak na pewne ich cechy charakterystyczne, których występowanie lub ich brak miałyby wiązać się z zakwalifikowaniem danej aktywności administracji jako *imperium* lub *gestia*. Podkreślić jednak należy, iż wyróżniane cechy władczych i niewładczych działań administracji bywają nietożsame, z uwagi na podkreślaną płynność owych cech, niekiedy ich przenikanie się i zmienność, w zależności od stanu faktycznego i prawnego. W niniejszej publikacji podjęto **próbę zdefiniowania pojęć władczych i pozawładczych działań administracji**. Podjęto także próbę analizy cech władczych i niewładczych działań Komisji Nadzoru Finansowego wobec sektora spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Komisja Nadzoru Finansowego (dalej również jako: KNF, Komisja) prowadzi wobec kas przede wszystkim działania licencyjno-autoryzacyjne, działania o charakterze analitycznym, działania inspekcyjne i regulacyjno-ostrożnościowe.

Poddano pod wątpliwość podejmowanie przez Komisję Nadzoru Finansowego działań o charakterze niewładczym w klasycznym ich rozumieniu, pomimo ich formalnego istnienia, nie tylko z uwagi na samą treść regulacji określających kompetencje Komisji Nadzoru Finansowego, jako organu nadzoru nad rynkiem finansowym lub nad poszczególnymi rodzajami instytucji finansowych, w tym także nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi, ale również faktyczny sposób ich wykonywania.

Ograniczenie niniejszych rozważań do działań nadzorczych wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych uzasadnia wyjątkowa charakterystyka tych instytucji finansowych, które opierają się na istnieniu więzi członkowskiej, pozostając podmiotami mniej rozbudowanymi niż banki komercyjne. Równocześnie, pomimo dalece mniejszych – porównując do banków komercyjnych – zasobów, z uwagi na objęcie kas nadzorem przez KNF w późniejszym okresie niż banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe musiały i nadal muszą sprostać wdrażaniu rekomendacji w bardzo krótkim czasie.

Charakter prawny Komisji Nadzoru Finansowego był przedmiotem ustaleń doktryny, gdzie sformułowano tezę o Komisji jako organie administracji rządowej. Równocześnie wyrażono pogląd wskazujący na Komisję jako organ administracji publicznej. O charakterze prawnym Komisji przesądził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt:

Wojciech Jakimowicz (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), choć podkreśla historyczność tego podziału i przeplatanie się przedmiotowych działań administracji; *Prawo administracyjne*, red. Zygmunt Niewiadomski (Warszawa: Lexis Nexis, 2011); Leszka Bieleckiego, „Władztwo administracyjne jako istotna cecha definicyjna administracji publicznej”, [w:] *O prawie administracyjnym i administracji. Refleksje* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2017).

K 2/09), wskazując, iż status KNF charakteryzuje się znaczną samodzielnością i niezależnością, większą niż w przypadku organów regulacyjnych określonych w ustawach jako centralne organy administracji rządowej. Z materiałów dotyczących prac legislacyjnych nad ustawą z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym wynika, że intencją projektodawcy było usytuowanie Komisji poza strukturą administracji rządowej właśnie z uwagi na potrzebę zapewnienia temu organowi znacznej niezależności w zakresie jego funkcjonowania. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, iż analiza ustawowych zadań KNF oraz prawnych form działania, jakimi Komisja może się posługiwać, w tym zwłaszcza szerokich kompetencji do wydawania decyzji administracyjnych, świadczy o tym, że omawiany organ jest elementem władzy wykonawczej. W świetle przepisów Konstytucji, wskazanej ustawy oraz innych ustaw należy stwierdzić, że Komisja Nadzoru Finansowego jest szczególnym organem administracji publiczno-państwowej, ale usytuowanym poza strukturą administracji rządowej. W literaturze wypowiediany jest pogląd o dopuszczalności w świetle Konstytucji tworzenia w drodze ustaw organów władzy wykonawczej niepodporządkowanych Radzie Ministrów (zob. K. Wojtyczek, „Władza wykonawcza w Polsce: dualistyczna czy wielocłonowa” *Państwo i Prawo*, z. 12 (2001): 61, 63-64). W przypadku KNF można mówić o względnej niezależności od Rady Ministrów (Prezesa RM) przy istnieniu pewnych ustawowych powiązań.

W wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku² (1 stycznia 2019 r.) dokonano zmiany statusu KNF. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego zdefiniowano jako państwową osobą prawną, której zadaniem jest zapewnienie obsługi Komisji Nadzoru Finansowego i Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego. Komisja Nadzoru Finansowego stała się organem Urzędu KNF.

1. Władcze a niewładcze działania administracji: próba zdefiniowania

„Administracja” winna nasuwać skojarzenia związane z jej łacińskim źródłosłowem – termin ten jest synonimem pomocy, służby, przewodnictwa, kierownictwa, prowadzenia, zarządu i zarządzania³.

W stosunkach administracyjnoprawnych występują podmioty prawa, których pozycja jest z definicji nierówna, odmiennie niż w przypadku stosunku cywilnoprawnego. Owo zróżnicowanie objawia się w kontekście uprawnień i obowiązków po stronie organów administracji publicznej oraz uprawnień i obowiązków podmiotów, które stają się biernymi stronami relacji

2 Dz.U. z 2018 r., poz. 2243.

3 Kazimierz Kumaniecki, *Słownik łacińsko-polski* (Warszawa: Wydawnictwo Szkolne PWN, 1964), 13.

administracyjnoprawnych. Administracja co do zasady jest uprawniona do władczego regulowania praw i obowiązków podmiotów pod rygorem sankcji administracyjnoprawnych, cywilnych a nawet karnych. Ponadto, organ administracji korzysta – realizując swoje kompetencje – ze środków ochrony niewystępujących w prawie cywilnym. Z kolei obywatele oraz inne podmioty, będące drugą ze stron stosunków administracyjnoprawnych, stają się *de facto* jedynie uczestnikami procesu konkretyzacji w sposób władczy ich praw i obowiązków⁴. Brak jest z natury rzeczy równości pomiędzy podmiotami prawa administracyjnego.

W poglądach przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego brak jest jednomyślności odnośnie do kryteriów charakterystycznych dla władczych i niewładczych (*imperium* i *gestia*) działań administracji.

W zakresie władczych działań administracji publicznej podkreśla się ich jednostronność jako wyznacznik władczości, autorytatywności. Jednak określenie istoty jednostronności nie jest wśród przedstawicieli doktryny ujęte jednolicie. Wskazuje się, że kryterium władczej formy działań administracji nakazuje klasyfikować administracyjne działania wedle nierównorzędności pozycji prawnej obywatela czy też innego podmiotu administrowanego i organu, to znaczy z uwagi na prawną możliwość organu do jednostronnego kształtowania sytuacji podmiotu i powstanie obowiązku, pod rygorem sankcji, po stronie tego podmiotu prawa w zakresie podporządkowania się ustaleniu administracyjnemu⁵.

Uprawnienie do kształtowania przez administrację publiczną sytuacji podmiotów prawa w sposób jednostronny, narzucający wolę, opinię czy interpretację sytuacji prawnej i faktycznej tych podmiotów, wiąże się z działaniem administracji w imieniu i na rzecz samego państwa lub też podmiotów przez to państwo umocowanych do wykonywania określonego władztwa.

Również w sferze prywatnoprawnej mamy do czynienia z jednostronnymi czynnościami prawnymi, które wpływają na sytuację prawną podmiotów trzecich. Przykładowo: sporządzenie testamentu, którego beneficjent podejmuje czynności albo związane z odrzuceniem, albo z przyjęciem spadku, co kształtuje jego sytuację prawną, czy inne jednostronne oświadczenia woli, w tym złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu umowy. Jednak

4 Józef Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny* (Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1968), 94.

5 Tadeusz Kuta, „Prawne formy działania administracji”, [w:] *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, red. Jan Boć, Tadeusz Kuta (Warszawa: Wolters Kluwer, 1984), 140 oraz Arkadiusz Cudak, *Kontrola sądowa czynności władczych Ministra Sprawiedliwości podejmowanych w stosunku do komorników sądowych* (Sopot: Currenda, 2017), 271-292.

jednostronność działań, jako kryterium władcze, można wiązać z publiczno-prawną sferą prawa⁶.

Wskazuje się również na brak *communis opinio* w zakresie określenia jednostronności, które przeciwstawiane winno być dwu i wielostronności. Działanie dwustronne definiuje się jako stosunek prawny (sytuację prawną), która powstaje w rezultacie złożenia przez dwie lub więcej podmiotów prawa, zgodnych oświadczeń woli⁷.

W tym miejscu należy wskazać, że w obrocie prawnym występują również sytuacje, w której dochodzi do złożenia zgodnych oświadczeń woli przez podmioty publicznoprawne w postaci porozumień (porozumienia międzygminne, porozumienia powiatów, porozumienia komunalne, porozumienia o wykonanie zadań z zakresu administracji rządowej⁸), które bywają określane jako działanie jednostronne administracji i równocześnie jako działanie władcze⁹ i działania niewładcze¹⁰. Ta sytuacja obrazuje, iż dokonanie

-
- 6 Krystian Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 2005), 118-119.
 - 7 Marta Wyszynska, „Zagadnienie swobody jednostronnych czynności prawnych” *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego*, nr 1 (2007): 145-162; Leszek Ogiegło, „Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań” *Pr.Nauk.UŚl. Stud.Iur.Sil.*, nr 16 (1991): 39-58; Jarosław Grykiel, Zbigniew Radwański, „Czynności prawne jednostronne, umowy i uchwały”, [w:] *Prawo cywilne: część ogólna* (Warszawa: C. H. Beck, 2019), 250-258; Katarzyna Smyk, *Czynność prawna a oświadczenie woli* (Wrocław: Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis, 2017).
 - 8 Naczelny Sąd Administracyjny, w wyroku z dnia z dnia 27 września 1994 r., sygn. akt: SA/Łd 1906/94, rozstrzygnął, iż porozumienia komunalne, o których mowa w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U., Nr 16, poz. 95 ze zm.), nie są umowami prawa cywilnego, ale swoistymi formami publicznoprawnymi. W drodze umów cywilnych (art. 9 ust. 1 ustawy) mogą być przekazywane zadania prywatnoprawne, a nie zadania publicznoprawne, których przekazanie może następować – w ramach współdziałania komunalnego – przez utworzenie związku albo zawarcie porozumienia komunalnego.
 - 9 Wojciech Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1994), 64.
 - 10 Marek Wierzbowski, Aleksandra Wiktorowska, *Polskie prawo administracyjne* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2008), 206.

dychotomicznego podziału pomiędzy czynności władcze i niewładcze administracji wydaje się niemożliwa.

Jednostronność nie jest więc pojmowana w doktrynie jednolicie: „W jednym ze znaczeń kładzie się bowiem akcent na to, jak dochodzi do dokonania, czy też w jaki sposób dokonywana jest czynność prawna, w drugim natomiast na to, czy podmioty, których dotyczą skutki prawne czynności, a które nie uczestniczą w jej dokonywaniu, mają bądź choćby potencjalnie mogą mieć wpływ na treść obowiązków (uprawnień) powstających w wyniku działania (czynności), które dochodzi do skutku (i wywołuje skutki prawne) jako rezultat współdziałania podmiotów administrujących (np. organów gmin). W tym sensie czynność dwustronna jako dochodząca do skutku w wyniku złożenia zgodnych oświadczeń woli przynajmniej dwóch podmiotów jest jednocześnie czynnością jednostronną ze względu na skutki, jakie wywiera w stosunku do podmiotów trzecich”¹¹.

Wskazuje się również na autorytatywność działań administracji jako cechę charakterystyczną dla władztwa. Wedle autora na władztwo, obok autorytatywności, składają się również elementy: „przy zawiązywaniu stosunku prawnego narzucana jest taka kolejność oświadczeń woli, która zapewnia decydujące znaczenie oświadczeniu woli podmiotu spełniającego organizacyjne funkcje wobec zadań państwa”, domniemanie legalności czynności prawnych administracji oraz skuteczność czynności administracji jest zapewniona przez przymus państwowy¹².

Kolejną z przywoływanych cech stosunków administracyjnoprawnych jest wspomniana nierówność podmiotów, ujęta jako wyznacznik *imperium*. Wskazać należy, że obok stosunków zewnętrznych, istniejących pomiędzy administracją a podmiotem-obywatelem, istnieją wewnętrzne stosunki administracyjnoprawne, zamykające się wewnątrz administracji, którego przedmiotem pozostają zadania administracji publicznej, kompetencje danego organu, zaś podmiotem jest z jednej strony organ posiadający kompetencje do nawiązania przedmiotowego stosunku, do żądania danego zachowania czy świadczenia, a z drugiej strona, którą należy określić jako adresata tychże żądań, wskazuje na nierówność przywołanych podmiotów, jako cechę charakterystyczną władztwa¹³.

11 Ziemiński, *Indywidualny akt*, 124.

12 Janusz Borkowski, *Określenie administracji i prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego* (Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1977), 55.

13 Jerzy Starościak, *Prawo administracyjne*, red. Marek Wierzbowski (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975), 15-17; Małgorzata Stahl, *Zasady w prawie administracyjnym – zagadnienia ogólne*, red. Zofia Duniewska, Artur Krakala, Małgorzata Stahl (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2017), 25-31; Ewa Pierzchała, „Akt administracyjny”,

Charakterystycznym dla przedmiotowego stosunku jest forma egzekwowania świadczenia lub nieświadczenia mającego źródło w stosunku, którą jest egzekucja administracyjna.

Najbardziej typowym dla stosunku administracyjnoprawnego pozostaje, zdaniem Jerzego Starościaka, „układ sytuacji pomiędzy uczestnikami stosunku”¹⁴. W przedstawionym układzie, gdzie jeden z uczestników posiada przymiot władztwa państwowego, stosunek charakteryzuje nierównorzędność podmiotów, uczestników stosunku.

Owa nierównorzędność uwidacznia się w sytuacji, gdy podmiotami stosunku są z jednej strony organ administracyjny, który *de facto* nie jest stroną, lecz „czynnikiem kształtującym stosunek”¹⁵ i strona, podmiot, który jest adresatem decyzji, przykazania administracyjnego i po ewentualnym bezskutecznym wyczerpaniu środków odwoławczych administracyjnych i administracyjnosądowych, zostaje obowiązany podporządkować się stanowisku organu i to pod sankcją stosowania środków egzekucji administracyjnej: „Przedstawiona nierównorzędność podmiotów stosunku administracyjnoprawnego wynika stąd, iż prawo przyznaje jednemu z uczestników orzekania, przesądzenia o sprawie w sposób wiążący innych uczestników stosunku. W ten sposób organ administracyjny w pewnej mierze orzeka i to w swojej sprawie”¹⁶.

Istnieje również możliwość użycia przymusu państwowego wobec strony stosunku administracyjnego jako elementu władztwa. Autor stoi na stanowisku, że działania władcze oznaczają „możliwość konkretyzacji praw i obowiązków adresata, [...] których wykonywanie w przypadku, gdy treścią tej konkretyzacji było nałożenie obowiązków, obwarowane jest możliwością zastosowania środków przymusu państwowego”¹⁷.

Równocześnie zwraca się uwagę na niedoskonałość tej cechy – możliwości zastosowania przymusu państwowego – jako wyznacznika władczości. Nie wszystkie działania administracji, które zalicza się do władczych, wiążą się bowiem *stricte* z przymusem administracyjnym. Między innymi nadawanie uprawnień podmiotom administrowanym nie jest związane z przymusem, a jest określane jako emanacja władztwa. Wydaje się więc – na co

[w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*. red. Jolanta Blicharz, Lidia Zacharko (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 2018), 193-204.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 Starościak, *Prawo administracyjne*, 17-18.

17 Wojciech Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej w świetle doktryny i zmian ustawodawczych lat 90-tych* (Warszawa: Państwo i Prawo Wolters Kluwer Polska, 1995), 50-51.

wskazuje również powołana wyżej doktryna – iż określenie jednoznacznych granic pomiędzy działaniami władczymi a niewładczymi organów administracji okazuje się niemożliwe.

Kolejną cechą, określaną przez doktrynę jako charakterystyczna dla działań władczych administracji, jest kryterium domniemania legalności, inaczej domniemania ważności działań. Domniemanie legalności oznacza obowiązek podmiotów administrowanych do postrzegania działań administracji jako działań pochodzących od podmiotów uprawnionych, posiadających kompetencje do ich czynienia, podjętych zgodnie z prawem i tym samym ważnych¹⁸.

Tym samym podmiot administrowany ma obowiązek poddania się woli podmiotu wykonującego administrację publiczną, nawet jeżeli działania administracji bywają działaniami wadliwymi, co wiąże się z domniemaniem legalności, z którym podmiot ma do czynienia do chwili ewentualnego usunięcia wadliwego działania administracji z obrotu prawnego przez podmioty do tego umocowane.

Pojawia się swego rodzaju supozycja, opierająca się na założeniu, że organy administracji publicznej zawsze działają na podstawie i w ramach obowiązującego prawa powstałego na mocy procesu decyzyjnego prawodawcy, mającą za zadanie zabezpieczenie obrotu prawnego. Założenie przewiduje, że działania administracji publicznej są działaniami umocowanych podmiotów, posiadających właściwe kompetencje i pozostają działaniami należytymi, zgodnymi z prawem materialnym.

Wskazać należy, iż domniemanie legalności występuje nie tylko w stosunkach, w których występuje władztwo administracyjne, dlatego określenie danej czynności jako władztwa, na podstawie przywołanej cechy, winno być skorelowane z analizą danego działania wykonaną w oparciu o inne kryteria, które wiąże się z władztwem¹⁹, w tym te wskazane powyżej, jak brak równorzędności pomiędzy stronami stosunku, czy możliwość posłużenia się przymusem państwowym.

Elementem różniącym działania władcze administracji od niewładczych jest również kwestia podstawy prawnej tych działań. Jeśli podstawą czynności jest norma prawa publicznego, określa się działanie administracji jako władcze. Jeśli zaś podstawą jest prawo prywatne, działanie administracji jest określane jako niewładcze.

18 Filipek, Stosunek, 95; Kuta, „Prawne formy działania administracji”, 140; Cudak, *Kontrola sądowa*, 271-292; Starościak, *Prawo administracyjne*, 15-17; Stahl, *Zasady w prawie administracyjnym*, 25-31; Pierzchała, „Akt administracyjny”, 193-204.

19 Ziemski *Indywidualny akt*, 132 i n.

Wobec powyższego, te czynności, działania, administracji, które nie posiadają wyżej wskazanych cech, należy rozważać w kontekście działań niewładczych.

Wskazuje się na cechy określane przez innych przedstawicieli doktryny jako charakterystyczne dla działań niewładczych administracji: nieopozostawianie jej jako działalności pozaprawnej, oparcie tych działań na normach kompetencyjnych, niestosowanie egzekucji administracyjnej wobec wskazań administracji określonych w działaniach niewładczych, jako dopełnianie działań podejmowanych w innych formach oraz wskazuje, że działania niewładcze podlegają kontroli z punktu widzenia ich zgodności z prawem.

Należy podkreślić również kwestię podstawy prawnej działania administracji jako element rozróżniający działania władcze od niewładczych. Administracja działa w sposób niewładczy w sytuacji, gdy przykładowo jako zleceniodawca zabezpiecza swoje interesy wykorzystując przy tym instytucje prawa cywilnego. Administracja działa w sposób niewładczy bezpośrednio stosując instytucje prawa cywilnego, przykładowo zawierając umowy celem realizacji interesów publicznych²⁰.

Elżbieta Małecka wskazuje, że problematyka niewładczych form działania administracji jest związana z tak zwanymi zjawiskami niekonfliktowymi i prawem niekonfliktowym. Organy administracji publicznej nie zawsze uznają za zasadne rozstrzygnięcie konfliktów poprzez wydanie aktu administracyjnego, a więc w sposób władczy. W niektórych przypadkach postanawiają one zrezygnować z wyrażania *imperium*, na rzecz poszukiwania współdziałania z podmiotem²¹.

Wobec powyżej przedstawionych niejednoznaczności, bezkompromisowego podziału pomiędzy czynnościami władczymi a niewładczymi administracji, Jerzy Starościak wskazuje, że do władczych działań administracji należy zaliczyć akt normatywny oraz akt administracyjny, zaś do czynności niewładczych administracji: porozumienie administracyjne, ugodę administracyjną, czynności cywilnoprawne oraz czynności faktyczne. Wskazany podział został oparty na różnorodnych kryteriach, w tym władczości działań i regulacji prawnej, na jakiej dana czynność została oparta²². Przedmiotowe stanowisko tego autora było niegdyś nowatorskie. W nowoczesnej nauce administracji podkreśla się zmienność, płynność, uwarunkowanie zmianami politycznymi, społecznymi, prawnymi, ekonomicznymi, kryteriów działań administracji. W konsekwencji nowa nauka prawa administracyjnego

20 Elżbieta Małecka, *Niewładcze formy działania Prezesa UKE ze szczególnym uwzględnieniem działalności edukacyjno-informacyjnej* (Rzeszów: Uniwersytet Rzeszowski, 2016), 100.

21 Ibidem.

22 Starościak, *Prawo administracyjne*, 30 i n.

wskazuje na brak możliwości jednoznacznego zdefiniowania cech działań władczych i niewładczych administracji.

Autorka stoi na stanowisku, iż przedstawione cechy charakterystyczne dla władczych i niewładczych form działania administracji pozostają nadal istotne, jednak badanie danej aktywności organu należy wykonywać mając przede wszystkim na uwadze, iż ich istnienie bądź nieistnienie nie przesądza jednoznacznie o rodzaju formy działania. Administracja XXI wieku wymyka się – z uwagi na dynamiczne zmiany w sposobach funkcjonowania podmiotów prawa administracyjnego – typowym ramom wskazującym na władczość lub niewładczość jej działania. Charakter jej aktywności wynika więc nie tylko z brzmienia przepisów prawa, ale coraz wyraźniej ze sposobu realizacji przez organy administracji jej zadań. Jeżeli z brzmienia przepisów wynika, iż mamy do czynienia z niewładczym działaniem organu, stosuje on jednak narzędzia typowe dla działań władczych, winno się przyjąć, iż aktywność w teorii niewładcza jest *de facto* emanacją *imperium*. W konsekwencji należy zapewnić podmiotowi, będącemu adresatem takiego działania organów administracji, te same narzędzia ochrony prawnej, w tym przede wszystkim prawo do sądowej kontroli aktywności organu, co w przypadku działań tradycyjnie uznanych za władcze.

Podsumowując tę część rozważań należy wskazać, że wydaje się niemożliwym określenie jednej cechy predestynującej do uznania danego działania administracji jako niewładczego bądź władczego. Każde działanie należy analizować pod kątem wszystkich wyżej wskazanych cech, indywidualnie rozważając, czy dane działanie ma charakter *imperium* bądź nie. W ocenie autorki – w kontekście prawa finansowego – konsekwentnie wzmacniania jest rola niewładczych działań administracji jako narzędzia bardziej dynamicznego, gdyż niewymagającego stosowania sztywno określonych form oraz niepodlegającego weryfikacji w postępowaniu administracyjnym, a następnie sądownoadministracyjnym. W ocenie Autorki to skutek działania administracji dla strony oraz kwestia możliwości podjęcia działania przez organ administracji pomimo niezgody strony stają się najważniejszymi wyróżnikami działań władczych; jeżeli działanie organu administracji powoduje dla strony doniosłe skutki, istotne zmiany w jej położeniu prawnym, a jednocześnie brak zgody, czy nawet sprzeciw strony nie ma znaczenia dla tego, czy zostaną one przez organ administracji dokonane, czy nie, możemy mówić o działaniach władczych organu administracji, które powinny podlegać samodzielnej, nie tylko incydentalnej kontroli sądowno-administracyjnej.

W tym miejscu podkreślić należy, iż od decyzji Komisji Nadzoru Finansowego przysługuje jedynie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, a nie odwołanie do organu wyższego stopnia (art. 127 § 2 KPA). W konsekwencji kontrola sądu administracyjnego jest jedyną autentyczną, niezawisłą kontrolą rozstrzygnięć tego organu.

W duchu prawa europejskiego coraz częściej mamy do czynienia z przepisami tworzonymi z zastosowaniem klauzul generalnych, niezdefiniowaniem w sposób jednoznaczny obowiązków podmiotów prawa, z zapewnianiem coraz szerszej swobody w interpretowaniu przepisów prawa. W prawie rynku finansowego również rola niewładczego oddziaływania przez organ administracji na uczestników tego rynku jest coraz bardziej widoczna. Niewładcze działania administracji są uzupełnieniem władczych form i dzięki ich dalej idącej dynamice, mogą pozwalać na szybszą reakcję na aktywność rynku. W doktrynie podkreślono, że *soft law*, doprecyzowujący prawo powszechnie obowiązujące, jest istotne dla poprawnego funkcjonowania podmiotów rynku finansowego²³.

2. Czynności nadzorcze Komisji Nadzoru Finansowego wobec sektora spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych

Komisja Nadzoru Finansowego jest centralnym organem administracji publicznej, powołanym ustawą z dnia 21 lipca 2006 o nadzorze nad rynkiem finansowym²⁴ (dalej jako: ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym), który sprawuje nadzór nad sektorem bankowym, nadzór emerytalny, nadzór ubezpieczeniowy, nadzór nad rynkiem kapitałowym, nad instytucjami płatniczymi, małymi instytucjami płatniczymi, dostawcami świadczącymi wyłącznie usługę dostępu do informacji o rachunku, biurami usług płatniczych, instytucjami pieniądza elektronicznego, oddziałami zagranicznych instytucji pieniądza elektronicznego, nadzór nad agencjami ratingowymi w zakresie przewidzianym przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1060/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie agencji ratingowych²⁵, nadzór uzupełniający, sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego²⁶, nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi i Krajową Spółdzielczą Kasą Oszczędnościowo-Kredytową, jak również nadzór nad pośrednikami kredytu hipotecznego oraz ich agentami, nadzór w zakresie przewidzianym przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/1011 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie indeksów stosowanych jako wskaźniki referencyjne w instrumentach finansowych i umowach finansowych lub

23 Piotr Zapadka, *Usługi bankowości inwestycyjnej* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2012), 72.

24 T. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 621, ze zm.

25 Dz. Urz. WE L 302 z 17.11.2009, str. 1.

26 T. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1252.

do pomiaru wyników funduszy inwestycyjnych i zmieniającego dyrektywy 2008/48/WE i 2014/17/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 596/2014²⁷.

Ustawa z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku²⁸, która weszła w życie 1 stycznia 2019 r., zdefiniowała Urząd Komisji Nadzoru Finansowego jako państwową osobę prawną. Z kolei Komisja Nadzoru Finansowego oraz Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego to, od 1 stycznia 2019 r., organy Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego.

Celem nadzoru nad rynkiem finansowym jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów jego uczestników również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku, przez realizację celów określonych w szczególności w ustawie – Prawo bankowe, ustawie z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym, ustawie z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego, ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (dalej jako: ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym), ustawie z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych²⁹ (dalej jako: ustawa o skok) oraz ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Komisja otrzymała również kompetencje do podejmowania działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego, mających na celu rozwój rynku finansowego i jego konkurencyjności, działań edukacyjno-informacyjnych w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, udziału w przygotowywaniu projektów aktów prawnych w zakresie nadzoru nad rynkiem finansowym, stwarzania możliwości polubownego i pojednawczego rozstrzygnięcia sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji a odbiorcami usług świadczonych przez te podmioty, wykonywania innych zadań określonych ustawami³⁰.

Dnia 27 października 2012 r. weszła w życie ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych³¹ (dalej jako:

27 Dz. Urz. UE L 171 z dnia 29.06.2016, str. 1 oraz Dz. Urz. UE L 137 z dnia 24.05.2017, str. 41.

28 Dz. U. z 2018 r., poz. 2243.

29 T. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1622.

30 https://www.knf.gov.pl/o_nas/komisja. [dostęp: 11.09.2018].

31 Dz.U. z 2012 r., poz. 855 ze zm.

ustawa o skok lub u.s.k.o.k.), na mocy której spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe zostały objęte nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego. Po ponad siedmiu i pół roku stosowania przedmiotowych przepisów, dokonując analizy dotychczasowego funkcjonowania zapisów ustawy o skok dotyczących nadzoru sprawowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego nad kasami, skonkludować należy wniosek, że działania (akty) Komisji Nadzoru Finansowego skierowane do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w tym okresie, co do zasady miały wyłącznie charakter działań władczych, pomimo iż nie wszystkie z nich były podejmowane w formach przypisanych działaniom władczym.

W konsekwencji adresaci czynności nadzorczych, podejmowanych przez Komisję Nadzoru Finansowego wobec kas, nie otrzymali możliwości przeprowadzenia stosownej kontroli (ochrony) w drodze odwołania w trybie postępowania administracyjnoprawnego oraz sądowoadministracyjnego.

Zaobserwowane zjawisko, które polega na tym, że w określonym okresie można zaobserwować ogromną intensyfikację działań nadzorczych wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, podejmowanych w formach właściwych czynnościom niewładczym, jednak wykazujących cechy władcze, w ogromnym stopniu wpływa na funkcjonowanie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych i ich sytuację prawną.

Ogół środków nadzorczych przysługujących Komisji Nadzoru Finansowego można podzielić na władcze i niewładcze. Władcze środki nadzoru umożliwiają bezpośrednią ingerencję w strukturę organizacyjną podmiotów nadzorowanych i wymuszają ich określone zachowania. Są to zatem te formy działania nadzoru, które umożliwiają jednostronne kształtowanie sytuacji podmiotu nadzorowanego z możliwością zastosowania przymusu w przypadku niepodporządkowania się do ustanowionych przez organ nadzoru nakazów lub zakazów określonego zachowania się przez ten podmiot. W ramach tak rozumianych nadzorczych środków władczych mieszczą się przede wszystkim indywidualne akty administracyjne. Z kolei niewładcze środki nadzorcze umożliwiają bezpośrednie lub pośrednie wpływanie na działalność podmiotów nadzorowanych, przy czym środki te na ogół nie przymuszają do określonych zachowań³².

Można więc skonstruować następujący postulat co do stosowania prawa: skoro charakterystyka działań Komisji Nadzoru Finansowego wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych skłania do tezy, że jej rozstrzygnięcia mają bardzo daleko idące konsekwencje prawne, to powinny być, już *de lege lata*, klasyfikowane jako władcze, zaś ich adresaci winni posiadać możliwość poddana ich pod ocenę niezawisłego sądu. Już w obecnym stanie prawnym sąd administracyjny ma podstawy do tego, aby rozpatrywać skargę,

32 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 września 2017 r., VI SA/Wa 782/17.

wniesioną od takiego rozstrzygnięcia organu administracji, które ma cechy decyzji administracyjnej, choćby nie została mu przez organ administracji nadana taka nazwa lub choćby nie zawierało ono wszystkich niezbędnych elementów decyzji administracyjnej.

Z kolei organ administracji (w tym przypadku Komisja Nadzoru Finansowego) ma podstawy prawne, aby przyjąć w szerszym niż dotąd zakresie praktykę wydawania rozstrzygnięć co do istoty sprawy w formie decyzji administracyjnej, co niewątpliwie przyczyniłoby się do pełniejszej ochrony praw podmiotów poddanych nadzorowi tego organu. W przypadku niektórych działań organu administracji wobec podmiotów nadzorowanych założenie, że zostaną one poddane ewentualnej incydentalnej kontroli sądu dopiero w ramach kontroli decyzji administracyjnej o najwyższej doniosłości (np. decyzji administracyjnej, kończącej byt prawny podmiotu nadzorowanego albo możliwość sprawowania kierownictwa tego podmiotu przez jego właścicieli), wydaje się dalece niewystarczające. Mowa między innymi o decyzjach w zakresie przeprowadzenia powtórnego badania sprawozdania finansowego podmiotu nadzorowanego, udzielenia upomnień członkom zarządu czy wydawania ocen sporządzonego przez podmiot nadzorowany programu postępowania naprawczego, które to zostaną poddane analizie w dalszej części niniejszego artykułu.

3. Zakres władczych i niewładczych działań Komisji Nadzoru Finansowego podejmowanych wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w ujęciu ogólnym

W artykule ograniczono analizowany zakres aktywności Komisji Nadzoru Finansowego do określonych czynności wobec instytucji nadzorowanych, jakimi są spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, z uwagi na szeroki wachlarz kompetencji Komisji Nadzoru Finansowego wobec instytucji nadzorowanych, w tym kas. Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe zostały objęte nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego 27 października 2012 r. W roku 2012 Komisja nie podjęła *de facto* sformalizowanych czynności wobec kas³³, zaś w 2013 r. podjęła 16 uchwał, w tym postanowień i decyzji administracyjnych oraz 316 decyzji i postanowień na podstawie upoważnienia³⁴, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. Kolejno, w 2014 r. Komisja podjęła w przedmiocie kas 47 uchwał oraz 95 decyzji i postanowień na podstawie upoważnienia³⁵. Rok

33 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2012. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

34 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2013. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

35 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2014. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

2015 jawi się jako – do tej pory – najbardziej aktywny okres Komisji wobec kas. KNF podjęła 312 uchwał, w tym decyzji i postanowień oraz 214 decyzji administracyjnych oraz postanowień wydanych na podstawie upoważnienia³⁶. W 2016 Komisja podjęła wobec spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych 93 uchwały oraz 230 postanowień i decyzji na podstawie upoważnienia³⁷. Rok 2017 charakteryzował się zmniejszeniem liczby podjętych wobec kas działań – podjęto 88 decyzji i postanowień na podstawie upoważnienia oraz 47 uchwał Komisji, w tym decyzji administracyjnych i postanowień³⁸. W 2018 roku podjęto 24 uchwały³⁹.

Postanowienia i decyzje administracyjne podejmowane przez samą Komisję są typowymi działaniami o charakterze władczym, podejmowanymi w trybie ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁴⁰. W przeważającej części mamy do czynienia z postanowieniami dotyczącymi utrzymania postanowień w mocy, utrzymania decyzji w mocy, nieuwzględniania wniosków o przeprowadzenie dowodu, nieuwzględnienia wniosku o włączenie do akt postępowania administracyjnego dokumentu, nieuwzględnienia wniosku o przeprowadzenie rozprawy, odmową dopuszczenia do udziału w postępowaniu na prawach strony czy zawieszeniem postępowania.

Czynności te są wyrazem *imperium* Komisji wobec nadzorowanych instytucji bądź podmiotów trzecich, będących uczestnikami postępowania administracyjnego lub ubiegającymi się o umożliwienie nadania statusu strony w postępowaniu. Pozostają one działaniem jednostronnym Komisji, jej decyzją administracyjną, zgodnie z kompetencjami nadanymi przez stosowne przepisy prawa. Brak jest w przedmiotowych relacjach równości stron, zaś mamy do czynienia z domniemaniem legalności działań Komisji. Jeżeli strona lub podmiot, będący odbiorcą danego działania KNF, a nie posiadający statusu strony, skutecznie skorzysta z ewentualnie przysługujących jej środków odwoławczych od decyzji bądź postanowień Komisji, to owo domniemanie legalności może zostać obalone.

36 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2015. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

37 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2016. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

38 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2017. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

39 Sprawozdanie z działalności Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego oraz Komisji Nadzoru Finansowego w 2018 roku. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

40 T. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.

Niezwykle interesującą kompetencją Komisji jest możliwość ustanowienia w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej zarządcy komisarycznego na podstawie art. 73 i 73a ustawy o skok. Zarządca komisaryczny może być wprowadzony w kasie w dwóch przypadkach: w przypadku powstania groźby zaprzestania spłacania zobowiązań przez kasę lub jeżeli zarząd kasy nie przekaze programu postępowania naprawczego zgodnie z art. 72a i art. 72b ustawy o skok albo gdy realizacja tego programu okaże się nieskuteczna.

W przedmiocie charakteru prawnego oceny Komisji dotyczącej programu postępowania naprawczego spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., II GSK 2836/16, ONSAiWSA2019/2/30, wskazując, iż „skierowanie do podmiotu nadzorowanego oceny programu naprawczego, jak i zobowiązania do jego przygotowania, nie jest w żaden sposób połączone z możliwością zastosowania przymusu w przypadku niepodporządkowania się do sugestii czy też wytycznych w nich zawartych, dlatego nie można ich w związku z tym traktować w kategorii działań o charakterze władczym. Brak tej cechy wyklucza zaś możliwość uznania któregokolwiek z tych działań za decyzję administracyjną. Kwestia oceny programu naprawczego nie może być również traktowana, jako sprawa administracyjna, której rozpoznanie powinno zakończyć się wydaniem rozstrzygnięcia administracyjnego. Owa ocena ogranicza się jedynie do stwierdzenia (bądź nie) uchybień w treści tego programu, a zatem pozostaje w sferze faktów. Negatywna ocena programu naprawczego jest to odrębny środek poprzedzający możliwość zastosowania innych środków nadzorczych wskazanych w art. 73 ust. 1 ustawy o skok. Jest to element stanu faktycznego niezbędnego dla ustalenia istnienia przesłanek określonych w ww. art. 73 ust. 1 ustawy o skok. Strona nie jest przy tym pozbawiona ochrony sądowoadministracyjnej w razie braku akceptacji organu dla przedstawionego programu naprawczego, gdyż stanowisko KNF odnośnie do oceny wzmiankowanego programu, w tym również, co do tego, czy przedstawiony dokument może być uznany za program postępowania naprawczego lub oceny skuteczności tego programu może podlegać kontroli sądu administracyjnego w razie zastosowania przez organ środka nadzoru, o którym mowa w art. 73 ustawy o skok, tj. wydania decyzji o ustanowieniu zarządcy komisarycznego. Ocena ta nie może przyjąć również formy postanowienia, ponieważ nie dotyczy poszczególnych kwestii wynikających z toku postępowania⁴¹.

Autorka nie godzi się ze stanowiskiem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny. Niewątpliwie jest, że czynność, określona w przywołanym wyroku mianem czynności niewładczej Komisji, wiąże się nierozzerwalnie

41 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 listopada 2017 r., II GSK 2836/16.

z możliwością zastosowania przymusu i to w postaci środka *de facto* bardzo dalece ingerującego w funkcjonowanie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej – ustanowienia zarządcy komisarycznego w spółdzielni. W konsekwencji tego członkowie zarządu kasy zostają odwołani, pełnomocnictwa i prokury wygasają, zaś wykonywanie kompetencji przez pozostałe jej organy ulegają zawieszeniu. Trudno wskazać inne, tak gruntowne, wkroczenie w autonomiczność podmiotu, jakim jest kasa. W konsekwencji występuje cecha swoistej władczości w dokonywaniu oceny przez Komisję programu postępowania naprawczego w sytuacji, gdy następstwem tejże oceny może być wprowadzenie zarządcy komisarycznego. W postępowaniu w przedmiocie ustanowienia zarządcy komisarycznego spółdzielnia nie ma już możliwości podważania oceny wydanej przez Komisję w przedmiocie programu postępowania naprawczego. W wydaniu przez KNF oceny programu postępowania naprawczego występują cechy określone jako cechy rozstrzygające o zastosowaniu przez organ *imperium*: jest ona dokonywana jednostronnie, autorytatywnie, brak jest równości podmiotów. Komisja działa na podstawie przepisów prawa oraz z domniemaniem legalności. Ponadto, czymże jak niezastosowaniem przymusu jest sama decyzja o ustanowieniu zarządcy?

Decyzja o wprowadzeniu zarządcy komisarycznego do spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej również posiada cechy działania władczego. Posiada formę decyzji administracyjnej, jest podejmowana w sposób jednostronny, autorytatywny, na podstawie wskazanych przepisów prawa. Mamy również do czynienia z domniemaniem legalności działania Komisji⁴² i stosowaniem przymusu.

Czynnością Komisji Nadzoru Finansowego, określaną przez sam organ jako czynność niewładcza, jest udzielanie upomnienia członkom zarządu kas lub Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej na podstawie art. 71 ust. 2 ustawy o skok.

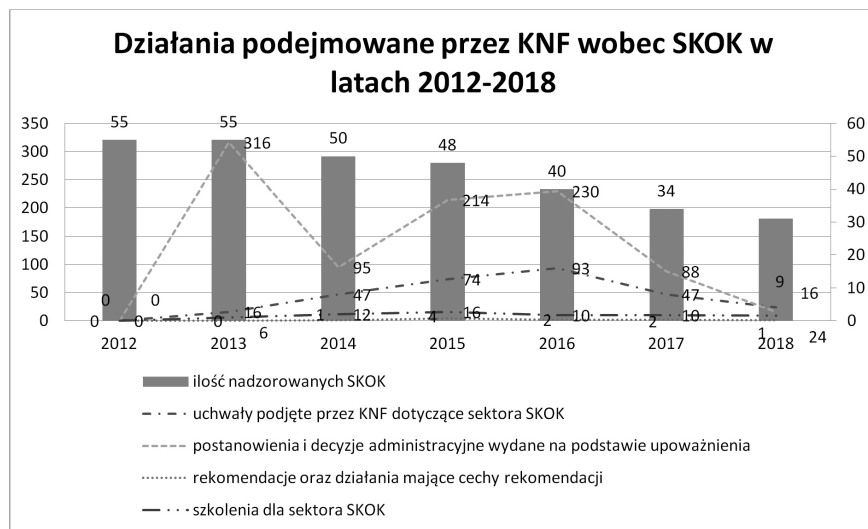
Wedle art. 12 ust. 2a. pkt 10 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym⁴³ upoważnienie, o którym mowa w ust. 1, nie może dotyczyć także określonych w przepisach o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych rozstrzygnięć co do istoty sprawy w zakresie udzielenia upomnienia. Tym samym przepis ten w sposób jednoznaczny

42 Wskazać również należy, iż w przypadku decyzji dotyczącej ustanowienia w kasie zarządcy komisarycznego, w sytuacji gdy domniemanie legalności zostanie obalone w postępowaniu sądownoadministracyjnym, będziemy już mieli najczęściej do czynienia z nieodwracalnymi skutkami prawnymi i spełnieniem się przesłanki art. 156 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.). Tym samym, pomimo wadliwości decyzji, sąd nie stwierdzi jej nieważności.

43 T. j. Dz. U., poz. 180 ze zm.

przesądza, że na gruncie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych upomnienie ma charakter decyzji administracyjnej (stanowi rozstrzygnięcie co do istoty sprawy), podejmowanej przez Komisję Nadzoru Finansowego, działającą *in gremio*. Upomnienie, jako rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, powinno być wydawane w formie decyzji administracyjnej. Upomnienie jest merytorycznym załatwieniem sprawy administracyjnej, wydanym w przypadku stwierdzenia, że kasa albo Kasa Krajowa nie realizuje zaleceń Komisji Nadzoru Finansowego, a także gdy działalność kasy albo Kasy Krajowej wykonywana jest z naruszeniem przepisów prawa lub statutu, lub stwarza zagrożenie dla interesów członków kasy albo Kasy Krajowej.

Na drugiej szali należy położyć działania Komisji, które są umocowane w przepisach prawa, w normach kompetencyjnych KNF, jednak nie posiadają cech typowych dla *imperium*. Komisja organizuje szkolenia, między innymi dla sektora spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, czy aktywnie uczestniczy w procesie legislacji. Poniżej przedstawiono wykaz wskazanych działań podejmowanych przez KNF względem SKOK od momentu objęcia sektora nadzorem do końca 2018 r., zgodnie z przedstawionymi sprawozdaniami z działalności organu. Z wykresu graficznego wynika zdecydowana przewaga działań o charakterze władczym nad tymi określanymi jako działania niewładcze.



4. Rekomendacje wydawane przez KNF: próba zdefiniowania w kontekście władczych i niewładczych działań Komisji Nadzoru Finansowego

„W dotychczasowych metodach nadzorczych istotne znaczenie miało stosowanie »miękkich« metod regulacji, a więc niewynikających z norm rangi ustawowej (zalecenia, rekomendacje, kodeksy etyczne), co do których nie istniał przymus władzy publicznej do ich egzekwowania. Te mechanizmy

w czasach kryzysu okazały się niewystarczająco skuteczne. W związku z tym przyjęcie nowej formuły oddziaływania na rynku finansowym poprzez metody związane z dążeniem do większej instytucjonalizacji nadzoru europejskiego musiało się wiązać ze zmianą proporcji relacji pomiędzy prawem „miękkim” a „twardym”. Punkt ciężkości zmienił więc swój kierunek z OMC (*open method of coordination*) na TCM (*traditional community method*).⁴⁴ Uznano więc, iż jednym z powodów kryzysu gospodarczego było zapewnienie zbyt daleko idącej swobody podmiotom rynku finansowego. W konsekwencji zwrócono się ponownie ku ścieżce zwiększenia ilości regulacji na tym polu. Poszerzono katalog kompetencji instytucji nadzorujących podmioty rynku finansowego. Zapewne okaże się w nieodległej przyszłości, czy takie faktyczne działanie uchroni rynek przed wstrząsami.

Kontrowersyjnym w kontekście podziału aktywności KNF na działania o charakterze władczym i niewładczym są wydawane przez nią rekomendacje⁴⁵. Świadczy chociażby o tym nakładanie w rekomendacjach Komisji,

44 Marcin Dyl, *Środki nadzoru na rynku kapitałowym* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 109.

45 Od dnia objęcia kas nadzorem Komisji, wydała ona dziewięć rekomendacji skierowanych do omawianego sektora: zasady ładu korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych, rekomendację A-SKOK dotyczącą dobrych praktyk zarządzania rynkiem ekspozycji kredytowych w SKOK, rekomendację B-SKOK dotyczącą dobrych praktyk w zakresie ładu korporacyjnego SKOK, rekomendację dotyczącą bezpieczeństwa transakcji płatniczych wykonywanych w Internecie przez banki, krajowe instytucje płatnicze, krajowe instytucje pieniądza elektronicznego i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, rekomendację C-SKOK dotyczącą rachunkowości spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, rekomendację D-SKOK dotyczącą zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, rekomendację E-SKOK dotyczącą dobrych praktyk w zakresie zarządzania ryzykiem operacyjnym, stopy procentowej, płynności i koncentracji w sektorze spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, rekomendację L dotyczącą roli biegłych rewidentów w procesie nadzoru nad bankami oraz spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi, uchwałę nr 112/2017 KNF z dnia 11 kwietnia 2017 r. w sprawie rekomendacji stosowania wytycznych EBA dotyczących zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej oraz uchwałę nr 493/2017 KNF z dnia 21 listopada 2017 r. w sprawie stosowania wytycznych Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego dotyczących polityki i praktyk w zakresie wynagrodzeń w odniesieniu do sprzedaży i dystrybucji detalicznych produktów i usług bankowych.

których adresatami są spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, obowiązków na Krajową Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową, chociaż pozostaje ona spółdzielnią osób prawnych, nie zaś kasą. Należy zauważyć, iż względem sektora SKOK są wydawane coraz to nowe rekomendacje, z uwagi na późniejsze (od 27 października 2012 r.) wobec sektora bankowego objęcie go nadzorem KNF, a w związku z tym pojawia się wiele problemów prawnych, w tym z zakresu obowiązywania tych rekomendacji. Mimo iż brak jest na poziomie ustawowym źródła danego obowiązku dla Kasy Krajowej, poprzez rozszerzenie w rekomendacjach obowiązków na ten podmiot, staje się ona obowiązany, pomimo braku podstawy na poziomie prawa powszechnie obowiązującego. Co więcej, postanowienia nakładające na Kasę Krajową określone obowiązki – pomimo wykroczenia poza zakres danej rekomendacji nadzorczej – egzekwowane są przez KNF już przy zastosowaniu prawa powszechnie obowiązującego.

Komisja Nadzoru Finansowego bada przestrzeganie przez sektor spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych własnych rekomendacji w ramach nadzoru nad działalnością kas i Kasy Krajowej, którego celem pozostaje zapewnienie stabilności finansowej kas i Kasy Krajowej, prawidłowości prowadzonej przez kasy działalności finansowej, bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych w kasach, zgodności działalności kas i Kasy Krajowej z przepisami ustawy o skok, zgodności działalności kas i Kasy Krajowej w zakresie określonym w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, prawidłowości wykorzystania funduszu stabilizacyjnego oraz innych środków deponowanych przez kasy w Kasie Krajowej.

W ramach czynności kontrolnych KNF dokonuje między innymi oceny sytuacji finansowej kas, w tym badania wypłacalności, jakości aktywów, płynności płatniczej, wyniku finansowego danej kasy, badania jakości systemu zarządzania kasą, w tym systemu zarządzania ryzykiem oraz funkcji kontroli wewnętrznej, badania zgodności udzielanych kredytów, pożyczek pieniężnych oraz emitowanych papierów wartościowych z obowiązującymi w tym zakresie przepisami czy też badania przestrzegania przez kasę norm dopuszczalnego ryzyka w działalności kasy, zarządzania ryzykiem prowadzonej działalności, w tym dostosowania do rodzaju i skali działalności kasy procesu identyfikacji i monitorowania ryzyka oraz zdawania sprawę o ryzyku, a także dopuszczalnego ryzyka w działalności kasy.

Komisja dokonuje oceny sytuacji finansowej Kasy Krajowej, w tym bada wypłacalność, jakość aktywów, płynność płatniczą i wynik finansowy podmiotu. KNF bada również zasady, metody i standardy realizacji celu, o którym mowa w art. 42 ustawy o skok⁴⁶, czy zgodność prowadzonej działalności z przepisami ustawy o skok.

46 Celem działalności Kasy Krajowej jest zapewnienie stabilności finansowej kas, a w szczególności udzielanie kasom wsparcia finansowego ze

Komisja Nadzoru Finansowego ma prawo kontroli metodyki i zasad wykonywania przez Kasę Krajową czynności kontrolnych w kasach w zakresie ich efektywności i adekwatności oraz może zalecić Kasie Krajowej dokonanie zmian w metodyce i zasadach określających sposób i zakres przeprowadzania kontroli w kasach.

Kontrolę na miejscu, co do zasady w siedzibie podmiotu nadzorowanego, przeprowadza zespół inspekcyjny Komisji, w zakresie wynikającym z upoważnienia Komisji Nadzoru Finansowego. Z przeprowadzonych czynności kontrolnych sporządzany jest protokół. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w toku kontroli Komisja Nadzoru Finansowego przedstawia jednostce kontrolowanej zalecenia pokontrolne. Co więcej, celem weryfikacji realizacji przedmiot nadzorowany zaleceń pokontrolnych, Komisja przeprowadza kontrolę następczą.

Komisja Nadzoru Finansowego może żądać informacji od Kasy Krajowej oraz wyjaśnień od członków organów Kasy Krajowej w zakresie niezbędnym dla wykonywania zadań z zakresu nadzoru. Komisja Nadzoru Finansowego wzywa Kasę Krajową do usunięcia w wyznaczonym terminie uchybień stwierdzonych w jej działalności. Kasa Krajowa obowiązana jest niezwłocznie zawiadomić Komisję Nadzoru Finansowego o środkach, jakie zostaną podjęte w celu usunięcia nieprawidłowości stwierdzonych w ramach kontroli oraz nadzoru.

Podkreślenia wymaga, iż Komisja Nadzoru Finansowego w ramach nadzoru może zalecić kasie lub Kasie Krajowej między innymi podjęcie środków koniecznych do przywrócenia płynności lub osiągnięcia i przestrzegania norm, czy też usunięcie w wyznaczonym terminie stwierdzonych uchybień oraz usunięcie – w wyznaczonym terminie – nieprawidłowości w zakresie przestrzegania obowiązków wynikających z przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

W toku wykonywania czynności kontrolnych Komisja Nadzoru Finansowego dokonuje również weryfikacji wdrożenia przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz Kasę Krajową własnych rekomendacji, zaś w przypadku stwierdzenia, że kasa albo Kasa Krajowa nie realizuje zaleceń, a także gdy działalność kasy albo Kasy Krajowej wykonywana jest z naruszeniem przepisów prawa lub statutu, lub stwarza zagrożenie dla interesów członków kasy albo Kasy Krajowej, Komisja Nadzoru Finansowego upomina podmiot nadzorowany na piśmie. Komisja uznaje, iż brak wdrożenia rekomendacji, stanowiących – z definicji – czynność niewładczą, stanowi przesłankę do wydania upomnienia, a w konsekwencji braku realizacji woli organu przez podmiot nadzorowany. Komisja może:

środków funduszu stabilizacyjnego oraz sprawowanie kontroli nad kasami dla zapewnienia bezpieczeństwa zgromadzonych w nich oszczędności oraz zgodności działalności kas z przepisami prawa.

1. wystąpić do właściwego organu kasy lub Kasy Krajowej o odwołanie członków zarządu kasy lub Kasy Krajowej bezpośrednio odpowiedzialnych za stwierdzone uchybienia;
2. zawiesić w czynnościach poszczególnych członków zarządu kasy lub Kasy Krajowej, bezpośrednio odpowiedzialnych za stwierdzone uchybienia, do czasu rozpatrzenia wniosku o ich odwołanie;
3. nakazać kasie lub Kasie Krajowej ograniczenie zakresu działalności;
4. nakazać kasie lub Kasie Krajowej zaprzestania prowadzenia określonej działalności.

Wskazać również należy, iż decyzje Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie zawieszenia w czynnościach członków zarządu kasy lub Kasy Krajowej, ograniczenia zakresu działalności kasy lub Kasy Krajowej, odwołania członka zarządu kasy lub Kasy Krajowej, odwołania kuratora, odwołania likwidatora kasy, zawieszenia działalności kasy posiadają rygor natychmiastowej wykonalności. Nadto, w razie niewykonywania zaleceń, Komisja Nadzoru Finansowego może nakładać na członków zarządu kasy lub Kasy Krajowej kary pieniężne. Sankcje z tytułu niestosowania przez podmioty nadzorowane rekomendacji wydawanych przez Komisję Nadzoru Finansowego mogą być więc nakładane w ramach przeprowadzanej kontroli, jeżeli powstanie naruszenie przepisów powszechnie obowiązujących, w związku z niezastosowaniem się do rekomendacji.

KNF jest organem regulacyjnym⁴⁷. Realizując tę funkcję Komisja samodzielnie wprowadza do obrotu akty, z których wynikają normy abstrakcyjno-generalne, których adresatami są podmioty nadzorowane. W przypadku spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych Komisja działa w tym przedmiocie na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy o skok, zgodnie z którym organ może wydawać, po zasięgnięciu opinii Kasy Krajowej, rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania kasami. Rekomendacje są załącznikami do uchwał Komisji i winny być traktowane jako ich integralne części. Wydawane są z powołaniem się podstawę prawną (art. 62 ust. 2 ustawy o skok oraz art. 11 ust. 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym) przy zachowaniu jednolitej struktury i wymogu publikacji w Dzienniku Urzędowym KNF. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem nie są one źródłem powszechnie obowiązującego prawa⁴⁸.

Pomimo iż rekomendacje są uważane za działania o charakterze niewładczym, Komisja – podejmując uchwały w sprawie ich wydania – wskazuje,

47 Krzysztof Jaroszyński, Marek Wierzbowski, *System prawa administracyjnego* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2011), 313.

48 Dorota Maśniak, „Rekomendacje i wytyczne KNF: dialog nadzorowany, czyli „miękkie prawo” z twardym skutkiem” *Prawo Asekuracyjne*, nr 2 (2015): 7.

iz oczekuje ona, że dana rekomendacja zostanie wprowadzona w określonym terminie. Należy w tym miejscu wskazać, że Komisja posiada wobec podmiotów nadzorowanych wiele uprawnień, w tym możliwość przeprowadzenia kontroli na miejscu oraz tzw. kontroli „zza biurka”, z których może korzystać celem weryfikacji wdrożenia miękkiego prawa, w tym badając jakość systemu zarządzania czy przestrzegania norm dopuszczalnego ryzyka. KNF może również, w ramach nadzoru, wydawać spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym zalecenia. Rekomendacja – mając na uwadze obecnie obowiązujące przepisy – powinna być wyrażeniem oczekiwania przez KNF realizacji przez podmiot obowiązany danych zachowań oraz wprowadzenia i zachowania określonych standardów. Co do zasady powinna istnieć bowiem możliwość odstąpienia od stosowania danego postanowienia rekomendacji nadzorczych, zgodnie z zasadą *comply or explain*. Natomiast w przypadku zalecenia brak jest takiej możliwości. Rodzi się jednak pytanie, czy rekomendacje, mając na uwadze sposób egzekwowania ich zapisów przez Komisję Nadzoru Finansowego, nie powinny być traktowane na równi z zaleceniami. Przede wszystkim, *de lege ferenda* przepisy winny umożliwiać kontrolę administracyjną i sądownoadministracyjną działań KNF w tym przedmiocie.

Jak trafnie argumentuje Dorota Maśniak, skoro rekomendacje „nie mają wiążącej roli, to nie podlegają kontroli sądowej ani co do ich treści (zakresu przedmiotowego), ani formy (terminologii, metodyki). Dają zatem ich twórcy daleko idącą swobodę. Z drugiej strony praktyka (dotychczas bankowa) pokazuje, iż stanowią główne narzędzie kontroli. Narzędzie tym skuteczniejsze, bo trudno znaleźć do walki z nim właściwy oręż, z uwagi na podkreślany niewiążący charakter. Wszelkie enigmatyczne formy są niebezpieczne, w szczególności w stosunkach nieopartych na zasadzie równorzędności podmiotów”⁴⁹. Pojawia się więc pytanie, czy z uwagi na sposób realizacji uprawnienia do wydawania rekomendacji i sposób egzekwowania ich wdrożenia, owo oczekiwanie na wprowadzenie w instytucjach nadzorowanych wskazanych w uchwałach KNF rekomendacji nie jest władcym oczekiwaniem⁵⁰.

Z pewnością wydawanie rekomendacji cechuje swoista jednostronność, gdyż wyniki konsultacji ich treści z Kasą Krajową (art. 62 ust. 2 ustawy o skok) nie wiążą w żaden sposób Komisji. Brak jest więc równorzędności

49 Ibidem, 12.

50 Pojęcie nie jest podjęciem normatywnym. Zostało sformułowane przez autorkę i oznacza posługiwanie się przez organ nadzorczy prawem miękkim, które w sensie formalnym nie ma charakteru wiążącego, w taki sposób, iż staje się ono egzekwowane zarówno wobec podmiotów nadzorowanych, jak prawo powszechnie obowiązujące. Oczekiwanie wdrożenia określonych regulacji (rekomendacji) wiąże się więc z wykorzystaniem narzędzi kontrolnych KNF i *imperium*.

tych podmiotów w tworzeniu rekomendacji. W praktyce, *de facto* wbrew istocie przedmiotowego źródła prawa, rekomendacje nie są pochodną praktyki podmiotów nadzorowanych. One stanowią oczekiwanie Komisji w zakresie tejsze. Pojawia się więc odmienność, gdyż to KNF tworzy – poprzez rekomendacje – praktykę danego sektora. Przykładem są rekomendacje nakładane sektorowi spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, które są odbiciem rekomendacji stworzonych dla sektora bankowego, bez uwzględnienia specyfiki i możliwości kas, co przewidziano w doktrynie⁵¹.

Problematykę badał również Instytut Staszica, który wskazał, iż „najistotniejszym problemem, na jaki napotyka system SKOK w przypadku działań regulacyjnych państwa, jest brak świadomości czy wizji czym SKOK-i są i czym powinny być w szeroko pojętym systemie finansowym państwa. Z jednej strony ustawodawca i regulator traktuje je jako instytucje spółdzielcze i działające nie wyłącznie dla zysku, co przejawia się w działaniach *de facto* uniemożliwiających im efektywne podnoszenie kapitału, a co za tym idzie zwiększanie siły finansowej i ekonomicznej. Z drugiej jednakże strony, normy i wymogowi ostrożnościowe są porównywalne z bankami, a w wielu aspektach nawet ostrzejsze”⁵². Wyniki badań Instytutu pokrywają się ze stanowiskiem autorki.

Choć zgodnie z teorią prawa⁵³ rekomendacje są prawem określonym mianem prawa miękkiego, to KNF może brak wdrożenia rekomendacji w wyznaczonym przez siebie terminie, interpretować jako występowanie w działalności danej kasy niskiej jakości zarządzania, a przez to nie mitygowanie ryzyka, na przykład kredytowego. W konsekwencji Komisja może sięgać po środki określane już mianem działań władczych. Jest to więc szczególna sytuacja prawna, w której brak przestrzegania aktów o charakterze niewładczym (wprowadzonych przez nadzór rekomendacji) może skutkować użyciem środków wskazanych w *hard law*. Proces władczy ma początek w akcie prawa miękkiego. Jest z nim *de facto* immanentnie związany.

Zbigniew Ofiarski stoi na stanowisku, iż „celem rekomendacji oraz wytycznych jest wpływanie przez organ nadzoru w sposób niewładczy na uczestników instytucjonalnych rynku finansowego, a pośrednio na podniesienie poziomu ochrony interesów klientów tych podmiotów. Nie są one wiążące dla adresatów, lecz jedynie wskazują standardy, które adresaci

51 Jan Koleśnik, *Pożądaný kształt rekomendacji nadzoru finansowego dla spółdzielczych kas oszczędnościowo – kredytowych* (Warszawa: Instytut Bankowości i Ubezpieczeń Gospodarczych, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, 2014).

52 Instytut Staszica, *Regulacja, nadregulacja, misja. Biała Księga Instytutu Staszica poświęcona regulacjom dotyczącym SKOK* (Warszawa 2019), 17.

53 Paweł Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa* (Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, 2008), 334.

rekomendacji lub wytycznych powinni respektować w swojej działalności. Podmioty instytucjonalne funkcjonujące na rynku finansowym mogą osiągać cele wymienione w tych dokumentach przy zastosowaniu innych metod lub środków⁵⁴”. Ofiarski opisuje pewną ideę rekomendacji, jednak – w kontekście praktyki – wydaje się, że owa idea uległa wypaczeniu, mając na uwadze, iż brak zastosowania się przez adresata rekomendacji do jej zapisów może skutkować użyciem wobec niego przymusu, którego występowanie jest cechą charakterystyczną dla *imperium*.

Wskazane powyżej dokumenty, dobre praktyki, zasady działania jako wyraz *soft law* pozostają jednak – w kontekście władczych uprawnień Komisji Nadzoru Finansowego wobec podmiotów nadzorowanych – twardo egzekwowane. Komisja oczekuje realizacji swoich rekomendacji i negatywnie ocenia bezpieczeństwo funkcjonowania podmiotów rynku, które nie dostosowują się do owych wytycznych, na przykład w zakresie wdrażania anonimowego systemu informowania o nieprawidłowościach. Prowadzi to do wniosku, że również w praktyce zasada *comply or explain* (występująca w rekomendacjach) nie jest stosowana, zaś organ nadzoru nie respektuje zasady uznaniowości po stronie instytucji nadzorowanych we wdrażaniu rekomendacji.

Wydaje się również, iż ową władczość rekomendacji dostrzega również ustawodawca. W projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie (UD 145)⁵⁵, przewidziano odstępianie od stosowania rekomendacji wydawanych przez KNF. Przepis rangi ustawowej ma uchylać stosowanie dobrych praktyk – prawa miękkiego. Wydaje się, iż kuriozalność takiej konstrukcji prawnej odłania faktyczny sposób postrzegania rekomendacji jako prawa obowiązującego.

5. Zmiany statutu podmiotów oraz zatwierdzenia członków zarządu sektora spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych: próba zdefiniowania w kontekście władczych i niewładczych działań Komisji Nadzoru Finansowego.

Czynności Komisji Nadzoru Finansowego względem zmian statutów podmiotów sektora SKOK wynikają z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy o skok, zgodnie z którym zmiana statutu kasy wymaga zatwierdzenia przez Komisję Nadzoru Finansowego, która odmawia zatwierdzenia zmiany statutu kasy, jeżeli zmiana ta prowadzi do naruszenia przepisów prawa lub bezpieczeństwa gromadzonych w kasie środków oraz art. 53 u.s.k.o.k.

54 Zbigniew Ofiarski, *Rola soft law w regulacji rynku finansowego na przykładzie rekomendacji i wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 159.

55 <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12292908/katalog/12397488#12397488>. [dostęp: 15.10.2019].

Dokonując zatwierdzenia statutu lub odmawiając tegoż zatwierdzenia Komisja Nadzoru Finansowego działa w formie aktu administracyjnego jednostronnego, co do którego – do momentu ewentualnego obalenia przed sądem administracyjnym – istnieje domniemanie legalności. Bez wątpienia mamy również do czynienia z nierównorzędnością organu, który dokonuje oceny zmian wprowadzonych przez walne zgromadzenie (zebrania przedstawicieli) podmiotu w jego statucie wobec tegoż podmiotu. Działanie Komisji w tym zakresie jest więc wyrazem władczości.

W 2016 r. Komisja Nadzoru Finansowego wydała jedną decyzję wyrażającą zgodę na powołanie na stanowisko prezesa zarządu kasy i trzy odmawiające zatwierdzenia prezesa zarządu kasy. Jednocześnie Komisja Nadzoru Finansowego umorzyła dziewięć postępowań dotyczących powołania lub zatwierdzenia prezesa zarządu kasy oraz wydała jedno postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania o ponowne rozpatrzenie w sprawie zatwierdzenia prezesa zarządu SKOK. Ponadto, Komisja Nadzoru Finansowego w trzech przypadkach uchyliła decyzje odmawiające zatwierdzenia prezesa zarządu kasy, umarzając jednocześnie postępowania o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Komisja Nadzoru Finansowego wydała jedną decyzję w sprawie zatwierdzenia prezesa zarządu Kasy Krajowej oraz dwie decyzje w sprawie powołania na stanowisko członka zarządu Kasy Krajowej⁵⁶.

W 2017 roku Komisja Nadzoru Finansowego wydała dwie decyzje w sprawie wyrażenia zgody na powołanie na stanowisko prezesa zarządu spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, jedną decyzję o umorzeniu postępowania w sprawie zatwierdzenia prezesa zarządu kasy oraz jedną decyzję o umorzeniu postępowania w sprawie powołania członka zarządu Kasy Krajowej. Komisja Nadzoru Finansowego dwukrotnie uchyliła decyzje odmawiające zatwierdzenia prezesa zarządu kasy, umarzając jednocześnie postępowania o ponowne rozpatrzenie sprawy⁵⁷.

Z kolei w 2018 r. Komisja Nadzoru Finansowego wydała jedną decyzję w sprawie wyrażenia zgody na powołanie na stanowisko prezesa zarządu SKOK, dwie decyzje w sprawie wyrażenia zgody na powołanie na stanowisko prezesa lub wiceprezesa zarządu Kasy Krajowej, jedną decyzję w wyniku rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w której utrzymała w mocy decyzję odmawiającą zatwierdzenia prezesa zarządu SKOK oraz jedną decyzję w wyniku rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, uchylającą decyzję odmawiającą zatwierdzenia prezesa SKOK oraz

56 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2016, 46-47. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

57 Sprawozdanie z działalności Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2017, 43. www.knf.gov.pl. [dostęp: 15.02.2020].

umarzającą postępowanie⁵⁸. W roku 2019 KNF nie wydała żadnej decyzji w tym przedmiocie, zaś w 2020 r. wyraziła jedną zgodę na powołanie prezesa zarządu kasy, według stanu na dzień 31 stycznia 2020 r.

Powyższe decyzje w przedmiocie sprawowania funkcji prezesa zarządu podmiotów sektora SKOK są wydawane na podstawie art. 21 ust. 1 i art. 51 ust. 1 ustawy o skok. Stanowią one wyraz *imperium* organu, jako podmiotu, który ma zapewnić najwyższą staranność w zarządzaniu podmiotami sektora SKOK. Negatywnie jednak należy ocenić sposób określenia przesłanek usprawiedliwiających odmowę zatwierdzenia członków zarządów owych podmiotów, jako zbyt niedookreślone, będące swoistymi klauzulami generalnymi, dającymi Komisji – wydawałoby się – zbyt dużą swobodę decyzyjną w tym zakresie. Rękojmia ostrożnego i stabilnego zarządzania kasą oraz niezbędne kwalifikacje i doświadczenie są sformułowaniami nad wyraz ocennymi. Wydaje się, że negatywną decyzję w tym przedmiocie można by podjąć wobec każdego kandydata, gdyż rękojmię ostrożnego i stabilnego zarządzania można rozumieć wielorako, a co za tym idzie ich weryfikacja nastęrcza problemów.

6. Przeprowadzenie ponownego badania sprawozdania finansowego spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej oraz Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej: próba zdefiniowania w kontekście władczych i niewładczych działań Komisji Nadzoru Finansowego

Na podstawie art. 62d ust. 1-2 ustawy o skok w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w przeprowadzonym – na zlecenie kasy lub Kasy Krajowej – badaniu sprawozdania finansowego, Komisja Nadzoru Finansowego może zobowiązać kasę lub Kasę Krajową do zlecenia wskazanemu biegłemu rewidentowi zbadania prawidłowości i rzetelności sprawozdań finansowych sporządzanych przez kasę lub Kasę Krajową, kontroli ksiąg rachunkowych lub analizy portfela kredytowego. Jeżeli w wyniku przeprowadzonych badań stwierdzono nieprawidłowości w kasie albo Kasie Krajowej, koszty badania ponosi odpowiednio kasa albo Kasa Krajowa, a w razie niestwierdzenia w wyniku przeprowadzonych badań nieprawidłowości w kasie albo Kasie Krajowej, koszty badania ponosi Komisja Nadzoru Finansowego.

Przeprowadzenie powtórnego badania sprawozdania finansowego może zostać udzielone także bezpośrednio przez Komisję Nadzoru Finansowego. Koszty badania ponosi wówczas Komisja Nadzoru Finansowego. Jeżeli w wyniku badania zleconego przez Komisję Nadzoru Finansowego stwierdzono nieprawidłowości w kasie albo w Kasie Krajowej, koszty badania ponosi odpowiednio kasa albo Kasa Krajowa.

58 Sprawozdanie z działalności Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego oraz Komisji Nadzoru Finansowego w roku 2018, 70. www.knf.gov.pl [dostęp: 15.02.2020].

„Umowę jako formę działania administracji charakteryzują następujące cechy: jedną ze stron w tej umowie jest zawsze organ administracyjny lub działająca w jego imieniu inna jednostka państwowa, która wychodzi z inicjatywą, upoważniona przez przepis prawa administracyjnego. Istotne w tej umowie jest to, że jej treść dotyczy sprawy z zakresu administracji państwowej”⁵⁹.

Zlecenie przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego zawarte z uprawnionym do jego przeprowadzenia podmiotem jest z pewnością umową cywilnoprawną, gdyż stanowi ona relację pomiędzy równorzędnymi względem siebie podmiotami. Uznana przez judykaturę metoda doktryny, mająca na celu rozróżnienie stosunków cywilnych, polega na „uznaniu autonomicznej pozycji względem siebie podmiotów tego stosunku prawnego, w związku z czym jednej stronie nie przysługuje kompetencja do władczego kształtowania sytuacji prawnej drugiej strony”⁶⁰. Równocześnie, w uchwale z dnia 9 czerwca 1995 r. (III CZP 72/95, OSN 1995, Nr 10, poz. 146) Sąd Najwyższy za cechę charakterystyczną stosunków cywilnoprawnych uznał w szczególności równorzędność podmiotów tych stosunków i wzajemność (ekwiwalentność) ich świadczeń, w przeciwieństwie do stosunków kształtowanych w drodze zarządzenia administracyjnego, opartych na zasadzie nadrzędności.

Komisja Nadzoru Finansowego, zawierając umowę zlecenia, będącą wynikiem zgodnych oświadczeń woli obydwu podmiotów, z których żadnemu nie przysługuje, w ramach tegoż stosunku prawnego, możliwość władczego kształtowania sytuacji prawnej drugiej strony, dokonuje czynności pozawładczych. Zleceniobiorca jest też uprawniony do otrzymania wynagrodzenia. Mamy więc do czynienia również z ekwiwalentnością świadczeń stron przedmiotowej umowy.

Wskazać należy, że sama Komisja Nadzoru Finansowego również definiuje ów stosunek prawny jako umowę cywilnoprawną, wskazując, iż zlecenie zbadania prawidłowości i rzetelności zatwierdzonego sprawozdania finansowego nie rozstrzyga sprawy co do istoty, nie przybiera formy decyzji administracyjnej i w konsekwencji nie może być skarżone w trybie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Jak wskazuje również Naczelny Sąd Administracyjny, w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., II GSK 2133/13, LEX nr 1525377, umowa, o której mowa w art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁶¹, nie stanowi również wykonywa-

59 Zbigniew Ofiarski, *Rola soft law*, 152.

60 Zbigniew Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2016), 6.

61 T. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 623 ze zm.

nia władztwa administracyjnego. Zlecenie to opiera się na umowie cywilnej pomiędzy KNF a podmiotem uprawnionym do badania sprawozdań finansowych (umowa kreuje stosunek prawny będący podstawą zlecenia). W umowie cywilnoprawnej zawieranej między organem administracji publicznej a podmiotem spoza administracji publicznej typowa ekwiwalentność świadczeń układa się w sposób szczególny, ponieważ organ administracji nie realizuje i nie chroni własnych interesów, gdyż ich nie ma. KNF działa więc wyłącznie dla potrzeb i w ochronie interesu publicznego na rynku kapitałowym, nie podejmując działań władczych, ale wchodząc w obręb przydanych uprawnień w umowę cywilnoprawną. W konsekwencji powyższego można jednoznacznie stwierdzić, że czynności kontroli nie wyrażają władztwa administracyjnego, lecz pozwalają na zrealizowanie określonej funkcji nadzorczej przez KNF za pośrednictwem podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych. Z uwagi na podobieństwo rozwiązań legislacyjnych, pogląd sądu administracyjnego można uznać za właściwy również w kontekście instytucji z art. 62d ust. 1-2 ustawy o skok.

Wskazać jednak należy w tym miejscu na konsekwencje dla podmiotu nadzorowanego związane z zawartą, w formie działania niewładczego, umową powtórnego badania sprawozdania finansowego. Wydaje się, że pomimo iż sama umowa – jako stosunek pomiędzy Komisją Nadzoru Finansowego a podmiotem uprawnionym do przeprowadzenia badania – nie ma cech władztwa, to już jej pojawienie się i realizacja stanowi wyraz *imperium* Komisji wobec podmiotu nadzorowanego. W konsekwencji należy stanąć na stanowisku, iż *de facto* zawarcie przedmiotowej umowy stanowi działanie administracji o charakterze władczym.

Decydujące w tej ocenie są dwa argumenty.

Po pierwsze, jeżeli w wyniku badania zleconego przez Komisję Nadzoru Finansowego stwierdzono nieprawidłowości w kasie albo w Kasie Krajowej, koszty badania ponosi odpowiednio kasa albo Kasa Krajowa. Podmiot – w wyniku realizacji przez KNF kompetencji wynikających z przepisu art. 62d ust. 2 ustawy o skok – zostaje obciążony kosztami badania, którego nie zlecał, którego warunków nie ustalał, ceny nie negocjował. Oznacza to jednostronne ukształtowanie sytuacji majątkowej podmiotu nadzorowanego.

Po drugie, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w sprawozdaniu finansowym podmiotu, Komisja może uruchomić szereg władczych, twardych, działań wobec podmiotu, w tym wszcząć postępowania administracyjne w przedmiocie ustanowienia zarządcy komisarycznego. Wydaje się więc, że nawet niewładcze działania po stronie Komisji Nadzoru Finansowego, wiążą się i przenikają z przymusem administracyjnym.

Pomimo iż Naczelny Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, iż zawarcie umowy o przeprowadzenie powtórnego badania sprawozdania finansowego jest czynnością cywilnoprawną, Sąd Apelacyjny w Warszawie,

w wyroku z dnia 5 czerwca 2019 r., I ACa 185/18⁶², stanął na stanowisku, iż podmiot będący adresatem przedmiotowego działania Komisji Nadzoru Finansowego nie posiada interesu prawnego w wytoczeniu powództwa na drodze postępowania cywilnego, wskazując, iż rzekome negatywne oddziaływanie umowy na prawa powódki opisane już nastąpiło, zatem ewentualne stwierdzenie nieważności umowy zgodnie z żądaniem pozwu nie ma znaczenia dla wyjaśnienia sytuacji prawnej powódki związanej z badaniem sprawozdania finansowego i podejmowanych w związku z tym czynności faktycznych, w szczególności nie odwróci powstałych już skutków z nim związanych. Chybione było odwoływanie się do przepisów dotyczących odstąpienia od umowy i zwrotu świadczeń wzajemnych (art. 496 k.c. w zw. z art. 497 k.c.). Sytuacja taka nie miałaby miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy, gdyby doszło do wydania w niej wyroku korzystnego dla strony powodowej, tj. stwierdzenia nieważności umowy zawartej przez pozwanych. W tym przypadku mogłyby mieć zastosowanie przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia, ale jedynie w stosunkach między stronami umowy zlecenia, w żadnym razie nie obejmowałyby to sytuacji strony powodowej. Wbrew stanowisku strony powodowej, Sąd Okręgowy słusznie ocenił, że kwestia ważności umowy z dnia 15 kwietnia 2016 r. pozostaje bez znaczenia dla możliwości wydania przez organ rozstrzygnięcia w postępowaniu administracyjnym.

Mając na uwadze powyższe, rodzi się zagadnienie, czy podmiot, o którym mowa w art. 62d ustawy o skok, może zrealizować swoje prawo do sądu w sytuacji, gdy sądy powszechne nie uznają interesu prawnego kasy lub Kasy Krajowej w stwierdzeniu nieważności umowy zawartej pomiędzy Komisją Nadzoru Finansowego a biegłym rewidentem, mającej za przedmiot zbadanie przez biegłego rewidenta prawidłowości i rzetelności sprawozdań finansowych sporządzanych przez kasę lub Kasę Krajową, kontroli ich ksiąg rachunkowych lub analizy portfela kredytowego, wskazując, że umowa ta w żaden sposób nie oddziałuje na sferę prawną kasy lub Kasy Krajowej, zaś sądy administracyjne stoją na stanowisku, iż zawarcie takiej umowy przez Komisję Nadzoru Finansowego nie jest jej działaniem władczym i w konsekwencji nie może być poddana kontroli sądowo-administracyjnej, tym samym odmawiając zajęcia merytorycznego stanowiska?

Tym samym brak możliwości jednoznacznego rozróżnienia działań władczych i niewładczych KNF wpływa na możliwość realizowania przez podmiot prawa prywatnego prawa do sądu. Niezwykle istotnym pozostaje więc – w ocenie autorki – takie interpretowanie działań administracji publicznej, aby istotnym była nie sama definicja czy nazwa danej aktywności organu, ale jej skutki dla podmiotu. Jeśli działania z definicji niewładcze organu wiążą się z analogicznymi jak w przypadku działań władczych skutkami dla podmiotu, podmiot ten winien móc dysponować analogicznymi

62 <https://www.saos.org.pl/judgments/384807>. [dostęp: 14.10.2019].

narzędziami. W tym powinien móc swobodnie realizować swoje prawo do kontroli sądowej działań organu.

7. Wnioski

Wskazanie kluczowej cechy predestynującej do uznania danego działania administracji jako niewładczego bądź władczego wydaje się niemożliwym. Każde działanie organów administracji należy analizować pod kątem wszystkich wyżej wskazanych cech, indywidualnie rozważając, czy dane działanie ma charakter *imperium*.

W konsekwencji, jeżeli rozstrzygnięcia organu są rozstrzygnięciami posiadającymi cechy władcze, to powinny być one klasyfikowane i traktowane jako władcze. Bez znaczenia pozostaje nazwanie w sposób odmienny danego działania Komisji. Aktywności organów winny być interpretowane zgodnie z posiadanymi przez nie cechami, nawet pomimo formułowania ich w odmienny sposób. Nazywanie działań władczych działaniami niewładczymi nie czyni ich tymi ostatnimi. Adresaci czynności organów o charakterze władczym winni posiadać możliwość weryfikacji czynności przez niezawisły sąd, jako wyraz realizacji prawa do sądu. Ewentualne badanie takich rozstrzygnięć administracji w ramach badania rozstrzygnięć oznaczonych jako decyzje administracyjne (w artykule przywołano sytuacje, w których w konsekwencji działań niewładczych wydawano decyzje administracyjne) należy ocenić negatywnie, jako niewystarczające.

W duchu prawa europejskiego coraz częściej mamy do czynienia z przepisami tworzonymi z zastosowaniem klauzul generalnych, niezdefiniowaniem w sposób jednoznaczny obowiązków podmiotów prawa, z zapewnianiem coraz szerszej swobody w interpretowaniu przepisów prawa. W prawie rynku finansowego również rola niewładczego oddziaływania przez organ administracji na uczestników tego rynku jest coraz bardziej widoczna. Niewładcze działania administracji są uzupełnieniem władczych form i dzięki ich dalej idącej dynamice mogą pozwalać na szybszą reakcję na aktywność rynku.

Obserwujemy zacieranie się granic pomiędzy działaniami władczymi a niewładczymi organów. Przepisy coraz częściej buduje się przy zastosowaniu klauzul generalnych, nie definiując w sposób jednoznaczny obowiązków podmiotów prawa. Istnieje coraz szersza swoboda w interpretowaniu prawa. W prawie rynku finansowego rola niewładczego – w konstrukcji – oddziaływania przez organ administracji, jakim jest KNF, na uczestników tego rynku jest coraz częściej stosowana. Jednak samo stosowanie owego „miękkiego prawa” przez KNF jest naznaczone władczością. W konsekwencji jego „miękkosc” objawia się w sposobie formułowania oczekiwań z równoczesną twardością w stosowaniu.

Wskazać należy w przytoczonym kontekście kwestię oczekiwań przez KNF wykonywania prawa określanego mianem prawa miękkiego

(rekomendacje). Komisja, w przypadku braku wdrożenia rekomendacji w wyznaczonym terminie, może uznać, iż w danym podmiocie nadzorowanym występuje niska jakość zarządzania. Kolejno, Komisja sięga po środki określone bezsprzecznie mianem działań władczych. Brak przestrzegania *soft law* może więc skutkować użyciem środków *hard law*. Proces władczy ma początek w akcie prawa miękkiego. Analogiczne sposoby stosowania prawa objawiają się przy stosowaniu narzędzia powtórnego badania sprawozdania finansowego, czy wyrażania zgody na powołanie prezesów zarządów SKOK, czy członków Zarządu Kasy Krajowej.

De facto działania Komisji wobec wskazanych podmiotów nadzorowanych są nacechowane *imperium*. Nawet te czynności, które wydają się mieć charakter niewładczy poprzez sposób ich stosowania i nierozzerwalny związek z kompetencjami Komisji o charakterze władczym, rodzą tezę o ich władczych cechach.

W konsekwencji działania KNF, które kształtują sytuację prawną podmiotów nadzorowanych, nie zawsze podlegają kontroli sądów powszechnych i tym samym mogą budzić wątpliwości co do uszanowania prawa do rzetelnego i sprawiedliwego sądu a tym samym skutecznej ochrony praw instytucji nadzorowanych.

Wydaje się więc, iż przepis art. 62d ust. 2 ustawy o skok w zw. z art. 58 § 1 k.c. oraz art. 189 k.p.c. może być uznany za niezgodny z art. 2, art. 45 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, w zakresie w jakim uniemożliwia Kasie Krajowej i spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym poddanie czynności prawnej polegającej na zawarciu pomiędzy Komisją Nadzoru Finansowego a biegłym rewidentem umowy o powtórne badanie sprawozdania finansowego Skarżącej (również w zakresie istnienia przesłanek zawarcia zarówno przedmiotowej umowy, jak i jej treści) sprawiedliwej i jawnej ocenie, bez nieuzasadnionej zwłoki, przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd⁶³.

63 W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. prawo do sądu wyrażone zostało w art. 45, jako jeden z przepisów poświęconych wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela. Prawo do sądu jest prawem podstawowym – uprawnieniem o znaczeniu zasadniczym, wpisując się w szerszą koncepcję pozytywizacji praw człowieka. Wedle art. 45 Konstytucji „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Jawność rozprawy może zostać wyłączona „ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny”. Wskazana możliwość wyłączenia jawności nie obejmuje ogłoszenia wyroku, który ma charakter publiczny. Konstytucyjne prawo do sądu wskazuje, że w sytuacji, gdy celem

Tym samym przedmiotowe przepisy mogą zostać uznane za zamykającą drogę sądową dochodzenia naruszonych wolności lub praw, w tym tajemnicy prawnie chronionej – tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 9g w zw. z art. 9e ustawy o skok oraz naruszające zasadę demokratycznego państwa prawnego.

Bibliografia

- Boć Jan, Tadeusz Kuta, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984.
- Borkowski Janusz, „Określenie administracji i prawa administracyjnego”, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom I*. 55. Wrocław: Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1977.
- Chróścielewski Wojciech, *Akt administracyjny generalny*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1994.
- Cudak Arkadiusz, *Kontrola sądowa czynności władczych Ministra Sprawiedliwości podejmowanych w stosunku do komorników sądowych*. Sopot: Currenda, 2017.
- Federczyk Wojciech, *Władczy charakter administracji publicznej jako przeszkoda w mediacji z jej udziałem*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2013.
- Fedorowicz Magdalena, *Nadzorcze soft law nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy Prawo bankowe*. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, 2017.
- Filipek Józef, *Stosunek administracyjnoprawny*. Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1968.
- Góral Lesław, *Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis, 2013.

władzy ustawodawczej jest wskazanie powinności określonego zachowania się, a zadaniem egzekutywy jest nakładanie określonych ciężarów i ograniczeń, to władza sądownicza powinna być uprawniona do kontroli prawidłowości aktualizowanych względem jednostki obowiązków w świetle prawa. To z kolei wiąże się nie tylko z koniecznością określenia na płaszczyźnie konstytucyjnej minimalnego standardu procedowania czy atrybutów, w jakie powinien być wyposażony organ sądowy, ale także wymaga takiego ukształtowania niniejszego prawa pod względem podmiotowym oraz przedmiotowym, aby mogło być urzeczywistnione zawsze, gdy zaistnieje potrzeba rozstrzygnięcia sporu o prawo. Przy kształtowaniu konstytucyjnej formuły prawa do sądu istotne znaczenie miały obowiązujące w tej kwestii standardy wyznaczone przez społeczność międzynarodową.

- Grykiel Jarosław, *Czynność prawna a skutki prawne*. Poznań: Uniwersytet Adama Mickiewicza, 2008.
- Grykiel Jarosław, Zbigniew Radwański, *Czynności prawne jednostronne, umowy i uchwały*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019.
- Herbert Andrzej, Szymon Pawłowski, Piotr Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2014.
- Jagielski Jacek, „Z problematyki organów administracyjnych”, [w:] *Problemy współczesnego ustrojoznawstwa. Księga jubileuszowa profesora Bronisława Jastrzębskiego*. 98-130. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2007.
- Jaroszyński Krzysztof, Marek Wierzbowski, *System prawa administracyjnego*, t. VI. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2011.
- Jaworski Władysław Leopold, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*. Warszawa: Instytut wydawniczy „Biblioteka Polska”, 1924.
- Jurkowska-Zeidler Anna, „Prawo rynku finansowego”, [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*. 92-126, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018.
- Jurkowska-Zeidler Anna, „Rynek finansowy”, [w:] *Leksykon prawa finansowego. 100 podstawowych pojęć*. 394-401. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2015.
- Jurkowska-Zeidler Anna, *Wykład prawa rynku finansowego*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2017.
- Kasznica Stanisław, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*. Poznań: „Księgarnia Akademicka”, 1946.
- Koleśnik Jan, *Pożądaný kształt rekomendacji nadzoru finansowego dla spółdzielczych kas oszczędnościowo – kredytowych*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2014.
- Lemańska Joanna, „Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna”, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*. 421-427, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2001.
- Łaszczyca Grzegorz, *System prawa administracyjnego procesowego. Zagadnienia ogólne. Tom I*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Małecka Elżbieta, „Niewładcze formy działania Prezesa UKE ze szczególnym uwzględnieniem działalności edukacyjno-informacyjnej” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza*, z. 94 (2016): 99-107. DOI: 10.15584/znurprawo.2016.19.6.
- Maśniak Dorota, „Rekomendacje i wytyczne KNF: dialog nadzorowany, czyli „miękkie prawo” z twardym skutkiem” *Prawo Asekuracyjne*, nr 2 (2015): 3-14.

- Nadolska Aleksandra, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Nieborak Tomasz, *Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej*. Poznań: Instytut Zachodni, 2017.
- Nieborak Tomasz, *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego a proces ekonomizacji prawa*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2016.
- Ogiegło Leszek, *Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 1991.
- Olszak Marcin, *Bankowe normy ostrożnościowe*. Białystok: Wydawnictwo Temida, 2011.
- Pabian Sebastian, Wajda Paweł, *Natura prawna i skutki rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego kierowanych do zakładów ubezpieczeń i reasekuracji*. Warszawa: Centrum Edukacji Ubezpieczeniowej, 2015.
- Pierzchała Ewa, „Akt administracyjny”, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*. 193-204, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2018.
- Radziejewicz Piotr, *Administracyjnoprawne pojęcie władztwa publicznego*. Warszawa: Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, 2006.
- Ruczkowski Piotr, „Postacie i funkcje administracji”, [w:] *Prawo administracyjne. Część ogólna, ustrojowe prawo administracyjne, wybrane zagadnienia materialnego prawa administracyjnego*. 30-31. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Rutkowska-Tomaszewska Edyta, *Normy ostrożnościowe wydawane w formie uchwał Komisji Nadzoru Finansowego wobec banków w świetle Konstytucji RP*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2013.
- Skuczyński Paweł, *Soft law w perspektywie teorii prawa*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, 2008.
- Srokosz Witold, *Instytucje parabankowe w Polsce*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011.
- Stahl Małgorzata, *Zasady w prawie administracyjnym – zagadnienia ogólne*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2017.
- Starościak Jerzy, *Prawo administracyjne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975.
- Wierzbowski Marek, Ludwik Sobolewski, Paweł Wajda, *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2014.
- Wiktorowska Aleksandra, *Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007.
- Wojtczak-Samoraj Dorota, *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*. Radzymin: Instytut Szkoleń Prawa Bankowego 2012.

- Wrzosek Stanisław, *Administracja władcza i administracja świadcząca*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 2008.
- Wyszyńska Marta, *Zagadnienie swobody jednostronnych czynności prawnych*. Warszawa: Uniwersytet Warszawski, 2007.
- Zawadzka Patrycja, *Modele nadzoru rynku finansowego. Aspekty prawne*. Warszawa: CeDeWu, 2017.
- Ziemski Krystian, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, 2005.
- Ziemski Krystian, *Podział form prawnych działania administracji na działania władcze i nie władcze*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2013.

Assessing the Rules of Functioning and Organization of the Wholesale Natural Gas Market in the European Union and Ukraine: Legal and Socio-political Perspective.

Part 1. The Backdrop: Natural Gas Market in the EU and Ukraine*

*This author considers current European Union and Ukraine's wholesale natural gas market in light of regulatory measures that had been enacted and/or implemented with respect to its organization and functioning. The analysis points to three major goals EU's energy sector regulation is geared to achieve: 1) economic (i.e. procompetitive support); 2) energy security; and 3) social goals. As such, the EU wholesale energy market can be regarded as a regulatory instrument. Ukraine assumed the obligation to implement EU legislation in the field of energy sector regulation (Energy Community *acquis communautaire*): Act of Ukraine No. 329-VIII of 9 April 2015 on natural gas market implements fundamental principles of the third energy package in the area of organization and functioning of the wholesale natural gas market. However, for Ukraine's wholesale energy market to assume characteristics of a regulatory instrument akin to the EU market, further implementation of EU regulation 1227/2011 (REMIT) and, to some extent, implementation of the fourth energy package is needed.*

In the Part 1 author focuses on providing a background on gas market conditions in the EU and Ukraine, which will provide an important backdrop for the second part of this study where he will discuss in specific regulatory issues associated with adoption of EU gas market principles in the Ukrainian gas market.

Eryk Kosiński

*Professor of Adam Mickiewicz University
in Poznan*

ORCID – 0000-0002-2899-5228

Anna Mikulska

*Ph.D. of Political Science
Rice University*

ORCID – 0000-0001-6563-6964

Key words:

sector-specific regulation, energy sector,
natural gas, natural gas sector, wholesale
natural gas market

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.246>

1. Introduction to Part 1

At about one quarter of total supply, natural gas is a significant part of EU's primary energy consumption. Also, while consumption of other fossil fuels such as coal or oil is projected to decrease in the

* This study is a result of author's work leading the research project: „Regulation of the energy sector in the European Union and Ukraine. The comparison of purposes and legal means of regulation of the energy sector”, funded by the National Science Centre, Poland, No. 2016/21/B/HS5/00054, contract no. UMO-2016/21/B/HS5/00054.

decades to come, both share and absolute volume of natural gas consumption are estimated to stay at current levels (Table 1). This is predicated upon: 1) gas-fired power generation ability to provide base capacity to balance the intermittent nature of renewables, which have increasingly been a fuel of choice in many European countries; and 2) large volumes of natural gas used directly in industry and for heating purposes which are not readily replaceable by renewable energy.

Table 1. Primary Energy Consumption in the EU by fuel, 1995-2040*

	Total	Oil (Mb/d)	Gas (Bcm)	Coal	Nuclear	Hydro	Renewables**
Total 2017	1689	13	467	234	188	68	166
Total 2040	1475	8	457	79	102	72	429
Share 2017		37%	24%	14%	11%	4%	10%
Share 2040		27%	27%	5%	7%	5%	29%
Abs. Change 1995-2017	12	-1	78	-129	-12	-7	160
Abs. Change 2017-2040	-215	-5	-10	-155	-86	4	263
Change (%) 1995-2017	1%	-10%	20%	-36%	-6%	-10%	>100%
Change (%) 2017-2040	-13%	-37%	-2%	-66%	-46%	6%	158%
Annual Change 1995-2017	0%	-0.50%	0.80%	-2.00%	-0.30%	-0.50%	>10%
Abs. Change 2017-2040	-0.60%	-2.00%	-0.10%	-4.60%	-2.60%	0.20%	4.20%

* units in Millions of tonnes of oil equivalent (Mtoe) unless otherwise noted

** including biofuels

Source: BP 2019 Outlook.¹

However, lack of changes in consumption volumes is not parallel with stagnation in EU's wholesale natural gas market, that is looking at significant modifications geared toward increasing diversification and competition and, in doing so, supporting the EU energy security goals. Lower EU production (predicted 56 billion cubic feet vs. 118 bcm in 2017)² related in part to phasing out of EU's largest but aging and increasingly less productive Groningen field, necessitates higher level of imports³. At the same levels of

- 1 Data from the BP Energy Outlook (2019). Available at: <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/energy-economics/energy-outlook/bp-energy-outlook-2019-region-insight-eu.pdf>. [accessed: 20.11.2019].
- 2 Data from the BP Energy Outlook -2019. Available at: <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/energy-economics/energy-outlook/bp-energy-outlook-2019-region-insight-eu.pdf>. [accessed: 20.11.2019].
- 3 The precipitous fall in consumption related to unexpectedly low and falling production at the Groningen field is discussed by Frédéric Simon, „Europe grapples with Dutch gas production »collapse«”, *EU-ROACTIVE news* (16 May 2019). <https://www.euractiv.com/section/energy/news/europe-grapples-with-dutch-gas-production-collapse/>. [accessed: 3.06.2020].

consumption, this will inevitably lead to higher dependence on gas supplies from non-EU actors⁴.

The issue is particularly pressing as the EU increasingly focuses on ensuring greater energy security in the region. Much of the regulation in the natural gas sector has been motivated by this goal, including efforts to liberalize and diversify market supply and supply routes. The hope is to ensure competition and prevent any one supplier from using its dominance to extract economic rents or geopolitical benefits. Thus, much of the attention is given to the role of Russia, Europe's dominant supplier to date. Also, heavily discussed is the fate of Ukraine as a major transit territory for Russian gas as it stands to lose this status to new Russian pipelines bringing gas directly to the EU (Nord Stream 1 [NS1] and Nord Stream 2 [NS2]).

This paper provides an assessment of regulations in both the EU and Ukraine that are designed to ensure a well-functioning wholesale natural gas market. As such, it starts with a look at the natural gas market in the EU in general and the CEE region in specific. Then it moves to defining the concept of sector regulation and points to its general goals as well as legal instruments that serve the fulfilment of those goals. Thirdly, the article considers the details of the EU gas market regulations from the perspective of energy security. In particular, it covers energy packages one through four and other EU regulations devised to protect and promote market access, competitiveness and transparency. Fourthly, the paper takes a detailed look at the Ukrainian natural gas sector and analyses the reforms that the sector has undergone in recent years, including their adherence to the EU framework, as required by the 2014 Treaty establishing Energy Community between the EU and Ukraine. The paper concludes with authors' evaluation of the extent to which legal framework necessary to protect Europe's natural gas sector can be considered as successfully established in the EU and Ukraine.

2. Changes in the Natural Gas Market: Beyond Europe and Russia

Natural gas market is currently undergoing momentous changes. These changes could help Europe avoiding issues related to energy dependency and its potential economic and geopolitical consequences. Traditionally

4 Estimates available in BP Energy Outlook (2019): <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/energy-economics/energy-outlook/bp-energy-outlook-2019-region-insight-eu.pdf>. [accessed: 20.11.2019]. According to Eurostat, in 2018 Europe hit a record when it comes to natural gas dependency at 77.9% despite year on year decrease in consumption as EU's gas production fell by 8.1%. Data available at: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Natural_gas_supply_statistics&oldid=447636. [accessed: 11.20.2019].

regional in nature, rigid and often characterized by the existence of regional monopolists, natural gas market is becoming increasingly liberalized, fluid, and, as a result, more global in nature. New liquefaction technology allowed commercialization of vast natural gas resources, including those in Qatar and made available to consumers all over the world the newly discovered, unconventional gas resources in the US and Australia. Within a decade group of LNG exporters grew to include also countries like Russia, Algeria, Nigeria, Malesia, Oman, or Papua New Guinea.

Ample supply and push for less carbon intensive fuels have encouraged fuel switching and pushed an increasing number of countries to integrate natural gas within their economies⁵. In 2018, 20 countries exported LNG to 42 different country destinations⁶. In addition to higher number of participants, the nature of transactions transformed the market from dominated by long-term, oil-indexed contracts with rigid destination clauses to one where significant volumes are sold under medium- and short-term contract. Also, spot market has grown significantly, many contracts index gas to hub prices rather than to oil, and destination clauses have often been replaced by FOB (free-on-board) designations that allow buyers to freely dispose of the purchased gas as soon as the latter leaves the supplying facility. This introduces additional flexibility where – depending on market conditions – buyers can consider resale and redirecting shipments to a variety of delivery location.

The changes in the natural gas market have been clearly conducive to the EU's regulatory efforts focused on increasing diversification of supplies and supporting energy security such as the subsequent Energy Packages as detailed later in this study. These packages also offer funding for diversification projects within the so-called Project of common interests (PCI) initiative⁷.


-
- 5 International Energy Agency IEA (2019) report considers in detail the shifts from coal to natural gas occurring around the world as part of its focus on the role of natural gas in energy transitions. The report is available here: <https://webstore.iea.org/download/direct/2819?fileName=TheRoleofGas.pdf>. [accessed: 11.20.2019].
 - 6 More details can be found in the report by the International Group of Liquefied Natural Gas Importers (2019) available at: https://giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_annual_report_2019-compressed.pdf. [accessed: 11.10.2019].
 - 7 Per European Commission „Projects of common interest (PCIs) are key cross border infrastructure projects that link the energy systems of EU countries” and „are intended to help the EU achieve its energy policy and climate objectives: affordable, secure, sustainable energy for all citizens, and the long-term decarbonization of the economy in accordance with the Paris Agreement” as synthesized here: <https://ec.europa>.

Table 2. Known or Probably Politically Driven Energy Supply or Price Manipulations by Russia

	1990	1992	1993	1994	1998	1999	2001	2002	2003	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2014	2015
Belarus												X					
Georgia							X		X	X	X						
Estonia		X	X														
Lithuania	X	X	X		X	X					X						
Latvia		X	X					X									
Moldova											X						
Poland																X	
Slovakia																X	
Turkmenistan														X			
Ukraine		X		X							X		X	X		X	X

X – instances involving crude

X – instances involving natural gas

 shaded columns indicate years when interruptions in delivery caused systemic effects on oil and gas supplies in Europe

Source: Collins (2018)⁸.

Diversification of supply has become paramount particularly in the CEE region, where many countries have been highly (if not completely) dependent on Russia for natural gas supply (see Map 1). Also, many have experienced first-hand disadvantageous pricing as well as Russia’s willingness to leverage its dominant supplier position to exert geopolitical influence See Table 2 for a tally of such events 1990⁹.

eu/energy/en/topics/infrastructure/projects-common-interest. [accessed 11.20.2019]. Specific legal criteria for a project to be considered a PCI are spelled out in the Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council. List of most recent projects was adopted by the European Commission on October 31, 2019 as Annex amending Regulation (EU) No 347/2013 and is available here: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/c_2019_7772_1_annex.pdf. [accessed: 11.20.2019].

8 Gabriel Collins, „Russia’s Use of the »Energy Weapon« in Europe” *The James Baker Institute for Public Policy* (2018): 3. https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/ac785a2b/BI-Brief-071817-CES_Russia1.pdf. [accessed: 3.06.2020].

9 Collins, „Russia’s Use of the ‘Energy Weapon’ in Europe”, 3.

Map 1. Europe's Dependency on Russian Gas

Dependency on Russian Gas by Country, 2018 IEA data



Data Source: IEA, Authors' rendition

Lack of diversification of supply in the CEE relates to the region's Soviet legacy and is difficult to overcome even in the age of globalizing natural gas market. Several factors play a role here: 1) existing long-term contracts with the Russian gas export giant, Gazprom; 2) existing pipeline infrastructure between Europe and Russia (Soviet era's: Yamal and Druzhba and Nord Stream 1 that began operation in 2012); 3) lack of adequate infrastructure integration within the region as well as with other EU countries (Map 2 that shows well this contrast in pipeline density); and 4) despite some progress, continuingly insufficient infrastructure (pipeline and LNG) connecting CEE with other natural gas producers such as Norway, Azerbaijan, the US, Qatar etc. ; 5) low cost of extraction of Russian gas that can undercut and eliminate competition to expand Russia's dominance and potential influence later on.

Map 2. Natural gas pipelines in Europe, 2014

Global Natural Gas Pipelines (2014 data)



Map Source: ArcGIS¹⁰. Authors' rendition

Concerns related to the functioning of the natural gas market and security of supply in the CEE have been growing particularly strong as Russia pushed for expansion of its pipeline network destined for Europe. This includes the controversial Nord Stream 2 project that would double capacity of its predecessor (NS1) allowing Russian gas to circumvent Ukrainian transit.

Historically, Ukraine has been a transit territory for majority (approximately 2/3) of Russian gas destined to Europe. However, due to series of disagreements with Russia over natural gas pricing and payments of Ukraine's outstanding debts, the transit has become increasingly unreliable, marred by several breaks in gas supplies to Europe, some of them at times of exceptionally high demand. Russia has used these instances to argue for an alternative pipeline route – NS1 and NS2 – that could replace Ukrainian transit and provide more reliable supply¹¹. NS1 has been functioning since 2012, often

10 Global Natural Gas Pipelines. Available at: <https://www.arcgis.com/home/item.html?id=523877884f1540319d1d1b961c6abb49>. [accessed: 11.09.2019].

11 Hanna Smith, „Russian foreign policy and energy: the case of Nord Stream gas pipeline”, [in:] *Russia's Energy Policies. National, Interregional and Global Levels*, ed. Pami Aalto (Cheltenham, UK, Northampton,

at its capacity of 55 bcm per year. NS2 is currently being built and projected to double this capacity in mid-2020. The pipeline has been vehemently protested not only by Ukraine but also by many CEE countries which see it as a way for Russia to try to undercut and eliminate competition; keep the CEE region highly dependent, potentially increase dependency of other EU countries on Russian gas, and in doing so preserve if not increase Russia's ability to use its market power to both extract rents and gain political influence¹².

In addition to the transit issues, the disputes over pricing/debt have left Ukraine without access to (cheap) Russian gas and reliant on reverse flows of natural gas from Europe (Hungary, Slovakia, and Poland) that are priced at higher (i.e. market) values¹³. Russian occupation of areas where most of Ukraine's natural gas resources are situated as well as annexation of Crimea where potential resources could be located additionally exacerbate the issues.

In this context, harmonization of Ukrainian laws to reflect EU's energy directives that promote competition and transparency becomes an important element of ensuring progress in a quest to support Ukraine's energy security. In particular, the ability of Ukraine to incorporate and follow EU laws can play an important role in ensuring security of natural gas supply for both entities and counterbalance Russia's strong position in the European gas market.

3. Goals of Energy Sector Regulation

This paper applies a functional approach to defining „sectoral regulation,” to include both regulatory acts and method of their implementation. Sectoral regulation is a special state interference in the economy directed at network infrastructure sector that includes enterprises, recipients and

MA, USA: Edward Elgar, 2012), 117; Margarita Mercedes Balmaceda, „Russia's central and eastern European energy transit corridor: Ukraine and Belarus”, [in:] *Russia's Energy Policies. National, Interregional and Global Levels*, ed. Pami Aalto (Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012), 136. Also see: Michał Kaciewicz, „Nord Stream II. Wielka gra Kremla o bałtycką rurę. Co grozi Polsce?” *Nesweek*, (2017). <https://www.newsweek.pl/swiat/polityka/nord-stream-ii-o-co-chodzi-w-sporze-o-rosyjski-gazociag/6p5zv38>. [accessed: 3.06.2020].

- 12 For more details on this issue please see: Anna Mikulska, „Nord Stream 2: between monopoly and diversification” *Sprawy Międzynarodowe*, No. 4 (2018): 46 et seq.
- 13 According to the 2018 annual report by Naftogaz, Ukraine imported natural gas via reverse flows from Slovakia (61%), Hungary (31%), and Poland (7%). Report available at <http://www.naftogaz.com/files/Zvity/Annual-Report-2018-engl.pdf>. [accessed: 16.11.2019].

consumers of goods and services, and all other market participants¹⁴. The features that distinguish sector regulation from any other form of state intervention in the economy include: specific entities towards which the regulation is directed (market participants), specific type of enterprises involved (former state monopolies); specific nature of infrastructure held (managed by) those enterprises; regulatory mission relating to what is considered public interest; and existence of a regulatory body, i.e. market regulator that is specialized¹⁵, autonomous¹⁶, and has exclusive discretionary powers¹⁷. Regulations are

-
- 14 Also see: Eryk Kosiński, „Regulacja sektorowa – stałość czy zmienność pojęcia?”, [in:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, ed. Andrzej Powalowski (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2016), 119-120; and Eryk Kosiński, *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019), 339-348.
 - 15 That being said, some countries – i.e. Spain, Germany, Hungary, and to an extent Ukraine- employ multi-sectoral regulatory agencies.
 - 16 For many scholars, the independence of the regulatory body is a basic criterion distinguishing sectoral regulation. Andrzej Szablewski also points out that formal autonomy is not enough for the criterion to be fulfilled. Andrzej Szablewski, *Zarys teorii i praktyki reform regulacyjnych na przykładzie energetyki* (Łódź-Warszawa: Instytut Nauk Ekonomicznych PAN, 2000), 15. At the same time, Jan Walulik indicates that the position of the regulatory body is secondary to regulation understood as a function of the state in relation to the economy. Jan Walulik, *Reforma regulacyjna. Przykład transportu lotniczego* (Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo, 2013), 151.
 - 17 See apt remarks in this respect in Waldemar Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej* (Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2008), 88 et seq. and 102 et seq. Regulatory discretion is often criticized as undemocratic as regulatory bodies are usually not elected in democratic elections but appointed. At the same time, law gives them wide ranging power, which is subject to court review. See Stephen Breyer, „Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform” *Harvard Law Review*, No. 3 (1979): 3. A competing view represented posits that broad discretion guarantees independence from political influence. That said it is emphasized that the rules for exercising discretion should be subject to strict legal regulation. See Anthony I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2004): 341.

usually introduced *ex ante* but *ex post* and *hybrid* actions are also possible¹⁸. Sectoral regulations are generally characterized by their focus on economic performance¹⁹ and use of sector-specific regulatory measures (instruments).

In this context the goal of energy sector regulation is to: 1) support **economic principles** related to demand and supply, effectiveness, efficiency, and market competition; 2) ensure **consumer protection**, including individual consumers, particularly those most economically vulnerable; and relatedly and **social welfare**; 3) provide **energy security** understood as security of supply in natural gas and electricity, including security of transmission and distribution systems; and 4) safeguard **environmental and climate protection**.

4. Concluding Remarks to Part 1

Both, the EU and Ukrainian natural gas markets have been and will be undergoing significant transformation, which is necessitated by changes in the gas supply options as well as general push for cleaner fuels. Over the years Ukraine has expressed its willingness and commitment to increase its collaboration, if not integration, with the European Union. To this end, it shall be crucial to establish the relevant EU and Ukrainian regulation as far as the legal framework for the functioning of the wholesale natural market. It shall be particularly important to determine to what extent those regulations realize all regulatory objectives, i.e. economic goals (efficiency, efficiency, functioning efficiency, balancing supply and demand, supporting market competition), energy security objectives, and social goals (protection of consumer welfare).

-
- 18 See extensive considerations on this topic Marek Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010): 34 et seq.; Katarzyna Właźlak, „Inflacja prawa administracyjnego w zakresie planowania”, [in:] *Kryzys prawa administracyjnego*?, ed. Dariusz Ryszard Kijowski and Patrycja Joanna Suwaj, 2. vol. ed. Patrycja Joanna Suwaj *Inflacja prawa administracyjnego* (Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2012): 125-126; and Michał Będkowski-Kozioł, „Plan jako instrument regulacji sektorów infrastrukturalnych?”, [in:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, ed. Bożena Popowska and Katarzyna Kokocińska (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Poznańskiego, 2009), 181 et seq.
- 19 Teresa Rabska, „Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego”, [in:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, ed. Bożena Popowska and Katarzyna Kokocińska (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Poznańskiego, 2009), 19.

Bibliography

- Balmaceda Margarita Mercedes, „Russia’s central and eastern European energy transit corridor: Ukraine and Belarus”, [in:] *Russia’s Energy Policies. National, Interregional and Global Levels*, ed. Pami Aalto. 136-155. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.
- Balmaceda Margarita Mercedes, „Ukraine, Central Europe, and Russia in a New International Environment”, [in:] *On The Edge. Ukrainian – Central European – Russian Triangle*, ed. Margarita Mercedes Balmaceda. 1-34. Budapest: Central European University Press, 2000.
- Będkowski-Koziół Michał, „Plan jako instrument regulacji sektorów infrastrukturalnych?”, [in:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*. ed. Bożena Popowska and Katarzyna Kokocińska. 181-212. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Poznańskiego, 2009.
- BP Energy Outlook (2019). <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/energy-economics/energy-outlook/bp-energy-outlook-2019-region-insight-eu.pdf>.
- Breyer Stephen, „Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform” *Harvard Law Review*, No. 3, (1979): 547-609.
- Collins Gabriel, „Russia’s Use of the »Energy Weapon« in Europe” (2018): 1-8. https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/ac785a2b/BI-Brief-071817-CES_Russia1.pdf.
- Eurostat (2019). Natural Gas Statistics. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Natural_gas_supply_statistics&oldid=447636.
- European Commission. Projects of Common Interest. <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/projects-common-interest>.
- Glachant Jean-Michel, François Levéque, and Pippo Ranci, „EU energy security of supply: conclusions”, [in:] *Security of Energy Supply in Europe. Natural Gas, Nuclear and Hydrogen*, ed. François Levéque, Jean-Michel Glachant, Julián Barquín, Christian von Hirschhausen, Franziska Holz, William J. Nuttall. 295-302. Cheltenham, UK, Northampton, USA: Edward Elgar, 2010.
- Hoff Waldemar, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2008.
- International Energy Agency IEA. The Role of Gas in Today’s Energy Transition (2019). <https://webstore.iea.org/download/direct/2819?fileName=TheRoleofGas.pdf>.
- International Group of Liquefied Natural Gas Importers. The LNG Industry GIIGNL Annual Report 2019. https://giignl.org/sites/default/files/PUBLIC_AREA/Publications/giignl_annual_report_2019-compressed.pdf.

- Kacewicz Michał, „Nord Stream II. Wielka gra Kremla o bałtycką rurę. Co grozi Polsce?”, *Nesweek*, (2017). <https://www.newsweek.pl/swiat/polityka/nord-stream-ii-o-co-chodzi-w-sporze-o-rosyjski-gazociag/6p5zv38>.
- Konończuk Wojciech. „Reform #1. Why Ukraine has to reform its gas sector” *Centre for Eastern Studies OSW Commentary*, No. 181 (01.09.2015): 1-9. https://www.osw.waw.pl/sites/default/files/commentary_181_0.pdf.
- Kosiński Eryk, „Regulacja sektorowa – stałość czy zmienność pojęcia?”, [in:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, ed. Andrzej Powalowski, 97-121. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2016.
- Kosiński Eryk, *Prawo Energetyczne Ukrainy. Wybór źródeł*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2018.
- Kosiński Eryk, *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019.
- Mikulska Anna, „Nord Stream 2: between monopoly and diversification” *Sprawy Międzynarodowe*, No. 4 (2018): 45-75. <https://doi.org/10.35757/SM.2018.71.4.03>.
- Ministry of Energy and Coal Industry of Ukraine. Natural Gas and Ukraine’s Energy Future. Ukraine Policy Dialogue. Special Report (2012). http://www.naftogaz-europe.com/newsfiles/Ukraine%20Policy%20Dialogue%20report_IHS%20Cera-Ministry%20of%20Energy%20and%20Coal%20Industry%20of%20Ukraine.pdf.
- Mirovalev Mansur, „Russian gas pipeline divides the West and »punishes« Ukraine. Germany wants cheap Russian gas via Nord Stream 2, while Ukraine fears economic ruin”, *Aljazeera* (4 June 2019).
- Mushalik Matt, „The Ukraine conflict, peak cheap gas and the MH17 tragedy”, *Crude Oil Peak* (July 29, 2014). <http://crudeoilpeak.info/the-ukraine-conflict-peak-cheap-gas-and-the-mh17-tragedy>.
- „Naftogaz” natzniot torgi gazom na Ukrainskoi energetizieskoi birze. https://biz.censor.net.ua/news/3129447/naftogaz_nachnet_torgi_gazom_na_ukrainskoyi_energeticheskoyi_birze.
- Ogus, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Potenzial birzovoi torgieli gozom v Ukraini pierieztue 10 mlrd dolarie CSA*, 8.12.2017. <https://104.ua/ua/news/id/potencial-birzhovoi-torgivli-gazom-v-ukrajini-per-26484>.
- Rabska Teresa, „Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego”, [in:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, ed. Bożena Popowska and Katarzyna Kokocińska. 15-34. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Poznańskiego, 2009.

- Security of Energy Supply in Europe. Natural Gas, Nuclear and Hydrogen*, ed. François Levéque, Jean-Michel Glachant, Julián Barquín, Christian von Hirschhausen, Franziska Holz, William J. Nuttall. Cheltenham, UK-Northampton, USA: Edward Elgar 2010.
- Simon Frédéric, „Europe grapples with Dutch gas production »collapse«”. *EUROACTIVE news* (16 May 2018). <https://www.euractiv.com/section/energy/news/europe-grapples-with-dutch-gas-production-collapse/>.
- Smith Hanna, „Russian foreign policy and energy: the case of Nord Stream gas pipeline”, [in:] *Russia's Energy Policies. National, Interregional and Global Levels*, ed. Pami Aalto. 117-135. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.
- Szablewski Andrzej, *Zarys teorii i praktyki reform regulacyjnych na przykładzie energetyki*. Łódź-Warszawa: Instytut Nauk Ekonomicznych PAN, 2000.
- Szydło Marek, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Tabata Shinichiro and Xu Liu, „Russia's energy policy in the Far East and East Siberia”, [in:] *Russia's Energy Policies. National, Interregional and Global Levels*, ed. Pami Aalto. 156-184. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.
- Talus Kim, *Introduction to EU Energy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Walulik Jan, *Reforma regulacyjna. Przykład transportu lotniczego*. Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo, 2013.
- Właźlak Katarzyna, „Inflacja prawa administracyjnego w zakresie planowania”, [in:] *Kryzys prawa administracyjnego*?, ed. Dariusz Ryszard Kijowski and Patrycja Joanna Suwaj, vol. 2, ed. Patrycja Joanna Suwaj *Inflacja prawa administracyjnego*. 118-137. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2012.
- Wolczuk Katarzyna, „Managing the flows of gas and rules: Ukraine between the EU and Russia” *Eurasian Geography and Economics*, No. 1 (2016): 113-137. <http://dx.doi.org/10.1080/15387216.2016.1174072>.

Prawne aspekty funkcjonowania organizacji pożytku publicznego w Polsce

Legal Aspects of the Activities of Public Benefit Organizations in Poland

Public benefit organizations are civic organizations conducting socially useful activities. Their legal position within the Polish legal system is special. First of all, obtaining the status of a public benefit organization therefore their conceptions are subject to relatively strict legal rigors, which is to ensure the transparency of their operations and to guarantee effective and lawful performance of public tasks. Secondly, these organizations have been given many rights and privileges that are to facilitate their socially useful activities.

Marian Masternak

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego
w Bydgoszczy*

ORCID – 0000-0002-2671-9158

Słowa kluczowe:

organizacje pożytku publicznego,
organizacje obywatelskie, organizacje
pozarządowe, działalność pożytku
publicznego

Keywords:

public benefit organizations, civic
organizations, non-governmental
organizations, public benefit activities

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.122>

1. Wprowadzenie

Jednym z podstawowych filarów, na którym opiera się demokratyczne państwo prawa, jest istnienie i funkcjonowanie organizacji obywatelskich prowadzących działalność na rzecz dobra wspólnego. Do takich organizacji należą niewątpliwie organizacje pożytku publicznego. Mają one w Polsce stosunkowo krótką tradycję, gdyż zaczęły działać dopiero od 1 stycznia 2004 r., tj. od momentu wejścia w życie ustawy z dnia o 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie¹ (dalej: ustawa lub u.d.p.p.w.). Uchwalenie tego aktu wynikało przede wszystkim z potrzeby uwzględnienia w polskim

1 T.j. Dz.U. 2020, poz. 1057 ze zm.

ustawodawstwie roli, jaką odgrywają organizacje pozarządowe w realizacji zadań publicznych². Określenie ram prawnych prowadzenia przez nie działalności w sferze publicznej miało w zamyśle ustawodawcy służyć realizacji konstytucyjnej zasady pomocniczości (subsydiarności), która nie tylko wyznacza zasady podziału zadań publicznych pomiędzy poszczególne szczeble władzy publicznej, lecz stanowi też podstawę określania sposobu wykonywania tych zadań³. Z zasady subsydiarności wynika między innymi wymóg realizacji zadań publicznych przez organy władzy publicznej we współpracy z organizacjami pozarządowymi, w tym z organizacjami pożytku publicznego.

Przepisy ustawy nie zawierają definicji tej kategorii organizacji, jednak na podstawie analizy unormowań określających zasady ich funkcjonowania można przyjąć, że są nimi organizacje pozarządowe prowadzące działalność społecznie użyteczną, które uzyskały taki status na zasadach i w trybie określonych w wymienionej ustawie. Organizacje pożytku publicznego stanowią szczególną kategorię jednostek pozarządowych zaliczanych do tzw. trzeciego sektora⁴. Od innych organizacji prowadzących działalność dla dobra ogółu różni je to, że z jednej strony muszą one spełniać szczególne wymagania warunkujące nabycie i zachowanie statusu takiej organizacji, z drugiej zaś, korzystają one z szeregu różnych przywilejów. Poddanie organizacji pożytku publicznego szczególnym rygorom prawnym miało na celu przede wszystkim zagwarantowanie transparentności ich działania, dzięki czemu mogą one cieszyć się zaufaniem społecznym, a z kolei przyznanie specjalnych uprawnień i przywilejów ma im ułatwić wypełnianie misji, dla której zostały powołane.

Celem tego artykułu jest analiza ram prawnych funkcjonowania tych organizacji, ze szczególnym uwzględnieniem wspomnianych wyżej szczególnych rygorów prawnych, których spełnienie warunkuje uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego, jak również przywilejów, z których mają one prawo korzystać oraz podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czy między tymi

2 Uzasadnienie projektu ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, Druk sejmowy nr 263, 21. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/263>.

3 Ibidem, 20-21.

4 Na temat rozwoju tego sektora w Polsce po 1989 r. szerzej piszą m.in.: Joanna Dzwonczyk, „Rozwój społeczeństwa obywatelskiego w Polsce po 1989 r.”, [w:] *Czas społeczeństwa obywatelskiego. Między teorią a praktyką*, red. Barbara Krauz-Mozer, Paweł Borowiec (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2006), 161-183; Grzegorz Makowski, „Rozwój sektora organizacji pozarządowych w Polsce po 1989 r.” *Studia BAS*, nr 4 (2015): 66-80. www.bas.sejm.gov.pl; Urszula Staśkiewicz, „Rola organizacji pozarządowych w Polsce w zaspokajaniu potrzeb społecznych” *Obronność. Zeszyty Naukowe*, nr 3 (2017): 166-167.

rygorami i przywilejami została zachowana niezbędna równowaga. Jest to niezmiernie istotne, gdyż nadmierny rygoryzm regulacji prawnej może hamować rozwój tej kategorii organizacji pozarządowych, a z kolei rozbudowanie przywilejów, bez ustanowienia szczególnych wymagań warunkujących nabycie statusu organizacji pożytku publicznego oraz zapewnienia należytej kontroli i nadzoru nad ich działalnością, może prowadzić do występowania w tym zakresie nieprawidłowości.

Za podjęciem tych zagadnień przemawia przede wszystkim rola, jaką ta kategoria organizacji obywatelskich odgrywa w życiu publicznym. Niewątpliwie bez ich działalności wiele dziedzin życia nie mogłoby prawidłowo funkcjonować. Rozwój organizacji pożytku publicznego jest zatem wielce pożądanym, a jednym z czynników, który o tym przesądza, jest prawidłowe ukształtowanie ram prawnych ich funkcjonowania.

2. Nabycie statusu organizacji pożytku publicznego

2.1. Warunki nabycia statusu organizacji pożytku publicznego

Status organizacji pożytku publicznego mogą uzyskać wyłącznie kategorie podmiotów, które zostały enumeratywnie wymienione w art. 20 ust. 1 u.d.p.p.w. Pierwszą z nich stanowią organizacje pozarządowe, którymi w myśl definicji zawartej w art. 3 ust. 4 u.d.p.p.w. są osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, w tym fundacje i stowarzyszenia, spełniające kumulatywnie dwa warunki:

- a) nie są jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵ lub przedsiębiorstwami, instytucjami badawczymi, bankami i spółkami prawa handlowego będącymi państwowymi lub samorządowymi osobami prawnymi,
- b) nie działają w celu osiągnięcia zysku.

Do drugiej grupy podmiotów, które mogą uzyskać status organizacji pożytku publicznego, należą osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej⁶, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania⁷, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności pożytku publicznego (zwane dalej „jednostkami organizacyjnymi kościoła lub związku wyznaniowego”). Podmioty te nie są organizacjami pozarządowymi,

5 T. j. Dz.U. 2019, poz. 869 ze zm.

6 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (t. j. Dz.U. 2019, poz. 1347 ze zm.).

7 Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z dnia 17 maja 1989 r. (t. j. Dz.U. 2017, poz. 1153 ze zm.).

jednak w zakresie działalności pożytku publicznego zostały zrównane z tymi organizacjami i mogą skutecznie ubiegać się o uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego⁸.

I wreszcie trzecia grupa podmiotów mogących nabyć status organizacji pożytku publicznego obejmuje spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁹, które spełniają kumulatywnie trzy przesłanki: 1) nie działają w celu osiągnięcia zysku, 2) przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych, 3) nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.

Przedstawiony wyżej ustawowy katalog podmiotów mogących uzyskać status organizacji pożytku publicznego jest zamknięty. Wyłączona jest zatem możliwość nabycia tego statusu przez podmioty spoza tego katalogu. Na marginesie warto zauważyć, że nie ma w nim stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego oraz spółdzielni socjalnych, które w myśl przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie mogą – podobnie jak organizacje pozarządowe – prowadzić działalność pożytku publicznego.

Należy zaznaczyć, że wskazane wyżej kategorie podmiotów posiadają zdolność do bycia organizacjami pożytku publicznego, co nie jest jeszcze równoznaczne z posiadaniem przez nie takiego statusu. Jego uzyskanie jest bowiem uzależnione od spełnienia wymagań określonych w ustawie oraz potwierdzenia tego odpowiednim wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Pierwszym wymogiem określonym w art. 20 ust. 1 pkt 1 u.d.p.p.w. jest prowadzenie działalności pożytku publicznego na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa. Z analizy powołanego przepisu wynika, że o spełnieniu tego wymogu decyduje rodzaj prowadzonej działalności oraz krąg adresatów, do których jest ona skierowana. Co do zasady, status organizacji pożytku publicznego może nabyć podmiot prowadzący wyłącznie działalność pożytku publicznego, którą według definicji ustawowej jest działalność społecznie użyteczna, prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w art. 4 ustawy¹⁰. Należy przy tym

8 Zob. Katarzyna Płonka-Bielenin, „Charakter prawny podmiotowości organizacji »non-profit«” *Administracja. Teoria-Dydaktyka-Praktyka*, nr 4 (2010): 60 oraz powołaną tam literaturę.

9 T. j. Dz.U. 2019, poz. 1468 ze zm.

10 Na podstawie upoważnienia zawartego w art. 4 ust. 2 u.d.p.p.w. katalog ten może zostać modyfikowany w drodze rozporządzenia Rady Ministrów.

podzielić pogląd sformułowany w literaturze, według którego działalność statutowa tego podmiotu musi w całości mieścić się w sferze tych zadań¹¹.

Wyjątkowo nabycie statusu organizacji pożytku publicznego przez jednostki organizacyjne kościoła lub związku wyznaniowego nie jest uzależnione od prowadzenia przez nie wyłącznie wskazanej wyżej działalności pożytku publicznego. W przypadku tych podmiotów wymagane jest jedynie wyodrębnienie tej działalności w sposób zapewniający należyłą identyfikację pod względem organizacyjnym i rachunkowym (art. 21 pkt 1 u.d.p.p.w.). W literaturze trafnie wskazuje się, że w praktyce obowiązek ten jest realizowany przez wyodrębnienie w ramach kościelnej osoby prawnej – jednostki zajmującej się taką działalnością¹².

Działalność pożytku publicznego powinna być co do zasady realizowana na rzecz ogółu społeczności, a jeśli jest kierowana tylko do określonej grupy podmiotów, to grupa ta musi być wyodrębniona na podstawie wskazanego w ustawie kryterium, jakim jest szczególnie trudna sytuacja życiowa lub materialna w stosunku do społeczeństwa. Jeśli chodzi o pojęcie społeczności, to nie zostało ono w ustawie zdefiniowane, stąd też może być ono rozmaicie rozumiane. Przykładowo Izabella Szaniawska definiuje to pojęcie jako zbiorowość ludzi mieszkającą na określonym obszarze (kraju, gminy, miasta, powiatu), powiązaną więzami społecznymi, wspólnotą warunków życia, tradycjami, kulturą itp.¹³. Z kolei, Joanna Blicharz dostrzega konieczność rozróżnienia pojęć „społeczeństwo” oraz „społeczność”. Jej zdaniem społeczeństwo to ogół ludzi pozostających we wzajemnych stosunkach wynikających z ich udziału w procesach produkcyjnych i w życiu kulturalnym, ogół obywateli danego kraju, okręgu, miasta, natomiast pojęcie społeczności obejmuje „zbiór jednostek identyfikujących się na zasadzie pewnych więzi o charakterze społecznym lub kulturowym, a zatem więzi typu wspólnotowego (społeczność lokalna, społeczność Romów w Polsce, społeczność akademicka Warszawy)”¹⁴. Trafne jest spostrzeżenie autorki, że „społeczność”, będące pojęciem węższym

11 Zob. Lidia Zacharko, Adrian Zacharko, „Organizacje pozarządowe jako instytucjonalne formy nacisku na decydentów politycznych” *Przeгляд Prawa Publicznego*, nr 7-8 (2016): 48.

12 Zob. Marek Plisiecki, „Instytucje kościelne jako organizacje pożytku publicznego” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. XVI (2013): 165.

13 Zob. Izabella Szaniawska, „Organizacje pożytku publicznego” *Stużba Pracownicza*, nr 4 (2004): 33.

14 Joanna Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz* (Warszawa LEX 2012/ el.), komentarz do art. 20. Zob. też powołaną tam literaturę.

niż „społeczeństwo”, obejmuje zbiorowość ludzi powiązaną więzami społecznymi, wspólnotą warunków życia, tradycjami, kulturą itp.¹⁵.

Działalność społecznie użyteczna prowadzona przez organizacje pożytku publicznego może być skierowana nie tylko do ogółu społeczności, lecz również do określonej grupy podmiotów wyodrębnionej ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa (np. do osób z niepełnosprawnościami). Wymóg prowadzenia działalności społecznie użytecznej na rzecz grupy podmiotów, wyodrębnionej na podstawie wskazanego wyżej kryterium, oznacza, że nie jest możliwe uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego przez organizację, której statut przewiduje kierowanie działalności do grupy osób wyodrębnionej w oparciu o inne niż wskazane w ustawie kryterium (np. przynależności do grupy religijnej¹⁶) lub wyłącznie do jej członków. Należy zaznaczyć, że w odniesieniu do stowarzyszeń przepis art. 20 ust. 2 u.d.p.p.w. *expressis verbis* wyklucza możliwość nabycia przez nie statusu organizacji pożytku publicznego w przypadku prowadzenia działalności wyłącznie na rzecz swoich członków.

Warto podkreślić, że zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 1 u.d.p.p.w., organizacją pożytku publicznego może być podmiot, który „prowadzi” działalność pożytku publicznego. Z takiego sformułowania wynika, że nie wystarczy sam zapis w statucie danej organizacji o wykonywaniu takiej działalności, lecz – jak trafnie wskazuje się w literaturze – wymagane jest faktyczne prowadzenie działalności pożytku publicznego¹⁷. Dodać należy, że w myśl art. 22 ust. 1 u.d.p.p.w. do nabycia statusu organizacji pożytku publicznego konieczne jest nie tylko rzeczywiste podjęcie takiej działalności, lecz prowadzenie jej nieprzerwanie przez okres co najmniej dwóch lat. Wymóg ten wprowadzono do wymienionego przepisu ustawą z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych innych ustaw¹⁸, usuwając w ten sposób wcześniej pojawiające się w literaturze oraz

15 Ibidem.

16 Jak trafnie pisze Katarzyna Płonka-Bielenin statusu organizacji pożytku publicznego nie powinny uzyskać jednostki organizacyjne kościelne i wyznaniowe w sytuacji, gdy prowadzą one działalność pożytku publicznego wyłącznie na rzecz podmiotów wyodrębnionych w oparciu o kryterium religijne bądź wyznaniowe. Zob. Katarzyna Płonka-Bielenin, „Zakres pojęcia »interes publiczny« a organizacje pożytku publicznego” *Administracja. Teoria-Dydaktyka-Praktyka*, nr 4 (2007): 165.

17 Zob. m. in. Norbert Kowal, *Tworzenie i rejestracja organizacji pożytku publicznego. Komentarz* (Kantor Wydawniczy Zakamycze, Legalis/el, 2005), komentarz do art. 20 oraz Jarosław Ruszewski, „Organizacja pożytku publicznego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2005): 83.

18 Dz. U. z 2010 r. Nr 28, poz.146. Przepis ten obowiązuje od 12 marca 2010 r.

w praktyce sądowej wątpliwości co do tego, jak długo organizacja pozarządowa powinna prowadzić działalność społecznie użyteczną, aby mogła uzyskać status organizacji pożytku publicznego¹⁹.

Drugi wymóg, którego spełnienie warunkuje uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego, dotyczy zakresu prowadzonej przez daną organizację działalności gospodarczej²⁰. Mianowicie, w myśl art. 20 ust. 1 pkt 2 u.d.p.w. organizacja ubiegająca się o uzyskanie takiego statusu może prowadzić wspomnianą działalność wyłącznie jako dodatkową w stosunku do działalności pożytku publicznego. Nie jest przy tym jasne, jak należy rozumieć pojęcie działalności „dodatkowej”, gdyż ustawa tego terminu nie definiuje. Opierając się na słownikowym znaczeniu tego słowa, można przyjąć, że jako „dodatkową” należy traktować działalność poboczną, uzupełniającą czy pomocniczą²¹, w stosunku do działalności głównej, którą jest działalność pożytku publicznego. Trudno jednak wskazać niebudzące wątpliwości kryteria decydujące o uznaniu działalności gospodarczej za dodatkową. Zdaniem Joanny Blicharz działalność gospodarczą prowadzoną przez organizację pożytku publicznego można uznać za dodatkową, jeśli przychody uzyskane z jej tytułu stanowią mniejszą część wszystkich przychodów uzyskanych przez organizację²². Zaproponowane przez autorkę kryterium jest stosunkowo czytelne i łatwe w zastosowaniu, jednak wydaje się, że w pewnych sytuacjach może budzić wątpliwości. Na przykład nie byłoby słuszne stanowisko, że działalność gospodarcza nie jest prowadzona jako uboczna tylko dlatego,

-
- 19 Zob. m.in. Henryk Izdebski, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2003, 65-66; Katarzyna Kozioł, „Prawne aspekty podejmowania i wykonywania działalności pożytku publicznego” *Samorząd Terytorialny*, nr 2 (2006): 44; Łukasz Sozański, Marcin Noskowski, „Niedostatki normatywnej regulacji statusu organizacji pożytku publicznego w świetle uwag praktyki sądowej” *Prace Instytutu Prawa i Administracji PWSZ w Sulechowie*, s. 279-280; <http://bibliotekacyfrowa.pl/Content/34638/016.pdf>. [dostęp 19.06.2020]; Szaniawska, „Organizacje”, 34.
- 20 Na temat prowadzenia działalności gospodarczej przez organizacje pożytku publicznego zob. Roman Trzaskowski, „Działalność gospodarcza organizacji pożytku publicznego” *„Zeszyty Prawnicze”*, nr 7 (2007): 209-254.
- 21 W ujęciu słownikowym odpowiednikiem słowa „dodatkowy” są: „akcesoryjny; dodany; drugorzędny; kolejny; następujący; poboczny; pomocniczy; ponadplanowy; ponadprogramowy; posiłkowy; specjalny; uboczny; uzupełniający; wspierający; wspomagający”. Zob. DobrySłownik.pl. <https://dobryslownik.pl/slowo/dodatkowy/9135/>.
- 22 Zob. Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego, komentarz do art. 20*.

że z tej działalności organizacja uzyskuje przychody wyższe niż z działalności podstawowej, mimo że dana organizacja koncentruje się prawie wyłącznie na działalności pożytku publicznego, angażując się w minimalnym stopniu w prowadzenie działalności gospodarczej. Wątpliwe byłoby też uznanie działalności gospodarczej za dodatkową w sytuacji, w której dana organizacja angażuje niemal wszystkie swoje siły i środki właśnie w tę działalność, ale osiąga z niej przychody mniejsze niż z innych form aktywności. W związku z powyższym wydaje się, że przy ocenie, czy prowadzoną przez daną organizację działalność gospodarczą należy uznać za dodatkową w stosunku do działalności pożytku publicznego, należałoby brać pod uwagę wszechstronne kryteria, w tym – oprócz wielkości uzyskiwanych przychodów – również takie okoliczności jak: skala podejmowanej aktywności, zaangażowanie sił i środków czy wielkość ponoszonych nakładów w każdej z tych sfer.

Trzecim warunkiem nabycia statusu organizacji pożytku publicznego jest to, aby nadwyżka przychodów nad kosztami była przeznaczana na działalność pożytku publicznego. Wymóg ten oznacza, że – co do zasady – cały dochód wypracowany przez organizację pożytku publicznego powinien służyć realizacji zadań statutowych, a nie może być przeznaczany na inne cele, np. wypłacany jej członkom. Jednak w przypadku jednostek organizacyjnych kościoła lub związku wyznaniowego prowadzących działalność pożytku publicznego obowiązek przeznaczenia dochodu na działalność pożytku publicznego nie obejmuje całej nadwyżki przychodu nad kosztami, lecz tylko tę jej część, która jest uzyskiwana w wyniku prowadzenia działalności pożytku publicznego. W celu zapewnienia możliwości ustalenia wysokości tej nadwyżki przepis art. 21 pkt 1 u.d.p.p.w. wymaga, aby działalność pożytku publicznego była przez te podmioty wyodrębniona w sposób zapewniający należyłą identyfikację pod względem organizacyjnym i rachunkowym.

Kolejnym wymogiem jest posiadanie statutowego kolegialnego organu kontroli lub nadzoru, odrębnego od organu zarządzającego i niepodlegającego mu w zakresie wykonywania kontroli wewnętrznej lub nadzoru. Wobec członków organu kontroli lub nadzoru ustawa wprowadza trzy ograniczenia. Po pierwsze, nie mogą oni być członkami organu zarządzającego ani pozostawać z nimi w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu, w stosunku pokrewieństwa, powinowactwa lub podległości służbowej. Po drugie, na członków tego organu nie mogą zostać powołane osoby, które były skazane prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe. I po trzecie, członkowie organu kontroli lub nadzoru mogą otrzymywać z tytułu pełnienia funkcji w takim organie zwrot uzasadnionych kosztów lub wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw ogłoszone przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni. Wprowadzenie tego ostatniego ograniczenia miało zapewne na celu zapobieżenie sytuacjom, w których organizacja pożytku publicznego wypłacałaby członkom

organu kontroli lub nadzoru wysokie wynagrodzenie licząc na łagodne podejście przy wykonywaniu przez nich czynności kontrolnych i nadzorczych.

Należy zaznaczyć, że w przypadku jednostek organizacyjnych kościoła lub związku wyznaniowego prowadzących działalność pożytku publicznego przepis art. 20 ust. 1 pkt 4 u.d.p.p.w. normujący analizowany wyżej wymóg posiadania statutowego kolegialnego organu kontroli lub nadzoru, stosuje się odpowiednio, z uwzględnieniem szczegółowych zasad organizacji i działania tych jednostek, uregulowanych w przepisach dla nich właściwych, w tym w statutach lub innych aktach wewnętrznych.

Piątą przesłanką, od której spełnienia zależy uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego jest to, aby członkowie organu zarządzającego nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe. Wprowadzenie tego wymogu miało na celu zapobieżenie możliwości powoływania na członków organu zarządzającego osób, które nie dają rękojmi uczciwego i rzetelnego wykonywania funkcji członka organu zarządzającego.

Wreszcie ostatnim warunkiem uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego jest to, aby statut lub inne akty wewnętrzne danej organizacji zawierały postanowienia, które zabraniają:

- a) udzielania pożyczek lub zabezpieczania zobowiązań majątkiem organizacji w stosunku do jej członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich, do których ustawa zalicza osoby, z którymi członkowie, członkowie organów oraz pracownicy organizacji pozostają w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo są związani z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli,
- b) przekazywania ich majątku na rzecz ich członków, członków organów lub pracowników oraz wymienionych wyżej ich osób bliskich, na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, w szczególności, jeżeli przekazanie to następuje bezpłatnie lub na preferencyjnych warunkach,
- c) wykorzystywania majątku na rzecz członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, chyba że to wykorzystanie bezpośrednio wynika z celu statutowego,
- d) zakupu towarów lub usług od podmiotów, w których uczestniczą członkowie organizacji, członkowie jej organów lub pracownicy oraz ich osób bliskich, na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich lub po cenach wyższych niż rynkowe.

Przepis art. 20 ust. 1 pkt 6 u.d.p.p.w. wymaga, aby powyższe postanowienia zawierał statut lub inne akty wewnętrzne danej organizacji. Na tle tego unormowania pojawił się w literaturze pogląd, że w organizacjach

posiadających statut (np. w stowarzyszeniach i fundacjach) obligatoryjne postanowienia mogą być zawarte zarówno w statucie, jak i aktach wewnętrznych²³. Stanowisko to zostało zakwestionowane przez Tomasza Palmirskiego, który uważa, że w przypadku organizacji pozarządowych, działających na podstawie statutu, to właśnie statut winien zawierać określone w ustawie, obligatoryjne postanowienia. Natomiast umieszczenie tych postanowień w „innych aktach wewnętrznych” wchodzi w rachubę w przypadku tych podmiotów, które nie posiadają statutu²⁴. Z tym poglądem należy się zgodzić.

Wymóg wprowadzenia do statutu lub innych aktów wewnętrznych organizacji pożytku publicznego wskazanych wyżej postanowień ma na celu uniemożliwienie czerpania korzyści majątkowych przez jej członków organizacji, członków jej organów lub pracowników oraz ich osób bliskich. Postanowienia te służą również zapewnieniu transparentności działania organizacji pożytku publicznego.

2.2. Tryb nabycia statusu organizacji pożytku publicznego

Podmiot spełniający wszystkie wskazane wyżej wymogi uzyskuje status organizacji pożytku publicznego z chwilą dokonania przez sąd rejestrowy odpowiedniego wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym. Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie przewiduje w tym zakresie dwa reżimy prawne. Pierwszy z nich, mający zastosowanie do podmiotów podlegających obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, polega na tym, że podmiot ubiegający się o uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego nabywa ten status z chwilą wpisania do tego Rejestru informacji o spełnieniu wymagań, o których mowa w art. 20 u.d.p.p.w. Natomiast drugi reżim prawny dotyczy organizacji pozarządowych, które nie podlegają obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego oraz jednostek organizacyjnych kościoła lub związku wyznaniowego – podmioty te uzyskują status organizacji pożytku publicznego z chwilą wpisania ich do Krajowego Rejestru Sądowego, na zasadach i w trybie określonych w wyżej wymienionej ustawie.

W obu przypadkach stosowny wpis do Krajowego Rejestru Sądowego dokonywany jest przez sąd rejestrowy na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁵.

23 Zob. Andrzej Ceglarski, *Organizacje pożytku publicznego* (Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis, 2005), 55-59.

24 Zob. Tomasz Palmirski, „A. Ceglarski, *Organizacje pożytku publicznego*, Warszawa 2005: recenzja” *Kwartalnik Prawa Publicznego*, nr 3 (2006): 175.

25 T. j. Dz.U. 2019, poz. 1500 ze zm.

3. Szczególne uprawnienia organizacji pożytku publicznego

3.1. Zwolnienia z należności publicznoprawnych

Wśród licznych przywilejów przyznanych przez ustawodawcę organizacjom pożytku publicznego na czoło wybijają się zwolnienia z niektórych ciężarów publicznoprawnych. W myśl art. 24 u.d.p.p.w. organizacje te w zakresie prowadzonej działalności pożytku publicznego są zwolnione z podatków: dochodowego od osób prawnych, od nieruchomości oraz od czynności cywilnoprawnych, a także z opłaty skarbowej i opłat sądowych. Wyliczenie to ma charakter wyczerpujący, co oznacza, że wszystkie inne, niewymienione w tym przepisie należności publicznoprawne, obciążają organizacje pożytku publicznego na zasadach ogólnych²⁶.

Powołany przepis art. 24 u.d.p.p.w. nie stanowi samoistnej podstawy prawnej zwolnienia organizacji pożytku publicznego z wymienionych wyżej ciężarów publicznoprawnych. Przepis ten jedynie określa rodzaje należności, z których organizacje te są zwolnione, natomiast zasady korzystania tych zwolnień regulują przepisy normujące poszczególne podatki i opłaty.

Jeśli chodzi o zwolnienie z podatku dochodowego, to zasady tego zwolnienia określa art. 17 ust. 1 pkt 6c ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych²⁷ (w skrócie: u.p.d.o.p.). Z treści tego przepisu wynika, że wolne od podatku są dochody organizacji pożytku publicznego, w części przeznaczonych na działalność statutową, z wyłączeniem działalności gospodarczej. Jak trafnie wskazano w orzecznictwie, warunkiem skorzystania przez organizację pożytku publicznego z tego zwolnienia jest przeznaczenie i wydatkowanie osiągniętego dochodu na działalność statutową. Nie ma natomiast znaczenia, czy dochód został osiągnięty w związku z realizacją zadań pożytku publicznego, czy też z działalności gospodarczej prowadzonej w rozmiarach służących realizacji zadań statutowych²⁸.

Należy zaznaczyć, że problematykę zwolnień od podatku dochodowego działalności pożytku publicznego reguluje też art. 17 ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p., który przewiduje zwolnienie od podatku dochody podatników, których celem statutowym jest działalność naukowa, naukowo-techniczna, oświatowa, w tym również polegająca na kształceniu studentów, kulturalna, w zakresie kultury fizycznej i sportu, ochrony środowiska, wspierania inicjatyw społecznych na rzecz budowy dróg i sieci telekomunikacyjnej na wsi

26 Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego, komentarz do art. 24*.

27 T. j. Dz. U. 2019, poz. 865 ze zm.

28 Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 lipca 2017 r., I SA/Wr 139/17, CBOSA. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. [dostęp: 15.02.2020]; Zob. też Interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy w z 6.11.2009 r., ITPB3/423-467/09/MK, www.mf.gov.pl.

oraz zaopatrzenia wsi w wodę, dobroczynności, ochrony zdrowia i pomocy społecznej, rehabilitacji zawodowej i społecznej inwalidów oraz kultu religijnego – w części przeznaczonych na te cele. Na tle tego przepisu pojawiła się w praktyce wątpliwość, czy przewidziane w nim zwolnienie ma zastosowanie do podmiotów posiadających status organizacji pożytku publicznego, które przeznaczają osiągnięte dochody na cele statutowe wskazane w tym przepisie. Organy podatkowe stoją na stanowisku, że przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p. nie ma zastosowania w odniesieniu do organizacji pożytku publicznego, nawet jeśli przeznaczają one dochody na cele statutowe wymienione w tym przepisie. Ich zdaniem, przy ustalaniu prawa do zastosowania zwolnienia z opodatkowania dochodów organizacji pożytku publicznego stosuje się art. 17 ust. 1 pkt 6c u.p.d.o.p., który zawiera regulację szczególną (*lex specialis*) w stosunku do art. 17 ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p.²⁹

Kolejne zwolnienie organizacji pożytku publicznego od obciążeń publicznoprawnych obejmuje podatek od nieruchomości. Według art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych³⁰ od tego podatku zwolnione są nieruchomości lub ich części zajęte przez organizacje pożytku publicznego na prowadzenie nieodpłatnej statutowej działalności pożytku publicznego. Według definicji zawartej w art. 7 u.d.p.p.w. działalnością nieodpłatną pożytku publicznego jest działalność prowadzona przez organizacje pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 u.d.p.p.w. w sferze zadań publicznych, o której mowa w art. 4, za które nie pobierają one wynagrodzenia. Z treści powołanego przepisu jednoznacznie wynika, że zwolnieniem, o którym mowa, nie są objęte nieruchomości lub ich części zajęte przez organizacje pożytku publicznego na prowadzenie działalności odpłatnej. W literaturze trafnie wskazuje się, że zwolnienie od podatku od nieruchomości nie przysługuje, gdy obok działalności nieodpłatnej wykonywana jest działalność odpłatna, chyba że zostaną wyraźnie wyodrębnione osobne pomieszczenia na prowadzenie każdego z tych rodzajów działalności³¹.

Warto zauważyć, że wprawdzie grunty i budynki przeznaczone na prowadzenie przez organizacje pożytku publicznego działalności odpłatnej nie są objęte zwolnieniem z podatku od nieruchomości, to jednak również w tym przypadku organizacje te korzystają z przywilejów podatkowych, bowiem grunty i budynki zajęte na prowadzenie odpłatnej statutowej

29 Zob. Interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy w z 6.11.2009 r., ITPB3/423-467/09/MK, www.mf.gov.pl oraz Interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 21.7.2014 r., IPPB5/423-392/14-4/KS, www.mf.gov.pl.

30 T. j. Dz.U. 2019, poz. 1170 ze zm.

31 Zob. Rafał Dowgier, „Nowe regulacje o podatkach i opłatach lokalnych w 2004 r.” *Finanse Komunalne*, nr 2 (2004): 46.

działalności pożytku publicznego przez organizacje pożytku publicznego podlegają opodatkowaniu przy zastosowaniu niższych stawek, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. c i pkt 2 lit. e wyżej wymienionej ustawy³².

Z kolei, jeśli chodzi o zwolnienie organizacji pożytku publicznego od podatku od czynności cywilnoprawnych, to w myśl art. 8 pkt 2a ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych³³ (w skrócie: u.p.c.c.), organizacjom tym przysługuje takie zwolnienie, jeżeli dokonają one czynności cywilnoprawnych wyłącznie w związku z nieodpłatną działalnością pożytku publicznego w rozumieniu przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Należy podkreślić, że zwolnienie od podatku obejmuje czynności cywilnoprawne dokonywane przez organizacje pożytku publicznego „wyłącznie” w związku z działalnością nieodpłatną, natomiast nie ma ono zastosowania do czynności cywilnoprawnych związanych z działalnością odpłatną³⁴. To powoduje, że w praktyce zwolnienie, o którym mowa, nie znajduje szerokiego zastosowania³⁵. Ponadto, w literaturze trafnie wskazuje się, że z uwagi na niewielkie obciążenia z tytułu tego świadczenia, zwolnienie to nie zmniejsza w istotnym stopniu kosztów funkcjonowania organizacji pożytku publicznego³⁶.

Kolejną należnością publicznoprawną, z której zwolnione są organizacje pożytku publicznego, jest opłata skarbową. W myśl art. 7 pkt 4 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej³⁷ organizacje pożytku publicznego są zwolnione od tej opłaty, jeżeli dokonują zgłoszenia lub składają wniosek o dokonanie czynności urzędowej albo wniosek o wydanie zaświadczenia lub zezwolenia – wyłącznie w związku z nieodpłatną działalnością

32 Zob. Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego, komentarz do art. 24*.

33 T. j. Dz.U. z 2020, poz. 815.

34 Jak wskazał Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach w indywidualnej interpretacji z dnia 8 kwietnia 2009 r. (IBPBII/1/436-20/09/MZ, www.mf.gov.pl) sformułowanie „wyłącznie w związku z nieodpłatną działalnością” należy rozumieć w ten sposób, że jakikolwiek związek czynności z odpłatną działalnością pożytku publicznego wyłącza możliwość skorzystania przez organizację ze zwolnienia podatkowego.

35 Zob. Stanisław Bogucki, [w:] Stanisław Bogucki, Wojciech Stachurski, Roman Wiatrowski, Krzysztof Winiarski, Bartosz Wojciechowski, Marek Zirk-Sadowski, *Podatek od czynności cywilnoprawnych a VAT* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 188-190.

36 Rafał Dowgier, „Prawnopodatkowe aspekty działalności organizacji pożytku publicznego” *Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych*, nr 7-8 (2004): 9.

37 T. j. Dz. U. z 2019, poz. 1000.

pożytku publicznego w rozumieniu przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Zwolnienie z opłaty skarbowej nie obejmuje natomiast opłaty skarbowej należnej w przypadku składania przez organizację wyżej wymienionych zgłoszeń i wniosków w związku z inną działalnością organizacji pożytku publicznego, taką jak działalność gospodarcza, działalność odpłatna czy też działalność niemieszcząca się w określonym w statucie zakresie przedmiotowym jej działania³⁸.

Ostatnim przywilejem o charakterze finansowym przysługującym organizacjom pożytku publicznego jest zwolnienie z kosztów sądowych. Na podstawie art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³⁹ organizacje te zostały zwolnione z obowiązku uiszczania opłat sądowych, z wyjątkiem spraw dotyczących prowadzonej przez te organizacje działalności gospodarczej. Organizacje pożytku publicznego korzystają ze zwolnień z kosztów sądowych również w postępowaniu sądowoadministracyjnym. W myśl art. 239 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴⁰ organizacje pożytku publicznego, działające na podstawie przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, nie mają obowiązku uiszczania opłat sądowych w sprawach własnych z wyjątkiem spraw dotyczących prowadzonej przez te organizacje działalności gospodarczej. Zwolnienie z opłat sądowych, o których tu mowa, następuje z mocy prawa i nie zależy od uznania sądu⁴¹.

3.2. Nabywanie na preferencyjnych warunkach prawa użytkowania nieruchomości

Do przywilejów przyznanych organizacjom pożytku publicznego należy przewidziana w art. 24 ust. 2 u.d.p.p.w. możliwość nabywania na szczególnych warunkach prawa użytkowania nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Zasady korzystania z tego przywileju określają przepisy odrębne. Jako przykład takiego przepisu można wskazać art. 37 ust. 4a pkt 1 lit a) ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁴² (w skrócie: u.g.n.), który przewiduje preferencyjny, bezprzetargowy tryb zawierania umów użytkowania, najmu lub dzierżawy na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony, jeżeli użytkownikiem, najemcą lub dzierżawcą nieruchomości jest organizacja

38 Michał Kazek, *Opłata skarbowa. Komentarz* (Warszawa: Legalis/el 2017), komentarz do art. 7.

39 T. j. Dz.U. 2020, poz. 755.

40 T. j. Dz.U. 2019, poz. 2325 ze zm.

41 Zob. Jan Olszanowski, „*Komentarz do art. 239, [w:] Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. Przemysław Szustakiewicz, Andrzej Skoczylas (Warszawa: Legalis/el., 2016).

42 T. j. Dz.U. 2020, poz. 65.

pożytku publicznego. Należy podzielić stanowisko wyrażone w literaturze, według którego zastosowanie trybu bezprzetargowego stanowi istotne ułatwienie i przyspieszenie zawierania wymienionych umó⁴³. Innym przepisem przyznającym przywileje organizacjom pożytku publicznego jest art. 73 ust. 3 pkt 3 wymienionej ustawy, który ustanawia preferencyjną stawkę procentową (0,3% ceny) opłat rocznych z tytułu użytkowania wieczystego za nieruchomości gruntowe przeznaczone na działalność charytatywną oraz na niezarobkową działalność: opiekuńczą, kulturalną, leczniczą, oświatową, wychowawczą, naukową lub badawczo-rozwojową.

Warto zaznaczyć, że przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami przyznają organizacjom pożytku publicznego przywileje wykraczające poza przewidziane w art. 24 ust. 2 u.d.p.p.w. prawo do nabywania na szczególnych warunkach „prawa użytkowania” nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Mianowicie przepisy te przywidują preferencyjne warunki nabywania przez organizacje pożytku publicznego prawa własności takich nieruchomości. Na podstawie art. 59 ust. 1 tej ustawy minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa może dokonać darowizny nieruchomości z zasobu Skarbu Państwa na rzecz organizacji pożytku publicznego prowadzących działalność, o której mowa w art. 68 ust. 1 pkt 2 u.g.n., na jej cele statutowe. Na tych samych warunkach Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa oraz Agencja Mienia Wojskowego mogą dokonać na rzecz organizacji pożytku publicznego darowizny nieruchomości, w stosunku do której wykonują prawa właścicielskie Skarbu Państwa. W tym przypadku konieczne jest uzyskanie zgody ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, a w zakresie nieruchomości wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa – zgody ministra właściwego do spraw rozwoju wsi. W przypadku niewykorzystania nieruchomości na wskazany w ustawie cel darowizna zostaje odwołana.

Należy dodać, że na podstawie art. 68 ust. 1 pkt 2 u.g.n. właściwy organ, na podstawie odpowiednio zarządzenia wojewody albo uchwały rady lub sejmiku, może udzielać organizacjom pożytku publicznego bonifikaty od ceny sprzedaży ustalonej zgodnie z art. 67 ust. 3, jeżeli nieruchomość będzie wykorzystywana na cel prowadzonej przez nie działalności pożytku publicznego.

43 Piotr Staszczuk, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz* (Warszawa: LexisNexis, 2013, LEX/el.), komentarz do art. 24.

3.3. Prawo do korzystania z pracy osób skierowanych do odbycia służby zastępczej

Następnym uprawnieniem organizacji pożytku publicznego jest możliwość korzystania z pracy osób skierowanych do odbycia służby zastępczej. Zasady i tryb odbywania takiej służby reguluje ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej⁴⁴. W myśl jej przepisów służba zastępcza stanowi formę spełniania powszechnego obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie służby wojskowej przez osoby, którym przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na pełnienie tej służby. Do odbycia służby zastępczej poborowi mogą być kierowani do podmiotów enumeratywnie wymienionych w art. 2 ust. 3 tej ustawy, w tym do organizacji pożytku publicznego⁴⁵. Zgodnie z art. 2 ust. 2 wspomnianej ustawy służba zastępcza polega na wykonywaniu prac na rzecz ochrony środowiska, ochrony przeciwpożarowej, ochrony zdrowia, pomocy społecznej, opieki nad osobami niepełnosprawnymi albo bezdomnymi oraz na rzecz administracji publicznej i wymiaru sprawiedliwości. Z tego wynika, że poborowi mogą być kierowani do odbycia służby zastępczej nie do dowolnej organizacji pożytku publicznego, lecz tylko do takiej, w której poborowy będzie mógł wykonywać którąś z wyżej wymienionych prac.

Należy zaznaczyć, że w obecnym stanie prawnym, pomimo istnienia podstaw prawnych do korzystania przez organizacje pożytku publicznego z pracy osób skierowanych do odbycia służby zastępczej, uprawnienie to nie może być realizowane, gdyż z dniem 1 stycznia 2010 r. został zawieszony obowiązek odbywania zasadniczej służby wojskowej, co jest równoznaczne z zawieszeniem odbywania służby zastępczej⁴⁶.

3.4. Prawo dostępu do mediów publicznych

Kolejnym uprawnieniem organizacji pożytku publicznego jest możliwość nieodpłatnego informowania o swojej działalności w publicznej radiofonii i telewizji. Zasady realizacji tego uprawnienia reguluje obecnie ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁴⁷. W myśl art. 23a ust. 1 tej ustawy jednostki publicznej radiofonii i telewizji są zobowiązane stwarzać organizacjom pożytku publicznego możliwość nieodpłatnego informowania

44 T. j. Dz. U. 2018, poz. 885 ze zm.

45 Należy przy tym zaznaczyć, że w myśl art. 2 ust. 4. skierowanie do odbycia służby zastępczej w organizacji pożytku publicznego, którą jest jednostka organizacyjna kościoła lub związku wyznaniowego mająca osobowość prawną następuje wyłącznie za zgodą osoby podlegającej kwalifikacji wojskowej.

46 Zob. Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego, komentarz do art. 25*.

47 T. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 805.

o prowadzonej przez te organizacje działalności nieodpłatnej, co nie wyklucza prawa nadawcy do informowania o działalności organizacji pożytku publicznego w szerszym zakresie. Tryb postępowania związanego z nieodpłatnym informowaniem o prowadzonej przez organizacje pożytku publicznego nieodpłatnej działalności pożytku publicznego, w tym sposób przygotowania i emisji audycji oraz czas przeznaczony na rozpowszechnianie audycji reguluje rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 29 kwietnia 2011 r. w sprawie trybu postępowania związanego z nieodpłatnym informowaniem w programach jednostek publicznej radiofonii i telewizji o prowadzonej przez organizacje pożytku publicznego nieodpłatnej działalności pożytku publicznego⁴⁸.

3.5. Prawo do otrzymywania 1% podatku dochodowego od osób fizycznych

Bardzo istotnym przywilejem organizacji pożytku publicznego jest prawo do otrzymywania 1% podatku dochodowego od osób fizycznych. W myśl art. 27 ust. 1 u.d.p.p.w. podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może, na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych, przekazać 1% podatku obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego. W celu zapewnienia realizacji tego prawa Dyrektor Narodowego Instytutu⁴⁹ został zobowiązany do prowadzenia w formie elektronicznej wykazu organizacji mających status organizacji pożytku publicznego na dzień 30 listopada roku podatkowego, na które podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może przekazać 1% podatku z zeznań podatkowych składanych za rok podatkowy oraz zamieszczenia tego wykazu na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej, nie później niż dnia 15 grudnia roku podatkowego. Dyrektor Narodowego Instytutu prowadzi wykaz, o którym mowa, do dnia 31 grudnia roku następującego po roku podatkowym. Warunkiem uwzględnienia organizacji pożytku publicznego w powyższym wykazie jest zamieszczenie przez nią w ustawowym terminie na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej rocznego sprawozdania merytorycznego ze swojej działalności⁵⁰ oraz rocznego

48 T. j. Dz.U. 2014, poz. 283 ze zm.

49 W rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 15 września 2017 r. o Narodowym Instytucie Wolności – Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego (t. j. Dz.U. 2018, poz. 1813 ze zm.) jest to organ powołanego na mocy tej ustawy Narodowego Instytutu Wolności – Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego.

50 Należy zaznaczyć, że w myśl art. 27a ust. 3a u.o.p.p.w. niezłożenie tych sprawozdań w ustawowym terminie nie stanowi przeszkody do uwzględnienia organizacji pożytku publicznego w wykazie, jeśli organizacja ta

sprawozdania finansowego w roku, za który składane jest zeznanie podatkowe, a także brak wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym informacji o otwarciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości. Prawo do otrzymywania środków finansowych pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych mają wyłącznie organizacje pożytku publicznego uwzględnione w wykazie. Środki finansowe wpłacone na rzecz organizacji pożytku publicznego spoza wykazu są przekazywane na rzecz Funduszu Wspierania Organizacji Pożytku Publicznego⁵¹.

Środki finansowe z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych są wpłacane na rachunek bankowy organizacji pożytku publicznego, którego numer organizacja ma obowiązek podać naczelnikowi urzędu skarbowego właściwemu według siedziby tej organizacji nie później niż do dnia 30 czerwca roku następującego po roku podatkowym, przez dokonanie zgłoszenia identyfikacyjnego albo zgłoszenia aktualizacyjnego na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników⁵². W przypadku gdy organizacja pożytku publicznego nie dopełni tego obowiązku, naczelnik urzędu skarbowego odstępuje od przekazania na jej rzecz 1% podatku⁵³.

Organizacja pożytku publicznego, która otrzymuje środki z 1% podatku dochodowego ma obowiązek wyodrębnienia ich w ewidencji księgowej. Wyodrębnieniu podlega też wysokość środków wydatkowanych na promocję 1% podatku dochodowego od osób fizycznych.

Środki finansowe pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie mogą być wydatkowane w sposób dowolny, lecz muszą być wykorzystane wyłącznie na prowadzenie działalności pożytku publicznego⁵⁴. Sposób wydatkowania przez organizację pożytku publicznego tych środków podlega kontroli prowadzonej przez Przewodniczącego Komitetu do spraw

wykaże, że uchybienie terminowi nastąpiło to bez jej winy albo z przyczyn od niej niezależnych.

- 51 Fundusz ten jest państwowym funduszem celowym, który został utworzony w celu wzmocnienia potencjału organizacji pożytku publicznego poprzez wyrównywanie ich szans. Jego dysponentem jest Dyrektor Narodowego Instytutu.
- 52 T. j. Dz.U. 2020, poz. 170.
- 53 Zob. Blicharz, *Komentarz do art. 27*.
- 54 Jak trafnie zauważa Joanna Blicharz, wprowadzenie ograniczenia wydatkowania środków z 1% wyłącznie na działalność pożytku publicznego związane jest m.in. z pojawieniem się możliwości uzyskiwania statusu organizacji pożytku publicznego przez spółki prawa handlowego. Zob. Blicharz, *Ustawa o działalności pożytku publicznego, komentarz do art. 27*.

Pożytku Publicznego oraz przez działającego z jego upoważnienia wojewodę lub Dyrektora Narodowego Instytutu, jak również przez inne organy kontroli państwowej, w tym naczelnika urzędu skarbowego lub naczelnika urzędu celno-skarbowego. W przypadku stwierdzenia wydatkowania przez organizację pożytku publicznego środków finansowych pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych w sposób niezgodny z ustawą Dyrektor Narodowego Instytutu wydaje decyzję zobowiązującą organizację pożytku publicznego do zwrotu nieprawidłowo wydatkowanych środków, określając kwotę podlegającą zwrotowi i termin, od którego nalicza się odsetki. Zwrócone środki są przekazywane na rzecz Funduszu Wspierania Organizacji Pożytku Publicznego.

Należy zaznaczyć, organizacja pożytku publicznego, która utraciła ten status jest zobowiązana do przekazania środków finansowych pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych niewydatkowanych na dzień wydania przez właściwy sąd rejestrowy stosownego postanowienia na rzecz Funduszu Wspierania Organizacji Pożytku Publicznego. W przypadku niedopełnienia tego obowiązku w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się tego postanowienia Dyrektor Narodowego Instytutu wzywa organizację pożytku publicznego do zwrotu tych środków finansowych lub przedstawienia niezbędnych wyjaśnień. W razie niezastosowania się organizacji pożytku publicznego do tego wezwania w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania Dyrektor Narodowego Instytutu w drodze decyzji określa kwotę niewydatkowanych środków finansowych podlegających zwrotowi i określa termin, od którego nalicza się odsetki.

4. Obowiązek składania sprawozdań

W celu zagwarantowania transparentności działania organizacje pożytku publicznego zostały zobligowane do udostępniania opinii publicznej i właściwym organom państwowym informacji o prowadzonej działalności oraz o swojej sytuacji finansowej w formie corocznych sprawozdań. Przepisy ustawy nakładają na te organizacje obowiązek sporządzania oraz podawania do wiadomości publicznej dwóch kategorii sprawozdań rocznych: merytorycznego oraz finansowego, przy czym jednostki organizacyjne kościoła oraz związku wyznaniowego sporządzają roczne sprawozdania nie z całej swojej działalności, lecz jedynie z wyodrębnionej działalności pożytku publicznego.

Jeśli chodzi o sprawozdania merytoryczne, to muszą one być sporządzane przez organizacje pożytku publicznego z zachowaniem wszystkich wymagań określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. W myśl art. 23 ust. 6e tej ustawy obligatoryjnymi elementami sprawozdania są: dane o organizacji pożytku publicznego, określenie jej celów statutowych, opis prowadzonej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej wraz z podaniem kodów PKD, szczegółowe informacje o zatrudnieniu i kwocie wynagrodzeń oraz o członkach i wolontariuszach,

a także informacje o: 1) poniesionych kosztach i uzyskanych przychodach, w tym z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych, 2) sposobie wydatkowania środków pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych, 3) działalności zleconej przez organy administracji publicznej, 4) korzystaniu z uprawnień, 5) zrealizowanych zamówieniach publicznych, 6) posiadanych udziałach lub akcjach w spółkach, 7) fundacjach, których organizacja pożytku publicznego jest fundatorem, 8) udzielonych pożyczkach, 9) przeprowadzonych kontrolach, 10) przeprowadzonych badaniach sprawozdań finansowych.

Należy zaznaczyć, że organizacje pożytku publicznego są zobowiązane do sporządzania sprawozdań merytorycznych według wzorów określonych w rozporządzeniu Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie wzorów rocznego sprawozdania merytorycznego oraz rocznego uproszczonego sprawozdania merytorycznego z działalności organizacji pożytku publicznego⁵⁵.

Z kolei sprawozdania finansowe organizacje pożytku publicznego sporządzają na zasadach określonych w przepisach o rachunkowości. Sprawozdania te podlegają obowiązkowi badania w przypadkach i na zasadach określonych tych przepisach. Należy przy tym zaznaczyć, że na podstawie rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 13 listopada 2018 r. w sprawie obowiązku badania sprawozdań finansowych organizacji pożytku publicznego⁵⁶ obowiązek takiego badania został rozciągnięty na organizacje pożytku publicznego niepodlegające obowiązkowi badania zgodnie z przepisami o rachunkowości, które spełniają kryteria określone w tym akcie⁵⁷.

Organizacje pożytku publicznego mają obowiązek podawania swoich sprawozdań merytorycznych i finansowych do publicznej wiadomości w sposób umożliwiający zapoznanie się z tym sprawozdaniem przez zainteresowane podmioty, w tym poprzez zamieszczenie na swojej stronie internetowej. Obowiązek podawania sprawozdań do publicznej wiadomości spoczywa na wszystkich organizacjach pożytku publicznego, z tym że jednostki organizacyjne kościołów oraz związków wyznaniowych są zwolnione z publikowania swoich sprawozdań na stronach internetowych.

55 T. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2061.

56 T. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2148.

57 Obowiązek ten został rozciągnięty na organizacje pożytku publicznego spełniające kumulatywnie następujące trzy przesłanki: 1) realizują zadania publiczne zlecone, jako powierzone do wykonywania lub do wspierania zadania publicznego, 2) otrzymały w roku obrotowym łączną kwotę dotacji na realizację zadań określonych w pkt 1 w wysokości co najmniej 100 000 zł, 3) osiągnęły w roku obrotowym przychody w wysokości co najmniej 3 000 000 zł.

Organizacje pożytku publicznego mają ponadto obowiązek zamieszczać zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz ze sprawozdaniem merytorycznym na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej w terminie do dnia 15 lipca, a w przypadku organizacji, dla której rok obrotowy nie jest rokiem kalendarzowym – do 30 listopada, roku następującego po roku, za który składane są te sprawozdania. Jeśli jednak organizacja pożytku publicznego w roku obrotowym, za który sporządza sprawozdanie finansowe i merytoryczne ze swojej działalności, osiągnęła przychód nieprzekraczający 100 000 zł, wówczas zamieszcza na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej jedynie sprawozdanie merytoryczne w formie uproszczonej. Szczegółowe wymagania dotyczące treści takiego sprawozdania określa art. 27 ust. 6d u.o.p.p.w.⁵⁸

Sankcją za niedopełnienie obowiązków sprawozdawczych jest pominięcie danej organizacji w wykazie organizacji pożytku publicznego uprawnionych do uzyskiwania środków finansowych pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych. Ponadto, naruszenie tych obowiązków stanowi podstawę do zastosowania wobec danej organizacji środków nadzorczych, o których będzie mowa poniżej.

5. Kontrola i nadzór nad organizacjami pożytku publicznego

W celu zagwarantowania przestrzegania ustawowo określonych zasad prowadzenia działalności pożytku publicznego organizacje pożytku publicznego zostały poddane kontroli i nadzorowi sprawowanej przez wskazane w ustawie organy państwa.

Jeśli chodzi o pojęcia kontroli i nadzoru, to stanowią one przedmiot ożywionej dyskusji toczącej się od wielu w nauce prawa administracyjnego. Pomijając analizę prezentowanych w literaturze w tych kwestiach poglądów, dla potrzeb niniejszych rozważań można przyjąć dość powszechnie prezentowane stanowisko, według którego kontrola polega na zbadaniu istniejącego stanu rzeczy i porównaniu go ze stanem pożądanym oraz sformułowaniu na tej podstawie oceny kontrolowanego podmiotu lub działań, a w przypadku stwierdzenia niepożądanych zjawisk – wskazaniu przyczyn oraz sposobów

58 Według tego przepisu uproszczone sprawozdanie merytoryczne musi zawierać: dane o organizacji pożytku publicznego, opis prowadzonej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej wraz z podaniem kodów PKD, ogólne informacje o uzyskanych przychodach i poniesionych kosztach, podstawowe informacje o zatrudnieniu, o kwocie wynagrodzeń oraz o członkach i wolontariuszach, informacje o: uzyskanym przychodzie z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych, sposobie wydatkowania tych środków, poniesionych kosztach administracyjnych, działalności zleconej przez organy administracji publicznej, korzystaniu z uprawnień oraz przeprowadzonych kontrolach.

usunięcia nieprawidłowości⁵⁹. Istotną cechą kontroli jest to, że jej celem nie jest rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach kontrolowanego podmiotu, lecz jedynie zbadanie stanu faktycznego i jego ocena z punktu widzenia zgodności o określonym wzorcem⁶⁰. Natomiast nadzór jest pojęciem szerszym, obejmującym kontrolę oraz możliwość stosowania wobec podmiotu nadzorowanego prawem przewidzianych środków władczych⁶¹. Istotą nadzoru jest prawna możliwość wywierania wpływu na działalność podmiotu nadzorowanego⁶². W literaturze nadzór ujmowany jest niekiedy jako instytucja administracyjnego prawa ustrojowego mająca zastosowanie w stosunkach nadzędności-podporządkowania o charakterze strukturalnym⁶³. Cechą tak rozumianego nadzoru jest to, że organ nadzorujący i nadzorowany należą do tego samego systemu organów, a ponadto – jak pisał Jerzy Starościek – „Organ wykonujący nadzór (...) w pewnym sensie współadministruje, odpowiada za wynik działalności organizatorskiej organów podległych nadzorowi”⁶⁴. Nadzór nad działalnością organizacji pożytku publicznego ma inny charakter, gdyż organizacje te są samodzielnymi podmiotami prawa i nie występuje tu ani osobowa, ani służbowa zależność między podmiotem nadzorującym i nadzorowanym.

Kontrola i nadzór nad organizacjami pożytku publicznego sprawowane są przez Przewodniczącego Komitetu, przy czym przeprowadzenie kontroli może on powierzyć wojewodzie oraz Dyrektorowi Narodowego Instytutu. Ustawa nie przewiduje możliwości powierzenia tym organom realizacji

-
- 59 Szerzej na temat pojęcia kontroli: Jerzy Starościek, *Elementy nauki administracji* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1957), 187; ibidem, *Zarys nauki administracji* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1961), 212; Wacław Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970), 34; Stanisław Jędrzejewski, *Kontrola administracji (ogólne problemy teoretyczne i struktura systemu)* (Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1979), 11 i nast.; Jacek Jagielski, *Kontrola administracji publicznej* (Warszawa: LexisNexis, 2012), 17.
- 60 Zob. Marian Masternak, *Czynności materialno-techniczne administracji publicznej* (Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 2018), 356 oraz powołaną tam literaturę.
- 61 Zob. Eugeniusz Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna* (Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 2013), 237.
- 62 Zob. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, 35.
- 63 Zob. Jędrzejewski, *Kontrola administracji*, 18.
- 64 Jerzy Starościek, *Prawo administracyjne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975), 346.

kompetencji nadzorczych, co należy uznać za rozwiązanie prawidłowe, gdyż nadzór będący władczą ingerencją w działalność podmiotu nadzorowanego powinien być wykonywany przez organ bezpośrednio wskazany w ustawie.

Do organów posiadających kompetencje służące zapewnieniu przestrzegania przez organizacje pożytku publicznego ustawowo określonych zasad prowadzenia działalności pożytku publicznego należy też sąd rejestrowy, który dysponuje prawem do pozbawienia danego podmiotu statusu organizacji pożytku publicznego.

Jeśli chodzi o zakres kontroli i nadzoru nad działalnością pożytku publicznego organizacji pożytku publicznego, to według art. 28 ust. 1 u.d.p.p.w. obejmuje on uprawnienia, obowiązki i wymogi wynikające z enumeratywnie wymienionych w tym artykule przepisów, tj. z:

- 1) art. 8-10 regulujących zasady prowadzenia działalności pożytku publicznego,
- 2) art. 20, art. 21 określających wymogi, których spełnienie warunkują nabycie i zachowanie statusu organizacji pożytku publicznego,
- 3) art. 23 przewidującego obowiązek składania sprawozdań finansowych i merytorycznych,
- 4) art. 24-27, art. 27aa, 27c normujących zasady korzystania z przyznanych w tych przepisach przywilejów,
- 5) art. 42-48 regulujących zasady korzystania z pracy wolontariuszy ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

Ustawa nie wskazuje kryteriów kontroli ani nadzoru nad organizacjami pożytku publicznego, jednak z uwagi na to, że – jak wyżej wskazano – są one sprawowane w zakresie przestrzegania uprawnień, obowiązków i wymogów wynikających z wymienionych w art. 28 1 u.d.p.p.w. przepisów tej ustawy, można przyjąć, że nadzór i kontrola, o których mowa w tym akcie, są wykonywane na podstawie kryterium legalności.

Kontrola organizacji pożytku publicznego jest przeprowadzana przez Przewodniczącego Komitetu z urzędu lub na wniosek organu administracji publicznej, organizacji pozarządowej lub podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 u.d.p.p.w., tj. niebędących organizacjami pozarządowymi prowadzącymi działalność pożytku publicznego.

Czynności kontrolne wykonują osoby posiadające imienne upoważnienie udzielone przez Przewodniczącego Komitetu albo wojewody bądź Dyrektora Instytutu, określające kontrolowaną organizację pożytku publicznego i podstawę prawną do podjęcia kontroli⁶⁵.

65 Wzór upoważnienia do przeprowadzenia kontroli określa rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie przeprowadzania kontroli organizacji pożytku publicznego (Dz.U. 2018, poz. 2054).

Przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego przyznają osobom upoważnionym do dokonywania kontroli organizacji pożytku publicznego szereg uprawnień umożliwiających im sprawne i efektywne przeprowadzenie kontroli, w tym w prawo wstępu na teren nieruchomości lub jej części, na którym jest prowadzona działalność organizacji pożytku publicznego, prawo żądania pisemnych lub ustnych wyjaśnień, okazania dokumentów lub innych nośników informacji, a także udostępniania danych mających związek z przedmiotem kontroli.

Kontrola organizacji pożytku publicznego musi być prowadzona z zachowaniem ustawowo określonych wymogów dotyczących ilości prowadzonych kontroli, czasu jej trwania. Ponadto przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego wymagają, aby czynności kontrolne były dokonywane w obecności członka organu zarządzającego lub jego przedstawiciela albo pracownika kontrolowanej organizacji pożytku publicznego, a w razie nieobecności tych osób – w obecności przywołanego świadka. Szczegółowe warunki, sposób i tryb przeprowadzania kontroli organizacji pożytku publicznego, reguluje rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie przeprowadzania kontroli organizacji pożytku publicznego⁶⁶.

Na zakończenie kontroli sporządza się protokół, który podpisują osoby przeprowadzające kontrolę i członek organu zarządzającego uprawniony do reprezentowania kontrolowanej organizacji pożytku publicznego lub osoba przez niego upoważniona. W razie odmowy podpisania protokołu przez osobę reprezentującą kontrolowaną organizację dokument ten uznaje się z mocy prawa za podpisany w dniu odmowy. Ustawa wymaga, aby odmowa podpisania protokołu zawierała wskazanie przyczyny odmowy.

Osoba reprezentująca kontrolowaną organizację pożytku publicznego ma prawo terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu, złożyć na piśmie wyjaśnienia albo zgłosić zastrzeżenia do treści protokołu. Jeśli nie zostaną one uwzględnione kontrolujący ma obowiązek przekazać na piśmie swoje stanowisko osobie, która wniosła zastrzeżenia lub wyjaśnienia, w terminie 14 dni.

Po zakończeniu kontroli sporządzane jest wystąpienie pokontrolne, które – stosownie do treści art. 32 u.d.p.p.w. – zawiera ocenę stanu faktycznego wynikającą z ustaleń zawartych w protokole kontroli, w tym opis ustalonych uchybień, z uwzględnieniem przyczyn ich powstania, zakresu, skutków oraz osób odpowiedzialnych za ich powstanie, a także termin usunięcia uchybień, nie krótszy niż 30 dni od dnia doręczenia wystąpienia pokontrolnego.

66 Dz.U. 2018, poz. 2054.

Wystąpienie to Przewodniczący Komitetu przekazuje organizacji pożytku publicznego w terminie 14 dni po zakończeniu postępowania kontrolnego.⁶⁷

W przypadku nieusunięcia uchybień określonych w wystąpieniu pokontrolnym Dyrektor Narodowego Instytutu może stosować wobec organizacji pożytku publicznego środki przymusu służące doprowadzeniu do wykonania zaleceń wynikających z wystąpienia pokontrolnego, lecz ma prawo wystąpić do sądu rejestrowego z wnioskiem o pozbawienie danego podmiotu statusu organizacji pożytku publicznego przez wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego informacji o spełnianiu wymagań warunkujących nabycie i zachowanie tego statusu albo przez wykreślenie organizacji z Krajowego Rejestru Sądowego, jeśli taki wpis stanowił podstawę nabycia przez nią statusu organizacji pożytku publicznego. Ten sam środek Dyrektor Narodowego Instytutu może zastosować również w przypadku uchylania się przez organizację pożytku publicznego od poddania się kontroli lub rażącego naruszenia przepisów prawa stwierdzonego w wyniku kontroli. Wystąpienie do sądu rejestrowego z wnioskiem o pozbawienie statusu organizacji pożytku publicznego z powodu wskazanych wyżej przyczyn ma charakter fakultatywny, na co wskazuje użycie zwrotu „może wystąpić”.

Należy zaznaczyć, że oprócz wskazanych wyżej środków stosowanych wobec organizacji pożytku publicznego w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w toku kontroli, Dyrektor Narodowego Instytutu posiada również kompetencje służące zapewnieniu prawidłowego działania tych podmiotów, które może stosować poza postępowaniem kontrolnym. Należy do nich: 1) wezwanie organizacji pożytku publicznego do zaniechania naruszeń oraz przedstawienia niezbędnych wyjaśnień, 2) wystąpienie do sądu rejestrowego o pozbawienie danego podmiotu statusu organizacji pożytku publicznego. Warto podkreślić, że środki te są stosowane wyłącznie w przypadkach enumeratywnie wymienionych w ustawie. Pierwszy z wymienionych środków Dyrektor Narodowego Instytutu stosuje w przypadku:

- 1) naruszenia obowiązków sprawozdawczych, w szczególności niezamieszczenia na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej w terminie sprawozdania finansowego i merytorycznego lub zamieszczenia sprawozdań niekompletnych, lub budzących wątpliwości co do prawidłowości działalności organizacji pożytku publicznego,
- 2) prowadzenia zbiórki publicznej bez wymaganego zgłoszenia lub nienadania do ministra właściwego do spraw administracji publicznej sprawozdania z przeprowadzonej zbiórki publicznej lub sprawozdania ze sposobu rozdysponowania zebranych ofiar,

67 W przypadku powierzenia przeprowadzenia kontroli, organy, o których mowa w art. 29 ust. 3, przekazują wystąpienie pokontrolne organizacji pożytku publicznego oraz Przewodniczącemu Komitetu.

- 3) nienadestania informacji o rozliczeniu środków pochodzących ze zbiórki publicznej lub informacji o otrzymanych darowiznach, o których mowa w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych,
- 4) prowadzenia bez zezwolenia placówek zapewniających całodobową opiekę osobom niepełnosprawnym, przewlekle chorym lub osobom w podeszłym wieku, centrum integracji społecznej, domów pomocy społecznej, placówek opiekuńczo-wychowawczych, regionalnych placówek opiekuńczo-terapeutycznych i interwencyjnych ośrodków preadopcyjnych, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, oraz szkół lub placówek publicznych określonych w ustawie z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe⁶⁸,
- 5) prowadzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą bez uzyskania wymaganego wpisu do rejestru w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁶⁹,
- 6) posiadania zaległości podatkowych stwierdzonych prawomocną decyzją lub tytułem wykonawczym, o którym mowa w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁷⁰, w wysokości przekraczającej wysokość przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni, jeżeli zaległość ta istnieje co najmniej 6 miesięcy,
- 7) niewypełniania obowiązków wynikających z przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu,
- 8) naruszenia przepisów związanych z korzystaniem ze zwolnień od obciążeń publicznych wymienionych w art. 24 u.p.p.p.w.,
- 9) niewykonania wyroku sądu powszechnego lub administracyjnego,
- 10) posiadania zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, w wysokości przekraczającej 3-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

W przypadku niezastosowania się organizacji do wezwania w terminie 30 dni od jego otrzymania, Dyrektor Narodowego Instytutu stosuje drugi z wymienionych środków, polegający na wystąpieniu do sądu rejestrowego o wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego informacji o spełnianiu wymagań warunkujących nabycie i zachowanie statusu organizacji pożytku publicznego albo wykreślenie organizacji z Krajowego Rejestru Sądowego, jeśli taki wpis stanowił podstawę nabycia przez nią takiego statusu. Warto podkreślić, że w analizowanych tu sytuacjach przesłanką skierowania do sądu

68 T. j. Dz.U. 2020, poz. 910.

69 T. j. Dz.U. 2020, poz. 295.

70 T. j. Dz.U. 2019, poz. 1438 ze zm.

rejestrowego wniosku o pozbawienie organizacji statusu organizacji pożytku publicznego jest niezastosowanie się do wezwania Dyrektora Narodowego Instytutu we wskazanym wyżej terminie.

Należy zaznaczyć, że ustawa przewiduje też dwa przypadki, w których Dyrektor Narodowego Instytutu posiada kompetencje do wystąpienia z takim wnioskiem bez poprzedzenia go wezwaniem organizacji do zaniechania naruszeń oraz przedstawienia niezbędnych wyjaśnień. Pierwszy z nich dotyczy sytuacji, w której Dyrektor Narodowego Instytutu uzyska od sądu lub organu administracji publicznej informację o naruszeniu wymogów określonych w art. 20, tj. wymogów warunkujących nabycie i zachowanie statusu organizacji pożytku publicznego. Należy zaznaczyć, że w tym przypadku wystąpienie do sądu rejestrowego o pozbawienie organizacji statusu organizacji pożytku publicznego jest obligatoryjne. Natomiast drugą okolicznością uzasadniającą zastosowanie tego środka bez poprzedzenia go wezwaniem organizacji do zaniechania naruszeń jest powtarzające się wykorzystywanie otrzymanych dotacji niezgodnie z przeznaczeniem stwierdzone decyzją organów administracji publicznej lub prawomocnym orzeczeniem sądu. Jednak w tej sytuacji wystąpienie do sądu rejestrowego o wykreślenie informacji nie jest obligatoryjne, lecz zależy od uznania Dyrektora Narodowego Instytutu. Na uznaniowy charakter tej kompetencji wskazuje użycie w art. 33 ust. 3 u.p.p.w. zwrotu „może wystąpić”.

Należy zaznaczyć, oprócz kontroli i nadzoru uregulowanego w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie organizacje pożytku publicznego podlegają kontroli i nadzorowi sprawowanemu na podstawie przepisów odrębnych (np. kontroli podatkowej, celno-skarbowej, sanitarnej itd.). Stanowisko to znajduje potwierdzenie w art. 34 ust. 2 u.p.p.w., z którego wynika, że przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie regulujące kompetencje kontrolne i nadzorcze wskazanych w niej organów nie wyłączają stosowania odrębnych przepisów dotyczących kontroli, a także uprawnień nadzorczych innych organów.

6. Podsumowanie

Organizacje pożytku publicznego są podmiotami pozarządowymi mającymi szczególny status prawny. Jak wynika z rozważań zawartych w tym artykule, od innych organizacji pozarządowych odróżnia je to, że przysługuje im wiele ustawowych przywilejów, które mogą ułatwić prowadzenie działalności społecznie użytecznej. Jednak korzystanie z tych przywilejów jest uzależnione od spełnienia wymagań warunkujących nabycie i zachowanie statusu organizacji pożytku publicznego. Nie wszystkie organizacje pozarządowe mogą uzyskać taki status, lecz tylko te ich kategorie, które zostały wymienione w katalogu określonym w ustawie. Ponadto, organizacja pozarządowa ubiegająca się o przyznanie jej tego statusu musi spełniać stosunkowo rygorystyczne warunki szczegółowo określone w ustawie. Należy też podkreślić,

że nabycie przez organizację pozarządową statusu organizacji pożytku publicznego wiąże się z nałożeniem na nią szeregu obowiązków, w tym sprawozdawczych, a także objęcie jej działalności kontrolą i nadzorem sprawowanymi przez organy państwa.

W tym kontekście rodzi się pytanie o zasadność poddania organizacji pożytku publicznego takim, stosunkowo daleko idącym, rygorom prawnym i to zarówno w odniesieniu do nabywania statusu takiej organizacji, jak i do ich funkcjonowania. Nietrudno zauważyć, że rygory te mogą istotnie hamować tworzenie tego rodzaju organizacji oraz utrudniać prowadzenie działalności. Wydaje się, że w przypadku, gdy w grę wchodzi wykonywanie przez podmioty pozarządowe zadań publicznych, zwłaszcza przy wykorzystaniu środków publicznych, oraz korzystanie z licznych przywilejów, potrzeba poddania ich odrębnemu, szczególnemu reżimowi prawnemu jest w pełni uzasadniona. Dyskusyjna jest jedynie kwestia surowości kryteriów, których spełnienie warunkuje nabycie statusu organizacji pożytku publicznego oraz stopnia prawnego skrzepowania ich działalności. Wydaje się, że powinna być w tym zakresie zachowana równowaga między postulatem zagwarantowania wspomnianym organizacjom koniecznej swobody, niezależności działania i potrzebą zapewnienia transparentności ich funkcjonowania oraz skutecznego, efektywnego i zgodnego z prawem wykonywania zadań publicznych, jak również wydatkowania przeznaczonych na ich realizację środków publicznych. Przedstawiona w tym artykule analiza prawnej regulacji statusu prawnego organizacji pożytku publicznego zdaje się uzasadniać wnioszek, że w obecnym stanie prawnym wspomniana równowaga jest zachowana. Potwierdza to ponad 16-letnia praktyka stosowania tej ustawy. Mimo wprowadzenia stosunkowo rygorystycznych warunków nabywania i zachowania statusu organizacji pożytku publicznego oraz poddania działalności prowadzonej przez tę kategorię podmiotów kontroli i nadzorowi sprawowanemu przez organy państwa, w okresie pierwszych dziesięciu lat obowiązywania ustawy nastąpił dynamiczny przyrost liczby tych organizacji⁷¹, a w ostatnich latach daje się zaobserwować utrzymywanie się tej liczby na ustabilizowanym poziomie zbliżonym do 9 tys.⁷². Kwestią dyskusyjną jest to, czy liczba ta jest zadowalająca, jednak ocena tego zagadnienia wymagałaby przeprowadzenia

71 Liczba aktywnych organizacji pożytku publicznego uprawnionych do uzyskiwania 1% podatku dochodowego od osób fizycznych wzrosła w latach 2004-2014 z ok. 2,2 tys. do ok. 8,7 tys.. Zob. Główny Urząd Statystyczny, *Notatka Informacyjna*, Warszawa 23.04.2015 r., <https://stat.gov.pl> oraz *Organizacje pożytku publicznego w liczbach w latach 2004-2019*. <https://www.gov.pl>. dostęp 19.06.2020.

72 Aktualny wykaz organizacji pożytku publicznego uprawnionych do otrzymania 1% podatku dochodowego od osób fizycznych za 2019 rok sporządzony przez Dyrektora Narodowego Instytutu Wolności –

odrębnych badań, z całą pewnością wykraczających poza aspekty prawne będące przedmiotem tego artykułu.

Bibliografia

- Blicharz Joanna, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz*, LEX, Komentarz w wersji elektronicznej, 2012.
- Bogucki Stanisław, Wojciech Stachurski, Roman Wiatrowski, Krzysztof Winiarski, Bartosz Wojciechowski, Marek Zirk-Sadowski, *Podatek od czynności cywilnoprawnych a VAT*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Ceglarski Andrzej, *Organizacje pożytku publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis, 2005.
- Dawidowicz Wacław, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970.
- Dowgier Rafał, „Nowe regulacje o podatkach i opłatach lokalnych w 2004 r.” *Finanse Komunalne* nr 2 (2004): 39-50.
- Dowgier Rafał, „Prawnopodatkowe aspekty działalności organizacji pożytku publicznego”, *Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych* nr 7-8 (2004): 5-9.
- Dzwończyk Joanna, „Rozwój społeczeństwa obywatelskiego w Polsce po 1989 r.”, [w:] *Czas społeczeństwa obywatelskiego. Między teorią a praktyką*, red. Barbara Krauz-Mozer, Paweł Borowiec. 161-183. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2006).
- Główny Urząd Statystyczny, *Notatka Informacyjna*, Warszawa 23.04.2015 r. <https://stat.gov.pl>.
- Grzegorz Makowski, „Rozwój sektora organizacji pozarządowych w Polsce po 1989 r.” *Studia BAS*, nr 4 (2015): 66-80. www.bas.sejm.gov.pl.
- Izdebski Henryk, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Komentarz*. Warszawa 2003.
- Jagielski Jacek, *Kontrola administracji publicznej*. Warszawa: LexisNexis, 2012.
- Jędrzejewski Stanisław, *Kontrola administracji (ogólne problemy teoretyczne i struktura systemu)*. Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1979.
- Jędrzejewski Stanisław, *Kontrola administracji (ogólne problemy teoretyczne i struktura systemu)*. Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1979.
- Kazek Michał, *Opłata skarbowa. Komentarz*, Warszawa: Legalis/el, 2017.
- Kowal Norbert, „Komentarz do ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie”, [w:] *Tworzenie i rejestracja organizacji pożytku publicznego. Komentarz*. Kantor Wydawniczy Zakamycze, Legalis/el, 2005.

Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego zawiera 8874 tego typu organizacji. <https://www.niw.gov.pl>. [dostęp 10.06.2020].

- Kozioł Katarzyna, „Prawne aspekty podejmowania i wykonywania działalności pożytku publicznego” *Samorząd Terytorialny*, nr 2 (2006): 34-49.
- Masternak Marian, *Czynności materialno-techniczne administracji publicznej*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 2018.
- Ochendowski Eugeniusz, *Prawo administracyjne. Część ogólna*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 2013.
- Olszanowski Jan, [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. Przemysław Szustakiewicz, Andrzej Skoczylas. Warszawa: Legalis/el, 2016.
- Palmirski Tomasz, „A. Ceglarski, *Organizacje pożytku publicznego*, Warszawa 2005: recenzja” *Kwartalnik Prawa Publicznego*, nr 3 (2006): 165-181.
- Plisiecki Marek, „Instytucje kościelne jako organizacje pożytku publicznego” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. XVI (2013): 162-183.
- Płonka-Bielenin Katarzyna, „Charakter prawny podmiotowości organizacji »non-profit«” *Administracja. Teoria-Dydaktyka-Praktyka*, nr 4 (2010): 45-70.
- Płonka-Bielenin Katarzyna, „Zakres pojęcia »interes publiczny« a organizacje pożytku publicznego” *Administracja. Teoria-Dydaktyka-Praktyka*, nr 4 (2007): 145-170.
- Ruszewski Jarosław, „Organizacja pożytku publicznego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2005): 81-94.
- Sozański Łukasz, Marcin Noskowski, „Niedostatki normatywnej regulacji statusu organizacji pożytku publicznego w świetle uwag praktyki sądowej” *Prace Instytutu Prawa i Administracji PWSZ w Sulechowie*, 271-283. <http://bibliotekacyfrowa.pl/Content/34638/016.pdf>.
- Starościak Jerzy, *Elementy nauki administracji*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1957.
- Starościak Jerzy, *Prawo administracyjne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1975.
- Starościak Jerzy, *Zarys nauki administracji*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1961.
- Staszczuk Piotr, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis, LEX/el., 2013.
- Staśkiewicz Urszula, „Rola organizacji pozarządowych w Polsce w zaspokajaniu potrzeb społecznych” *Obronność. Zeszyty Naukowe*, nr 3 (2017): 162-184.
- Szaniawska Izabella, „Organizacje pożytku publicznego” *Śłużba Pracownicza*, nr 4 (2004): 33-36.
- Trzaskowski Roman, „Działalność gospodarcza organizacji pożytku publicznego” *Zeszyty Prawnicze*, nr 7 (2007): 209-254.
- Zacharko Lidia, Zacharko Adrian, „Organizacje pozarządowe jako instytucjonalne formy nacisku na decydentów politycznych” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 7-8 (2016): 44-55.

Niedoszła próba ograniczenia samodzielnia. Aleksander I i warszawski projekt konstytucji dla Imperium Rosyjskiego z lat 1818-1820

A Failed Attempt to Limit Self-Lease. Alexander I and the Warsaw Constitution Draft for the Russian Empire between 1818 and 1820

By the order of Alexander I, Emperor of Russia, constitutional draft for the Russian Empire was developed at the Warsaw chancellery of senator Nikolai Novosiltsov between 1818 and 1820. The draft largely based on the constitutional act of the Kingdom of Poland of 1815, significantly changing ISS systemic structure. However, this draft did not enter into force. In 1831, after founding the original document, the authorities of the November Uprising made the fact of its creation public by publishing the text in the form of a printed brochure. After the seizure of Warsaw in September 1831, by the personal order of Nicholas I, attempts were made to erase all traces of his predecessor's initiative by burning the acquired copies in the Moscow Kremlin.

Dariusz Szpoper

profesor nauk prawnych
Akademia Pomorska w Słupsku

ORCID – 0000-0002-8593-2821

Słowa kluczowe:

samodzielnie, ograniczenie, próba, Aleksander I, Warszawa, senator, kancelaria, Nikołaj Nowosilcow, Piotr Wiaziemskij, projekt, konstytucja, karta, Imperium Rosyjskie, nadanie, zmiany, ustrój państwa, Mikołaj I, feldmarszałek, Iwan Paskiewicz, Moskwa, Kreml, spalanie

Key words:

self-control, limitation, attempt, Alexander I, Warsaw, senator, chancellery, Nikolai Novosiltsov, Piotr Wiaziemskij, draft, constitution, card, Russian Empire, granting, changes, state system, Nicholas I, field marshal, Ivan Paskiewicz, Moscow, The Kremlin, burning down

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.210>

Wydarzenia pierwszych miesięcy XIX wieku przyniosły Cesarstwu Rosyjskiemu zapowiedź daleko idących zmian – brutalne zabójstwo imperatora Pawła I (1754-1801) dokonane rękoma osób stosunkowo mu bliskich¹ – a w następstwie tego

- 1 Andriej Tereszczuk, *Paweł I. Życie i carstwowanie* (Sankt-Peterburg: Vita Nova, 2011), 31; [Nikołaj Aleksandrowicz Sabłukow], *Zapiski generała N.A. Sabłukowa o wriemienach imperatora Pawła I i o konczynie etogo gosudarja* (Moskwa: Preobrażenije, *Obszczestwo sochranienija literaturnogo nalsedija*, 2002), 82-85; Jewgienij Sewastianowicz Szumigorski, *Impierator Paweł I. Życie*

objęcie rządów w państwie przez jego syna i zarazem następcę tronu, wielkiego księcia Aleksandra Pawłowicza, następnie cesarza Aleksandra I (1772–1825), zdawało się świadczyć o mających nastąpić rychło głębokich zmianach podążających ku nowym wyzwaniom, także ustrojowym². To panowanie włączyło Rosję w proces modernizacji wprowadzający istotne innowacje – następowała reorganizacja instytucji państwa, tworzone nowe organy zarządzające, powoływano do życia również kolejne szkoły wyższe – uniwersytety, w tych głównych miastach imperium, w których brakowało tego typu placówek edukacyjnych. Na forum międzynarodowym Cesarstwo Rosyjskie aktywnie dążyło też do przyłączenia do swojego terytorium nowych obszarów – Gruzji, Finlandii, Besarabii, ziem polskich, a nawet tych położonych na kontynencie Ameryki Północnej. Okres ten był także czasem osiągnięcia przez Imperium Rosyjskie znaczącej przewagi wśród pozostałych państw europejskich, chociaż początek drugiej dekady panowania Aleksandra I zapisał się w dziejach Rosji poprzez pryzmat jednego z najbardziej tragicznych wydarzeń w jej historii – wtargnięcia w granice cesarstwa wojsk napoleońskich i zniszczenia w wyniku pożaru starej, rosyjskiej stolicy – Moskwy. Pomimo jednak tych wszystkich wydarzeń Aleksander I wciąż jeszcze był postrzegany przez ówczesną opinię publiczną jako władca – reformator dążący do liberalizacji kanonów życia państwowego³. Takiemu wizerunkowi sprzyjały zapewne tak pewne wypowiedzi cesarza wygłaszane na forum publicznym, w których pojawiały się odwołania do terminu „konstytucja”, jak i mniej lub bardziej realne działania podejmowane na tym polu. W 1809 roku, przyłączając do Imperium Rosyjskiego pozostającą pod władaniem Szwecji Finlandię⁴,

i carstwowanije (Moskwa: Gosudarstwiennaja publicznaja istoriczeskaja biblioteka Rossiji, 2014), 22; 251-254.

2. Nikołaj Karłowicz Szilder, *Imperator Aleksandr pierwyj. Jego żiżń i carstwowanije*, t. I (Moskwa: OAO Moskowskije uczebniki i Kartolitografija, 2008), 5; wielki książę Nikołaj Michajłowicz [Romanow], *Imperator Aleksandr I. Biografija* (Moskwa: Zacharow, 2010), 297-298.
3. Marie-Pierre Rey, *Aleksandr I*, przeł. A. Ju. Pietrowa, A. Ju. Tereszczenko (Moskwa: *Rossijskaja političeskaja encykłopedija* – ROSSPEN, 2013), 10; Donald Rayfield, *Edge of Empires. A History of Georgia* (London: Reaction Books, Ltd, 2012), 259; Barbara Szordykowska, *Historia Finlandii* (Warszawa: Wydawnictwo TRIO, 2011), 98-100; Siemion Bencianowicz Okuń, *Rossijsko – amerikanskaja kompanija* (Moskwa: Konceptuał, 2019), 79-82.
4. [Aleksander I], „Manifest »O pokorenni Szwedskoj Finliandii i o prisojedinenii onoj nawsegda k Rossiji«, dat. 20 marca (4 kwietnia) 1809 roku”, [w:] *Zakonodatielstwo imperatora Aleksandra I. 1801-1811 gody*, red. Władimir Aleksiejewicz Tomsinow (Moskwa: Izdatielstwo »Zerkalo«, 2011), 355-356; Oleg Ajrapetow, *Istorija wnieszniej polityki Rossijskoj*

w wydanym 15 (27) marca 1809 roku manifeście imperator zapowiadał poznanowanie i zachowanie religii, utrwalonych od wieków regulacji prawnych, (*korennyje zakony*), uprawnień i przywilejów, z których każdy ze stanów Wielkiego Księstwa Finlandzkiego w sposób szczególny, a także wszyscy poddani *in gremio*, od najniższej do najwyższej ulokowanych w hierarchii społecznej, korzystali „[...] na mocy Konstytucji”, obiecując zarazem zachowanie tychże w formie nienaruszonej, również co do siły ich obowiązywania⁵. Potwierdził to następnego dnia w przemówieniu wygłoszonym podczas inauguracji posiedzenia sejmiku stanowego w miasteczku Borgå (Porvoo), położonym nieopodal Helsingfors (Helsinki). Aleksander I zwracając się wówczas po francusku do fińskich deputowanych stwierdził: „Obiecałem zachować waszą konstytucję, wasze odwieczne prawa [...]”⁶.

impierii 1801-1914. 1801-1825 Wnieszniaja polityka imperatora Aleksandra I (Moskwa: O.O.O. Kuczukowo pole, 2017), 122-123.

- 5 [Aleksander I], „Wysoczajszij Jego Imperatorskago Wielicestwa Manifest ob utwierdzenii praw Wielikago Kniażestwa Finliandii, dat. 15(27) marca 1809 roku”, [w:] *Akty dlia wyjasnienija politiczeskago polożenija Wielikago Kniażestwa Finliandskago* (Gelsingfors: Tipografija Finskago Litieraturnago Obszczestwa, 1890), 3; [Aleksander I], *Aleksander the First's Charter, Given at the Diet of Poorvo, 27 march 1890*, [w:] *Finland and Russia 1808-1920. From Autonomy to Independence. A Selection of Documents*, red. i przeł. David G. Kirby (London, Basingstoke, New York, Dublin, Melbourne, Johannesburg, Madras: The MacMillan Press LTD, School of Slavonic and East European Studies University of London, 1975), 14-15, który sformułowanie: *korennyje zakony* tłumaczy niezbyt precyzyjnie jako “basic law”.
- 6 [Aleksander I], „Riecz Jego Wielicestwa Imperatora Aleksandra I pri otkrytii sejma w g.[orodie] Borgo, dat. 16(28) marca 1809 roku”, [w:] *Akty dlia wyjasnienija politiczeskawo polożenija Wielikago Kniażestwa Finliandskago* (Gelsingfors: Tipografija Finskago Litieraturnago Obszczestwa, 1890), 4; problem obowiązywania szwedzkich konstytucji z 1772 i 1789 roku na terenie Wielkiego Księstwa Finlandzkiego po 1808 roku nie jest jednoznaczny. Ich *de iure* moc obowiązującą między innymi negują: Igor Pychałow, *Finlandija. Gosudarstwo iz carskoj probirki* (Sankt Peterburg, Moskwa, Jekatierinburg, Woroneż, Niżnij Nowgorod, Rostow-na-Donu, Samara, Mińsk: Izdatielstwo Piter, 2019), 103-108; Michaił Michajłowicz Borodkin, *Sprawki o „konstituciji” Finliandii* (Sankt-Peterbug: Wojennaja Tipografija, 1900), 22-32; Michaił Michajłowicz Borodkin, *Istorija Finliandii. Wriemia imperatora Aleksandra I* (Sankt-Peterburg: Gosudarstwienaja Tipografija, 1909), 584; Kesar Filipowicz Ordin, *Pokorenije Finliandii. Opyt opisaniija po nieizdannym istocznikom*, t. II (Sankt-Peterburg: Tipografija I.N. Skorochodowa, 1889),

Mit Aleksandra I jako władcy sprzyjającego wprowadzeniu w Imperium Rosyjskim rozwiązań ustrojowych w oparciu o nadaną przez siebie konstytucję zdawały się także utrwać działania podjęte na tej niwie przez stosunkowo nieliczne, aczkolwiek wpływowe grono przedstawicieli polsko-litewskiej arystokracji z guberni zachodnich cesarstwa, niegdyś tworzących Wielkie Księstwo Litewskie, a zmierzających w latach 1809-1812 do reaktywacji zarówno tego państwa, jak i nawet, w pewnych ograniczonych formach, państwowości przedrozbiorowej Rzeczypospolitej, oczywiście pod berłem rosyjskiego domu panującego⁷. W pewnej też mierze, to koncepcje i projekty wypracowane w ramach tego, niechętnego napoleońskiej Francji i jej dorobkowi prawno-ustrojowemu, zachowawczego kręgu politycznego, wspierane przez poglądy bliskich współpracowników Aleksandra I, zadecydowały o ostatecznym kształcie oraz treści *Ustawy Konstytucyjnej Królestwa Polskiego*, podpisanej przez imperatora w Warszawie 15(27) listopada 1815 roku. Aleksander I także osobiście ingerował, podczas prac nad tworzeniem tego aktu normatywnego, w jego zawartość merytoryczną, wprowadzając rozwiązania zmierzające ku wzmocnieniu pozycji władcy, starając się wyposażyć go równocześnie w uprawnienia poszerzające znacznie kompetencje monarsze, także w kierunku możliwości arbitralnego oddziaływania na otaczającą sferę

332-341; Osmo Jussila, *Wielikije Kniażestwo Finliandskoje 1809-1917*, przeł. W. M. Awcinow, L. W. Anisimow, S. S. Bieljajew, I. E. Naletowa, red. A. Ju. Rumiancewa (Helsinki: Ruslania, Books Oy, 2009), 66-72; odmiennie: Rostisław Naufaldowicz Dusajew, Marija Borisowna Rewnowa, *Finlandia ot Aleksandra I do Aleksandra III (istoriko-prawowej oczierk)* (Sankt-Peterburg: Izdatielstwo Juridiczeskogo instituta, 2012), 13-14; Matti Klinge, *Impierskaja Finlandia*, przeł. I. Sołomeszcza, W. Musajewa, A. Rupasowa (Sankt-Peterburg: Izdatielskij Dom Koło, 2005), 21-22; Hubert Izdebski, „Absolutyzm rosyjski w obliczu konstytucjonalizmu w Europie (XVIII-XIX w.)”, [w:] Adam Bosiacki, Hubert Izdebski, *Konstytucjonalizm rosyjski. Historia i współczesność* (Kraków: ARCANA, 2013), 39 określa zgrabnie finlandzki model konstytucyjny przymiotnikiem „swoisty”; szerzej o konstytucjach szwedzkich z 1772 i 1789 roku pisze: Ingvar Andersson, *Dzieje Szwecji*, przeł. Stanisław Piekarczyk (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1967), 223, 230.

- 7 Dariusz Szpoper, „Litewskie koncepcje odbudowy państwowości w sojuszu z Rosją do 1815 roku”, [w:] *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI wieku*, red. Marek Maciejewski, Maciej Marszał (Wrocław: Kolonia Limited, 2002), 228-249; Hubert Izdebski, „Litewskie projekty konstytucyjne z lat 1811–1812 i ich wpływ na Konstytucję Królestwa Polskiego” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1 (1972): 97-111.

społeczno-polityczną⁸. Karta konstytucyjna Królestwa Polskiego nie stała się jednak li tylko wyłącznym efektem woli Aleksandra I, ale była także wynikiem ustaleń przyjętych w trakcie Kongresu Wiedeńskiego, którego Akt Końcowy przewidywał trwałe związanie tego państwa z Cesarstwem Rosyjskim osobą imperatora i jego następców z tytułem króla polskiego, jak również konstytucją („lié irrécocablement par sa constitution”). Ponadto, w treści tego dokumentu, zgodzono się, iż Polakom nadane zostaną instytucje oraz przedstawicielstwo narodowe („une représentation et des institutions nationales”), których status miał pozostawać w pełnej zgodzie z polityczno-ustrojowymi rozwiązaniami aprobowanymi przez rządy państw władających podzielonym terytorium przedrozbiorowej Rzeczypospolitej Obojga Narodów⁹. W ślad za tym, oktrojowana Konstytucja Królestwa Polskiego przewidziała powołanie reprezentacji narodowej, którą stał się sejm tworzony przez króla i senat oraz izbę poselską, w składzie której, obok posłów wybieranych na sejmikach gromadzących szlachtę zasiadali również deputowani z okręgów

-
- 8 „Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 roku”, [w:] Mieczysław Adamczyk, Stefan Pastuszka, *Konstytucje polskie w rozwoju dziejowym 1791-1982* (Warszawa: Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, 1985), 101; Hubert Izdebski, „Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z 1815 roku”, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, t. I, red. Marian Kallas (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990), 197; Stanisław Barzykowski, *Historia powstania listopadowego*, t. I (Poznań: Księgarnia Jana Konstantego Żupańskiego, 1883), 67-70.
- 9 Szymon Askenazy, *Rosya-Polska 1815-1830* (Lwów-Warszawa: nakładem H. Altenberga; E. Wende i spółka, 1907), 65; Piotr Wandycz, *Pod zaborami. Ziemie Rzeczypospolitej w latach 1795-1918*, przeł. Wojciech Zajączkowski (Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1994), 98-99; Nikołaj Karłowicz Szilder, *Imperator Aleksandr pierwszy. Jego życie i carstwowanie z ilustracjami*, t. III (Moskwa: OAO Moskowskije uczebnyki i Kartolitografija, 2009), 304-305; Malte Rolf, *Polskije ziemli pod własztiju Peterburga. Ot wienskogo kongressa do pierwoj mirowoj*, przeł. Kirill Lewinson (Moskwa: Nowoje literaturnoje obozrenije, 2020), 56-57 zwraca uwagę, iż jeszcze nienapisana Konstytucja Królestwa Polskiego stawała się bezpośrednią częścią Aktu Końcowego, ale też z rosyjskiego punktu widzenia wschodnie obszary byłej Rzeczypospolitej Obojga Narodów bezpośrednio wcielone w granice Imperium Rosyjskiego (gubernie zachodnie) uzyskiwały i pogłębiały ewolucyjnie status ziem rdzennie rosyjskich w geopolitycznej świadomości poddanych Aleksandra I i jego następców. Zaś tradycja polskiej państwowości zaczęła powoli w oczach Rosjan ograniczać się i zamykać wyłącznie w obszarze Polski kongresowej.

gminnych¹⁰. Miał on być zwoływany w trybie ordynaryjnym co dwa lata w Warszawie „[...] w czasie oznaczonym przez akt zwołania przez króla wydany”¹¹. Pierwszy sejm Królestwa Polskiego zebrał się wiosną 1818 roku. Senatowi przewodniczył hrabia Stanisław Potocki, zaś na czele Izby Poselskiej stanął generał, hrabia Wincenty Krasiński¹². Podczas inauguracyjnego posiedzenia sejm w dniu 15(27) marca w Warszawie Aleksander I w wygłoszonej wówczas mowie tronowej, odwołując się do wprowadzonych w Królestwie Polskim rozwiązań konstytucyjnych, dość mgliście zapowiadał wprowadzenie zmierzających w tym samym kierunku zmian w Cesarstwie Rosyjskim. Zwracając się do zgromadzonych w Sali posiedzeń Senatu, stwierdził: „Organizacja istniejąca w Waszym kraju pozwoliła na urządzenie bezpośrednio nowej, którą wam dałem, wprowadzając w praktykę zasady owych instytucji liberalnych (*en mettant en pratique les principes de ces institutions libérales*), które nie przestawały być przedmiotem mej pieczołowitości, a których zbawienny wpływ spodziewam się za pomocą Boską, rozciągnąć na wszystkie kraje, które Opatrzność mej troskliwości powierzyła. W ten sposób dostarczyliście mi środków okazania mej ojczyźnie tego, co przygotowuję dla niej od dawna, a co uzyska, skoro żywioły dzieła tak ważnego dojdą do koniecznego rozwoju”¹³. Najprawdopodobniej wówczas też, podczas tego pobytu w Warszawie, imperator powierzył prowadzenie prac na tekstem projektowanej konstytucji dla Cesarstwa Rosyjskiego jednemu ze swoich najbliższych współpracowników, stale też przebywającemu w Królestwie Polskim i pełniącemu od grudnia 1815 roku funkcję delegata i zarazem pełnomocnika monarchy przy

- 10 Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 r.[oku], 85; 95; art. 31; 118 ust. 1.
- 11 Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 r.[oku], 92; art. 87.
- 12 Fryderyk Skarbek, *Dzieje Polski, cz. 2, Królestwo Polskie od epoki początku swego do rewolucji Listopadowej* (Poznań: Nakładem Księgarni J.K. Żupańskiego, 1877), 128.
- 13 [Aleksander I], „Mowa wyrzeczona przez Jegomość Cesarza i króla Aleksandra, przy zagajeniu sejm Królestwa Polskiego dnia 15/27 Marca 1818, w Warszawie”, [w:] [Michał Ogiński], *Pamiętniki Michała Ogińskiego o Polsce i Polakach od roku 1788 aż do końca roku 1815*, t. IV (Poznań: Nakładem Księgarni Jana Konstantego Żupańskiego, 1873), 214; Nikołaj Karłowicz Szilder, *Imperator Aleksandr pierwszy. Jego życie i carstwowanie z ilustracjami*, t. IV (Moskwa: OAO Moskowskije uczebniki i Kartolitografija, 2010), 84, który, jak wydaje się, podaje bardziej dokładne tłumaczenie ostatniego zdania *in fine* tego fragmentu mowy tronowej Aleksandra I: „[...] kiedy podstawy tak ważnej sprawy osiągną odpowiednią dojrzałość, (*kogda naczata stol' ważnogo dela dostignyt nadležaszcziej zrelosti*)”.

Radzie Administracyjnej, tajnemu radcy i senatorowi Nikołajowi Nikołajewiczowi Nowosilcowowi (1762-1838)¹⁴. W jego warszawskiej kancelarii prace nad projektem przyszłej konstytucji rosyjskiej – Gasudarstwienniej ustawnoj gramoty Rossijskoj impierii – prowadził bezpośrednio francuski prawnik i zarazem publicysta, osobisty sekretarz Nowosilcowa Piotr Deschamps, który niejako wyspecjalizował się jeszcze we Francji w przygotowaniu i redakcji różnego rodzaju aktów normatywnych „[...] tworząc je, jak się to mówi, bezpośrednio w czystopisie”. To właśnie z nim jego zwierzchnik dzielił się swoimi koncepcjami i przemyśleniami. Z kolei za stworzenie rosyjskojęzycznej wersji Gramoty odpowiedzialny był inny współpracownik Nowosilcowa, przybyły do Warszawy z Moskwy w pierwszych miesiącach 1818 roku, tłumacz i literat, książę Piotr Andriejewicz Waziemskij (1792–1878), którego protegował z kolei senatorowi do współpracy generał Michaił Michajłowicz Borozdin (1767–1837), „[...] swojego czasu olśniony sławą żołnierz z pól bitewnych i również zauważalna postać na salonach” Moskwy oraz Sankt-Petersburga, a zarazem też stary przyjaciel ojca poety¹⁵. Stosunkowo szybko, bo

- 14 Lubow Fiedorowna Pisarkowa, *Gosudarstwiennoje uprawlenije Rossiji w pierwoj czetwieri XIX w.: Zamysły, projekty, wopłoszczenije* (Moskwa: Nowyj Chronograf, 2012), 301; Denis Nikołajewicz Sziłow, „Nowosilcow Nikołaj Nikołajewicz”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskoj impierii. Gławy wysszich i centralnych uczeżdzenij 1802-1807. Biobibliograficzeskij sprawownik* (Sankt Petersburg: Dmitrij Bułanin Jewropejskij uniwersytet w Sankt-Peterburge, 2001), 465-466; Walerij Iwanowicz Fedorczenko, „Nowosilcow Nikołaj Nikołajewicz, graf”, [w:] Walerij Iwanowicz Fedorczenko, *Senatory Rossijskoj imperii. Encykłopedija biografij*, t. II (Moskwa: Minuwszyje, 2018), 123-124; Kazimierz Bartoszewicz, *Utworzenie Królestwa Kongresowego* (Kraków: Nakładem Centralnego Biura Wydawnictw N.K.N., 1916), 243-244; Wojciech Witkowski, *Historia administracji w Polsce 1764-1989* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2012), 126; odmiennie: Siergiej Władymirowicz Mironienko, *Samodzierzawije i reformy. Politiczeskaja borba w Rossiji w naczale XIX w.* (Moskwa: Izdatielstwo Nauka, 1989), 170, który przypuszcza, że prace nad *Gramotą* rozpoczęły się dopiero w początkach 1819 roku. W kolejnej pracy ten sam autor: Siergiej Władymirowicz Mironienko, *Stranicy tajnoj istorii samodzierzawia. Politiczeskaja istorija Rossiji pierwoj połowiny XIX stole-tija* (Moskwa: Izdatielstwo Mysl, 1990), 27 podaje, że prace rozpoczęte zostały w Warszawie w maju – lipcu 1818 roku od tłumaczenia Konstytucji Królestwa Polskiego.
- 15 Piotr Andriejewicz Wiazemskij, „Awtobiograficzekoje wwdedenije”, [w:] [Piotr Andriejewicz Wiazemskij], *Pełnoje sobranije soczinienij kniazia P.A. Wiazemskiego*, t. II, *Literaturnyje i Biograficzeskije Oczerki 1810 g.*

w 1819 roku zmarł Deschamps, zaś cały bez mała ciężar prac nad konstytucją dla Imperium Rosyjskiego spadł na barki księcia Piotra Waziemskiego, który od tej chwili pełnił w jej przygotowaniu rolę wiodącą¹⁶. Potwierdzał to w treści swojego dziennika, pod datą 11(23) stycznia 1820 roku, przejeżdżający wówczas przez Warszawę rosyjski dyplomata Siergiej Iwanowicz Turgieniew (1792–1827), który spotkał się wtedy z Wiazemskim i Nowosilcowem. Został też zapoznany z założeniami ustrojowymi Gosudarstwienniej ustawnoej gramoty Rossijskoj imperii, którą to *expressis verbis* określał jako: „projekt W.[iazemskiego]”, zaznaczając przy tym, iż jawi mu się on jako najlepszy z możliwych w ówczesnych warunkach¹⁷. Rozwiązania, które zostały przyjęte w tekście opracowywanej, przyszłej konstytucji Cesarstwa Rosyjskiego podlegały także osobistemu nadzorowi władcy. Relacjonował ten fakt Piotr Wiazemskij, pisząc: „[...] monarcha polecił Nowosilcowowi opracowanie projektu konstytucji dla Rosji [...] kiedy sprawa zbliżała się do końca, Nowosilcow oświadczył, że wyśle mnie z ukończoną pracą do cesarza do Petersburga i przedstawi mnie jako jednego z uczestników jej redakcji, tak aby monarcha mógł w razie potrzeby zażądać ode mnie objaśnień do projektu i przekazać swe najwyższe uwagi jemu, Nowosilcowowi. Zamiar wysłania mnie z tak ważną misją stał się głośny w naszej kancelarii. I zaczęły się knowania: starano się zniechęcić Nowosilcowa do powierzonej mu pracy, do mnie i mojego wyjazdu do Petersburga. Praca, która początkowo wrzała, zaczęła stygnąć. [...] Nie pomnę już, kiedy sporządzony u nas projekt został przedstawiony cesarzowi”. Wiazemskij wspominał w tym kontekście swoją wizytę nad Newą latem 1819 roku oraz przyjęcie go przez Aleksandra I w pałacu na Kamiennej Wyspie na specjalnej, popołudniowej prywatnej audiencji, trwającej ponad pół godziny, podczas której to imperator dzielił się z nim swoimi

– 1827 g. (Sankt-Peterburg: izdanije Grafa Siergieja Dmitrijewicza Szeremietiewa, Tipografija M.M. Stasiulewicz, 1878), XXXV; XXXVII–XXXVIII; Maksim Isaakowicz Gimelson, *P.A. Wiazemskij. Żiżń i tworczość* (Leningrad: Izdatielswo Nauka, Leningradskoje otdielenije, 1969), 18; Walerij Iwanowicz Fedorczenko, „Wiazemskij Piotr Andrejewicz, kniaź ...”, [w:] Walerij Iwanowicz Fedorczenko, *Senatory Rossijskoj Rossijskoj imperii. Encyklopedia biografij*, t. I (Moskwa: Minuwszje, 2018), 211; Mironienko, *Samodzierżawie i reformy*, 172.

- 16 Nina Wasiliewna Minajewa, *Potajennyje konstituciji Rossiji* (Moskwa: N.P. Sotrużestwo Posew, 2010), 40.
- 17 Jurij Michajłowicz Łotman, „P.A. Wiazemskij i dwizenije dekabristow”, *Tartu Rikliku Ülikooli Toimetised. Uczonyje zapiski Tartuskogo Gosudarstwiennogo Uniwersiteta*, nr 98 (1960): 56; Jelena Konstantinowna Bepalowa, Jewgienija Konstantinowna Rykowa, *Simbirskij rod Turgieniewych* (Ulianowsk: Ulianowskij gosudarstwiennyj techniczeskij uniwersytet, 2011), 21.

sposprzeżeniami na temat Polski oraz pozostałych spraw politycznych, nawiązując zarazem do projektu Ustawnej gramoty. Wspominając to wydarzenie, książę Wiaziemskij pisał, iż Aleksander I: „[...] wypytywał mnie o Kraków, gdzie niedawno byłem, tłumaczył swe sądy o Polsce, o jej narodowości, którą chciał zachować, mówiąc, iż środki – jakie przedsięwzięła Katarzyna po zdobyciu ziem polskich – byłyby teraz niezgodne z duchem czasu. Od politycznego oświecenia, jakie dał był Polsce, przeszedł do politycznych przeobrażeń, które gotuje dla Rosji. Powiedział, że wie o moim udziale w redagowaniu rosyjskiej konstytucji i zadowolony jest z naszej pracy, że weźmie ją ze sobą do Warszawy i przekaże swoje krytyczne uwagi Nowosilcowowi, że żywi nadzieję na rychłe doprowadzenie tej sprawy do pożądanego zakończenia, że teraz brak pieniędzy – niezbędnych dla podobnego państwowego przedsięwzięcia – wstrzymuje urzeczywistnienie tej świętej dla niego idei; że wie, ile ta reforma napotyka trudności, przeszkód i sprzeciwów wśród ludzi, którzy przez swe uprzedzenia i nieroztropność przypisują owym zasadom politycznym wiele terażniejszych nieszczęść, podczas gdy przy bardziej bezstronnym rozpatrzeniu mogliby się przekonać, że owe zaburzenia wynikają z zupełnie postronnych przyczyn”¹⁸. Wydaje się jednak, iż książę Piotr Andrejewicz Wiaziemskij, spisujący swe wspomnienia po latach od opisywanych wydarzeń, niezbyt precyzyjnie przywołał datę roczną swojej wizyty w Sankt-Petersburgu i rozmowy z Aleksandrem I. Siergiej Władymirowicz Mironienko w sposób w pełni wiarygodny koryguje pomyłkę Wiaziemskiego, ustalając jego podróż z Warszawy nad Nowę na koniec maja 1820 roku oraz pobyt w Sankt-Petersburgu, z krótką przerwą na złożenie wizyty w Moskwie, do połowy lipca tegoż samego roku. Był to zatem czas, gdy prace nad projektem Gosudarstwiennoj ustawnej gramoty Rossijskoj imperii były już w pełni zakończone¹⁹. Toczyły się bowiem one jeszcze w drugiej połowie 1819 roku w Warszawie, zaś impuls sprawczy do intensyfikacji tych działań dała jesienna wizyta Aleksandra I w stolicy Królestwa Polskiego²⁰. Już po tym wydarzeniu informacja o przygotowywanej konstytucji rosyjskiej dotarła do opinii

18 [Piotr Andrejewicz Wiaziemskij], „Notatka o księciu Wiaziemskim przez niego samego sporządzona”, [w:] [Piotr Andrejewicz Wiaziemskij], *Z notatników i listów księcia Piotra Wiaziemskiego*, przeł. Andrzej Kępiński, Ryszard Łużny (Kraków: Wydawnictwo Literackie, 1985), 72-73; Szilder, *Imperator Aleksandr pierwszy*, t. IV, 144-145; [Wiaziemskij], „Awtobiograficzესkoje wwdienije”, xxxv-xxxvi; Piotr Władymirowicz Akuliszyn, *P.A. Wiaziemskij. Własť i obszczestwo w doreformennoj Rossiji* (Moskwa: Izdatielstwo Pamjatniki istoriczესkoj myśli, 2001), 112.

19 Mironienko, *Samodzierżawije i reformy*, 183-184.

20 Ibidem; Szilder, *Imperator Aleksandr pierwszy*, t. IV, 167-168; Mironienko, *Stranicy tajnoj istorii samodzierżawija*, 34.

publicznej na zachodzie Europy – w listopadzie 1819 roku paryska gazeta „Le Constitutionnel” wydana przez Benjamina Constanta zamieściła na swoich łamach informację, powołując jako jej źródło list nadesłany z Warszawy, iż w stosunkowo niedługim czasie w Imperium Rosyjskim należy oczekiwać wprowadzenia konstytucji – a także nakreślono główne założenia tego przygotowywanego aktu normatywnego. Podając tą informację „Le Constitutionnel” wyrażał jednak pewnego rodzaju wątpliwości co do rzeczywistych intencji rosyjskich czynników rządowych, stawiając pytanie, czy ów projekt nie jest bynajmniej wyłącznie „[...] grą demagogicznej partii”. Informacja ta wywołała zaniepokojenie dworów pruskiego i austriackiego, zaś na akredytowanych w Sankt-Petersburgu przedstawicieli dyplomatycznych tych państw, ich zwierzchnicy nałożyli obowiązek wyjaśnienia tej kwestii. Udzielili oni jednoznacznych i zarazem analogicznych odpowiedzi, iż projekt ten należy oceniać jako mało realny, a tym samym mający raczej dość nikłe szanse na wejście w życie²¹.

Wydaje się wszakże, iż jesienią 1818 roku, po powrocie do Sankt-Petersburga cesarz podjął jednak próbę stopniowego przenoszenia rozwiązań Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii do praktyki ustrojowej swojego państwa, wyznaczając w pierwszych dniach listopada nader bliskiego mu, aczkolwiek zdymisjonowanego ministra policji, generała Aleksandra Dmitrijewicza Bałaszowa (1770–1837) na stanowisko generał-gubernatora dużego okręgu administracyjnego, składającego się z pięciu centralnych guberni: orłowskiej, woroneskiej, tulskiej, riazańskiej oraz tambowskiej. Decyzję tą z całą pewnością należy odczytywać w kontekście analizowanych od dłuższego czasu w kręgach rządowych nad Nową planów reorganizacji administracji terytorialnej Imperium Rosyjskiego poprzez podzielenie jego terytorium na kilkanaście wielkich obwodów, generał-gubernatorstw lub też namiestnictw²². W tym kontekście jako istotna jawi się opinia zaufanego

-
- 21 Mironienko, *Samodzierżawie i reformy*, 177; Mironienko, *Stranicy tajnoy istorii samodzierżawija*, 11; Jelena Pietrowna Kudriawcewa, *Ministerstwo inostrannykh diel Rossiji wo wtoroj czetwerti XIX wieka* (Moskwa: Izdatielstwo MGIMO-Uniwersitet, 2019), 128, która wyjaśnia, iż w Imperium Rosyjskim do 1825 roku, przy dworze Aleksandra I było akredytowanych 15 posłów z: Wielkiej Brytanii, Austrii, Francji, Prus, Hiszpanii, Portugalii, Saksonii, Wirtembergii, Holandii, Sardynii, Neapolu, Bawarii, Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, Szwecji oraz Danii.
- 22 Lubiow Fiedorowna Pisarkowa, *Gosudarstwiennoje uprawlenije Rossiji w pierwoj trieti XIX w.: Stanowlenije ministerskoj sistemy* (Moskwa: NP Izdatielstwo Nowyj chronograf, 2019), 40-43; Denis Nikołajewicz Szilow, „Bałaszow Aleksandr Dmitrijewicz”, [w:] Szilow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskoj imperii 1802-1917*, 56-57.

dowódcy i od 1823 roku szefa cesarskiego Sztabu Głównego, ówczesnego generał-adiutanta barona Iwana Iwanowicza Dybicza (1875–1831), często towarzyszącego monarsze w jego zagranicznych podróżach²³, który już pod rządami Mikołaja I (1825–1855), w 1829 roku odwołując się do projektu konstytucji rosyjskiej, wyjaśniał: „Imperator Aleksander pragnął poprzez utworzenie generał-gubernatorstw wyprowadzić rządy konstytucyjne, zaczynając od tego, ażeby z każdego generał-gubernatorstwa w Radzie znalazło się kilku deputowanych lub przedstawicieli, lecz zamiar ten czy też propozycja nie doszła do skutku”. W opinii Dybicza rezygnacja Aleksandra I z nadania Rosji konstytucji spowodowana była tak brakiem trafności w personalnym doborze osób mających pełnić funkcje generał-gubernatorów, jak też negatywnymi doświadczeniami z polskiego eksperymentu konstytucyjnego, albowiem parlamentarzyści w Warszawie, w opinii cesarskiej, posuwali się do znacznego nadużywania przyznanej im wolności. Nade wszystko jednak zadecydowały o odstąpieniu od projektu konstytucyjnego ruchy rewolucyjne przetaczającej się przez Grecję oraz Piemont i Neapol we Włoszech. Dodawał przy tym, iż: „Do Kongresu Acheńskiego cesarz, który był pełen zasad konstytucyjnych [...] od momentu tego kongresu zaczął się od nich powoli oddalać”²⁴. Być może też wyjaśnienia przyczyn całkowitego zdystansowania Aleksandra I od planów wprowadzenia w Cesarstwie Rosyjskim rozwiązań konstytucyjnych należy poszukiwać w treści wypowiedzi samego imperatora związanej z ustaleniami kolejnego kongresu państw Świętego Przymierza, w Lublanie (Lai-bach), obradującego od stycznia do pierwszej połowy maja 1821 roku, podczas którego jego uczestnicy podjęli decyzję o interwencji zbrojnej w ogarniętym radykalnymi wystąpieniami karbonariuszy Neapolu, w Królestwie Obojga Sycylii, które w lipcu 1820 roku otrzymało oktrojowaną przez Ferdynanda I de Burbon (1751-1825) konstytucję opartą na nader liberalnej hiszpańskiej ustawie zasadniczej z 1812 roku (tzw. Konstytucja z Kadyksu). Zwracając się do reprezentującego Francję w Sankt-Petersburgu posła tego kraju hrabiego Pierre’a Ferron de La Ferronnays (1777-1842), towarzyszącego mu podczas pobytu w Lublanie, Aleksander I, komentując przyjęty, nowy kierunek polityki rosyjskiej, stwierdził *expressis verbis*: „Czym byłem, tym zostanę teraz i zostanę na zawsze [...]. Kocham instytucje konstytucyjne i myślę, iż wszyscy sensowni ludzie powinni je kochać; lecz czy można je wprowadzać bez różnic wszystkim ludziom? Nie wszystkie narody są w tym samym stopniu gotowe

23 Aleksiej Wasiliewicz Sziszow, *Generał-feldmarszał Iwan Iwanowicz Dybicz-Zabajkalskij ... „Ja wies’ budu prinadležat’ Rossiji!”* (Moskwa: Akademiceskij projekt, 2018), 80-83.

24 Cyt. za: Mironienko, *Samodzierżawije i reformy*, 178; szerzej o kongresie w Aachen, który odbył się na przełomie września i października 1818 r. pisze: Szilder, *Imperator Aleksandr pierwyj*, t. IV, 112-116.

na ich przyjęcie”²⁵. Najprawdopodobniej też ogół tych wątpliwości zdecydował o tym, iż gotowy projekt karty konstytucyjnej Imperium Rosyjskiego, nie został finalnie przez monarchę swoim poddanym nadany, i to pomimo, iż przygotowany został także w warszawskiej kancelarii Nikołaja Nowosilcowa tekst manifestu cesarskiego, który zgodnie z praktyką początków XIX stulecia miał stanowić akt promulgacji tego dokumentu. W jego treści zauważalne jest daleko idąca ostrożność Aleksandra I, który próbę wręcz radykalnej przebudowy ustrojowej swojego państwa starał się osłonić iluzją niewprowadzania w jego struktury jakiegokolwiek *novum*. Stwierdzał bowiem: „Karta Konstytucyjna, którą z radością darujemy naszym umiłowanym i wiernym poddanym, nie wprowadza żadnej nowości i żadnych zmian w ustroju państwowym. Opiera się ona na naszych instytucjach państwowych, zespala je, rozwija położone pod ich fundament zasady, doprowadza do ich urzeczywistnienia i tym samym otwiera możliwość wprowadzenia ładu i harmonii w licznych gałęziach zarządzania”²⁶. Posuwając się niejako krok dalej, należy też podkreślić, że w warstwie lingwistycznej, na gruncie języka rosyjskiego, francuski tytuł projektowanej ustawy zasadniczej, *La charte constitutionnelle de l’Empire de Russie*, nie został przetłumaczony możliwie dokładnie, gdyż wówczas musiałby otrzymać brzmienie: *Konstitucionnaja chartija Rossijskoj imperii (Конституционная хартия Российской империи)* i byłby to przykład możliwie najbardziej precyzyjny. Tymczasem w wersji rosyjskojęzycznej posłużono się innym terminem: *Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii*. Wydaje się świadczyć o obawach i politycznej rezerwie cesarza co do wprowadzenia do oficjalnego obrotu prawnego w jego domenie monarchszej słowa konstytucja, chociaż w istocie rzeczy warszawski projekt Nowosilcowa i Wiaziemskiego przekształcałby po jego ewentualnym wejściu w życie

25 Cyt. za: Szilder, *Aleksandr pierwszy*, t. IV, 185; Pisarkowa, *Gosudarstwiennoje uprawlenie Rossiji w pierwoj czetwierti XIX w.*, 304; Józef Andrzej Gierowski, *Historia Włoch* (Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1986), 398; Nikołaj Iwanowicz Karajew, *Proischożdientije sowriemiennogo narodno-prawowego gosudarstwa: istoriczeskij oczerk konstitucionnych uczreżdienij i uczenij do sierediny XIX wieka* (Sankt-Peterburg: Tipografija M.[ichaiła] M.[atwiejewicza] Stasiulewicza, 1908), 228-229.

26 Tekst rosyjski manifestu: [Aleksander I], „Opyt wwiedieniju w chartu (1820)”, [w:] Szymon Askenazy, *Carstwo polskoje 1815-1830 gg.* przeł. Władimir Wysockij (Moskwa: Knigoizdatielstwo pisatieliej w Moskwie, 1915), 61; tekst francuski manifestu: [Aleksander I], „Essai d’introduction pour la Charte [1820]”, [w:] Askenazy, *Rosya-Polska 1815-1830* (Lwów, Warszawa: Nakładem H. Altenberga; E. Wende i Sp., 1907), 176.

Cesarstwo Rosyjskie w *par excellence* monarchię konstytucyjną²⁷. W świetle wspomnień księcia Piotra Wiaziemskiego bezspornym jest jednak fakt, iż na terminologię rosyjską miał bezpośredni wpływ sam Aleksander I. Odwołując się do przebiegu audiencji u imperatora, Wiaziemskij pisał, iż w jej trakcie monarcha odnosił się do „[...] swoich propozycji co do przyszłego ustroju Rosji”. Dodawał przy tym, iż Alexander I: „Mówił przez cały czas w języku francuskim: jego wypowiedź była elokwentna, potoczna i wyróżniał ją wdzięk i klarowność [...]. Tłumaczenie słów: *constitution* i *libéral* wyrażeniami: *gosudarstwiennoje ułożenije* i *zakonnoswobodnyj* jest dziełem samego władcy”²⁸.

Opracowywany w kancelarii Nowosilcewa warszawski projekt Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii stanowił w istocie pierwszą w dziejach Rosji pełną próbę stworzenia aktu normatywnego o charakterze *stricte* konstytucyjnym²⁹. Nie był jednak tworem całkowicie oryginalnym, albowiem recypował znaczną część rozwiązań przyjętych uprzednio w Konstytucji Królestwa Polskiego z 1815 roku; co więcej nie mógł też pozostawać w sprzeczności z normami w niej zawartymi, a to z uwagi na ustrojowe usytuowanie i relacje zarówno polityczne, jak i prawne łączące Królestwo Kongresowe i Cesarstwo Rosyjskie po ustaleniach zapadłych podczas Kongresu Wiedeńskiego³⁰. Georgij Władymirowicz Wernadskij (1887–1973), badacz Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty, po 1920 roku przebywający na emigracji w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych, w swojej pracy wydanej w Pradze w 1925 roku nie tylko podkreślał daleko idącą zbieżność tego tekstu z treścią polskiej karty konstytucyjnej z 1815 roku, ale jednoznacznie wskazywał również, iż nawet jego tytuł był próbą niezwykle dokładnego przetłumaczenia terminu „Ustawa Konstytucyjna” na język rosyjski (*Ustawnaja gramota*)³¹. Współcześnie uczeni rosyjscy zgłębiający tę kwestię dodają, iż w pewnych, stosunkowo niewielkich fragmentach Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii recypowała też rozwiązania

27 Siergiej Władymirowicz Kodan, „Pierwyj projekt konstitucionnogo akta w Rossiji – Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii 1820 goda”, [w:] *Rossijskij konstitucionalizm w kontekście istoriko-prawowych issledowanij*, red. Dżenerwa Igorijewna Łukowskaja, Natalia Wiktorowna Dunajewa (Sankt-Peterburg: FGBU Prezidentskaja biblioteka imieni B.N. Jelcyna, 2014), 104; Mironienko, *Samodzierżawije i reformy*, 184.

28 Wiaziemskij, „Awtobiograficzskoje wwedenije”, xxxvi.

29 Kodan, „Pierwyj projekt konstitucionnogo akta w Rossiji”, 104.

30 Łotman, „P.A. Wiaziemskij i wiżenije dekabristow”, 57.

31 Georgij Władymirowicz Wernadskij, *Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii 1820 g.* (Praga: Tipografija Komiteta po obespiečenieniu russkich studentow w Cz.S.R., 1925), 82-83.

przyjęte w tekstach: konstytucji francuskich z 3 września 1791 roku oraz 4 czerwca 1814 roku, jak też w konstytucji Księstwa Warszawskiego z 22 lipca 1807 roku czy z okrojowanej karty konstytucyjnej Wielkiego Księstwa Badenii z 22 sierpnia 1818 roku. Na jej ostateczny kształt miał też wpływ dorobek konstytucjonalizmu angielskiego w sferze wolności osobistej jednostki – przyjęta przez Izbę Gmin w maju 1679 roku ustawa Habeas Corpus Act oraz rodzime, rosyjskie koncepcje ideowe wraz z elementami utrwalonej od XVIII stulecia tradycji polityczno-ustrojowej³².

Ostateczny tekst projektu Gosudarstwennoj ustawnoj gramoty Rossijskiej imperii, opracowany w warszawskiej kancelarii Nowosilcowa, został podzielony na 191 artykułów zawartych w 7 rozdziałach (*gława*), które z kolei dzieliły się wewnątrz na mniejsze części redakcyjne – podrozdziały (*otdielenije i rozrjad*). Konsekwentnie też w całym tekście jego twórcy nie użyli ani terminu: „konstytucja”, ani też sformułowania: „karta konstytucyjna”³³, chociaż z dokładnej analizy projektu wynikało, iż Imperium Rosyjskie po jego wejściu w życie stać się miało monarchią *par excellence* konstytucyjną³⁴. Autorzy Ustawnej gramoty podkreślali, iż tron oraz korona Cesarstwa Rosyjskiego są dziedziczne, przy czym ich przekazywanie następuje „(...) według porządku ustanowionego przez spoczywającego w Bogu (...) imperatora

32 Siergiej Leonidowicz Czernow, Kirył Siergiejewicz Czernow, *Gosudarstwiennaja Ustawnaja Gramota Rossijskiej Imperii – istocznik dlia izuczenija prawitielstwiennogo konstitucjonalizma pierwoj czetwierti XIX wieka. Uczebno-metodiczeskoje posobije* (Moskwa: Izdatielstwo PULS, 2014), 68-70; Minajewa, *Potajennyje konstitucii Rossiji*, 42; Jan Baszkiewicz, *Historia Francji* (Wrocław-Warszawa-Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 2003), 334; 407; Władysław Czapliński, Adam Galas, Waclaw Korta, *Historia Niemiec* (Wrocław-Warszawa-Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1990), 447; Heinrich August Winkler, *Długa droga na Zachód*, t. I, *Dzieje Niemiec 1806-1933* (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007), 81-82; Henryk Zins, *Historia Anglii* (Wrocław-Warszawa-Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich; Wydawnictwo Bellona, 1995), 211; Paweł Sarnecki, „Wstęp”, [w:] *Najstarsze konstytucje*, wybór i przeł. Paweł Sarnecki (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997), 8.

33 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskiej imperii”, [w:] *Istoriczeskij sbornik wolnoj russkoj tipografii w Łondonie. Kniżka wtoraja s predistłowijem Iskandera* [Aleksander Hercen] (London: Trübner& Co., Paternoster Row, 1861), 195-238; Wadim Aleksandrowicz Prokofiew, *Gercen* (Moskwa: Mołodaja Gwardija, 1987), 163; 301; Wiktoria Śliwowska, *Aleksander Hercen* (Warszawa: Wydawnictwo Iskry, 2017), 113.

34 Kodan, „Pierwyj projekt konstitucjonnoego akta w Rossiji”, 105.

Pawła”. W ten sposób zachowywano ustalone jeszcze przed objęciem rządów w Imperium Rosyjskim, reguły dziedziczenia władzy monarszej stworzone przez wielkiego księcia Pawła Piotrowicza i jego małżonkę, wielką księżnę Marię Fiodorowną w dniu 4 stycznia 1788 roku, które uzyskały moc prawa zasadniczego państwa rosyjskiego (*osnownogo gosudarstwiennogo zakona*) dopiero w dniu koronacji cesarskiej Pawła I, 5 kwietnia 1797 roku, zaś dokument obejmujący swoją treścią te normy, złożony został w trakcie tej ceremonii w soborze Zaśnięcia Najświętszej Bogarodzicy (*sobor Uspienija Preswiatoj Bogorodzicy*) na moskiewskim Kremlu³⁵.

Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota utwierdzała zasadę koncentracji pełni władzy państwowej w osobie panującego i w ślad za niezwykle wpływowym wówczas rosyjskim pisarzem oraz historykiem o ukształtowanych w pełni poglądach konserwatywnych, Nikołajem Michajłowiczem Karamzinem (1766-1826), *expressis verbis* recypowała jego wizję roli monarchy i samodzielnia. W doręczonym Aleksandrowi I podczas pobytu w Twerze w drugiej połowie marca 1811 roku traktacie zatytułowanym *Notatka o starej i nowej Rosji (Zapiska o drevniej i nowoj Rossiji)*³⁶ Karamzin stwierdzał, iż: „Samodzierzawie to *palladium* Rosji, jego całość jest niezbędną dla jej szczęścia”, dodając przy tym, że rosyjski władca (*gosudar*) stanowi „[...] jedyne źródło władzy (*jedinstwiennyj istocznik własti*)”³⁷. To ostatnie sformułowanie powtórzyło się bez mała dosłownie w tekście warszawskiego projektu, w którym jego autorzy wprowadzali przepis brzmiący: „*Gosudar* jest jedynym źródłem wszystkich w imperium władz: cywilnych, politycznych, prawodawczych i wojskowych”³⁸. Może to także świadczyć o osobistym wpływie Karamzina, skoligaconego przez małżonkę z księciem Piotrem Wiaziemskim, na kształt

-
- 35 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 196 (art. 9); Aleksandr Dmitrjewicz Gradowski, *Naczata russkogo gosudarstwiennogo prawa*, t. I, *O gosudarstwiennom ustrojstwie*, red. Władimir Aleksiejewicz Tomsinow (Moskwa: Izdatielstwo Ziercało, 2006), 178; Nikołaj Michajłowicz Korkunow, *Russkoje gosudarstwiennoje prawo*, t. I, *Wwiedienije i obszczaja czast*, redakcja i uzupełnienia Zurab Dawidowicz Awałow (Awiliszwili), Michaił Borysowicz Gorenberg, Konstantin Nikołajewicz Sokołow (Sankt-Peterburg: Tipografija Michaiła Matwiejewicza Stasiulewicza, 1908), 224.
- 36 Władimir Murawjew, *Nikołaj Karamzin* (Moskwa: Izdatielstwo IzoGRAF, Izdatielstwo EKSMO, 2005), 446-447.
- 37 Nikołaj Michajłowicz Karamzin, „O drevniej i nowoj Rossiji w jego politiceskom i graždanskom odnoszenijach”, [w:] Nikołaj Michajłowicz Karamzin, *O drevniej i nowoj Rossiji. Izbranaja proza i publicystyka* (Moskwa: Izdatielstwo Żiżń i myśl, 2002), 431.
- 38 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 197 (art. 12).

przynajmniej części norm projektu Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty, tym bardziej iż istnienie *Zapiski o drewniej i nowoj Rossiji* ujawnione zostało opinii publicznej dopiero w 1836 roku³⁹. Szkic Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty przyznawał cesarzowi ponadto pełne uprawnienie do sprawowania władzy wykonawczej „(...) w całej jej przestrzeni”, jak również oddawał wyłącznie w jego ręce nominacje na funkcje zwierzchnie w sferze administracji i wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie tekst zastrzegał, iż w wykonywaniu władzy prawodawczej towarzyszyć będzie cesarzowi Sejm Państwowy (*gosudarstwiennyj Sejm*), którego kompetencje określa nie tylko Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota, ale w przyszłości wynikać będą one także z innych instytucji prawnych⁴⁰. Projekt warszawski zastrzegał, iż osoba *gosudara* pozostaje „(...) święta i nietykalna” i jest on „(...) najwyższą głową zarządu Imperium”. Na nim spoczywał też obowiązek troski o bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne państwa, czuwanie nad prawem i podległą mu dzierżawą monarszą. Wyłącznie też cesarzowi przyznawano uprawnienie wypowiedzania wojny oraz zawierania, na wszelkich warunkach, traktatów. Jedynie monarcha zarówno podczas wojny, jak i pokoju pozostawać miał zwierzchnikiem armii lądowej oraz marynarki wojennej, a w jego całkowitej gestii leżeć miała kompetencja do mianowania naczelnego dowódcy, generałów i niższych rangą oficerów⁴¹. Dalej kolejno, tekst wyszczególniał pozostałe prerogatywy cesarskie. Należało do nich: wyznaczanie różnej rangi przedstawicieli dyplomatycznych, bezpośrednie bądź pośrednie poprzez umocowane osoby, powoływanie na funkcje administracyjne, sądowe oraz mianowanie hierarchów Cerkwi prawosławnej, co w tym ostatnim przypadku cesarz czynił jako głowa Kościoła rosyjskiego. Przysługiwało mu ponadto prawo łaski, nobilitacji, nadawanie orderów i oznaczeń oraz tytułów arystokratycznych. Projekt zastrzegał też, iż zarówno wyroki sądów, jak i wszelkie inne pozostałe akty publiczne wydawane są w imieniu cesarza⁴². *Expressis verbis* podkreślał też okrojony charakter przyszłej Konstytucji dla Imperium Rosyjskiego wyjaśniając, iż: „Podstawy władzy państwowej i sposób jej funkcjonowania określa

39 Adalbert Wikientjewicz Starczewskij, *Nikołaj Michajłowicz Karamzin* (Moskwa: OOO Kuczkowo pole, Fond Swjaż epoch, 2016), 235; Filipp Filippowicz Wigiel, *Swietskaja żiżń Rossijskoj imperii* (Moskwa: OŁMA Media Grupp, 2016), 188, który podaje, iż Jekaterina Andrejewna Karamzina (1780-1851) była poza małżeńskim dzieckiem księcia Andrieja Iwanowicza Wiaziemskiego (1754-1807), również i ojca księcia Piotra Wiaziemskiego.

40 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 197 (art. 12-13).

41 Ibidem, 197 (art. 14-17).

42 Ibidem, 198 (art. 18-23).

ta gosudarstwiennaja ustawnaja gramota, nadana przez nas umiłowanym naszym wiernym poddanym na wieczne czasy⁴³.

Tekst projektowanej konstytucji rosyjskiej wyraźnie akcentował też imperialną formę ustrojową Cesarstwa Rosyjskiego, wprowadzając przy tym koncepcję zakładającą unifikację statusu poszczególnych części monarchii jako zasadniczej gwarancji zabezpieczającej jedność nader zróżnicowanego etnicznie i gospodarczo państwa rosyjskiego. Pojawiała się zatem próba rozwiązania głównego problemu, przed którym stawało od lat Imperium Rosyjskie – wyeliminowania licznych tendencji odśrodkowych o charakterze separatystycznym, a następnie konsolidacji interesów wielu małych i większych narodów wokół osoby monarchy utożsamianego z organizacją państwową. Współczesny rosyjski historyk prawa Siergiej Władymirowicz Kodan wskazuje na dwa instrumenty o charakterze polityczno-prawnym, mające zapewnić realizację tego celu. Było to: „Z jednej strony zaprezentowanie narodom jednego i stworzonego na wartościach liberalno-konstytucyjnych statusu poddanych (obywateli) państwa, usiłowanie przejścia do budowy narodu jako społeczności socjalno-politycznej. Natomiast z drugiej – próba wybudowania systemu ustrojowego polityczno-terytorialnego i prawodawczego według modelu imperialnego z elementami podstaw federacyjnych, w którym połączone zostałyby interesy imperium jako wystarczająco w pełni scentralizowanego ustroju państwowego i uwzględnione zostały wyłącznie niektóre odrębności byłych instytucji prawno-administracyjnych poszczególnych regionów⁴⁴. Realizując ten cel, twórcy *Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty* deklarowali, iż: „Państwo Rosyjskie, ze wszystkimi przyłączonymi do niego posiadłościami, i to bez względu na tytuł, pod jakim się to dokonało, dzieli się zgodnie z załączonym do tego [tekstu – D.S.] wyszczególnieniem, na wielkie obwody (*oblasti*), nazywane Namiestnictwami⁴⁵. Każde z nich miało obejmować pewną, określoną liczbę guberni zbliżonych do siebie obszarowo, zamieszkałych przez tą samą bądź pokrewne narodowości, zaś przy ich tworzeniu miano zachowywać „(...) zwyczaje, obyczaje i prawa szczególne lub miejscowe, zbliżające do siebie mieszkańców”. Utrzymywano też co do zasady funkcjonujący w guberniach podział terytorialny, na powiaty i okręgi obejmujące miasta trzeciego stopnia oraz określoną liczbę gromad (*wołostiej*), siół i wsi, a także określano hierarchię miast położonych na obszarze Imperium Rosyjskiego, wyłączając z tej struktury dwie stolice: Sankt-Petersburg i Moskwę oraz gubernie, na których terytorium były one położone. Miastami pierwszego stopnia stać się miały miasta gubernialne, drugiego – powiatowe, zaś stopień trzeci miały objąć wszystkie pozostałe, z zastrzeżeniem, iż z tej liczby można byłoby wyłączyć te, „[...] którym, z uwagi na korzystne swoje położenie

43 Ibidem, 197 (art. 10).

44 Kodan, „Pierwyj projekt konstitucionnogo akta w Rossiji”, 105-106.

45 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 195 (art. 1).

i relacje handlowe, zezwoli się na przejście do jednego z wyższych stopni”. Każde z miast pierwszego i drugiego stopnia miało mieć też swój okręg, którego nazwa wiązałaby się z tym miastem. W nich też miałyby zostać ulokowane władze okręgów⁴⁶.

Przyjęty przez autorów projektu rosyjskiej karty konstytucyjnej model ustrojowy państwa i forma sprawowania rządów implikowały konieczność wprowadzenia do tekstu reguł określających sferę prawodawczą. Stanowiły one, iż dla określenia tego rodzaju działań podejmowanych przez monarchę „(...) ogólna podstawa prawa w Imperium dzieli się na trzy kategorie (*rozrjada*): w składzie pierwszej mieszczą się ustawy (*zakony*). W drugiej statut (*ustaw*) i akty założycielskie (*uczrieżdienija*). W trzeciej *ukazy* (dekrety), nakazy (*powielenija*), reskrypty (*reskrypty*) i postanowienia (*postanowlenija*)”. Wyjaśniano jednocześnie, iż pod pojęciem ustaw (*zakonow*) kryje się całościowy kształt instytucji porządku prawnego (*wsie zakonodatielnyje rasporiażenija*), aktów prawnych stworzonych na nienaruszalnych co do swojej istoty fundamentach, które mogą zostać zmienione i przekształcone jedynie przy zastrzeżeniu stałości podstaw, na których zostały oparte i tylko wówczas, gdy w czasie bezpośrednio poprzedzającym to działanie zaistniały istotne przyczyny uzasadniające niezbędną konieczność wprowadzenia takiej modyfikacji. Z kolei terminy: statut (*ustaw*) i akty założycielskie (*uczrieżdienija*) eksplikowano jako ogół aktów normatywnych zawierających przepisy dotyczące ochrony instytucji państwa, pełnej nienaruszalności jego granic, a także tworzące instrumenty dla wewnętrznego zarządu Imperium Rosyjskim oraz normujące reguły służby i pożądany status socjalny funkcjonariuszy Korony. Natomiast pod słowami: *ukazy* (dekrety), nakazy (*powielenija*), reskrypty i postanowienia rozumiano z kolei te akty normatywne, które miały służyć rozwiązaniu „prywatnych i przypadkowych okoliczności” występujących w wielu działaniach zarządu państwem, a adresowane do wszystkich władz zwierzchnich zarówno cywilnych, jak i wojskowych oraz osób fizycznych. Zastrzegano jednocześnie, iż cechuje je, z uwagi na poruszane w nich materie merytoryczne, niejednorodność i możliwość wprowadzenia zmian oraz dokonywania nowelizacji⁴⁷.

Projekt karty konstytucyjnej dla Imperium Rosyjskiego dokonywał dyferencjacji ustaw na: 1) państwowe o charakterze generalnym (*obszczije gosudarstwiennyje zakony*) i 2) specjalne lub miejscowe (*osobiennyje ili miestnyje*). Te pierwsze zawierać miały normy o charakterze ogólnym, obowiązujące na obszarze całego Cesarstwa Rosyjskiego, a wydawane przez monarchę przy współdziałaniu Sejmu Państwowego, we wszystkich „(...) przypadkach, w których ustawy miejscowe nie wystarczą”. Natomiast wydawanie ustaw specjalnych lub miejscowych również zastrzeżono do kompetencji monarszej, przy

46 Ibidem, 195-196 (art. 2-8).

47 Ibidem, 199-200 (art. 26-29).

czym wymagano w tym przypadku współdziałania Sejmu Namiestnictwa. Każda z tych ustaw podlegać też miała poświadczeniu (*skreplenije*) ministra sprawiedliwości. Bez współdziałania z jakimikolwiek organami przedstawicielskimi władca wydawał natomiast wszelkiego rodzaju statuty, akty założycielskie, dekrety, reskrypty i postanowienia, chociaż w tym zakresie w całości bądź w części mógł on umocować dowolnie przez siebie wybraną osobę bądź instytucję. W przypadku aktów normatywnych tej rangi warszawski projekt ustawy konstytucyjnej również wymagał ich potwierdzenia, lecz wyłącznie przez ministra resortowo właściwego dla materii objętej treścią zawartych w nich przepisów⁴⁸.

Gosudarstwiennaja ustawna gramota Rossijskiej imperii tworzyła także system norm i instytucji mających tworzyć i zabezpieczyć funkcjonowanie w praktyce zasady podziału władzy. Imperator rosyjski zatem koncentrował w swoim ręku władzę wykonawczą, w obrębie której to sfery kompetencji ulokowana też została Rada Państwa (*Gosudarstwiennyj sowiet*) mająca jednocześnie pełnić rolę: tak rządu jak i zarazem organu o charakterze administracyjnym oraz doradczym.⁴⁹ Na jej czele stałby cesarz, zaś w jej składzie zasiadać mieliby ministrowie, członkowie Rady Państwa, sekretarze stanu, referujący sprawy wagi państwowej oraz osoby zaproszone przez monarchę. Rada Państwa dzieliłaby się na Zebranie Ogólne oraz Komitet Ministrów nazywany też w tekście projektu Radą Rządzącą⁵⁰. W składzie tej ostatniej zajmować miejsce mieli ministrowie stojący na czele działów administracji państwa oraz osoby mianowane przez władcę, który przewodniczyłby Komitetowi Ministrów z głosem decydującym. Pozostałym jego członkom przysługiwał wyłącznie głos opiniodawczy. Uprawnienie do wiążącego podjęcia decyzji mógł też imperator scedować na Radę Rządzącą *in gremio* bądź na osoby trzecie (namiestnik w Komitecie Ministrów lub osoba wskazana imiennie przez cesarza). Miano rozstrzygać w granicach określonych prawami fundamentalnymi państwa i ustawami. Komitet Ministrów wyposażono ponadto w kompetencje do uchylania postanowień namiestników kierujących namiestnictwami, o ile były one wydane *contra legem*, a także do dymisjonowania urzędników zajmujących w hierarchii urzędniczej miejsca poniżej szczebla namiestnika, których decyzje naruszałyby bezpieczeństwo lub spokój społeczny. W analogicznych przedmiotowo sprawach, lecz dotyczących namiestników, Komitet Ministrów kierował informację o tym do cesarza i Senatu, który to decydował o postawieniu dygnitarza tej rangi przed sądem⁵¹.

48 Ibidem, 200 (art. 30-34).

49 Kodan, „Pierwyj projekt konstytucyjnego akta w Rossiji”, 107.

50 „Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskiej imperii”, 201 (art. 35-36).

51 Ibidem, 201-202 (art. 37-41).

Na poziomie lokalnym funkcje administracyjne projekt karty konstytucyjnej powierzał namiestnikom – zarządzającym obwodami o statusie namiestników – a także Radom Namiestnictw (*Sowiet Namiestniczestwa*) oraz gubernatorom, którzy z kolei nadzorowali podległe im organy, jak też instytucje działające na szczeblu gubernialnym i niższym: powiatowym, okręgowym oraz miejskim (*ujezdnyje, okružnyje i gorodskije naczałstwa*). Rady Namiestnictw działały pod kierownictwem namiestników i podobnie jak Rada Państwa dychotomicznie dzieliły się Rady Rządzące (*Prawitielnyje Sowiety*) i Zebrania Ogólne (*Obszczije Sobranije Sowietu Namiestniczestwa*). Władze guberni (*gubernskoje naczałstwo*) tworzył natomiast gubernator cywilny, któremu podlegali wicegubernator oraz określona ilość członków zarządu guberni, kierujących wydzielonymi działami (*ekspedycjami*) tej struktury. Zarząd guberni, w celu zwiększenia efektywności rozpatrywania spraw do niego wpływających, miał być podzielony na dwa oddziały: zarządzający (*uprawitielnoje otdielenije*), kierowany bezpośrednio przez gubernatora cywilnego i zarazem tworzący rząd gubernialny (*gubernskoje prawlenije*) oraz oddział skarbowy (*kazionnoje otdielenije*) działający w formie Izby Skarbowej (*kazionnaja palata*), na której czele stać miał wicegubernator. Oba te oddziały składać miały się z określonej liczby ekspedycji kierowanych przez naczelników, posiadających status członków rządu gubernialnego lub też izby skarbowej⁵².

Tekst Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii w sposób jednoznacznie ostry przeprowadzał też separację władzy wykonawczej od sądowniczej, uznając jej rozdzielenie „[...] za niezmienną i niewzruszalną zasadę”, zaznaczając przy tym, iż działania podejmowane w obu tych obszarach jako odrębne, w żadnym wypadku nie powinny się na siebie nakładać (*ni w kakom stuczajie nie sliwat'sja*)⁵³. Sądy w swojej działalności orzeczniczej miały pozostawać związane wyłącznie ustawami, zaś wszelkie próby ich naruszenia, obojętnie bądź też samowolnego przekroczenia miały być traktowane jako delikt sędziowski ścigany z mocy prawa. Sędziów miał wyznaczać imperator po zdaniu przez kandydatów do tego urzędu stosownych egzaminów określonych przepisami państwowymi. Skład orzekający sądu mogli też tworzyć sędziowie pochodzący z wyboru, która to czynność również miała być regulowana odpowiednimi normami prawa. Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii wprowadzała ponadto gwarancje niezawisłości sędziowskiej, przyjmując, iż usunięcie sędziego z urzędu następowałoby wyłącznie na mocy orzeczenia sądu, który musiałby stwierdzić popełnienie przez obwinionego czynu niezgodnego z prawem (*protiwuzakonnij postupok*). Wprowadzano również nadzór nad sądami. Miały go sprawować sądy instancji wyższych oraz ministerstwo sprawiedliwości⁵⁴.

52 Ibidem, 205-213 (art. 47-77).

53 Ibidem, 209 (art. 63 *in principio*).

54 Ibidem, 235-236 (art. 175-179).

Projekt karty konstytucyjnej dla Imperium Rosyjskiego przewidywał utworzenie Najwyższego Sądu Państwowego (*Wierchownyj Gosudarstwiennyj Sud*), w którego składzie mieli zasiadać senatorowie oraz osoby wyznaczone przez monarchę. Tworzono też urząd działającego przy tej instytucji generał-prokuratora, pełniącego funkcje oskarżycielskie i śledcze. Najwyższy Sąd Państwowy miał mieć swoją siedzibę w Sankt-Petersburgu i prowadzić postępowanie oraz orzekać wyłącznie w sprawach o obrazę majestatu cesarskiego, przestępstw przeciwko państwu, jak również był instancją właściwą dla deliktów popełnianych przez wyższych urzędników i dygnitarzy, a przekazanych do rozpatrzenia przez Senat i Zebranie Ogólne Rady Państwa. Wyroki tego sądu miały być prawomocne i nosić charakter ostateczny, lecz ich egzekucja musiała uzyskać sankcję imperatorską⁵⁵. Na szczęblu każdego z namiestnictw również zamierzano powołać Sądy Najwyższe (*Wierchownyj Sud Namiestniczeskiej Oblasti*) ulokowane w miejscach siedzib Rady Namiestnictwa (*Namiestniczeskij Sowiet*), w których składzie zasiadać miała określona liczba osób powołanych przez władcę, a także przez niego wyznaczeni senatorowie oraz sędziowie pochodzący z grona przewodniczących sądów apelacyjnych. Ten rodzaj sądów najwyższych miał być przedmiotowo właściwy w zakresie objętych postępowaniem sądowym spraw cywilnych, karnych oraz prowadzonych śledztw, a przekazanych do ich jurysdykcji przez Izby: Cywilne, jak też Karne oraz organy wymiaru sprawiedliwości niższych instancji z obszaru właściwego namiestnictwa, z wyłączeniem materii, które rozpatrywać mógł wyłącznie Najwyższy Sąd Państwowy. Wyroki sądów najwyższych, działających w namiestnictwach, miały mieć charakter ostateczny, poza wydanymi w postępowaniach obejmujących przestępstwa przeciwko monarsze i państwu rosyjskiemu, które to, jak ujmowano „(...) odsyła się do rozpatrzenia w Najwyższym Sądzie Państwowym”⁵⁶. Ponadto, Gosudarstwienna-ja ustawnaja gramota wprowadzała do ustroju wymiaru sprawiedliwości Imperium Rosyjskiego sądy apelacyjne: izby sądowe do spraw karnych, izby sądowe do spraw cywilnych oraz sądy nadworne w Sankt-Petersburgu i Moskwie. Funkcję sądów pierwszej instancji, orzekających w sprawach karnych oraz cywilnych, pełnić miały dla szlachty sądy powiatowe, zaś dla mieszczan – magistraty miejskie. Przewidywano także dalsze istnienie sądów: handlowych (*komierczeskich*), sumienia (*sowiestnych*) oraz pokoju (*mirowych*), a także innych, których działalność byłaby, jak to ujmowano, niezbędna. W zakresie struktury sądownictwa nawiązano do rozwiązań przyjętych w dobie panowania Katarzyny II (1729-1796), a wynikających z treści całego pakietu Instytucji dla zarządu guberniami Imperium Wszechrosyjskiego (Uczereżdienije dlia uprawlenija gubernij Wsierossijskoj imperii) wydanego w latach

55 Ibidem, 236 (art. 180-184).

56 Ibidem, 237 (art. 185-187).

1775– 1785⁵⁷. Projekt karty konstytucyjnej wprowadzał też wiele gwarancji normatywnych dla ogółu poddanych Korony Rosyjskiej. Stwierdzano w jej treści, iż: „Ustawa bez jakiegokolwiek różnicy, w sposób równy chroni wszystkich obywateli”, a także odwoływano się do brzemienia odwiecznej rosyjskiej zasady prawnej, iż nikt nie może zostać ukarany bez wyroku sądu (*bez suda nikto da nie nakazeťsia*). Uzupełniano tę normę o przepis z ordynacji gubernialnej Katarzyny II, stanowiący by „(...) nikt bez wskazania jego winy i przeprowadzenia przesłuchania w ciągu 3 dni po zatrzymaniu, nie został pozbawiony wolności i nie był przytrzymywany w więzieniu”⁵⁸. Zabraniano dokonywania zatrzymania, przestawiania zarzutów i pozbawiania wolności bez podstawy prawnej oraz zachowania określonych ustawą w takim przypadku reguł. Jako przestępstwo podlegające skazaniu na mocy ustawy karnej traktować miano samowolne zatrzymanie osoby trzeciej, zaś dokonanie tej czynności *lege artis* skutkowało koniecznością bezzwłocznego przedstawienia jej tego powodów. Do rangi konstytucyjnej podnoszono zasadę *nulum crimen sine lege*, wprowadzając regułę, iż właściwy zarówno podmiotowo, jak i zarazem przedmiotowo sąd mógł wydać wyrok wyłącznie na podstawie obowiązującego przepisu prawa karnego, obejmującego znamiona popełnionego czynu zabronionego. Normowano również instytucję prawa łaski, uznając, że z prośbą o nią (*vis agratiandi*) może wystąpić osoba, wobec której orzeczono karę śmierci, a także dożywotniego oraz powyżej 15 lat trwającego okresu przebywania w więzieniu, na katordze oraz zsyłce⁵⁹.

Rozwiązaniem w pełni nowym, nieznanym ówczesnemu systemowi prawa rosyjskiego, było wprowadzenie do projektu szeregu gwarancji ze strony państwa dla praw i wolności poddanych monarchii. Zawarte one zostały w specjalnie wyodrębnionym rozdziale zatytułowanym: Rękojmie władzy państwowej (Ruczatielstwa dzierzawnoj własci). W ich ramach zapewniano tożsamy status cywilnoprawny i polityczny różnych wyznań chrześcijańskich,

57 Ibidem, 237-238 (art. 188); Nadieżda Nikołajewna Jefremowa, Siergiej Aleksandrowicz Kołtunajew, „Zmienienia w sudiebnoj systemie pierwej połowiny XIX wieka”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. III, *Sudoustrojstwo i sudoproizwodstwo w period stanowlenija i razwitija absoliutizma (koniec XVII – sieredina XIX wieka)*, red. Siergiej Aleksandrowicz Kołtunajew (Moskwa: Norma, 2019), 505.

58 „Gosudarstwienaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 214 (art. 80-81); „Uczerieźdienije dlia uprawlenija gubernij Wsierosijskoj imperii”, [w:] *Akty carstwowanija Jekateriny II. Uczerieźdienija dlia uprawlenija gubernij i Żałowannyje gramoty dworianstu i gorodam*, red. G.N. Szmiełow (Moskwa: Peczatnja A.I. Sniegirewoj, 1907); 70 (art. 401).

59 „Gosudarstwienaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii”, 214-215 (art. 82-84; 87-88).

wszelako zastrzegając, iż konfesja prawosławna (*prawosławna greko-rosyjska wiera*) pozostanie na zawsze religią państwową Imperium Rosyjskiego oraz jego władcy i domu cesarskiego. Duchowni wszystkich wyznań, bez jakiegokolwiek wyjątku, cieszyć się mieli opieką i nadzorem ze strony prawa oraz władz rządowych. Gwarantowano wolność druku (*swoboda tisnienija obezpieczuwajet'sia*) zaś ustawa miała określić jej granice w celu przeciwdziałania ewentualnym nadużyciom dokonywanym na tym polu. Zezwalało wszystkim rosyjskim poddanym na swobodne opuszczenie granic Rosji wraz z majątkiem, w celu osiedlenia się w innym państwie, co jednak musiało nastąpić z zachowaniem przepisanych na taką okoliczność norm prawnych. Urzędy państwowe i funkcje wojskowe gwarantowano podanym rosyjskim, zapewniając wszelako zarówno ochronę cudzoziemców na niwie prawnej, jak też nabywanie przez nich dóbr nieruchomości w Imperium Rosyjskim. Prawo własności projekt określał jako święte i nienaruszalne, zastrzegając wszakże, iż władze rządowe mogą oczekiwać od osób fizycznych za odpowiednią rekompensatą „złożenia ofiary” z niego, wszelako normowanej przepisami ustawy. Gwarancją państwa na rzecz narodu miał stać się także wprowadzany system przedstawicielski, tworzony przez sejm państwowy (*gosudarstwiennyj sejm, gosudarstwiennaja duma*) składający się z trzech podmiotów: izby wyższej – Senatu, niższej – Izby Poselskiej (*Posolskaja palata*) oraz osoby imperatora⁶⁰.

W istocie rzeczy warszawski projekt karty konstytucyjnej dla Cesarstwa Rosyjskiego wprowadzić zamierzał dość skomplikowany model parlamentaryzmu. Sejm Państwowy miał bowiem być tworzony przez jego składowe przedstawicielstwa lokalne, ulokowane na poziomie namiestnictw – sejmy namiestnictw (*czastnyje sejmy namiestniczeskich obłastiej*), zwoływane co 3 lata oraz Ogólny Sejm Państwowy (*obszczij gosudarstwiennyj sejm*) obradujący co 5 lat. Władza prawodawcza skupiać się miała w osobie monarchy, w wykonywaniu której towarzyszyć miał mu Sejm Państwowy. Tekst Gosudarstwiennoj ustawnoy gramoty Rossijskoj imperii wprowadzał też obok słowa „sejm”, jako równoważny termin, osadzone głęboko w rosyjskiej tradycji ustrojowej sformułowanie „*duma*”⁶¹.

Twórcy projektu rosyjskiej ustawy konstytucyjnej przyjęli założenie, iż Senat (część jego członków) tworzyłyby izbę wyższą parlamentu w czasie obrad zwołanego przez imperatora sejm i wówczas też wspólnie z izbą poselską uczestniczyć miałyby w wykonywaniu władzy ustawodawczej. Do Senatu wchodziłyby dożywotnio osoby powołane przez cesarza oraz *ex lege* wszyscy pełnoletni wielcy książęta domu panującego. Liczbę członków Senatu określać miał osobiście imperator, ale nie mogła ona przekroczyć jednej czwartej ogólnej liczby posłów ziemskich oraz deputowanych w państwie. Senat

60 Ibidem, 213-217 (art. 78-79; 89-98).

61 Ibidem, 217 (art. 99-101).

strukturalnie dzieliłby się na departamenty ulokowane w stolicach namiestnictw, a także w Sankt-Petersburgu i Moskwie. Do rangi senatora cesarz mógł powołać osoby, które ukończyły 35. rok życia, przeszły stosowną karierę urzędniczą lub wojskową, a także uzyskiwały dochód z posiadanych nieruchomości nie niższy niż 1000 rubli w srebrze. Te ostatnie warunki wyłączone zostały z mocy prawa przy powoływaniu pierwszego składu Senatu. Projekt wyraźnie podkreślał, iż wielcy książęta – członkowie rodziny cesarskiej uzyskują prawo głosu w Senacie połączone z możliwością zasiadania w tym *gremium* dopiero z chwilą osiągnięcia 18 roku życia. Senatorowie oprócz przepisanych im obowiązków mieli być ponadto powoływani przez cesarza w określonej kolejności do wykonywania funkcji sędziego w sądach najwyższych⁶². W myśl założeń projektu w roli izby wyższej Ogólnego Sejmu Państwowego nie występowałby jednak Senat *en bloc*, lecz jedynie jeden z departamentów senackich: moskiewski lub sanktpetersburski, jednorazowo na czas obrad parlamentu powiększony o dodatkową liczbę senatorów wyznaczonych w tym celu przez cesarza. Z kolei izbę niższą – posłów ziemskich – tworzyć mieliby posłowie i deputowani stanowiący połowę ogólnej liczby tych przedstawicieli, wybrani spośród swojego grona w sejmach poszczególnych namiestnictw. Do kompetencji Ogólnego Sejmu Państwowego należeć miało rozpatrywanie projektów ustaw przygotowywanych przez Radę Państwa z zakresu prawa: cywilnego, karnego i administracyjnego, których moc obowiązująca miała rozciągać się na terytorium całego Imperium Rosyjskiego. Ponadto, organ ten byłby właściwy we wszystkich sprawach przekazanych mu przez monarchę, jak również w kwestiach obniżenia lub podwyższenia wysokości podatków, ofiar i danin pieniężnych oraz wszelkiego rodzaju innych obciążeń ponoszonych przez ludność, a ponadto uczestniczyłby w przygotowaniu generalnego budżetu państwa. W ramach funkcjonowania Ogólnego Sejmu Państwa przewidywano możliwość powołania przez każdą z jego izb komisji: prawodawczej, administracyjnej oraz finansów. W izbie wyższej komisje te miałyby liczyć po 5 osób, w izbie niższej natomiast tworzone byłyby poprzez 3 posłów. Miały one współpracować w zakresie legislacji z Radą Państwa, której członkowie mogli brać udział, z prawem wypowiedzania się w kwestiach merytorycznych, w pracach obu izb Ogólnego Sejmu Państwowego⁶³.

62 Ibidem, 226-228 (art. 136-141;147).

63 Ibidem, 221-224 (art. 114-224), nieco inne unormowania wprowadzano dla pozostających poza okręgami namiestnictw, stolic: Sankt-Petersburga oraz Moskwy. Struktura sejmów stołecznych była podobna do przedstawicielstw namiestnictw, lecz izbę wyższą tworzył ulokowany w danej stolicy departament Senatu, zaś izbę poselską osoby wyznaczone przez cesarza z grona wybranych w stolicach i powiatach guberni posłów i deputowanych. Izby poselskie sejmów stołecznych wybierać miały ze

Na poziomie lokalnym – namiestnictw, twórcy Gosudarstwiennoj ustawnoy gramoty zakładali funkcjonowanie partykularnych sejmów (*czastnyh dum*), okręgów namiestniczych (*sejmy namiestniczeskich obłastiej*), także dwuizbowych i również z udziałem imperatora. Izbę wyższą otworzyć miał jeden departament Senatu funkcjonujący w miejscu rezydencji władz tegoż okręgu namiestniczego, zaś niższą – dwie trzecie liczby wygranych w tymże okręgu posłów i deputowanych, zatwierdzonych przez cesarza. Nosić ona miała nazwę Ziemskiej Izby Poselskiej (*Ziemszkaja posolskaja palata*). Posłowie i deputowani do jej składu mieli być wybierani przez powiatowe sejmiki szlacheckie (*ujezdnyje dworianskije sobranija*) i obywatele tychże jednostek podziału administracyjnego (*graždanskije obszczestwa*). Połowa składu osób zasiadających w ziemskich izbach poselskich sejmów namiestniczych miała ulegać odnowieniu przy powoływaniu nowego przedstawicielstwa, przy założeniu iż wyłącznie jednokrotnie, w warunkach pierwszego sejmiku, miało o tym zadecydować losowanie. W projekcie stwierdzano, iż tym sposobem „[...] jedna połowa na swojej funkcji trzy lata, a druga sześć lat”, zastrzegając zarazem, iż posłowie opuszczający izbę w wyniku przeprowadzonego losowania „[...] mogą zostać ponownie wybrani”. W przypadku kolejnych sejmów namiestniczych już w bardziej odległej przestrzeni temporalnej posłowie mieli kończyć okres swojego zasiadania w izbie nie w drodze dokonanej losowania, ale z uwzględnieniem ich stażu sejmowego – „[...] według starszeństwa”. Wprowadzenie analogicznego rozwiązania przewidywano również dla poselskich izb obu sejmów stołecznych – Moskwy oraz Sankt-Petersburga⁶⁴. Zakres właściwości przedmiotowej sejmów okręgów namiestniczych sprowadzał się do rozpatrywania projektów ustaw przekazanych im przez Radę Państwa na wyraźne w tym zakresie polecenie imperatora, ze szczególnym uwzględnieniem tych aktów normatywnych z zakresu prawa miejscowego, które w przyszłości miały obowiązywać na terenie właśnie tej prowincji Imperium Rosyjskiego. Projekty ustaw miejscowych mogły być też wnoszone pod obrady sejmiku prowincjonalnego, z nakazu cesarza, za pośrednictwem Rady Rządzącej namiestnictwa, o ile wcześniej zostały do niej skierowane. Ponadto, za zgodą władcy, sejmy okręgów namiestniczych były właściwe dla podejmowania rozstrzygnięć w sprawie podniesienia lub obniżenia podatków, składek, powinności ziemskich, dochodów i wydatków namiestnictwa (budżet), jak to dość szeroko ujmowano w projekcie „[...] jednym słowem we wszystkim, co monarsze, z dobrodziejstwa wysokości, będzie dane wnosić do nich celem rozpatrzenia”. Partykularne sejmy namiestnictw miały także rozpatrywać sprawozdania władz administracyjnych oraz opiniować wnioski i petycje wyborców, kierowane do centralnych władz Imperium Rosyjskiego,

swojego składu jedną czwartą część posłów i deputowanych do Ogólnego Sejmu Państwowego, zaś z tego grona cesarz wyznaczał połowę.

64 Ibidem, 217-218; 229 (art. 148-151).

a następnie do osoby monarchy. W ramach sejmów prowincjonalnych przewidziano funkcjonowanie komisji: prawodawczych, administracyjnych oraz finansów⁶⁵.

Projekt Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii opracowany w warszawskiej kancelarii senatora Nikołaja Nowosilcowa ostatecznie nie uzyskał sankcji cesarskiej, trafił *ad acta* i nie stał się nigdy obowiązującą Ustawą Konstytucyjną Cesarstwa Rosyjskiego, a sama Rosja nie przekształcała się monarchię konstytucyjną, zrywając tym samym z systemem władczego *samodzierżawia*. Szerzej nieznaną rosyjskiej i polskiej opinii publicznej przeleżał zapomniany w stolicy Królestwa Polskiego przez prawie dekadę. Ponownie dane mu było jednak zaistnieć w znacząco innej roli, już w dobie nowego panowania imperatora Mikołaja I (1825-1855), i to w radykalnie zmienionej sytuacji politycznej. Po wybuchu powstania listopadowego, w 1830 roku insurgenci trafili przypadkowo na przechowywany tekst Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii. W swoich *Wspomnieniach* aktywny uczestnik wydarzeń z lat 1830-1831, książę Leon Sapieha (1803-1878), spisując je już po wielu latach od wydarzeń nocy listopadowej, stwierdza: „W papierach pozostałych w Warszawie po Nowosilcowie znaleziono wiele rzeczy ciekawych, mogących objaśnić panowanie cesarza Aleksandra I. Między innymi był projekt konstytucji dla całego państwa rosyjskiego wyrobiony z rozkazu tegoż cesarza. Miała być Rosja podzielona na prowincje podług narodowości i tak. Litwa z Białą-Rusią miała być jedną – Wołyń, Podole, Ukraina, podobno nawet Zadnieprska drugą – prowincje niemieckie, trzecią. O innych nie pamiętam. Każda prowincja miała mieć swój sejm, stanowiący o wszystkich sprawach administracyjnych i wewnętrznych. Dla spraw dotyczących się ogół monarchii mieli się w Petersburgu zbierać delegaci ze wszystkich sejmów. Zapewne byłby cesarz konstytucję Królestwa Polskiego zmodyfikował i do ustroju całego państwa zastosował. [...] Mojem zdaniem, byłaby to jedynie możliwa forma rządu w kraju, złożonym z wielu narodowości. Poza tem innej formy nie ma, chyba rząd wojskowy, na gwałcie i sile materialnej oparty”⁶⁶.

65 Ibidem, 218-221 (art. 103-113).

66 Leon Sapieha, *Wspomnienia (z lat od 1803 do 1863 r.)*, wydał Bronisław Pawłowski z przedmową Stanisława Tarnowskiego (Lwów, Warszawa: Herman Altenberg, Gustaw Seyfarth, Edward Wende i Sp., 1914), 155; 342, gdzie sugeruje się, iż zamierzano utworzyć 10 okręgów namiestniczych w Imperium Rosyjskim; odmiennie: Mironienko, *Samodzierżawie i reformy*, 192-193, który w oparciu o zachowany dokument w aktach Komitetu 6 grudnia 1826 roku, pochodzący z papierów Aleksandra I znalezionych po jego śmierci w gabinecie cesarskim jednej z rezydencji władcy: pałacu na Wyspie Kamiennej, w Pałacu Zimowym w Sankt-Petersburgu lub w Carskim Siole podaje, iż jest wysoce prawdopodobne,

Znaleziony w kancelarii senatora Nowosilcowa tekst projektowanej *Ustawy konstytucyjnej Imperium Rosyjskiego* władze powstańcze zdecydowały się wykorzystać jako oręż, swoistego rodzaju broń psychologiczną, w toczonej wojnie z mikołajewską Rosją. Został wydany drukiem formie dwujęzycznej broszury (z tekstem równoległym francusko-rosyjskim) w nakładzie dwóch tysięcy egzemplarzy i opatrzony słowem wstępnym w języku polskim oraz francuskim ministra spraw zagranicznych insurekcyjnego rządu Królestwa Polskiego Andrzeja Horodyskiego (1773-1847/1857)⁶⁷, datowanym na dzień 15 lipca 1831 roku w Warszawie. Pisał on: „Wśród krwawego boju, jaki naród

że przewidywano powołania 12 okręgów namiestniczych. Obejmowałyby one kolejne gubernie: 1) kurlandzką, liftlandzką, estlandzką oraz pskowską (miejsce rezydencji namiestnika: Psków); 2) witebską, smoleńską, mohylewską i kałużską (Witebsk); 3) czernihowską, kijowską, połtawską, charkowską, a także kurską (Kijów); 4) obwód besarabski, gubernie: chersońską, jekaterinosławską, taurydzką (Odessa); 5) archangielską, ołoniecką, wołogską (Archangielsk); 6) nowgorodską, twerską, jarosławską, władimirską oraz kostromską (Twer); 7) tulską, orłowską, woroneżską, tambowską, riazańską (Tuła); 8) wiatską, permską, orenburską (Orenburg); 9) niżegorską, kazańską, symbirską, saratowską, jak również: penzeńską (Kazań); 10) astrachańską, obwód kaukaski, Gruzję (zapewne Kachetia), Imeretia, Mingrelia (Tyflis – obecnie: Tbilisi); 11) gubernie: tobolska, tomska, irkucka wraz z Kamczatką (Tomsk); 12) wileńską, grodzieńską, mińską, wołyńską oraz podolską, jak również: okręg Białostocki (Wilno). Dokument nie uwzględnia obszaru Królestwa Polskiego jako odrębnego okręgu namiestniczego. Nic też nie wiadomo o istnieniu załącznika do treści projektu *Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii* z wyszczególnieniem proponowanego podziału na okręgi namiestnicze. Z kolei informacje o 10 okręgach, bez ich dokładnego wyszczególnienia, poza stwierdzeniem, iż: „Gdyby tak się stało, wówczas gubernie Wilno, Grodno, Mińsk, Podole i Wołyń – czyli rozbiorowe zdobycze Rosji – utwierdziłyby się jako samodzielne elementy ustroju, co wzmocniłoby polskie nadzieje na odzyskanie dawnych obszarów wschodnich”, podaje również: Klaus Zernack, *Polska i Rosja. Dwie drogi w dziejach Europy*, przeł. Andrzej Kopacki (Warszawa: Wiedza Powszechna, 2000), 385.

67 Władysław Zajewski, „Powstanie listopadowe 1830-1831”, [w:] Stefan Kieniewicz, Andrzej Zahorski, Władysław Zajewski, *Trzy powstania narodowe kościuszkowskie, listopadowe, styczniowe*, red. Władysław Zajewski (Warszawa: Książka i Wiedza, 2000), 159; 256; *Charte constitutionnelle de l'Empire de Russie – Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii* (Varsovie-Warszawa, 1831), 1; w tym miejscu chciałbym bardzo podziękować Panu prof. dr. hab. Markowi Michalskiemu

polski w wielkiej sprawie o niepodległość toczy z zastępami cesarza Rosji, który mu to najistotniejsze dobro wydrzeć usiłuje, ani na chwilę nie wyrzekli się Polacy uczuć wspańiałości, uczuć ludzkości, jakie Narody winne są sobie nawzajem – ani na chwilę, nie przestali życzyć narodowi rosyjskiemu, aby i on kiedyś prawem zasadniczym obdarzony, swobodniejszym cieszył się bytem. Rząd Narodowy dzieląc te same uczucia, prawdziwej doznał radości z odkrycia śladu, że była kiedyś dla Rosjan szczęśliwa chwila, w której głos prawdy, przedarł się do podbojów samodzierżawcy i żądał ustawy zasadniczej; że i w Rosji nareście tak ważnym, a pewnie najporządniejszym dla mieszkańców tego kraju, zaczęto się zajmować dziełem”. Minister Horodyski podkreślał też, iż Rząd Narodowy bezzwłocznie uznał potrzebę upublicznienia tekstu znalezionej w papierach pozostałych po Nikołaju Nowosilowie, chociaż zaznaczał, iż wówczas władze polskie nie posiadały informacji ani co do czasu, ani też okoliczności jego stworzenia. Nie wiedziały też, czyjego był autorstwa, chociaż trafnie określały, iż: [...] projekt rosyjski późniejszym jest od Konstytucji Królestwa Polskiego z roku 1815”, gdyż: [...] przyswoił z niej bowiem wiele artykułów, jak o tem wzmianki na boku rękopismu znajdujące się świadczą”. Dodatkowo uzupełniano tę informację o dołączeniu do tekstu Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskoj imperii sumarycznego zestawienia materii regulowanej polską kartą konstytucyjną z 1815 roku. Tekst swojego wprowadzenia kończył Andrzej Horodyski rewolucyjnym wręcz przesłaniem adresowanym do poddanych imperatora Mikołaja I. Pisał: „Narodowi rosyjskiemu zostawiamy zgłębić powody, dla których ten tak wielki zamiar, dzieło tyle ważne, dotąd w utajeniu spoczywało. Szczerze życząc Rosji, aby przypadek tego odkrycia i ogłoszenia, przypominał Rządowi Rosyjskiemu, że czas jest, aby naród pod jego kierunkiem zostający, który tak dawno polepszenia bytu swego wymaga, naród, który miliony liczy ucieszonych samowolnością bezrządu, zaczął nareście kosztować błogich owoców monarchiczno-konstytucyjnego układu. Cieszyć się będą Polacy, jeżeli ogłoszeniem odkrytego projektu, jakąkolwiek przysługę temu wielkiemu narodowi oddadzą”⁶⁸.

To z czego, jak twierdził minister polskiego Rządu Narodowego Andrzej Horodyski, „cieszyć się” mieli Polacy, diametralnie odmienne uczucia budziło jednak u Mikołaja I. Bezpośrednio po wkroczeniu do Warszawy wojsk rosyjskich 8 września 1831 roku⁶⁹ księgarne jeszcze dość swobodnie

za udostępnienie tej niezwykle rzadkiej i cennej pozycji bibliograficznej z Jego księgozbioru.

68 Andrzej Horodyski, „Wśród krwawego boju...”, [w:] *Charte constitutionnelle de l'Empire de Russie – Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii* (Varsovie-Warszawa, 1831), i-vii.

69 Wacław Tokarz, *„Wojna polsko-rosyjska 1830 i 1831* (Warszawa: Wojskowy Instytut Naukowo-Wydawniczy, 1930), 591-594; Dmitrij

oferowały w swojej ofercie wydaną przez Rząd Narodowy Gosudarstwienną ustawną gramotę Rossijskoj imperii. Imperator, w liście kierowanym do feldmarszałka Iwana Fiodorowicza Paskiewicza (1782-1856), pisanym z Carskiego Sioła 14 (26) września 1831 roku, polecał mu zwrócenie szczególnej uwagi na nawiązane kontakty i zachowania oficerów armii rosyjskiej stacjonujących w Królestwie Polskim, wyrażając w tym kontekście obawy co do możliwości recepcji przez nich rewolucyjnych, niepożądanych idei. Pisał: „Najbardziej obawiam się obyczajowej zarazy”. Informował zarazem Paskiewicza, iż generał Nikołaj Dmitrijewicz Czertkow (1794-1852) ze sztabu feldmarszałka zdążył już dostarczyć mu z Warszawy „[...] egzemplarz projektu konstytucji dla Rosji, znalezione u Nowosilcowa w papierach”, dodając przy tym: „[...] wydrukowanie tego dokumentu nadzwyczaj przykre; na 100 naszych młodych oficerów 90 przeczyta, nie zrozumie lub zbagatelizuje, ale 10 pozostawi w pamięci, przeanalizują – co najistotniejsze *nie zapomną*. To najbardziej ze wszystkiego mnie niepokoi”. Uznawał, iż stanowi to powód pozostawienia jako niezbędnego minimum oddziałów gwardyjskich w Warszawie, a także potrzeby w miarę częstej wymiany składu osobowego stacjonującego w stolicy Królestwa Polskiego garnizonu. Uzupełniał ten wątek słowami, iż nakazał warszawskiemu gubernatorowi wojennemu, hrabiemu Iwanowi Osipowiczowi (Janowi) de Witt (1781-1840) starać się „[...] pozyskać jak można najwięcej egzemplarzy tej książeczki i zniszczyć – dodając – a rękopis odszukać i przysłać do mnie, tak jak i oryginał aktu polskiej konstytucji, którego poszukiwać należy w archiwum Senatu”⁷⁰. Przyszły namiestnik Królestwa Polskiego⁷¹ niezwłocznie podjął kroki zmierzające do wypełnienia

Wasilewicz Mitiurin, *Feldmarszałek Paskiewicz. Historia kariery idealnej*, przeł. Walentyna Mikołajczyk-Trzecińska (Warszawa: EKBIN Studio PR, 2017), 253.

- 70 Mikołaj I, „List do Iwana Fiodorowicza Paskiewicza, dat. Carskie Sioło, 14(26) września 1831 roku”, [w:] Aleksiej Piotrowicz Szczerbatow, *Generał-feldmarszałk książę Paskiewicz. Jego życie i diejatielność*, t. IV, 1831 god (Sankt-Peterburg: Tipo-Litografija Roman Romanowicz Golike, 1894), 108-110, nr 5.
- 71 Aleksiej Piotrowicz Szczerbatow, *Generał-feldmarszałk książę Paskiewicz. Jego życie i diejatielność*, t. V, 1832-1847 gg (Sankt-Peterburg: Tipografija Trenke i Fiusno, 1896), 61 podaje, iż Iwan Paskiewicz uprzedził podpisanie przez Mikołaja I jego nominacji na urząd Namiestnika Królestwa Polskiego i już 9 dni wcześniej ogłosił w Warszawie objęcie przez siebie tego urzędu, nie otrzymawszy jeszcze stosownego dokumentu. Sam akt nominacji został podpisany przez cesarza 22 marca (3 kwietnia) 1832 roku. W liście z 14(26) marca Paskiewicz donosząc imperatorowi o przebiegu uroczystości związanych z ogłoszeniem *Statutu Organicznego dla Królestwa Polskiego* z tej samej daty, zaznaczał, iż znając:

woli cesarskiej, przekazując imperatorowi zarówno oryginał egzemplarza Ustawy konstytucyjnej Królestwa Polskiego z 1815 roku, jak i 1578 egzemplarzy drukowanego tekstu Gosudarstwiennoj ustawnoj gramoty Rossijskiej imperii wykupionych z rąk przede wszystkim warszawskich księgarzy. Według określenia feldmarszałka Paskiewicza „tak zwana Konstytucja Rosyjska” była, jak ustaliły to rosyjskie władze wojskowe, wydana w nakładzie 2000 sztuk, z czego 102 broszury ten tekst zawierające zostały sprzedane osobom fizycznym przed zajęciem Warszawy w początkach września 1831 roku, 18 – w pierwszych dniach po tym wydarzeniu, zaś bezpośrednio po jej ukazaniu się 150 przejął na swoje potrzeby polski Rząd Narodowy. Na rozkaz jednego z najbliższych współpracowników Mikołaja I, osoby pozostającej w świetle cesarskiej i szefa kancelarii imperatorskiej, generała-adiutanta hrabiego Władymira Fiodorowicza Adlerberga (wł. Eduard Ferdinand Woldemar von Adlerberg, ur. 1791 – zm. 1884), skierowany do komendanta wojskowego Moskwy generała, barona Karła Gustawowicza Staal’a (1777-1853), wszystkie 1578 zakupionych egzemplarzy opracowanego i wydrukowanego następnie przez władze powstańcze w Warszawie projektu rosyjskiej karty konstytucyjnej z lat 1818-1820, zdeponowane w dwóch opieczętowanych skrzyniach, zostały spalone w obrębie kompleksu budynków Arsenalnego Dworu moskiewskiego Kremla w końcu listopada 1831 roku. W żaden sposób nie spowodowały te działania samodzierżawnej władzy odejścia w niepamięć historii tej jednej z pierwszych prób przekształcenia Imperium Rosyjskiego w monarchię konstytucyjną, zaś sam tekst projektowanej karty Aleksandra I był już w XIX wieku przedrukowywany i rozpowszechniany na zachodzie Europy⁷². W istocie rzeczy pozostał pamiątką niezrealizowanej koncepcji ogólnego przekształcenia ustroju Rosji w duchu charakterystycznego dla monarchii europejskich konstytucjonalizmu początków XIX stulecia, przy tym w swej genezie zarówno ideowej, jak i też na niwie recepcji prawa silnie powiązanego z miejscem powstania – z Królestwem Polskim, Warszawą, a także litewsko-polską tradycją konstytucyjną.

„Waszą wolę, ale nie otrzymawszy ukazu, samodzielnie ogłosiłem siebie namiestnikiem Królestwa”. Cesarz odpowiedział mu listem z dnia 23 marca (4 kwietnia), gdzie *expressis verbis* stwierdził: „Ogłaszając siebie namiestnikiem, uczyniłeś bardzo dobrze”.

- 72 Minajewa, *Potajennyje konstitucii Rossiji*, 46-47; Denis Nikołajewicz Sziłow, „Adlerberg Władimir Fiodorowicz”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskoj imperii. Gławy wysszich i centralnych uczreźdienij 1802-1917. Biobibliograficzeskij sprawocznik* (Sankt-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropejskij uniwersitet w Sankt-Peterburge, 2001), 37-38.

Bibliografia

- Ajrabetow Oleg, *Istorija wnieszniej polityki Rossijskoj imperii 1801-1914. 1801-1825 Wnieszniaja polityka imperatora Aleksandra I*. Moskwa: O.O.O. Kuczkowo pole, 2017.
- Akuliszyn Piotr. Władymirowicz, *P.A. Wiaziemskij. Własť i obszczestwo w doreformennoj Rossiji*. Moskwa: Izdatielstwo Pamjatniki istoriczeskoj myśli, 2001.
- Andersson Ingvar, *Dzieje Szwecji*, przeł. Stanisław Piekarczyk. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1967.
- Askenazy Szymon, *Rosya-Polska 1815-1830*. Lwów, Warszawa: nakładem H. Altenberga; E. Wende i spółka, 1907.
- Bartoszewicz Kazimierz, *Utworzenie Królestwa Kongresowego*. Kraków: Nakładem Centralnego Biura Wydawnictw N.K.N., 1916.
- Barzykowski Stanisław, *Historia powstania listopadowego*, t. I. Poznań: Księgarnia Jana Konstantego Żupańskiego, 1883.
- Baszkieicz Jan, *Historia Francji*. Wrocław-Warszawa-Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 2003.
- Bespałowa Jelena Konstantinowna, Jewgienija Konstantinowna Rykowa, *Simbirskij rod Turgieniewych*. Ulianowsk: Ulianowskij gosudarstwiennyj techniczeskij uniwersytet, 2011.
- Borodkin Michaił Michajłowicz, *Sprawki o „konstituciji” Finliandii*. Sankt-Peterburg: Wojennaja Tipografija, 1900.
- Borodkin Michaił Michajłowicz, *Istorija Finliandii. Wriemia imperatora Aleksandra I*. Sankt-Peterburg: Gosudarstwiennoj Typografija, 1909.
- Czapliński Władysław, Adam Galas, Waclaw Korta, *Historia Niemiec*. Wrocław, Warszawa, Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1990.
- Czernow Siergiej Leonidowicz, Kirył Siergiejewicz Czernow, *Gosudarstwiennoj Ustawnoj Gramota Rossijskoj Imperii – istocznik dlia izuczenija prawitielstwiennoho konstitucjonalizma pierwoj czetwierti XIX wieka. Uczebno-metodiczeskoje posobieje*. Moskwa: Izdatielstwo PULS, 2014.
- Dusajew Rostisław Naufaldowicz, Marija Borisowna Rewnowa, *Finliandia ot Aleksandra I do Aleksandra III (istoriko-prawowej oczerk)*. Sankt-Peterburg: Izdatielstwo Juridiczeskogo instituta, 2012.
- Fedorczenko Walerij Iwanowicz, „Nowosilcow Nikołaj Nikołajewicz, graf”, [w:] Walerij Iwanowicz Fedorczenko, *Senatory Rossijskoj imperii. Encykłopedija biografij*, 121-122. Moskwa: t. II, Minuwszyje, 2018.
- Fedorczenko Walerij Iwanowicz, „Wiaziemskij Piotr Andrejewicz, książ ...”, [w:] Walerij Iwanowicz Fedorczenko, *Senatory Rossijskoj Rossijskoj imperii. Encykłopedia biografij*, 211-213. Moskwa: t. I, Minuwszyje, 2018.
- Gierowski Józef Andrzej, *Historia Włoch*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1986.
- Gimelson Maksim Isaakowicz, *P.A. Wiaziemskij. Żiżń i tworczestwo*. Leningrad: Izdatielstwo Nauka, Leningradskoje otdielenije, 1969.

- Gradowski Aleksandr Dmitrjewicz, *Naczęła russkiego gosudarstwiennogo prawa*, t. I. *O gosudarstwiennom ustrojstwie*, red. Władimir Aleksiejewicz Tomsinow. Moskwa: Izdatielstwo Ziercało, 2006.
- Izdebski Hubert, „Absolutyzm rosyjski w obliczu konstytucjonalizmu w Europie (XVIII-XIX w.)”, [w:] Adam Bosiacki, Hubert Izdebski, *Konstytucjonalizm rosyjski. Historia i współczesność*. Kraków: ARCANA, 2013.
- Izdebski Hubert, „Litewskie projekty konstytucyjne z lat 1811–1812 i ich wpływ na Konstytucję Królestwa Polskiego” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1 (1972): 92-136.
- Izdebski Hubert, „Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z 1815 roku”, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, t. 1, red. Marian Kallas. 185-232. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1990.
- Jefremowa Nadieżda Nikołajewna, Siergiej Aleksandrowicz Kołtunajew, „Zmienienia w sudebnoj systemie pierwej połowiny XIX wieku”, [w:] *Istorija suda i prawosudija w Rossiji*, t. III, *Sudoustrojstwo i sudoproizwodstwo w period stanowlenija i razwitija absoliutizma (koniec XVII – sieredina XIX wieku)*, red. Siergiej Aleksandrowicz Kołtunajew. Moskwa: Norma, 2019.
- Jussila Osmo, *Wielikoje Kniażestwo Finliandskoje 1809-1917*, przeł. W.M. Awcinow, L.W. Anisimow, S.S. Bielajew, I.E. Naletowa, red. A.Ju. Rumiancewa. Helsinki: Ruslania, Books Oy, 2009.
- Karajew Nikołaj Iwanowicz, *Proischożdienije sowriemiennogo narodno-prawowego gosudarstwa: istoriczeskij oczerk konstitucionnych uczeżdzenij i uczenij do sierediny XIX wieku*. Sankt-Peterburg: Tipografija M.[ichaiła] M.[atwiejewicza] Stasiulewicza, 1908.
- Klinge Matti, *Impierskaja Finliandia*, przeł. I. Sołomeszcza, W. Musajewa, A. Rupasowa. Sankt-Peterburg: Izdatielskij Dom Koło, 2005.
- Kodan Siergiej Władimirowicz, „Pierwyj projekt konstitucionnogo akta w Rossij”, [w:] *Rossijskij konstitucionalizm w kontekste istoriko-prawowych issledowanij*, red. Dżenerwa Igorijewna Łukowskaja, Natalia Wiktorowna Dunajewa. 98-110. Sankt-Peterburg: FGBU Prezidentskaja biblioteka imieni B.N. Jelcyna, 2014.
- Korkunow Nikołaj Michajłowicz, *Russkoje gosudarstwiennoje prawo*, t. I. *Wwiedienije i obszczaja czast*, red. i uzupełnienia Zurab Dawidowicz Awałow (Awiliszwili), Michaił Borysowicz Gorenberg, Konstantin Nikołajewicz Sokołow. Sankt-Peterburg: Tipografija Michaiła Matwiejewicza Stasiulewicza, 1908.
- Kudriawcewa Jelena Pietrowna, *Ministerstwo inostrannyh diet Rossiji wo wto-roj czetwerti XIX wieku*. Moskwa: Izdatielstwo MGIMO-Uniwersitet, 2019.

- Łotman Jurij Michajłowicz, „P.A. Wiaziemskij i dwiżenije dekabristow”, *Tartu Rikliku Ülikooli Toimetised. Uczonyje zapiski Tartuskogo Gosudarstwiennogo Uniwersiteta*, nr 98, 24-142, 1960.
- Mitiurin Dmitrij Wasilewicz, *Feldmarszałek Paskiewicz. Historia kariery idealnej*, przeł. Walentyna Mikołajczyk-Trzecińska. Warszawa: EKBIN Studio PR, 2017.
- Minajewa Nina Wasiliewna, *Potajennyje konstituciji Rossiji*. Moskwa: N.P. Sotrużestwo Posew, 2010.
- Mironienko Siergiej Władymirowicz, *Samodzierżawije i reformy. Politiczeskaja borba w Rissiji w naczale XIX wieka*. Moskwa: Izdatielstwo Nauka, 1989.
- Mironienko Siergiej Władymirowicz, *Stranicy tajnoj istorii samodzierżawia. Politiczeskaja istorija Rossiji pierwoj połowiny XIX stoletija*. Moskwa: Izdatielstwo Mysl, 1990.
- Murawjew Władimir, *Nikołaj Karamzin*. Moskwa: Izdatielstwo Izograf, Izdatielstwo EKSMO, 2005.
- Okuń Siemion Bencianowicz, *Rossijsko – amerikanskaja kompanija*. Moskwa: Konceptuał, 2019.
- Ordin Kesar Filipowicz, *Pokorenije Finliandii. Opyt opisanija po niezdannym istocznikam*. Sankt-Peterburg: Tipografija I.N. Skorochodowa, 1889.
- Pisarkowa Lubow Fiedorowna, *Gosudarstwiennoje uprawnienije Rossiji w pierwoj czetwerci XIX w.: Zamysły, projekty, wopłoszczenije*. Moskwa: Nowyj Chronograf, 2012.
- Pisarkowa Lubiow Fiedorowna, *Gosudarstwiennoje uprawnienije Rossiji w pierwoj trieti XIX w.: Stanowlenije ministerskoj sistemy*. Moskwa: NP Izdatielstwo Nowyj chronograf, 2019.
- Prokofiew Wadim Aleksandrowicz, *Gercen*. Moskwa: Mołodaja Gwardija, 1987.
- Pychałow Igor, *Finlandija. Gosudarstwo iz carskoj probirki*. Sankt Peterburg, Moskwa, Jekatierinburg, Woroneż, Niżnij Nowgorod, Rostow-na-Donu, Samara, Mińsk: Izdatielstwo Piter, 2019.
- Rolf Malte, *Polskije ziemli pod włastiju Peterburga. Ot wienskogo kongressa do pierwoj mirowoj*, przeł. Kirył Lewinson. Moskwa: Nowoje literaturnoje obozrenije, 2020.
- Rayfield Donald, *Edge of Empires. A History of Georgia*. London: Reaction Books, Ltd, 2012.
- Rey Marie-Pierre, *Aleksandr I*, przeł. A. Ju. Pietrowa, A. Ju. Tereszczenko. Moskwa: *Rossijskaja politiczeskaja encykłopedija* – ROSSPEN, 2013.
- [Romanow] Nikołaj Michajłowicz, wielki książę, *Imperator Aleksandr I. Biografija*. Moskwa: Zacharow, 2010.
- [Sabłukow] Nikołaj Aleksandrowicz], *Zapiski generała N.A. Sabłukowa o wriemienach imperatora Pawła I i o konczinie etogo gosudarja*. Moskwa:

- Fond Preobrażenije, *Obszczestwo sochranienija literaturnogo nalsedija*, 2002.
- Sarnecki Paweł, „Wstęp”, [w:] *Najstarsze konstytucje*, wyb., przeł. Paweł Sarnecki, 5-9. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997.
- Skarbek Fryderyk, *Dzieje Polski*, cz. II., *Królestwo Polskie od epoki początku swego do rewolucji Listopadowej*. Poznań: Nakładem Księgarni J.K. Żupańskiego, 1877.
- Szczepkowski Adalbert Wikientjewicz. *Nikołaj Michajłowicz Karamzin*. Moskwa: OOO Kuczkowo pole, Swjaż epoch, 2016.
- Szczerbatow Aleksiej Piotrowicz, *General-feldmarszał kniaź Paskiewicz. Jego życie i działalność*, t. V. 1832-1847 gg. Sankt-Peterburg: Tipografija Trenke i Fiusno, 1896.
- Szilder Nikołaj Karłowicz, *Imperator Aleksandr pierwszy. Jego życie i carstwowanie*, t. I. Moskwa: OAO Moskowskije uczebniki i Kartolitografija, 2008.
- Szilder Nikołaj Karłowicz, *Imperator Aleksandr pierwszy. Jego życie i carstwowanie s ilustracjami*, t. III. Moskwa: OAO Moskowskije uczebniki i Kartolitografija, 2009.
- Szilder Nikołaj Karłowicz, *Imperator Aleksandr pierwszy. Jego życie i carstwowanie s ilustracjami*, t. IV. Moskwa: OAO Moskowskije uczebniki i Kartolitografija, 2010.
- Sziłow Denis Nikołajewicz, „Adlerberg Władimir Fiodorowicz”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskiej imperii. Gławy wysszych i centralnych uczreżdzenij 1802-1917. Biobibliograficzeskij sprawocznik*. Sankt-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropejskij uniwersitet w Sankt-Peterburge, 2001.
- Sziłow Denis Nikołajewicz, „Bałaszow Aleksandr Dmitrijewicz”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskiej imperii. Gławy wysszych i centralnych uczreżdzenij 1802-1917. Biobibliograficzeskij sprawocznik*. 56-59. S[ankt]-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropejskij uniwersitet w Sankt-Peterburge, 2001.
- Sziłow Denis Nikołajewicz, „Nowosilcow Nikołaj Nikołajewicz”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskiej imperii. Gławy wysszych i centralnych uczreżdzenij 1802-1807. Biobibliograficzeskij sprawocznik*. 465-467. S[ankt]-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropejskij uniwersitet w Sankt-Peterburge, 2001.
- Sziszow Aleksiej Wasiliewicz, *General-feldmarszał Iwan Iwanowicz Dibicz-Zabajkalskij „... Ja wies’ budu prinadleżat’ Rossiji!”*. Moskwa: Akademickij projekt, 2018.
- Szordykowska Barbara, *Historia Finlandii*. Warszawa: Wydawnictwo TRIO, 2011.
- Szpoper Dariusz, „Litewskie koncepcje odbudowy państwowości w sojuszu z Rosją do 1815 roku”, [w:] *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI*

- wieku, red. Marek Maciejewski, Maciej Marszał. 225-249. Wrocław: Kolonia Limited, 2002.
- Szumigorski Jewgienij Sewastianowicz, *Impierator Paweł I. Żiźń i carstwowanije*. Moskwa: Gosudarstwiennaja publicznaja istoriczeskaja biblioteka Rossiji, 2014.
- Śliwowska Wiktoria, *Aleksander Hercen*. Warszawa: Wydawnictwo Iskry, 2017.
- Tereszczuk Andriej, *Paweł I. Żiźń i carstwowanije*. Sankt-Peterburg: Vita Nova, 2011.
- Tokarz Waclaw, *„Wojna polsko-rosyjska 1830 i 1831*. Warszawa: Wojskowy Instytut Naukowo-Wydawniczy, 1930.
- Wandycz Piotr, *Pod zaborami. Ziemie Rzeczypospolitej w latach 1795-1918*, przeł. Wojciech Zajączkowski. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1994.
- Winkler Heinrich August, *Długa droga na Zachód*, t. I. *Dzieje Niemiec 1806-1933*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007.
- Witkowski Wojciech, *Historia administracji w Polsce 1764-1989*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2012.
- Wernadskij Gieorgij Władymirowicz, *Gosudarstwiennaja ustawnaja gramota Rossijskoj imperii 1820 g*. Praga: Tipografija Komiteta po obespieczeniju russkich studentow w Cz.S.R., 1925.
- Zajewski Władysław, „Powstanie listopadowe 1830-1831”, [w:] Stefan Kieniewicz, Andrzej Zahorski, Władysław Zajewski, *Trzy powstania narodowe kościuszkowskie, listopadowe, styczniowe*, red. Władysław Zajewski, 149-279. Warszawa: Książka i Wiedza, 2000.
- Zernack Klaus, *Polska i Rosja. Dwie drogi w dziejach Europy*, przeł. Andrzej Kopacki. Warszawa: Wiedza Powszechna, 2000.
- Zins Henryk, *Historia Anglii*. Wrocław, Warszawa, Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich; Wydawnictwo Bellona, 1995.

Jerzy Panejko i jego poglądy na instytucję samorządu

Jerzy Panejko and His Views on the Institution of the Local Government

The author analyzes materials related to the scientific activities of professor Jerzy Panejko. The author touched upon the problems of local government encountered by this researcher of Polish administrative law. He discusses issues related to the formation and development of local government (in particular in the context of Swiss local government), Panejko's activities in the bar, and the problem of his works edited in the areas of the former Austrian partition, but also a number of problems that arose in connection with the implementation of these new institutions.

Adam Ostrowski

*magister prawa
Akademia Pomorska w Słupsku*

ORCID – 0000-0003-3455-5963

Słowa kluczowe:
Jerzy Panejko, prawo administracyjne,
samorząd

Keywords:
Jerzy Panejko, the administrative law,
local government

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.163>

1. Wprowadzenie i biografia Jerzego Panejki

Profesor Jerzy Karol Panejko (1886-1973) był jednym z najwybitniejszych teoretyków polskiego prawa administracyjnego. Jako pomocnik kancelaryjny Namiestnictwa we Lwowie, zyskał doświadczenie zawodowe stosując normy prawa administracyjnego w praktyce. Stanowisko profesora nadzwyczajnego uzyskał postanowieniem z dnia 4 grudnia 1928 roku¹, natomiast funkcję

1 Lietuvos Centrinis Valstybės Archyvas (LCVA), mszp., sygn. 175. I. Bb. 761, Nominacja prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej doktora Jerzego Panejko na stanowisko profesora nadzwyczajnego z dnia 14 XII 1928 r. Ministerstwo Wyznań

profesora zwyczajnego objął osiem lat później². Tezy stawiane przez niego w trakcie aktywnej działalności naukowej w pierwszej połowie XX wieku znajdują swe odzwierciedlenie we współczesnym prawodawstwie. Postać Jerzego Panejki – dogmatyka, wykładowcy na Uniwersytecie Jagiellońskim, Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie, nauczyciela akademickiego pełniącego szereg funkcji zarówno katedralnych, jak i wydziałowych, po dzień dzisiejszy wzbudza zainteresowanie przedstawicieli nauki w różnych jej obszarach. W tym miejscu można wymienić prace autorstwa: Mikołaja Tarkowskiego³, Przemysława Dąbrowskiego⁴, Dariusza Szpopera⁵, Jarosława Dobkowskiego⁶, Adama Bosiackiego⁷, jak również Przemysława Marcina Żukowskiego⁸. Jednakże autorzy dotychczasowych opracowań naukowych nie

Religijnych i Oświecenia Publicznego. Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie. Zbiór Dokumentów Osobowych, k. 36-37.

- 2 LCVA, mszp., sygn. 175. 2. VI B. 58, Nominacja prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej doktora profesora nadzwyczajnego Jerzego Panejko na stanowisko profesora zwyczajnego z dnia 15 XII 1936 r., Akta Personalne prof. Jerzego Panejko, Wydział Prawa i Nauk Społecznych U. S. B., k. 40.
- 3 Mikołaj Tarkowski, *Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w latach 1919-1939* (Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, 2015); idem, „Główne kierunki pracy badawczej profesorów Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie (1919-1939)” *Przegląd Wschodni*, t. XI, z. 4 (2011).
- 4 Przemysław Dąbrowski, *Mutationes in doctrina iuris. Kwestia prac nad reformą uniwersyteckich studiów prawniczych w Polsce (1918-1939)* (Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej 2015); idem, „Nauczanie nauki administracji i prawa administracyjnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w okresie dwudziestolecia międzywojennego” *Czasopismo prawno-histeryczne*, t. LXVII, z. 1 (2015).
- 5 Dariusz Szpoper, Mikołaj Tarkowski, „Nauczanie prawa na Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie (1919-1939)”, [w:] *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, red. Ewa Kozerska, Piotr Sadowski, Andrzej Szymański (Opole: Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 2010).
- 6 Jarosław Dobkowski, „Jerzy Karol Panejko (1886-1973) – zarys biografii” *Studia Prawnoustrojowe*, R. XXVI (2014).
- 7 Adam Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyzmu, Doktryny samorządu terytorialnego Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939* (Warszawa: Liber, 2006).
- 8 Przemysław Żukowski, „Droga Jerzego Panejki do katedry prawa administracyjnego i nauki administracji na Wydziale Prawa i Nauk

charakteryzowali szczegółowo poglądów Jerzego Panejki na temat instytucji samorządu na gruncie prawodawstwa polskiego, a także wybranych państw europejskich. Z tego powodu treść artykułu skupia się w zdecydowanej mierze na aspekcie, któremu profesor poświęcił znakomitą większość swojej działalności naukowej, tj. samorządzie. Był on wszak, obok Henryka Dembińskiego – jego ucznia i autora rozprawy doktorskiej pt. *Osobowość publiczno-prawna samorządu w świetle metody dogmatycznej i socjologicznej*⁹, a także Tadeusza Bigo¹⁰, Aleksandra Krońskiego¹¹, czy Maurycego Jaroszyńskiego¹² uczonym, który niewątpliwie przyczynił się do znacznego rozwoju tejże problematyki w okresie prowadzenia swych najszerzej zakrojonych badań naukowych¹³. Owej instytucji poświęcił on zresztą szereg publikacji, począwszy od rozprawy habilitacyjnej zatytułowanej: *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*¹⁴.

To samo zagadnienie było przedmiotem innych publikacji o charakterze administracyjnoprawnym¹⁵. Oprócz tego Jerzy Panejko

Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie” *Res Gestae. Czasopismo Historyczne*, t. II (2016).

- 9 LCVA, mszp., sygn. 175. 2. VI B. 86, Pismo Henryka Dembińskiego do Rektoratu Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie z dnia 4 XII 1933 r. Doktoryzacja mgr Henryka Dembińskiego, Wydział Prawa i Nauk Społecznych U. S. B. k. 1 i n.
- 10 Autor m.in. *Z zagadnień ustrojowych samorządu* (Lwów: Związek Powiatów Rzeczypospolitej, 1933).
- 11 *Twórcy Teorii samorządu terytorialnego* Warszawa 1932, czy też *Ustrój komunalny miast* (Warszawa: M. Arcta, 1917).
- 12 „Rola i zadania samorządu terytorialnego w Polsce” *Kalendarz Samorządowy*, R. I (1926).
- 13 Tj. pierwszej połowie XX wieku.
- 14 Jerzy Panejko, *Geneza i podstawy samorządu europejskiego* (Paryż: Imprimerie de Navarre, 1926).
- 15 Te ogłoszone drukiem po przedstawieniu wniosku o mianowanie go profesorem zwyczajnym: „Z zagadnień nadzoru nad samorządem komunalnym w sprawach opieki społecznej” *Samorząd Terytorialny* z. I i II (1931): 1-25; „Samorząd instytucji ubezpieczeń społecznych w świetle teorii i prawa pozytywnego” *Przegląd Ubezpieczeń Społecznych*, z. XI (1931): 321 i n.; „Z zagadnień sądownictwa administracyjnego – na tle projektu ustawy o sądownictwie administracyjnym”, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* z. I (1932): 1-20; „O reformie nauczania administracji i prawa administracyjnego”, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* z. VII (1932): 8 i n.

opublikował¹⁶ także następujące opracowania i artykuły¹⁷. Fakt ten docenia wielu współczesnych autorów między innymi Karol Makles, który zwrócił uwagę na wyróżniającą się aktywność naukową tego wybitnego teoretyka samorządu¹⁸.

Jerzy Karol Panejko urodził się 3 kwietnia 1886 roku w Złoczowie, był synem Łukasza Panejko i Karoliny (z domu Popp). Zmarł 18 sierpnia 1973 roku i został pochowany na terenie cmentarza leśnego Waldfriedhof w Wiedniu¹⁹. Ukończył V gimnazjum we Lwowie, egzamin dojrzałości złożył natomiast w dniu 1 lipca 1905 roku z odznaczeniem. Następnie kontynuował naukę na Wydziale Prawa Uniwersytetu Lwowskiego, gdzie złożył trzy egzaminy rządowe, tj. prawno-historyczny (21 października 1907 roku), sądowy (18 października 1909) i z nauk politycznych (12 kwietnia 1910). Jerzy Panejko kończąc studia prawnicze uzyskał dyplom doktora w dniu 13 kwietnia 1910 roku. Znał w mowie i piśmie języki: polski, ruski, niemiecki, rosyjski i francuski. Został on zatrudniony w służbie administracyjnej Namiestnictwa Galicji, zaś przebieg jego zatrudnienia w służbie cywilnej był następujący²⁰:

-
- 16 LCVA, mszp., sygn. 175. 2. VI B. 58, Spis prac naukowych profesora doktora Jerzego Panejki, Akta Personalne prof. Jerzego Panejko, Wydział Prawa i Nauk Społecznych U. S. B., k. 1.
- 17 „Uwagi o samorządzie”, [w:] W. L. Jaworski, *Projekt kodeksu agrarnego – załączniki* (Warszawa: Zakłady Graficzne E. i D. Koziańskich, 1928); „Samorząd rolniczy” *Czas*, nr 83 (1928); *Znaczenie samorządu zawodowego w organizacji państwa* (Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego, 1928); prace wydane w trakcie sprawowania funkcji profesury nadzwyczajnej: *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, załącznik do „Projektu Konstytucji” opracowanego przez Prof. Wł. L. Jaworskiego (Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego, 1928); *Polskie Prawo Administracyjne w zarysie* wspólnie z Prof. K. W. Kumanieckim i Prof. B. Wasiutyńskim, Kraków 1929; „Rozwiązanie reprezentacji komunalnych w województwach b. zaboru austriackiego” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. IV (1929); „Samorząd komunalny w Szwajcarii”, *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1 (1930).
- 18 Karol Makles, *Prasa centralnych związków samorządowych w drugiej Rzeczypospolitej* (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2014), 10, 184, 280–297.
- 19 Dobkowski, „Jerzy Karol Panejko”, 61.
- 20 LCVA, mszp., sygn. 175. I. Bb. 761, Wykaz stanu służby dr Jerzego Panejko z dnia 26 XI 1926 r., Ministerstwo Wyznań Religijnych

11 stycznia 1920 roku został przyjęty do służby państwowej w charakterze komisarza powiatowego Namiestnictwa, dnia 4 lipca 1920 roku Jerzy Panejko został mianowany sekretarzem Namiestnictwa, 1 lipca 1922 roku stał się urzędnikiem VII st. Urzędu Wojewódzkiego we Lwowie, 16 lutego 1927 roku został przeniesiony z Urzędu Wojewódzkiego we Lwowie do Urzędu Wojewódzkiego w Krakowie, gdzie 1 maja 1928 roku został nominowany na referendarza VII stopnia. Natomiast w dniu 3 grudnia 1928 roku Jerzy Panejko przestał pełnić funkcję referendarza z powodu mianowania go profesorem nadzwyczajnym na Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie. Natomiast Stanowisko profesora zwyczajnego objął 15 grudnia 1936 roku²¹. Istotnymi osiągnięciami w karierze akademickiej Jerzego Panejki było także powołanie go na stanowisko dziekana Wydziału Prawa Uniwersytetu Stefana Batorego w latach 1933-1934 i 1936-1937²².

2. Powstanie i rozwój instytucji, oraz osobowość prawna samorządu

Szczegółowe rozważania nad instytucją samorządu terytorialnego²³ doprowadziły do zdefiniowania go przez Panejkę w następujących słowach: „samorząd jest opartą na przepisach ustawy, zdecentralizowaną administracją państwową, wykonywaną przez organy lokalne, niepodporządkowane hierarchicznie innym organom i samodzielne w granicach ustawy i ogólnego porządku prawnego”²⁴. Można w tym miejscu zauważyć nawiązanie do teorii

i Oświecenia Publicznego. Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie. Zbiór Dokumentów Osobowych, k. 27 i n.

- 21 LCVA, mszp., sygn. 175. I. Bb. 761, Wykaz stanu służby dr Jerzego Panejko z dnia 26 XI 1926 r., Ministerstwo Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego. Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie. Zbiór Dokumentów Osobowych, k. 27 i n.; zob. też: Tarkowski, *Wydział Prawa*, 112 i n.
- 22 LCVA, mszp., sygn. 175. I. Bb. 761, Pismo Jerzego Panejki do Rektoratu Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie z dnia 2 VII 1933 r., Ministerstwo Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego. Uniwersytet Stefana Batorego w Wilnie. Zbiór Dokumentów Osobowych, k. 72 i n.
- 23 Choć Jerzy Panejko zajmował się także rozważaniem koncepcji samorządu w szerszym kontekście np. samorządu adwokackiego, o którym w dalszej części poniższego artykułu. Wspominali o tym także Tarkowski, *Główne kierunki*, 796; Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 14, 88.
- 24 Panejko, *Geneza*, 97; zob. też: Dobkowski, „Jerzy Karol Panejko”, 47-62; Andrzej Piekara, „Samorząd terytorialny, istota społeczna i prawna, uwarunkowania i funkcje”, [w:] *Samorząd terytorialny, Zagadnienia prawne i administracyjne*, red. Andrzej Piekara, Zygmunt Niewiadomski

Hansa Kelsena, z którego nauki ten teoretyk instytucji samorządu częstokroć czerpał²⁵. Istota samorządu w każdym systemie prawnym nieodzownie korespondowała z centralizacją i decentralizacją władzy państwowej. Jerzy Panejko zwracał uwagę na *sui generis*: „obligatoryjną centralizację, przeprowadzając jednocześnie możliwie najszerszą decentralizację”²⁶. Ten sam profesor wileński wskazywał, że kwestia zdecentralizowania administracji była przedmiotem rozważań administratywistów, również w państwach, opartych na szerokiej decentralizacji władzy państwowej, charakteryzując przy tym – na podstawie ugruntowanych w literaturze zachodnioeuropejskiej poglądów²⁷ – Anglię: „[...] w której wedle twierdzenia [Percy] Ashleya społeczeństwo jest skłonne patrzeć na władzę centralną jako na siłę narzuconą władzom lokalnym wbrew ich woli”²⁸. Jerzy Panejko wypowiadając te słowa, wraz z odniesieniem do konkretnego państwa, dokonał skonfrontowania istoty decentralizacji jako fundamentu koniecznego do istnienia samorządu terytorialnego i centralizacji rozumianej jako nadzór organów państwowych nad jego najistotniejszymi domenami.

Dekoncentracja²⁹ administracji centralnej była określana przez Jerzego Panejko jako przekazanie części spraw do rozpatrzenia pod kątem merytorycznym za pośrednictwem terenowych organów administracji rządowej. Skonfrontował ją natomiast z instytucją koncentracji, która uprawniała te organy do kompletowania materiału przeznaczanego dla władz centralnych,

(Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1998), 7 i n; Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 109.

- 25 Zachodziła tu klarowna korespondencja naukowo-dogmatycznego pojęcia prezentowanego przez J. Panejko z teoriami pojęcia prawnego i pojęcia treści prawnej postulowanymi przez Hansa Kelsena; zob. też: Dąbrowski, „Nauczanie nauki”, 316.
- 26 Panejko uważał, że istnienie samorządu jest bezpośrednim przejawem decentralizacji władzy państwowej, współcześnie pogląd ten podziela także: Elżbieta Chojna-Duch, „Teoretyczne i legislacyjne problemy decentralizacji finansowej samorządu terytorialnego”, [w:] *Samorząd terytorialny, zagadnienia prawne i administracyjne*, 331.
- 27 Percy Ashley, *Zarząd centralny i lokalny w Anglii, Francji, Prusach i Stanach Zjednoczonych* (Lwów: Towarzystwo Wydawnicze Warszawa, 1910), 3.
- 28 Panejko, *Geneza*, 130.
- 29 Jerzy Panejko dekoncentrację administracji centralnej definiował jako wyposażenie struktur rządowych znajdujących się poniżej władzy centralnej w jak najszersze uprawnienia co miało przełożyć się na zwiększenie efektywności i skuteczności działania.

pozbawiając je tym samym prawa do przedmiotowych rozstrzygnięć³⁰. Z kolei kwestię centralizacji władzy uznał za nierozłączny element koncentracji władzy sprawowanej przed administrację rządową. W tym kontekście wskazał na „klarowny, dychotomiczny podział administracji terytorialnej na rządową administrację dekoncentracyjną i administrację samorządową, czyli decentralizacyjną”³¹.

Omawiając istotę decentralizacji, należy jednak wskazać na rozbieżność pomiędzy decentralizacją a autonomią. Tę istotną różnicę scharakteryzował uczeń Jerzego Panejki, asystent praktykant-wolontariusz, a następnie pracownik Katedry Nauki Administracji i Prawa Administracyjnego Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie Jerzy Starościak³². Podobnie jak jego nauczyciel, Starościak podkreślił, że pierwsza z instytucji – decentralizacja – oznaczała samodzielność w zakresie wykonywania prawa, druga natomiast stanowiła o dopuszczalności swobody w zakresie jego stanowienia. Powyższa „łatwość” rozróżnienia tych instytucji była jedynie pozorna. Wynikało to z faktu, iż część uprawnień prawotwórczych przysługiwało także organom administracji rządowej. Decentralizacja administracji była także bezpośrednio związana z pewnego rodzaju autonomią tworzenia przepisów o charakterze ogólnie-obowiązującym, tj. np. rozporządzeń porządkowych. Należy jednak zwrócić uwagę na to, iż nie każda swoboda działania organów terenowych powinna być definiowana jako autonomia. W tym miejscu warto również wspomnieć o zaaprobowaniu powyższego poglądu przez Aleksandra Krońskiego, który przywoływał poglądy Jerzego Panejki i Zbigniewa Cybichowskiego, akcentujących istotę samorządu jako formę decentralizacji administracji³³.

Jerzy Starościak scharakteryzował instytucję decentralizacji, powielając przy tym pogląd swojego nauczyciela, w następujących słowach: „samodzielność bowiem, organu administracyjnego w wykonywaniu

30 Idem, *Geneza*, 130; zob. też: Jarosław Kostrubiec, *Administracja Ogólna w Myśli Prawniczej Drugiej Rzeczypospolitej* (Warszawa: Difin, 2019), 65.

31 Panejko, *Geneza*, 130.

32 LCVA, mszp., sygn. 175. 2 VI B. 24, Pismo Rektora i Senatu Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie do Jerzego Starościaka, z dnia 5 VIII 1936 r., Akta Personalne Jerzego Starościaka. Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytet Stefana Batorego, k. 2 i n.

33 Aleksander Kroński co prawda nie był zwolennikiem państwowej teorii samorządu, jednakże wskazywał ją jako wiodącą. Patrz: przedmowa w: Aleksander Kroński, *Teoria samorządu terytorialnego* (Warszawa: Związek Powiatów Rzeczypospolitej, 1932), 4 i 7; zob. też: Zygmunt Cybichowski, *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. II (Warszawa: Instytut Wydawniczy Biblioteka Polska, 1930), 919.

poszczególnych zadań mogło być faktycznie bardzo daleko idące – czy to ze względu na przyjętą przez organ wyższy zasadę unikania nadmiernej ingerencji w działalność organów niższych, czy to ze względu na faktyczną bierność organu wyższego, jego nieudolność, lub faktyczną niemożliwość ogarnięcia przez organ wyższy całej działalności organów niższych³⁴. Twierdził on także, że co do samodzielności stanowienia aktów prawnych o mocy niższej niż ustawy zasadnicze, która to [samodzielność] jednocześnie mieściła się w gwarancjach ustaw zasadniczych, to przedmiotowy stan zawierał wszelkie przesłanki autonomii. Należy jednak pamiętać, że opisana konstrukcja tych instytucji nie zawsze umożliwiała trafne rozróżnienie pomiędzy nimi³⁵.

Zgodnie z interpretacją Jerzego Panejki, samorząd na początku swojego funkcjonowania podlegał permanentnym zmianom. Działo się to za sprawą nieustannie zmieniających się postaw w postrzeganiu przez obywateli otaczającego ich świata, sam zresztą wskazał na to w następujących słowach: „pojęcie i cele samorządu ulegały i ulegają ustawicznym zmianom zależnie od zmieniających się zapatrywań na otaczające go zjawiska świata zewnętrznego”³⁶. Zaobserwował on niekryte tendencje związków gminnych do jak najdalszego odseparowania od wpływów władzy państwowej – aż do podzielności tejże władzy – co zdaniem Panejki, jak i dzisiejszego stanu prawnego, zdaje się być stanem dalece abstrakcyjnym. Wraz z rozwojem instytucji samorządu, zaczęła przeważać tendencja współpracy między samorządem a państwem, co skutkowało niejako włączeniem związków gminnych w mechanizm organizacji państwowej. Działania te miały na celu narastające wzbudzenie u obywateli poczucia efektywnego oddziaływania na społeczeństwo, były także manifestacją poglądów Jerzego Panejki³⁷.

Poglądom ówczesnej doktryny prawa administracyjnego przyświecała koncepcja, zgodnie z którą samorząd był zależny w pewnym sensie od państwa³⁸, którego to nadzór należeć miał do niezawisłych sądów administracyjnych. Jerzy Panejko był niewątpliwym zwolennikiem obdarzenia obywateli przez państwo zaufaniem, nie zaś traktowaniem ich jako istoty pozbawione możliwości podejmowania samodzielnych decyzji. Formułę tę argumentował

34 Jerzy Starościak, *Prawo administracyjne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969), 62 i n.

35 Ibidem, 62-63.

36 Jerzy Panejko, *Idea praworządności a prawo o ustroju adwokatury* (Wilno, Polska Drukarnia Świt, 1939), 4.

37 Panejko, *Idea praworządności*, 4-5; poglądów na tę instytucję jako uosobienie państwowej teorii samorządu terytorialnego.

38 Zarazem jednak niezależny od władzy rządzącej.

działaniami barona Heinricha Friedricha Karla vom Steina³⁹, który to dzięki przekazaniu w ręce społeczeństwa znacznej dozy zaufania, doprowadził do spektakularnego rozwoju miast niemieckich⁴⁰.

Początków samorządu jako pojęcia prawnego należy dopatrywać się w momencie zmiany stosunku władzy do poddanych z „władczego” na ten o charakterze prawnym, w którym osobom fizycznym uprawnienia na gruncie prawa prywatnego zostały rozszerzone o uprawnienia publiczne⁴¹. Ze względu na brak uregulowania w ustawie zasadniczej⁴², a także rozróżnienia między administracją rządową a samorządową, Jerzy Panejko w sposób następujący charakteryzował cechy samorządu:

- „– wykonywanie administracji państwowej, t. j. takiej administracji przy której koniecznym jest posiadanie władzy przymusowej, a więc zwierzchniczej,
- niezależność hierarchiczna od jakichkolwiek organów administracji państwowej, czy będą nimi organy państwowe czy samorządowe wyższego stopnia⁴³
- samodzielność w działaniu⁴⁴.

O ile pierwsze dwie z wyżej wymienionych cech nie wymagały szerszej analizy, o tyle samodzielność w działaniu rozumiana powinna być jako swoboda mieszcząca się rzecz jasna w ramach prawnych, jednakże niczym

39 Minister baron Heinrich Friedrich Karla vom Zum Stein znany reformator miast pruskich XIX wieku. Jerzy Panejko traktował deklarację miast pruskich z 1808 r. jako idealne odzwierciedlenie najwłaściwszego zapatrywania państwa na obywateli „Zutrauen veredelt den Menschen, ewige Vormundschaft hemmt sein Reifen [Czułość uszlachetnia człowieka, wieczna opieka hamuje jego dojrzałość].

40 Idem, *Idea praworządności*, 5; zob. też: Tarkowski, *Wydział Prawa*, 252 i n.

41 Panejko, *Idea praworządności*, 9-10.

42 Wspominał o tym Roman Hausner w kontekście konstytucji kwietniowej, powołując się na słowa Jerzego Panejki; zob. też: Roman Hausner, *Wytyczne dla pojęcia i klasyfikacji samorządu w Konstytucji 1935 r.* (Warszawa: Drukarnia Związku Zawodowego Pracowników Samorządu Terytorialnego, 1936), 5.

43 Na niezależność, o której wspominał Jerzy Panejko powoływał się także Julian Hubert; zob. też: Julian Hubert, „Zagadnienie komisaryczności w samorządzie gminnym (wiejskim lub miejskim) i powiatowym w b. dzielnicy pruskiej” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1 (1930): 5.

44 Panejko, *Idea praworządności*, 8-9.

nieograniczona przez inne organy. Wydawane przez organy samorządu liczne zarządzenia i uchwały, mogły co prawda w toku instancji podlegać zmianom, aczkolwiek miały one jednak charakter bezwzględnie samodzielny, wolny od wpływów organów nadzorczych. Niewątpliwie istotnym w kontekście przedmiotowej gwarancji praworządności było, jak wskazał Jerzy Panejko, a za nim także Ludwik Bar – „przyznanie tak organom samorządowym jak i jednostkom prawa skargi do sądu administracyjnego o nielegalne postępowanie władzy nadzorczej”⁴⁵.

Samorząd terytorialny zgodnie z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej na wagę, których wskazywał nie tylko Jerzy Panejko, lecz także Kazimierz Władysław Kumaniecki, czy Bohdan Wasiutyński) podlegał trójstopniowej organizacji, tj. wojewódzki, powiatowy i gminny (wiejski i miejski)⁴⁶. Organami zarówno stanowiącymi jak i kontrolnymi były rady gminne⁴⁷ miejskie i powiatowe, natomiast za kwestie zarządzające i wykonawcze odpowiedzialne były zarządy gminne, miejskie i wydziały powiatowe⁴⁸. Roman Hausner, powołując się przy tym na ustalenia Jerzego Panejki, wskazywał, konfrontując tym samym konstytucję marcową⁴⁹ i zapisy

45 Ibidem, 9; zob. też: Ludwik Bar, *Czynniki kontroli w samorządzie terytorialnym* (Wilno 1931), 59 i n.

46 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1921 nr 44 poz. 267, art. 65), Przepisy tego aktu prawnego traktowały także o podnoszonej przez Panejko autonomii narodowościowej i religijnej, które to mieściły się w określeniu tego znakomitego teoretyka prawa administracyjnego, tj. „samorządu nieterytorialnego”; zob. też: Kazimierz Władysław Kumaniecki, Bohdan Wasiutyński, Jerzy Panejko, *Polskie Prawo Administracyjne w zarysie. Cz. 2* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1930), 428-430; Bohdan Wasiutyński, *Ustrój władz administracyjnych rządowych i samorządowych*, wyd. 4 (Poznań: Jan Jachowski, Księgarnia Uniwersytecka, 1937), 85 i n.

47 Terminy: „rada, zarząd lub organ gminy” dotyczyły zarówno gmin miejskich jak i wiejskich, zaś „rada, zarząd lub organ gminny” miały zastosowanie wyłącznie do gmin wiejskich.

48 Vilniaus Universiteto Biblioteka (VUB), mszp., sygn. F 97 – BU 186, *Skrypt wydany za zezwoleniem Prof. Dr. J. Panejki, Uzupelnienie do podręcznika Polskiego Prawa Administracyjnego*, Wilno 1934, [b. p. a.]; zob. też: Kazimierz Kumaniecki, Jerzy Langrod, Szczesny Wachholz, *Zarys ustroju, postępowania i prawa administracyjnego w Polsce* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1939), 37 i n.

49 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1921 nr 44 poz. 267, art. 62).

konstytucji kwietniowej⁵⁰, na brak w tej drugiej następującej treści „na czele samorządu powiatowego i wojewódzkiego muszą stać przedstawiciele państwowych władz administracyjnych (tj. starostwa i wojewoda)”⁵¹. Zarządem gminnym kierował wójt (zastępca, podwójci), miejskim w miastach niewydziałonych burmistrz (wiceburmistrz), a w miastach wydzielonych z powiatowego związku samorządowego, prezydent (wiceprezydent)⁵².

Kadencja ustrojowych organów samorządu w omawianym okresie trwała 5 lat⁵³, jednakże wyróżniano także instytucję zawodowych członków zarządu, powoływanych na dziesięcioletnią kadencję⁵⁴. Czynne prawo wyborcze⁵⁵ do organów ustrojowych samorządu terytorialnego przysługiwało każdemu obywatelowi polskiemu, który ukończył 24 lata, przynajmniej rok zamieszkiwał teren danego związku samorządowego⁵⁶ i nie utracił prawa wybierania do sejmu⁵⁷.

50 Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. 1935 nr 30 poz. 227), która to znosiła tym samym obligatoryjny nadzór nad przedmiotowymi jednostkami w osobie reprezentanta rządu, czyli art. 62 konstytucji marcowej.

51 Hausner, *Wytyczne*, 4 i n.

52 VUB, mszp., sygn. F 97 – BU 186, *Skrypt wydany za zezwoleniem Prof. Dr. J. Panejki, Uzupelnienie do podręcznika Polskiego Prawa Administracyjnego*, Wilno 1934, [b.p.a.]; zob. też: Antoni Wereszczyński, Władysław Kucharski, *Wiadomości w Polsce współczesnej ze szczególnym uwzględnieniem stosunków politycznych, gospodarczych i społecznych* (Lwów-Warszawa-Kraków: Książnica Polska, 1923), 110 i n.

53 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 509, art. 16).

54 VUB, mszp., sygn. F 97 – BU 186, *Skrypt wydany za zezwoleniem Prof. Dr. J. Panejki, Uzupelnienie do podręcznika Polskiego Prawa Administracyjnego*, Wilno 1934, [b. p. a.];

55 W przypadku wyborów bezpośrednich.

56 Wymóg ten nie dotyczył właścicieli i posiadaczy nieruchomości położonych na terenie danego związku samorządowego, funkcjonariuszy państwowych, samorządowych, duchowieństwa i żołnierzy zawodowych wraz z rodzinami wyżej wymienionych pod warunkiem zamieszkiwania tegoż terytorium przed dniem ogłoszenia wyborów. Przedmiotowy wymóg nie dotyczył także obywateli honorowych, którzy posiadali czynne prawo wyborcze bez względu na okres zamieszkiwania.

57 VUB, mszp., sygn. F 97 – BU 186, *Skrypt wydany za zezwoleniem Prof. Dr. J. Panejki, Uzupelnienie do podręcznika Polskiego Prawa Administracyjnego*, Wilno 1934, [b.p.a.]; Jerzy Panejko opowiadał się za powszechnym prawem wyborczym, choć wskazywał na to, że w żadnym państwie

Jerzy Panejko dokonał także analizy problemów występujących w obrębie osobowości prawnej samorządu, wskazywał przy tym na to, że: „osobowość prawna jednostek samorządowych tylko wtedy mogłaby stanowić wewnętrzną istotę samorządu, gdybyśmy uznali w samorządzie odrębne od państwa jednostki z własnymi, od państwa nie pochodzącymi prerogatywami zwierzchniczymi”⁵⁸. Ujęcie to nie mogło być jednak zastosowane ze względu na wskazywane przez Jerzego Panejkę sprzeczności z myślą demokratyczną, zawartą w deklaracji praw ludzkich i obywatelskich. Osobowość prawna w myśli tego teoretyka instytucji samorządu przejawiała się w zdecydowanej mierze na płaszczyźnie prawa cywilnego⁵⁹ (zwłaszcza co do majątkowej

europejskim przedmiotowa powszechność nie była bezwzględna – wskazując np. na ograniczenie prawa do głosowania kobiet czy też ze względu na popełnione przestępstwa. Twierdził także, omawiając ideę demokracji bezpośredniej, że „forma administracji państwowej, polegająca na przyznaniu całej ludności danego terytorium prawa udziału w najważniejszych sprawach publicznych, jest w wielkich skupieniach wprost niemożliwa, a w małych trudna do przeprowadzenia”. Zdaniem Panejki „masa może wzmocnić siłę uczuć, ale nie siłę rozumu”; zob. też: Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 207 i n.

- 58 Panejko, *Geneza*, 87 i n; zob. też: Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 110. Jerzy Panejko twierdził, że osobowość prawna mogłaby stanowić o istocie samorządu tylko wówczas, kiedy to związki komunalne byłyby odrębnymi od państwa jednostkami organizacyjnymi, mając własne prerogatywy. Tożsame poglądy w kontekście osobowości prawnej samorządu przedstawiał także Henryk Dembiński – uczeń Panejki; zob. też: Henryk Dembiński, *Osobowość publiczno-prawna samorządu w świetle metody dogmatycznej i socjologicznej* (Wilno 1934), 39 i n; zob. też: Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 140.
- 59 Inne poglądy reprezentował Tadeusz Bigo (1894-1975) profesor na Wydziale Prawa i Umiejętności Politycznych Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie, który twierdził, że „tym co indywidualizuje samorząd i wyodrębnia spośród administracji jest osobowość prawna jednostek samorządowych, nie państwo jest podmiotem praw lub obowiązków stanowiących zakres działania gminy, lecz sama gmina Spór nad instytucją samorządu terytorialnego, głównie na podłożu formy i roli samorządu trwał przez lata. Jerzy Panejko aprobował teorię, w której to państwo decydowało o roli i kompetencjach jednostek samorządu, zaś Tadeusz Bigo skłaniał się ku klasycznej formie samorządu, w której gminy były podmiotami pierwotnymi w stosunku do państwa. Spór między tymi dwoma kierownikami Katedr Prawa Administracyjnego (Panejko – Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, zaś Bigo Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie) trwał do końca ich działalności naukowej,

zdolności prawnej tych jednostek)⁶⁰. Jerzy Panejko postulował przyznanie osobowości prawnej samorządom, co jak twierdził miało być gwarantem niezależności działań, które były prowadzone przez te jednostki.

Gminom przysługiwało prawo własności majątków gminnych, jednakże jednostki te nie były jako osoby prawne samodzielnyimi podmiotami przedmiotowego uregulowania, co więcej Jerzy Panejko wskazywał także, na niemożność⁶¹ stawiania ich na równi z korporacjami prawa prywatnego. Podążając za jego słowami „majątek gminny stanowi raczej własność publiczną, a organy gminne, będące w swym założeniu organami państwowymi, są jakby tylko mniej lub więcej samodzielnymi administratorami tego majątku i dlatego też cała administracja tego majątku stoi pod mniejszym lub większym nadzorem wyższych władz. Gdyby majątek gminy stanowił istotnie prywatną własność gminy, jako korporacji prawnej, gmina mogłaby nim dowolnie rozporządzać i wszelki nadzór w tym względzie, czy organów rządowych, czy wyższych samorządowych, nie miałby najmniejszego uzasadnienia prawnego”⁶². Dokonywał on podziału korporacji na prywatne⁶³ i publiczne⁶⁴.

Powyższa interpretacja Jerzego Panejki wskazywała na to, że najistotniejszym wyrazem funkcjonowania osobowości prawnej jednostek samorządu był zarząd nad powierzonym im majątkiem. Zwracał on przy tym uwagę na pewne ograniczenie, które potwierdzał fakt, że nie były one [jednostki samorządu] jako osoby prawne samodzielnyimi podmiotami prawa własności. W klarowny sposób przedstawił ten problem, kiedy to porównał niejako osobowość prawną samorządu do sytuacji osób nieletnich słowami: „nie byłoby analogii między gminą, a tymi osobami, ponieważ majątek takich osób może być pod pewnymi warunkami użyty na ich cele, podczas gdy majątek

jednakże to koncepcja T. Bigo (czyli samorządu terytorialnego działającego na zasadzie korporacji – tj. wyposażonego przez prawo w osobowość prawną) stała się niejako podwaliną funkcjonowania samorządu w III RP. Polemika Panejki i Bigo stała się jednym z najbardziej znanych sporów prowadzonych między teoretykami samorządu okresu międzywojennego; zob. też: Tadeusz Bigo, *Związki publicznoprawne w świetle ustawodawstwa polskiego* (Warszawa: Wydawnictwo Kasy im. Mianowskiego, 1928), 39 i n.

60 Panejko, *Geneza*, 87 i n.

61 Ze względu na konflikt norm zawartych w prawie pozytywnym.

62 Panejko, *Geneza*, 87 i n.

63 Powstawały poprzez wyrażenie woli ich członków.

64 Te natomiast mogły powstawać przy nacisku władzy państwowej, wykonując tym samym uprawnienia państwowe.

gminny ma przeznaczenie publiczne i wszelkie transakcje tym majątkiem tylko pod tym kątem widzenia mogą być osądzone⁶⁵.

Jerzy Panejko wskazywał także, opierając się na przykładzie funkcjonowania kantonów szwajcarskich, na osłabienie osobowości prawnej samorządów poprzez zobowiązanie poszczególnych gmin do przekazywania nadwyżki dochodów na gminy, które pozostawały w gorszej kondycji finansowej⁶⁶. Powyższy przykład dobrze opisywały słowa Panejki, w których stwierdzał, że: „gdy takie postanowienia w stosunku do gmin istnieją prawnie i możliwe są zawsze do przeprowadzenia, nie możliwym jest przecież w żadnym państwie praworządnym przeprowadzenie podobnego postanowienia w stosunku do osób fizycznych lub prywatnych korporacji prawnych. Gdyby nawet przyjęto zasadę, że własność jest odwoalnym urzędem w służbie społeczności, to i w takim razie zachodziłaby sprzeczność między tego rodzaju postanowieniem prawnym, a prawnym uznaniem nietykalności majątku⁶⁷. Jerzy Panejko jako *clou* powyższych dezyderatów nakładanych na samorząd szwajcarski wskazywał np. na umożliwienie przekazania w drodze zarządzenia administracyjnego sprawy będącej kompetencją konkretnej gminy w ręce innej jednostki⁶⁸.

Podsumowując problematykę osobowości prawnej samorządu, czy też w węższym zakresie gminy, wskazać należy zgodnie zresztą z opinią Jerzego Panejki, że: „nadanie osobowości prawnej jednostce samorządowej ma tylko znaczenie nadania jej, jako organowi państwowemu, pewnego zakresu działania w stosunku do innych organów państwowych, czyli nadanie kompetencji⁶⁹. Uprawnienie, o którym wspominał wileński profesor było zagwarantowane ustawowo, dzięki czemu niemożliwym stawało się wkroczenie przez nieuprawniony podmiot w dziedzinę działania zastrzeżoną konkretnej jednostce samorządowej⁷⁰. Z takim poglądem na osobowość prawną

65 Panejko, *Geneza*, 88 i n.

66 Przykład ten można porównywać z funkcjonującą obecnie instytucją, na mocy której jednostki samorządu terytorialnego, których dochody przekraczają wskaźniki określone w ustawie z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego dokonują wpłat do budżetu państwa (tj. określane w języku potocznym: janosikowe).

67 Idem, *Geneza*, 90 i n.

68 Ibidem, 90.

69 Ibidem, 90 i n.

70 Wacław Brzeziński przytaczał poglądy Panejki nie tylko w kontekście osobowości prawnej samorządu, popierał także definiowanie samorządu za pomocą metody indukcyjnej, której zwolennikiem był Panejko; zob. też: Wacław Brzeziński, „O potrzebie i metodzie studiów nad istotą

samorządu zgadzał się Wacław Brzeziński, konfrontując przy tym odmienne poglądy reprezentowane przez Tadeusza Bigo⁷¹.

3. Samorząd komunalny w Szwajcarii

W toku badań naukowych prowadzonych przez tego uczonego istotną rolę odegrał samorząd komunalny funkcjonujący w Szwajcarii. W artykule naukowym poświęconym tej instytucji wskazywał, że: „gminy szwajcarskie, pojęte w znaczeniu prawnym, są powołanymi do udziału w administracji państwowej osobami publiczno-prawnymi, opartymi na terytorialnym związku ich członków. Gminy jako takie są organami władzy państwowej i według pozytywnych przepisów prawnych tworzą korporacje samorządowe” [...]⁷².

Panejko wskazywał na brak definicji legalnej gminy (powoływał się przy tym co prawda na wyjątek jaki stanowiła ustawa gminna z 28 października 1871 roku obowiązująca w kantonie Solothurn, której zresztą postanowienia w zakresie zdefiniowania gminy zostały szybko uchylone na mocy postanowień Konstytucji z 1884 roku). Wskazywał on wyłącznie na podnoszoną przez kantonalne ustawy szwajcarskie publiczno-prawną osobowość tych jednostek.

W kontekście terytorium gmin ten sam profesor wileński wykazywał, że: „nie ma w państwie terytorium, nie należące do jakiejś gminy”⁷³. Fakt ten był wyrazem decentralizacji⁷⁴, która funkcjonowała na terytorium Szwajcarii już w XIX wieku. Kolejnym czynnikiem, na jaki przy aspekcie terytorialnego związku osobowego wskazywał Panejko, było członkostwo gminne. Definiował je w następujących słowach: „członkostwo gminne, jak wiadomo, opierać się może albo na związku osobistym danej osoby z gminą bez koniecznej lokalnej obecności lub też może być przywiązane do pobytu w danej gminie. W pierwszym wypadku członkostwo gminne łączy się

prawną samorządu terytorialnego” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 4 (1934): 393.

71 Wacław Brzeziński, „Pojęcie prawne samorządu terytorialnego według ustawodawstwa obowiązującego w b. dzielnicy pruskiej” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1-2 (1936): 57 i n.

72 Panejko, „Samorząd komunalny”, 32-33.

73 Ibidem, 33.

74 Zwolennikiem decentralizacji samorządu był obok Panejki także Maurycy Jaroszyński; zob. też: Maurycy Jaroszyński, *Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu* (Warszawa: Przemiany, 1990), 7 i n.

z posiadaniem prawa obywatelstwa gminnego, w drugim wypadku z prawem osiedlenia się lub pobytu⁷⁵.

Analizując opinie o stanie związków gminnych należy zauważyć, że ich ogromne zróżnicowanie było zdaniem Panejki pokłosiem regulacji wprowadzonych Konstytucją związkową z 1874 roku⁷⁶. Zasadniczy podział obejmował gminne związki mieszkańców (*Einwohnergemeinden*) i gminne związki obywatelskie (*Bürgergemeinden*). Jak sam to zresztą określał: „gminne związki mieszkańców w obszerniejszym znaczeniu dzielą znowu wedle celów, którym mają służyć, na gminy polityczne, czyli właściwe gminne związki mieszkańców dla ogólno-publicznych celów gminnych, o ile nie zostały one przekazane specjalnym związkom gminnym oraz na gminy kościelne (*Kirchgemeinden*), szkolne (*Schulgemeinden*) i gminy ubogich (*Armengemeinden*), istniejące dla specjalnych nazwą określonych zadań gminnych”⁷⁷.

Jerzy Panejko spośród gmin, które występowały na terytorium Szwajcarii wyróżniał: gminy obywatelskie, które jak mówił „nie posiadają na ogół wielkiego znaczenia i są skazane na zanik, [...] czasem administracja ich spoczywa w ręku gminy politycznej, prawo obywatelstwa gminnego schodzi do charakteru miejscowej przynależności”⁷⁸, gminy polityczne, gminy cywilne, gminy kościelne określane przez tego wileńskiego profesora jako te, które: „zasadniczo schodzą się pod względem terytorialnym z granicami politycznymi, czasem jednak obejmują większe lub mniejsze terytorium” i gminy szkolne⁷⁹. Obok wyżej wymienionych rodzajów gmin szwajcarskich Panejko wyróżniał także korporacje użytkowe, które posiadały częściowo publiczno-prawny⁸⁰, a częściowo prywatno-prawny charakter⁸¹.

Biorąc pod uwagę najbardziej sporne zagadnienie⁸² ówczesnych dyskusji politycznych i prawnych, tj. organizację samorządu gminnego w Szwajcarii, należy wskazać za Jerzym Panejko i postanowieniami Konstytucji związkowej⁸³, że każdemu obywatelowi szwajcarskiemu przysługiwało prawo

75 Panejko, „Samorząd komunalny”, 36.

76 Konstytucja z 29 maja 1874r. - była efektem rewizji konstytucji z 12 września 1848 r.

77 Panejko, „Samorząd komunalny”, 37.

78 Ibidem, 45.

79 Ibidem, 45-46.

80 Zaliczał do nich: gminy korporacyjne (*Korporationsgemeinden*) i miejscowe korporacje (*örtliche Korporationem*).

81 Ibidem, 46.

82 W postrzeganiu Jerzego Panejki.

83 Konstytucja z 29 maja 1874r. art. 43.

udziału w gminnej administracji samorządowej pod warunkiem co najmniej trzymiesięcznego osiedlenia w danej gminie⁸⁴.

Podstawowymi organami gminnymi, które występowały w kantonach szwajcarskich, były zgromadzenia gminy, które tworzyła ludność uprawniona do głosowania. Jak podkreślał Panejko, „charakterystycznym jednak jest, że zasadniczo w żadnym kantonie kobiety nie zostały dotąd dopuszczone w gminie do czynnego lub biernego prawa wyborczego⁸⁵. Demokracja szwajcarska zajmuje pod tym względem nieprzychylnie stanowisko⁸⁶”.

Zgromadzenie gminy mogło być powołane do uchwalania lokalnych aktów prawnych i decydowania o bieżących sprawach samorządów komunalnych⁸⁷, bądź wyłącznie do realizacji obowiązków związanych z czynnościami wyborczymi⁸⁸. Pierwsze z wymienionych wyżej uprawnień stosowały niemalże wszystkie⁸⁹ kantony. Panejko w takich słowach scharakteryzował ich funkcjonowanie: „zgromadzenie gminy tworzy właściwe centrum i ośrodek całego życia i administracji gminy. Należy do niego nie tylko formalne prawo wyboru urzędników gminnych i ważniejszych urzędników, a w szczególności rady gminnej, ale także prawo materialnego rozstrzygnięcia w drodze uchwał o ważnych sprawach, jak uchwalanie podatków, wydatków, kupno nieruchomości, nadzór nad administracją gminną w ogóle, uchwalanie regulaminów gminnych, uchwalanie budżetu, przyjęcie rachunków rocznych i sprawozdań rocznych”. Uprawnienia zgromadzeń gminnych „pierwszego systemu” były bardzo szerokie, na co zresztą wskazywały rozważania Panejki. W przypadku trzech kantonów, które opierały się na „drugim systemie” zgromadzeń gminnych, zauważał on, że: „odbiegają znacznie od postanowień ustawowych innych kantonów. Głównym zadaniem zgromadzenia gminy w tych kantonach jest wybór organu reprezentacyjnego gminy (o różnych nazwach np. rady gminy), który wchodzi we wszystkie uprawnienia zgromadzeń gminnych⁹⁰”.

Zgromadzenia gminne wszystkich kantonów zwoływane były w stałych terminach, a także zgodnie z potrzebami wskazywanymi przez władze gminne, czy też na żądanie określonej ilości uprawnionych do głosowania.

84 Panejko, „Samorząd komunalny”, 50-51.

85 W niektórych kantonach takich jak np. Aargau czy Freiburg, dopuszczone do głosowania były kobiety, które opłacały podatki gminne.

86 Panejko, „Samorząd komunalny”, 54.

87 System pierwszy, który dawał szerokie uprawnienia zgromadzeniom gminnym.

88 Ibidem, 54.

89 Poza trzema kantonami francuskimi: Genewa, Neuchatel i Vaud, w których panował odmienny system uprawnień, tj. oparty w głównej mierze na czynnościach związanych z przeprowadzeniem wyborów.

90 Panejko, „Samorząd komunalny”, 55 i n.

Przewodniczącym zgromadzenia był zazwyczaj prezydent gminy⁹¹, choć występowały także kantony, które posiadały przewodniczącego, wybranego przez zgromadzenie, lub mianowanego przez władzę rządową⁹².

Każdy, kto był uprawniony do głosowania zdaniem tego teoretyka samorządu, mógł zabrać głos w kwestii omawianej przez zgromadzenie, wszystkim przysługiwało także prawo wnioskowania o poddanie pod obrady sprawy niezwiązanej z porządkiem obrad⁹³. W pewnych kantonach funkcjonowały instytucje, które także w obecnym ustawodawstwie szwajcarskim są triumfem demokracji tj. referendum i prawo inicjatywy ustawodawczej.

Jerzy Panejko opisywał pierwszą z nich, wskazując jednocześnie na jej istotę w następujących słowach: „instytucja referendum powstała w XVI wieku i oznacza w dzisiejszym prawie państwowym prawo ludności do głosowania nad konstytucją i ustawami. Dla spraw gminnych wytworzyło się referendum głównie w tych kantonach, w których zgromadzenia gminne są uprawnione jedynie do przeprowadzenia wyboru urzędów gminnych i przedstawia się ono tam jako rozszerzenie praw osób, uprawnionych do brania udziału w zgromadzeniu gminnym. Referendum gminne polega na dodatkowym zatwierdzeniu przez uprawnionych do głosowania uchwał, względnie zarządzeń władz gminnych, dotyczących głównie ciężarów majątkowych, jak zmiany istniejących podatków lub stopy podatkowej, sprawy nowych kredytów budżetowych lub też ogólnych spraw interesujących całą miejscowość. Referendum gminne z reguły jest fakultatywne i następuje na postawione w terminie ustawowym żądanie pewnej ilości osób do głosowania. Może być ono także obowiązkowe w tym znaczeniu, że pewne sprawy w ustawie ściśle określone muszą być przedłożone uprawnionym do głosowania członkom gminy”⁹⁴.

Tak jak w przypadku referendum, Panejko scharakteryzował także prawo inicjatywy, gdzie udowadniał, że było ono: „również starym prawem kantonów pierwotnych i oznacza ono w prawie państwowym żądanie ustawowo określonej liczby obywateli państwowych przeprowadzenie zmiany istniejących konstytucji i ustaw, lub wydania nowych ustaw. W ustawodawstwie gminnym polega prawo inicjatywy na uprawnieniu pewnej ustawowo określonej ilości osób, uprawnionych do głosowania, do postawienia na piśmie żądania rozpatrzenia pewnej sprawy. Wniosek taki może być też w formie zwykłego życzenia, bądź też w formie gotowego projektu. Jeśli dotycząca sprawa nie podpada pod kompetencję danego urzędu gminnego, rada gminna

91 Czyli prezydent politycznej rady gminy, który przewodniczył zgromadzeniom gminnym.

92 Ibidem, 56.

93 Była to tzw. instytucja „mocji”, która funkcjonowała w ustawodawstwie gminnym a czerpała z rozwiązań parlamentarnych stosowanych w Szwajcarii.

94 Panejko, „Samorząd komunalny”, 57 i n.

obowiązana jest poddać ją w określonym terminie pod głosowanie zgromadzenia gminnego⁹⁵. Naczelną zasadą obowiązującą w wyborach gminnych był system większości. Jedynie nieliczne kantony przewidywały⁹⁶ zasadę proporcjonalności.

Poza głównymi organami gminy jakimi były wyżej opisane zgromadzenia, Jerzy Panejko wskazywał także na urzędy gminne dzieląc je na polityczne i specjalne. Pierwszymi z nich były przede wszystkim rady gminne⁹⁷, drugimi zaś wydziały gminy⁹⁸.

Ustawowa działalność gmin szwajcarskich dzieliła się na wewnętrzną i zewnętrzną. Do pierwszej z nich Panejko zaliczał: „wydawanie ogólnie obowiązujących przepisów, wykonywanie prawa policji i udział gmin w rozmaitych gałęziach wewnętrznej administracji państwowej”. Zewnętrzną była natomiast: „cała ekonomiczna działalność gmin, a zatem zarząd majątkiem gminnym i administracją skarbową”⁹⁹.

Istotną instytucją z punktu widzenia porządku publicznego było funkcjonowanie policji. Jej zakres obowiązków Panejko określał jako: „starcie się o publiczne bezpieczeństwo obejmuje bezpieczeństwo osoby, mienia i porządek w gminie”. W zdecydowanej większości kantonów istniała policja kantonalna¹⁰⁰ (rządowa) i policja miejscowa (gminna).

Nadzór nad działalnością gmin był sprawowany za pośrednictwem rządu. Dzielił się on na formalny i materialny. Podążając za słowami Jerzego

95 Ibidem, 58 i n.

96 Na żądanie określonej liczby uprawnionych do głosowania.

97 Ich skład był zazwyczaj ustalany w regulaminie gminnym, mieścił się jednak w przedziale 3-9 osób. Członków wybierało zgromadzenie gminne na określony czas. Był to organ wykonawczy i zarządzający w gminie politycznej. Jej zwierzchnikiem był tzw. *Gemeinderatspräsident* (przewodniczący rady), który zazwyczaj pełnił także funkcję przewodniczącego zgromadzenia gminnego. W większych gminach w celu usprawnienia działalności rada gminna dzielona była na sekcje i dyrekcje, które zajmowały się sprawami mniejszej wagi.

98 Liczbę ich członków regulowano na podstawie ustaleń gmin w drodze uchwał zgromadzeń gminnych. Zakres działania wydziałów gminnych był rozmaity, zależał on od ustawodawstwa danego kantonu. W niektórych z kantonów miały one tożsame prawa ze zgromadzeniami gminnymi, w innych zaś posiadały uprawnienia rad gminnych w zakresie najważniejszych spraw (najczęściej były to te, które miały być przedmiotem obrad zgromadzenia gminnego).

99 Panejko, „Samorząd komunalny”, 71.

100 W mniejszych gminach był to jedyny organ policji – nie funkcjonowała w nich policja miejscowa.

Panejki: „pod względem formalnym nadzór polega na badaniu wydanych przez gminę statutów, względnie regulaminów organizacyjnych, czyli polega na badaniu, czy ustrój nadany sobie przez gminę na podstawie upoważnienia lub nakazu ustawy, nie sprzeciwia się obowiązującym przepisom prawnym lub dobrze nabytym prawom osób trzecich. Nadzór materialny odnosi się do całej działalności organów samorządowych, skierowanej ku wypełnianiu zadań im przydzielonych. Formalne prawo nadzoru wypełnia swe zadanie z ustaleniem faktu, że nieuregulowane przez ustawę i przydzielone jednostkom samorządowym do uregulowania materie, zostały rzeczywiście przez te jednostki uregulowane w granicach obowiązujących przepisów. Wszystko, co wychodzi poza granice tego samodzielnego uregulowania statutowego, a przede wszystkim wynikająca z jego wykonywania działalność samorządu, jest przedmiotem materialnego nadzoru”¹⁰¹. Problematykę nadzoru nad samorządem terytorialnym omówił w swej pracy doktorskiej Ludwik Bar,¹⁰² student i doktorant Jerzego Panejki,¹⁰³ który w powyższej materii powoływał się częstokroć na ustalenia swojego nauczyciela¹⁰⁴.

Dokonując analizy poglądów Jerzego Panejki na instytucję samorządu należy także wspomnieć o wyższych jednostkach samorządowych, które funkcjonowały w państwie omawianym powyżej, tj. Szwajcarii. Samorząd komunalny był w zdecydowanej większości jednostopniowy¹⁰⁵ i obejmował w swym zakresie wyłącznie gminy. Warto w tym kontekście wspomnieć o okręgach kantonu, które były pozostałością rozwoju historycznego gmin. Posiadały one charakter korporacji prawnych, będąc jednocześnie jednostkami samorządowymi. Miały uprawnienie do wydawania statutów i zwierzchnią władzę terytorialną. Funkcjonowały pod nadzorem władzy rządowej, zaś urzędy okręgów były zarówno organami samorządowymi, jak i rządowymi. Organy okręgów, które właściwie zrzeszały uprawnionych do głosowania nosiły rozmaite nazwy takie jak: sądy okręgowe, czy urzędy okręgowe. Do

101 Idem, „Samorząd komunalny” 85-86; zob. też; Bosiacki, *Od naturalizmu do etatyizmu*, 214 i n.

102 Najpierw student Uniwersytetu Jagiellońskiego, który po trzyletnim okresie studiów, ze względów rozwoju naukowego, kontynuował je na Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie.

103 LCVA, mszp., sygn. 175. 2. VI Ca. 1253, Pismo Ludwika Bara do Rady Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie z dnia 17 IX 1929 r., Teczka personalna Ludwika Bara. Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytet Stefana Batorego, k. 1 i n.

104 Ludwik Bar, *Czynniki kontroli w samorządzie terytorialnym* (Wilno: Zakłady Graficzne Znicz, 1931), 11 i n.

105 Poza wyjątkami jakie stanowiły kanony *Graubünden* (okręgi – *Kreise*) i *Schwyz* (powiaty).

zakresu działań, które wykonywały należało: zarządzanie majątkiem, sprawy opieki nad najuboższymi, kwestie związane z funkcjonowaniem fabryk, środkami żywności, nadzorem nad łowiectwem, rybołówstwem, badaniem rachunkowości gminnej etc. Najwyższym przedstawicielem okręgu był *Kreispräsident* (prezydent okręgu), który piastował zarówno stanowisko prezydenta sądu jak i władzy administracyjnej¹⁰⁶.

Stosunek gmin do okręgów opierał się na zasadach równorzędności i podporządkowania. Jak twierdził Panejko: „stosunek równorzędności wynika z przyznania tak okręgom, jak i gminom charakteru ciała samorządowego. Jednym i drugim przyznane jest prawo zarządu ich majątkiem i innymi sprawami oraz prawo pobierania pożytków”¹⁰⁷. Stosunek podporządkowania natomiast w przekonaniu tego wileńskiego profesora: „opiera się na przeprowadzonej stopniowości w administracyjnym podziale kantonu. Okręgi są pośrednim organem między gminami a administracyjną władzą kantonalną. Ustawowy jednak nadzór nad gminami należy do kantonalnego rządu, który wykonuje swe zarządzenia za pośrednictwem podległych mu organów okręgowych”¹⁰⁸.

Kolejnym wyjątkiem od jednostopniowości samorządu szwajcarskiego były powiaty, gdzie każdy z nich tworzył korporacyjną gminę powiatową. Jej głównym organem było zgromadzenie gminy, na które składali się wszyscy uprawnieni do głosowania. Powiatem zarządzał *Bezirksammann*, wybierany przez gminę powiatową. Jerzy Panejko scharakteryzował go jako zastępcę rady rządu w powiecie oraz najwyższego urzędnika wykonawczego i policyjnego powiatu. Pomiędzy powiatem, a gminą istniał stosunek równorzędności, należy jednak pamiętać, że zgodnie z postanowieniami konstytucji kantonalnej rada rządu była władzą nadzorczą zarówno dla administracji powiatów, jak i gmin¹⁰⁹.

4. Samorząd na terenach byłego zaboru austriackiego

Organizację gmin austriackich określała ustawa gminna z dnia 5 marca 1862 roku¹¹⁰, a także wydawane na jej podstawie krajowe ustawy gminne¹¹¹. Charakter ustawodawstwa gminnego, zwłaszcza uprawnienia kompetencyjne w zakresie jego tworzenia przeszły na mocy ustawy zasadniczej z 1867 roku z rąk parlamentu do prerogatyw sądów krajowych. Zasada

106 Panejko, „Samorząd komunalny”, 104.

107 Ibidem, 104 i n.

108 Ibidem, 104 i n.

109 Ibidem, 105 i n.

110 *Das Reichsgemeindegeseztz vom 5. Marz 1862* (RGI 1862/18).

111 W przypadku Austrii była to krajowa ustawa gminna z 12 sierpnia 1866 r.

mówiąca o tym, że „prawo państwowe łamie prawo krajowe”, nie znajdowała natomiast zastosowania w byłej monarchii austriackiej, co miało niebanalne znaczenie w kontekście państwowej ustawy gminnej z 1862 roku i wydanych po roku 1867 krajowych ustaw gminnych (które od tego momentu mogły już ingerować w zasady państwowych ustaw gminnych)¹¹². Praktyka sejmów krajowych skłaniała się ku aprobowaniu założeń ustawy państwowej z 1862 roku. Krajowymi ustawami gminnymi, które powstały na obszarze byłej Galicji były: ustawa dla trzydziestu miast z dnia 13 marca 1889 roku, ustawa dla innych miast i znacznie mniejszych gmin z 3 lipca 1896 roku, statut miasta Krakowa z 1901 roku i statut miasta Lwowa z 1870 roku¹¹³.

Rozpatrując poglądy Panejki w kontekście nadzoru nad funkcjonowaniem samorządu, należy rozróżnić działania własne oraz zlecone. Kontrola pierwszych z nich podzielona była ze względu na instytucję, która jej dokonywała, czyli wyższe jednostki samorządowe¹¹⁴, a także administrację rządową. Natomiast zadania zlecone¹¹⁵ gminie przez administrację rządową podlegały kontroli jednostki zlecającej¹¹⁶. Dotyczyła ona tylko i wyłącznie nadzoru nad legalnością ich działań, wyłączając aspekt celowości¹¹⁷.

Jerzy Panejko w swych rozważaniach na temat samorządu terenów byłego zaboru austriackiego skupiał się w szczególności na problemie funkcjonowania, kontroli i rozwiązywania reprezentacji komunalnych. Zwracał

112 Panejko, „Rozwiązanie reprezentacji”, 2.

113 Ibidem, 2.

114 Nadzór ten dzielił się na bezpośredni i pośredni, pierwszy dotyczył administrowania dobrem i majątkiem gminnym, w kolejnym zaś rozstrzygano odwołania do wyższych jednostek samorządowych spraw, które obejmowały w swym zakresie działania własne.

115 Nazywane przez Jerzego Panejkę zadaniami poręczonymi.

116 O rozgraniczeniu zadań mając na względzie właściwość organów i powołując się zresztą przy tym na rozważania Panejki dokonywała także Zofia Hartleb-Wojciechowska, zob. Zofia Hartleb-Wojciechowska, „Kontrola własna jako podstawowe zagadnienie samorządu” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1-2 (1935): 64.

117 Panejko, „Rozwiązanie reprezentacji”, 1-3; zob. też: Bohdan Wasiułyński, *Samorząd, Teoria Samorządu, Notatki z wykładów zatwierdzone przez prof. Wasiułyńskiego* (Poznań: Drukarnia Dziennika Poznańskiego, 1924), 19 i n; kontekst postrzegania zadań własnych i zleconych samorządów poruszał Zygmunt Niewiadomski opierając się przy tym na teorii J. Panejko; zob. też: Zygmunt Niewiadomski, „Zadania samorządu terytorialnego na przykładzie planowania przestrzennego”, [w:] *Samorząd terytorialny, zagadnienia prawne i administracyjne*, 293.

uwagę, podążając za interpretacją Najwyższego Trybunału Administracyjnego, na problemy uregulowań, które były zawarte w ustawie z 1862 roku¹¹⁸. Organ ten, zdaniem Jerzego Panejki, dopatrywał się w swej interpretacji szeregu luk i niejasności, czego skutkiem było wystąpienie z nową interpretacją postanowień zawartych w austriackich ustawach gminnych¹¹⁹.

Praktyka rozwiązywania reprezentacji komunalnych była zdaniem tego wileńskiego profesora niedopracowana, wskazywał przy tym na przepisy, które wypaczały właściwe funkcjonowanie organów samorządu. Ustawy gminne nakazywały rozpisanie nowych wyborów w ciągu sześciu miesięcy od momentu rozwiązania danej reprezentacji komunalnej. Jerzy Panejko zauważał przy tym, że: „[...] zachodzi tu jednak pewien moment natury politycznej: jaki będzie skutek rozpisania nowych wyborów, jeśli zło leży nie w reprezentacji komunalnej, lecz w samej gminie, tj. w gminnym związku osób [...] nie należy to już jednak do zagadnienia prawnego, lecz do zagadnienia polityki administracyjnej”¹²⁰.

5. Samorząd adwokacki jako przykład samorządu zawodowego

Samorząd można definiować w dwojaki sposób, szeroko tj. zawierając terytorium i formę zawodową, jak również wąsko mając przy tym na względzie samorząd gminny będący niejako trzonem nauki o samorządzie¹²¹. Progresa życia społecznego była nieodzownym elementem rozszerzania pojęcia samorządu¹²². Jerzy Panejko, co ze względu na jego prawnicze wykształcenie nie powinno dziwić, dokładniej scharakteryzował instytucję samorządu adwokackiego¹²³. Opierając się na ustawie o adwokaturze zacytował za nim można, iż: „adwokatura tworzy jednostkę samorządu i rządzi się przepisami zawartymi w prawie niniejszym”¹²⁴. Mimo istnienia powyższego zapisu,

118 Ustawa gminna z 5 marca 1862 r. [*Das Reichsgemeindegeseztz 5 III 1862* (Prawo wspólnotowe Rzeszy)].

119 Panejko, „Rozwiązanie reprezentacji”, 1-3.

120 Ibidem, 19.

121 Idem, *Geneza*, 9.

122 Już nie tylko opierając się na terytorium, lecz także na związkach o różnorodnym podłożu, tj. kulturalnym, duchowym, gospodarczym, zawodowym etc.

123 O przykładzie definiowania przez Jerzego Panejko instytucji samorządu poprzez wskazanie na korporację adwokacką wspominał także Mikołaj Tarkowski; zob. też: Tarkowski, „Główne kierunki”, 796.

124 Ustawa z 4 maja 1938 r. Prawo o ustroju adwokatury (Dz. U. 1938 nr. 33, poz. 289).

adwokatura przez pewien czas¹²⁵ nie istniała jako samorząd w postrzeganiu Najwyższego Trybunału Administracyjnego¹²⁶, który uznawał za niego tylko te instytucje, którym konkretnie miano samorządu zostało przyznane¹²⁷.

Zgodnie z poglądami Panejki warto również wspomnieć, że w myśl postanowień rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o Najwyższym Trybunale Administracyjnym¹²⁸ włączono w pojęcie aktów administracyjnych zarządzenia i orzeczenia wydawane przez władze administracji rządowej oraz samorządowej. Fakt ten korespondował w szerokim zakresie z art. 72 Konstytucji¹²⁹, mówiącym o podziale administracji państwowej na rządową i samorządową (tj. samorząd terytorialny i gospodarczy)¹³⁰.

Samorząd adwokacki w postrzeganiu Panejki w pełni aprobował generalne założenia tej instytucji. Ten wileński profesor zaakcentował jednak istnienie dwóch artykułów ustawy z dnia 4 maja 1938 roku Prawo o ustroju adwokatury tj. art. 42 i art. 54, które to nie tylko były sprzeczne z ideą praworządności administracji, ale naruszały także w jego postrzeganiu art. 70 Konstytucji¹³¹. Pierwszy z nich uniemożliwiał zaskarżenie uchwały wydanej przez Naczelną Radę Adwokacką do Najwyższego Trybunału Administracyjnego, jednocześnie jednak nie pozbawiając strony możliwości wniesienia zażalenia do władzy nadzorczej. Drugi ze wspomnianych artykułów był natomiast zdecydowanie bardziej niepokojący z punktu widzenia zasad praworządności. Jerzy Panejko miał tu na względzie uzależnienie funkcjonowania samorządu adwokackiego od woli władzy nadzorczej, co godziło w podstawowe idee omawianej instytucji, tym samym kompletnie zatracając sens jej istnienia¹³².

125 Tj. do czasu wydania rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 7 października 1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury. (Dz. U. 1932 nr 86 poz. 733).

126 Tezy tej Panejko jednak nie aprobował, powołując się na zapisy Konstytucji, a szczególnie na fakt nieistnienia w niej warunku obligatoryjnego uznania w odrębnym przepisie instytucji jako samorządową.

127 Panejko, *Idea praworządności*, 6-7

128 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. o Najwyższym Trybunale Administracyjnym (Dz. U. 1932 nr 94 poz. 806, art. 1.).

129 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1921 nr 44 poz. 267, art. 72).

130 Panejko, *Idea praworządności*, 8 i n; zob. też: Mikołaj Tarkowski, *Adwokatura wileńska 1918-1939* (Gdańsk: Arche, 2014), 114.

131 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1921 nr 44 poz. 267).

132 Panejko, *Idea praworządności*, 10.

Wnioski

Warto zauważyć, iż wskazane w powyższym artykule definicje, instytucje i uregulowania szeroko rozumianego samorządu niewątpliwie znajdują w pewnym zakresie zastosowanie również w otaczającej nas rzeczywistości prawnej. Głoszona przez Panejkę i wspomniana w powyższym tekście państwowa teoria samorządu zaktywizowała przedstawicieli nauk prawnych, w tym teoretyków i dogmatyków, co dało podwaliny współczesnym założeniom tej instytucji. Niezmienności podstaw funkcjonowania jednostek samorządu terytorialnego, czy także fundamentalnych wartości na których się on opiera, daje pewnego rodzaju gwarancję na swoje niczym niewzruszone istnienie przez kolejne dekady. Nie powinien dziwić więc fakt, że tak znakomita postać polskiego prawa administracyjnego poświęciła problematyce samorządowej wiele publikacji naukowych. Jerzy Panejko zauważył bowiem potencjał, a przede wszystkim efektywność funkcjonowania państwa, jaką w jego ocenie gwarantowało przemyślane zdecentralizowanie władzy publicznej. Samorząd, to z jednej strony poczucie pewnej niezależności i wyodrębnienia, z drugiej zaś silne przeświadczenie o jedności osób, które do niego należą. Jerzy Panejko aprobował fakt aktywności instytucji samorządu jako czynnika, który ma bezpośredni wpływ na rozwój wszelkich połączy życia społecznego, w których funkcjonuje. Wskazywały na to jego słowa, będące swego rodzaju podsumowaniem dzieła *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*, które brzmiały następująco: „Najlepszą szkołą polityczną jest praktyczny współdziałanie w pracy w samorządowych instytucjach. Załatwianie skromniejszych publicznych zadań wpływa bardziej wychowawczo na osobę niedoświadczoną, aniżeli długotrwałe teoretyczne spekulacje. Praktyczna współpraca wykazuje prawdziwy stan rzeczy i ochrania przed nierealnymi metafizycznymi poglądami na świat [...] Tak więc samorząd, jako znakomita szkoła życia publicznego, powinien znaleźć odpowiednie miejsce także w ustroju demokratycznym”¹³³.

Bibliografia

- Ashley Percy, *Zarząd centralny i lokalny w Anglii, Francji, Prusach i Stanach Zjednoczonych*. Lwów: Towarzystwo Wydawnicze Warszawa, 1910.
- Bar Ludwik, *Czynniki kontroli w samorządzie terytorialnym*. Wilno: Zakłady Graficzne Znicz, 1931.
- Bigo Tadeusz, *Związki publicznoprawne w świetle ustawodawstwa polskiego*. Warszawa: Wydawnictwo Kasy im. Mianowskiego, 1928.
- Bigo Tadeusz, *Z zagadnień ustrojowych samorządu*. Lwów: Drukarnia Polska, 1933.

133 Idem, *Geneza*, 131-132.

- Bosiacki Adam, *Od naturalizmu do etatyizmu, Doktryny samorządu terytorialnego Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939*. Warszawa, Libre, 2006.
- Brzeziński Waclaw, „Pojęcie prawne samorządu terytorialnego według ustawodawstwa obowiązującego w b. dzielnicy pruskiej”, *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego* z. 1-2 (1936): 26-64.
- Brzeziński Waclaw, „O potrzebie i metodzie studiów nad istotą prawną samorządu terytorialnego” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 4 (1934): 386-405.
- Chojna-Duch Elżbieta, „Teoretyczne i legislacyjne problemy decentralizacji finansowej samorządu terytorialnego”, [w:] *Samorząd terytorialny, zagadnienia prawne i administracyjne*, red. Andrzej Piekara, Zygmunt Niewiadomski. 331-346. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1998).
- Cybuchowski Zbigniew, *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. II. Warszawa: Instytut Wydawniczy Biblioteka Polska, 1930.
- Dąbrowski Przemysław, *Mutationes in doctrina iuris. Kwestia prac nad reformą uniwersyteckich studiów prawniczych w Polsce (1918-1939)*. Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, 2015.
- Dąbrowski Przemysław, Nauczanie nauki administracji i prawa administracyjnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w okresie dwudziestolecia międzywojennego, *Czasopismo prawno-historyczne* t. LXVII, z. 1 (2015).
- Demiński Henryk, *Osobowość publiczno-prawna samorządu w świetle metody dogmatycznej i socjologicznej*. Wilno, Drukarnia Archidiecezjalna, 1934.
- Dobkowski Jarosław, „Jerzy Karol Panejko (1886-1973) – zarys biografii” *Studia Prawnoustrojowe*, r. XXVI (2014).
- Hartleb-Wojciechowska Zofia, „Kontrola własna jako podstawowe zagadnienie samorządu” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1-2 (1935): 61-81.
- Hausner Roman, *Wytyczne dla pojęcia i klasyfikacji samorządu w Konstytucji 1935 r.* Warszawa: Drukarnia Związku Zawodowego Pracowników Samorządu Terytorialnego, 1936.
- Hubert Julian, „Zagadnienie komisaryczności w samorządzie gminnym (wiejskim lub miejskim) i powiatowym w b. dzielnicy pruskiej” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1 (1930): 1-24.
- Jaroszyński Maurycy, „Rola i zadania samorządu terytorialnego w Polsce” *Kalendarz Samorządowy*, R. I (1926): 3-11.
- Jaroszyński Maurycy, *Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu* Warszawa: Przemiany, 1990.
- Kostrubiec Jarosław, *Administracja Ogólna w Myśli Prawniczej Drugiej Rzeczypospolitej*. Warszawa: Difin, 2019.

- Kroński Aleksander, *Teoria samorządu terytorialnego*. Warszawa: Związek Powiatów Rzeczypospolitej, 1932.
- Kroński Aleksander, *Ustrój komunalny miast*. Warszawa: M. Arcta, 1917.
- Kumaniecki Kazimierz Władysław, Jerzy Langrod, Szczęsny Wachholz, *Zarys ustroju, postępowania i prawa administracyjnego w Polsce*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1939.
- Kumaniecki Kazimierz Władysław Bohdan Wasiutyński, Jerzy Panejko, *Polskie Prawo Administracyjne w zarysie. Cz. 2*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1930.
- Makles Karol, *Prasa centralnych związków samorządowych w drugiej Rzeczypospolitej*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2014.
- Zygmunt Niewiadomski, „Zadania samorządu terytorialnego na przykładzie planowania przestrzennego”, [w:] *Samorząd terytorialny, zagadnienia prawne i administracyjne*, red. Andrzej Piekara, Zygmunt Niewiadomski. 293-331. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1998.
- Panejko Jerzy, *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*. Paryż: Imprimerie de Navarre 1926.
- Panejko Jerzy, *Idea praworządności a prawo o ustroju adwokatury*. Wilno: Polska Drukarnia Świt 1939.
- Panejko Jerzy, „Rozwiązanie reprezentacji komunalnych w województwach b. zaboru austriackiego” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. IV (1929): 1-20.
- Panejko Jerzy, „Samorząd komunalny w Szwajcarii” *Samorząd terytorialny: kwartalnik, poświęcony teorii i życiu samorządu terytorialnego*, z. 1 (1930): 24-107.
- Piekara Andrzej, „Samorząd terytorialny, istota społeczna i prawna, uwarunkowania i funkcje”, [w:] *Samorząd terytorialny, Zagadnienia prawne i administracyjne*, red. Andrzej Piekara, Zygmunt Niewiadomski. 5-30. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1998.
- Starościak Jerzy, *Prawo administracyjne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969.
- Szpoper Dariusz, Mikołaj Tarkowski, „Nauczanie prawa na Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie (1919-1939)”, [w:] *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, red. Ewa Kozerska, Piotr Sadowski, Andrzej Szymański. 57-69. Opole: Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 2010.
- Tarkowski Mikołaj, *Adwokatura wileńska 1918-1939*. Gdańsk: Arche, 2014.
- Tarkowski Mikołaj, „Główne kierunki pracy badawczej profesorów Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie (1919-1939)” *Przegląd Wschodni*, t. XI, z. 4 (2011).
- Tarkowski Mikołaj, *Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w latach 1919-1939*. Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, 2015.

- Wasiutyński Bohdan, *Samorząd, Teoria Samorządu, Notatki z wykładów zatwierdzone przez prof. Wasiutyńskiego*. Poznań: Drukarnia Dziennika Poznańskiego, 1924.
- Wasiutyński Bohdan, *Ustrój władz administracyjnych rządowych i samorządowych*, wyd. 4. Poznań: Jan Jachowski, Księgarnia Uniwersytecka, 1937.
- Wereszczyński Antoni, Władysław Kucharski, *Wiadomości w Polsce współczesnej ze szczególnym uwzględnieniem stosunków politycznych, gospodarczych i społecznych*. Lwów, Warszawa, Kraków: Książnica Polska, 1923.
- Żukowski Przemysław, „Droga Jerzego Panejki do katedry prawa administracyjnego i nauki administracji na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie” *Res Gestae. Czasopismo Historyczne*, t. II (2016): 43-75.

Legislacyjne próby rozwiązania kwestii rozliczenia się za tzw. mienie zabużańskie w latach 1989-2003

Legislative Attempts to Resolve the Issue of Settling for So-Called „Property Left beyond the Bug River” in between 1989 and 2003

In September 1944 the Polish Committee of National Liberation concluded the so-called republican agreements with the governments of the Ukrainian, Belorussian and Lithuanian Republic of Soviets. Based on these agreements massive displacement of the population was conducted. Moreover, the evacuated were forced to leave their property for the promise of obtaining one of similar value in the new settlement. Even though since 1946 the Polish legislator has normalized the issue of settling for the left real estate through the so-called right to credit, none of the adopted regulations led to the satisfaction of all beneficiaries. Hopes of getting compensation for the left property revived along with the political transformation.

The author presents proposed solutions that appeared in the parliamentary works between 1989 and 2003. The author presents all draft re-privatization laws that were submitted to the Sejm of the 10th, 1st, 2nd, 3rd and 4th term until December 12, 2003, i.e. the day of passing of the Act on crediting, as part of the sale price or perpetual usufruct right to the State Treasury property, the value of real property left outside the present state borders. The author also tries to answer the question what caused the passing of the so-called Bug River Act occur so late, 15 years after the political transformation?

Anna Korzeniewska-Lasota

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Akademii Pomorskiej w Słupsku*

ORCID – 0000-0002-2072-2807

Słowa kluczowe:

mienie zabużańskie, reprivatyzacja, rekompensata, prawo zaliczenia, projekt ustawy

Keywords:

property left beyond the Bug River, reprivatization, compensation, right to credit, draft law

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.138>

1. Wstęp

Prawo do uzyskania ekwiwalentu za tzw. mienie zabużańskie ma swoje korzenie w zawartych przez PKWN w 1944 r. układach republikańskich¹, które stały się podstawą masowych przesiedleń obywateli polskich. Układy nie stanowiły

1 Były to podpisane 9 września 1944 r. układy z rządami ukraińskiej i białoruskiej SRR oraz 22 września z rządem litewskiej SRR dotyczące ewakuacji obywateli polskich z tychże republik. Układy dostępne w AAN, MSZ w Warszawie, 610/9, k. 12-19, k. 1-9, k. 44-52.

wprost podstawy prawnej dla roszczeń kompensacyjnych z tytułu utraty mienia pozostawionego poza granicami państwa polskiego w związku z wojną rozpoczętą w 1939 r., jednak kreowały zobowiązanie polskich władz krajowych do uregulowania tej materii w prawie wewnętrznym. Poczynając od roku 1946 ustawodawca normował materię rozliczenia za nieruchomości zabużańskie poprzez tzw. prawo zarachowania, polegające na możliwości zaliczenia wartości nieruchomości pozostawionych poza wschodnią granicą Polski na poczet wartości nieruchomości otrzymanych w kraju, najczęściej ceny sprzedaży lub opłaty za użytkowanie wieczyste², jednakże żadna z regulacji nie doprowadziła do zaspokojenia wszystkich beneficjentów. Przyczyny tego stanu były różne. Wydawane przez komunistyczne władze przepisy były rozproszone i niespójne, sformułowane w sposób, który nie pozwalał na ich faktyczną realizację. W zasadzie zaraz po przesiedleniu zabużanie napotykali na wiele barier utrudniających czy wręcz uniemożliwiających skorzystanie z przyznanego im prawa zaliczenia. Najczęściej brakowało nieruchomości, które odpowiadałyby tym pozostawionym w poprzednim miejscu zamieszkania. A jeśli udało się je uzyskać, to nie zawsze stawały się własnością zabużan bądź nie w pełni rekompensowały pozostawiony majątek³. Istotnym

-
- 2 Różne warianty tego rozwiązania przewidywały m.in.: dekret z 6 września 1946 r. o ustroju rolnym i osadnictwie na obszarze Ziemi Odzyskanych i byłego Wolnego Miasta Gdańska (Dz. U. Nr 49, poz. 279 ze zm.); dekret z 6 grudnia 1946 r. o przekazywaniu przez Państwo mienia nierolniczego na obszarze Ziemi Odzyskanych i b. Wolnego Miasta Gdańska (Dz. U. Nr 71, poz. 389 ze zm.); dekret z 10 grudnia 1952 r. o odstępowaniu przez Państwo nieruchomości mienia nierolniczego na cele mieszkaniowe oraz na cele budownictwa indywidualnych domów jednorodzinnych (Dz. U. Nr 49, poz. 326); dekret z 18 kwietnia 1955 r. o uwłaszczeniu i uregulowaniu innych spraw, związanych z reformą rolną i osadnictwem rolnym (Dz. U. Nr 18, poz. 107 ze zm.); ustawa z 28 maja 1957 r. o sprzedaży przez Państwo domów mieszkalnych i działek budowlanych (Dz. U. Nr 31, poz. 132 ze zm.); ustawa z 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz. U. Nr 32, poz. 159 ze zm.); ustawa z 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości (Dz. U. Nr 22, poz. 99 ze zm.). Szerzej zob. Anna Korzeniewska-Lasota, *Państwo, właściciele i ich spadkobiercy wobec mienia pozostawionego przez obywateli polskich w województwach wschodnich międzywojennych Rzeczypospolitej. Studium historyczno-prawne* (Gdańsk: Arche, 2018), 211-267.
- 3 Informacja w sprawie realizacji w okresie lat 1957-1964 ustawy z 28 maja 1957 r. o sprzedaży przez Państwo domów mieszkalnych i działek komunalnych (AAN, MGK, 885/11/9, k. 1-14).

problemem były też wymogi dotyczące udokumentowania faktu bycia właścicielem utraconych nieruchomości.

Wobec powyższego nowe nadzieje na rozwiązanie kwestii roszczeń majątkowych zabużan niosła transformacja ustrojowa. Zarówno dawni właściciele, jak i ich spadkobiercy wierzyli, że problem wypłaty rekompensat zostanie wreszcie rozwiązany. I rzeczywiście sprawa ta była obecna w dyskursie politycznym tamtego okresu. Wywoływała jednak tak wiele kontrowersji, iż mimo że pojawiały się różne inicjatywy jej rozwiązania, pierwszą ustawę odrębnie regulującą tę materię, zdołano uchwalić dopiero w grudniu 2003 r.⁴. Celem niniejszego artykułu jest więc przedstawienie propozycji rozwiązań, jakie pojawiały się w pracach parlamentarnych tamtego okresu oraz próba odpowiedzi na pytanie, co sprawiło, iż pierwszą kompleksową regulację uprawnień zabużańskich uchwalono dopiero 15 lat po transformacji ustrojowej?

2. Sejm X kadencji

Po roku 1989 Sejm pracował nad wieloma projektami ustaw reprivatyzacyjnych. Z inicjatywą ustawodawczą występowały różne z uprawnionych podmiotów: prezydent, rząd, posłowie i Senat. Pierwszymi projektami były: senacki projekt ustawy o zwrocie mienia przejętego na własność Państwa na podstawie przepisów o uregulowaniu stanu prawnego mienia pozostającego pod zarządem państwowym⁵ oraz również wniesiony przez Senat⁶, projekt ustawy o zwrocie aptek przejętych na własność Państwa w 1951 r.⁷.

Żaden z powyższych projektów nie regulował jednak kwestii zwrotu majątku pozostawionego poza obecnymi granicami państwa. Pierwszy przyjęty przez Senat 17 maja 1990 r.⁸ przewidywał zwrot lub wypłatę rekompensat w formie bonów kapitałowych za mienie przejęte na własność Państwa na podstawie ustawy z 25 lutego 1958 r. o uregulowaniu stanu prawnego mienia

4 Ustawa z 12 grudnia 2003 r. o zaliczeniu na poczet ceny sprzedaży albo opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa wartości nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego (Dz. U. 2004 Nr 6, poz. 39).

5 Druk senacki nr 218-A.

6 Senat podjął uchwałę w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o zwrocie aptek przejętych na własność Państwa na 29 posiedzeniu Senatu w dniu 27 lipca 1990 r. Reprezentantem Senatu w dalszych pracach nad projektem został senator Henryk Wilk (Uchwała Senatu RP z 27 lipca 1990 r.).

7 Druk senacki nr 295.

8 Do reprezentowania stanowiska Senatu w dalszych pracach nad projektem Senat wyznaczył senatora Henryka Wilka (Uchwała Senatu RP z 17 maja 1990 r.).

pozostającego pod zarządem państwowym⁹. Projekt był realizacją intencji Senatu wyrażoną już we wrześniu 1989 r. na 8 plenarnym posiedzeniu Izby, kiedy to opowiedziano się za „zwrotem mienia autentycznym właścicielom i ich spadkobiercom”¹⁰. Drugi projekt, uchwalony przez Senat 27 lipca 1990 r.¹¹, zakładał zwrot lub wypłatę rekompensat w postaci bonów kapitałowych za apteki przejęte na własność Państwa na podstawie ustawy z 8 stycznia 1958 r. o przejęciu aptek na własność Państwa¹².

Oba powyższe projekty zostały skierowane do Sejmu. Ten pracował nad nimi niejako równoległe z trzecim projektem złożonym 8 czerwca 1990 r. Grupa posłów¹³ wniosła bowiem do Sejmu projekt ustawy o zwrocie mienia przejętego na własność państwa na podstawie przepisów o uregulowaniu stanu prawnego mienia pozostającego pod zarządem państwowym¹⁴. Projekt również nie dotyczył rozliczeń za mienie zabużańskie, miał na celu „doprowadzenie do jednoznacznej oceny ustawy z dnia 25 lutego 1958 r. o uregulowaniu stanu prawnego mienia pozostającego pod zarządem państwowym i w konsekwencji do wyrównania strat spowodowanych rażącym naruszeniem zasad sprawiedliwości społecznej”¹⁵. Niestety prace nad tymi projektami zostały w Sejmie X kadencji wstrzymane i ostatecznie sprawa nie została zamknięta.

Następnie w marcu 1991 r. został powołany Międzyresortowy Zespół Koordynacyjny ds. Reprywatyzacji, którego przewodniczącym został Wojciech Góralczyk, wiceminister przekształceń własnościowych. Efektem pracy zespołu było złożenie w dniu 16 lipca 1991 r. projektu ustawy o reprywatyzacji¹⁶. Tym razem w projekcie ujęto również sprawę rekompensat dla zabużan. Art. 3 stanowił, iż reprywatyzacja obejmuje mienie nieruchomości pozostawione na obszarach niewchodzących w skład obecnego terytorium RP w związku z wojną rozpoczętą w dniu 1 września 1939 r. Osobami uprawnionymi z tytułu reprywatyzacji miały być osoby fizyczne, które w dniu pozostawienia tego mienia były jego właścicielami lub współwłaścicielami, a także

9 Dz. U. Nr 11, poz. 37 ze zm.

10 Wypowiedź senatora Henryka Wilka – Sprawozdanie stenograficzne z 36. posiedzenia Sejmu RP w dniach 19, 20 i 21 lipca 1990 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1990), 298.

11 Protokół z 29 posiedzenia Senatu I kadencji, 19.

12 Dz. U. Nr 1, poz. 1 ze zm.

13 Projekt poparło 31 posłów, a do reprezentowania stanowiska wnioskodawców w toku prac parlamentarnych upoważniono posła Macieja Bednarkiewicza.

14 Druk sejmowy nr 442.

15 Uzasadnienie projektu, druk sejmowy nr 442.

16 Druk sejmowy nr 984.

ich spadkobiercy, jeżeli osoby te są obywatelami polskimi i stale zamieszkują w Rzeczypospolitej Polskiej. Za osobę uprawnioną mogła być również uznana osoba przebywająca za granicą, jeżeli nabyłaby obywatelstwo polskie i na stałe zamieszkała w Rzeczypospolitej przed upływem terminu przewidzianego na składanie wniosków o reprivatyzację. Rekompensata miała być ryczałtowa i wypłacana w formie bonów kapitałowych, tj. nieoprocentowanego papieru wartościowego służącego do zapłaty za zbywane przez Skarb Państwa akcje lub udziały, przedsiębiorstwa lub zorganizowane części mienia przedsiębiorstw (np. zakłady, sklepy, warsztaty) zbywane w związku z likwidacją tych przedsiębiorstw, grunty Państwowego Funduszu Ziemi, nieruchomości leśne oraz inne nieruchomości przeznaczone na sprzedaż¹⁷. W niektórych przypadkach ustawa przewidywała możliwość uzyskania rekompensaty w naturze. Dotyczyło to mienia, które było uprzednio pod przymusowym zarządem państwowym, mienia przejętego z naruszeniem ustawy z dnia 3 stycznia 1946 r. oraz z naruszeniem prawa w latach 1944–1960. Osoba przejmująca mienie w naturze miała przejmować też ciężące na tym mieniu zobowiązania. Zwrot mienia w naturze miał mieć również postać zbliżoną do ryczałtu. Wartość mienia przekazywanego nie mogła przekraczać wartości mienia przejętego przez państwo. Dopuszczano natomiast możliwość dopłacenia przez stronę różnicy pomiędzy wartością historyczną a aktualną w celu uzyskania całości obiektu.

W sierpniu 1991 r. projekt został skierowany do Komisji Przekształceń Własnościowych¹⁸, a ta zdecydowała o powołaniu do dalszych prac nad ustawą podkomisji ds. rozpatrzenia ustawy reprivatyzacyjnej¹⁹. I choć podkomisja bardzo szybko przygotowała sprawozdanie, co pozwoliło na odbycie się posiedzenia komisji już 27 września, to z uwagi na brak kworum obrady zostały przerwane²⁰. Na kolejnym posiedzeniu, w dniu 9 października, a zatem na 18 dni przed wyborami, kiedy w stosunku do wielu przepisów udało się wypracować konsensus, członkowie komisji zaniechali dalszych prac.

17 Por. uzasadnienie projektu oraz Informację dotyczącą wielkości zobowiązań państwa za mienie przejęte po 1944 r. z naruszeniem prawa oraz z tytułu niewykonania zobowiązań wynikających z treści niektórych aktów prawnych (szacunek wstępny). – Druk sejmowy nr 984.

18 Sprawozdanie stenograficzne z 70 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 21, 22, 23 i 24 sierpnia 1991 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1991), 270–290.

19 Biuletyn nr 1430/X kad., Warszawa 11 września 1991, Komisja Przekształceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza, 24.

20 Biuletyn nr 1493/X kad., Warszawa 27 września 1991, Komisja Przekształceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza.

Uznali, iż to Sejm nowej kadencji winien uchwalić ustawę reprivatyzacyjną²¹. W ten oto sposób, mimo iż w X kadencji Sejmu złożono 4 projekty ustawy reprivatyzacyjnej, żaden z nich nie został uchwalony.

3. Sejm I kadencji

W Sejmie I kadencji złożono trzy poselskie projekty ustaw reprivatyzacyjnych. Pierwszy, projekt ustawy o reprivatyzacji lub zadośćuczynieniu za mienie przejęte przez Państwo lub pozostawione na terenach niewchodzących w skład obecnego terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²² zgłoszony został przez 27 posłów, przedstawicieli Unii Polityki Realnej przy wsparciu posłów z Chrześcijańskiej Demokracji. Reprivatyzacją obejmował również mienie zabużańskie, przyznając prawo do otrzymania nieruchomości zamiennej poprzez przekazanie osobie uprawnionej prawa własności obiektu o wartości zbliżonej do wartości nieruchomości pozostawionej poza obecną granicą wschodnią oraz możliwość uzyskania rekompensaty w postaci waloryzowanych bonów kapitałowych. Projekt uwzględniał roszczenia repatriantów, wynikające nie tylko z umów republikańskich, ale również umowy z marca 1957 r.²³. Beneficjentami uprawnień miały być osoby fizyczne posiadające obywatelstwo polskie w dniu 1 września 1939 r.

Drugi z przedłożonych projektów to ustawa „o reprivatyzacji”²⁴, przygotowana przez Kongres Liberalno-Demokratyczny, Unię Demokratyczną i Polski Program Gospodarczy. Jego autorzy, wychodząc z założenia, że decyzja o zakresie uznawanych roszczeń powinna przede wszystkim uwzględniać analizę jej skutków dla całego społeczeństwa, zaproponowali, co wyjaśnił w czasie I czytania projektu przedstawiciel wnioskodawców poseł Andrzej Raj, rozwiązania oparte na 3 zasadniczych założeniach: zakres i tryb uznawania oraz zaspakajania roszczeń miał służyć przeprowadzeniu szybkiej i racjonalnej prywatyzacji, zaspokojenie roszczeń nie miało polegać na pełnym odszkodowaniu, a wykonanie zobowiązań państwa wobec osób, które utraciły po 1944 r. mienie na skutek nacjonalizacji lub przesiedlenia, miało objąć przypadki, w których naruszono obowiązujący ówczesnie porządek prawny. Projekt zakładał zatem reprivatyzację ograniczoną, rozumianą

21 Biuletyn nr 1524/X kad., Warszawa 9 października 1991, Komisja Przeszktałceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza, 13.

22 Druk sejmowy nr 213 z 3 kwietnia 1992 r.

23 Umowa z 25 marca 1957 r. między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w sprawie terminu i trybu dalszej repatriacji z ZSRR osób narodowości polskiej (Dz. U. 1957 Nr 47, poz. 222).

24 Druk sejmowy nr 269-A z 25 maja 1992 r. Pod projektem podpisało się 19 posłów.

jako wykonalną technicznie i mieszczącą się w możliwościach finansowych państwa²⁵. W ramach rozwiązań w zakresie tzw. roszczeń zabużańskich przewidziano, iż osobami uprawnionymi z tytułu reprivatyzacji będą co do zasady osoby fizyczne, które w dniu pozostawienia tego mienia były jego właścicielami lub współwłaścicielami, a także ich spadkobiercy ustawowi, jeśli są obywatelami polskimi i stale zamieszkują w Rzeczypospolitej. Z uprawnienia mogły też skorzystać osoby przebywające za granicą, które nabędą obywatelstwo polskie i zamieszkają na stałe w kraju przed upływem terminu przewidzianego na składanie wniosków lub zgłoszą swoje roszczenie w terminie przewidzianym w ustawie, a następnie osiedlą się w Rzeczypospolitej i przyjmą polskie obywatelstwo. Podstawową formą rekompensaty miały być bony kapitałowe.

Obydwa powyższe projekty Sejm I kadencji rozpatrywał w pierwszym czytaniu w czasie tego samego, 19 posiedzenia Sejmu. Debata toczyła się w dniu 1 lipca 1992. Występujący w imieniu poszczególnych klubów parlamentarnych posłowie zgłosili wnioski zarówno za przekazaniem projektów do dalszych prac, jak i ich odrzuceniem. Ostatecznie projekt ustawy „o reprivatyzacji” nie uzyskał poparcia posłów²⁶. Drugi z projektów – nie został odrzucony. Poselski projekt ustawy „o reprivatyzacji” skierowano do komisji sejmowych: Komisji Przekształceń Własnościowych oraz Komisji Ustawodawczej.

W międzyczasie do Sejmu wpłynął trzeci z wymienionych wyżej projektów, tj. projekt ustawy o reprivatyzacji i rekompensatach²⁷ zgłoszony przez grupę 17 posłów. Jego pierwsze czytanie odbyło się w czasie 28. posiedzenia Sejmu w dniu 29 października 1992 r. Projekt przedstawił poseł Lech Pruchno-Wróblewski. Zawarte w nim propozycje, co podkreślał sam poseł sprawozdawca, były zbliżone do tych uwzględnionych w odrzuconym już w tej kadencji Sejmu projekcie ustawy druk sejmowy nr 213. Nadal przewodnią ideą projektu była restytucja naturalna. Reprivatyzację pojmowano jako zwrot mienia w naturze, w postaci akcji lub udziału w spółkach, w skład których weszło mienie przejęte i odróżniano ją od rekompensaty rozumianej jako przyznanie obiektu zastępczego lub bonów kapitałowych. Reprivatyzacja miała być przeprowadzona z poszanowaniem zasady praw osób trzecich, m.in. rolników indywidualnych. Projekt nie przewidywał delegacji

25 Por. wypowiedź posła Andrzeja Raya w czasie 19 posiedzenia Sejmu. Sprawozdanie stenograficzne z 19 posiedzenia Sejmu w dnia 1,2,3 i 4 lipca 1992 r., (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1992), 18 oraz Uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 269-A.

26 Wniosek o odrzucenie projektu ustawy poparło 144 posłów, 107 było przeciw, a 38 wstrzymało się od głosu. Zob. przebieg procesu legislacyjnego – projekty ustaw, Sejm I kadencji. sejm.gov.pl. [dostęp: 20.02.2020].

27 Druk sejmowy nr 439 z 3 września 1992 r.

do wydania aktów wykonawczych. W odniesieniu do mienia zabużańskiego założono, iż wielkość mienia pozostawionego za granicą należy określać według stanu na dzień 1 września 1939 r., dopuszczano możliwość dochodzenia ustalenia własności pozostawionego mienia w trybie sądowym w drodze powództwa przeciwko Skarbowi Państwa, a poszkodowani i ich następcy prawni mieli być zwolnieni przy dochodzeniu roszczeń od wszelkiego rodzaju opłat sądowych, administracyjnych i skarbowych, podatku od spadku i darowizn oraz podatku dochodowego. Poszkodowani mogli składać wnioski w okresie 2 lat od chwili wejścia w życie ustawy, aczkolwiek już w czasie swojego wystąpienia poseł Pruchno-Wróblewski, proponował skrócenie tego terminu do 1 roku²⁸. W czasie dyskusji nad projektem posłowie w zasadzie powtórzyli swoje stanowiska wyrażone cztery miesiące wcześniej, tj. w lipcu. Podnosili, że projekt jest bardzo podobny do tego, który już Sejm obecnej kadencji odrzucił i przekazywanie go do dalszych prac spowolni prace nad projektem, nad którym Komisja Przekształceń Własnościowych już pracowała. W przeprowadzonym po zakończeniu I czytania głosowaniu, w dniu 30 października 1992 r. posłowie odrzucili projekt²⁹.

Wobec powyższego, w Sejmie I kadencji pozostał jeden projekt – projekt ustawy „o reprivatyzacji” – nad którym pracowały już Komisja Przekształceń Własnościowych oraz Komisja Ustawodawcza. 6 listopada 1992 r. komisje uznając rozpatrywaną materię za bardzo złożoną, do prac nad projektem powołały specjalną podkomisję sejmową³⁰. Ta po odbyciu 7 posiedzeń, na ostatnim – 21 stycznia 1993 r. – przyjęła sprawozdanie. Debatę nad sprawozdaniem podkomisji w dniach 16 i 17 lutego 1993 r. zdominował problem określenia podmiotów uprawnionych (w szczególności czy uprawnienia te miałyby przysługiwać osobom nieposiadającym polskiego obywatelstwa), zakresu uprawnienia oraz sposobu ustalania wartości pozostawionego mienia³¹. Zaplanowane na lipiec 1993 r. drugie czytanie projektu nie odbyło się

28 Por. projekt ustawy, druk nr 439 oraz wystąpienie w imieniu wnioskodawców posła Lecha Pruchno-Wróblewskiego w czasie I czytania projektu ustawy. Sprawozdanie stenograficzne z 28 posiedzenia Sejmu RP w dniach 28, 29, 30 października oraz 5 listopada 1992 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1992), 109-111.

29 Za odrzuceniem głosowało 170 posłów, przeciw – 155, wstrzymało się – 24.

30 Biuletyn nr 826/I kad., Warszawa 6 listopada 1992 r., Komisja Przekształceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza.

31 Biuletyn nr 119/I kad., Warszawa 16 i 17 luty 1993 r., Komisja Przekształceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza.

z uwagi na skrócenie kadencji Sejmu³². Po raz kolejny proces legislacyjny nie został zamknięty.

4. Sejm II kadencji

Sejm II kadencji pracował łącznie nad 5 projektami ustaw reprivatyzacyjnych. Jako pierwszy wpłynął projekt ustawy „o reprivatyzacji i rekompensatach” wniesiony do Sejmu przez grupę posłów Polskiego Stronnictwa Ludowego (pod projektem podpisało się 79 posłów)³³. Ustawa regulowała zakres i formę świadczeń przysługujących z tytułu utraty mienia, przez które rozumiała zarówno przejęcie mienia na rzecz państwa, jak i jego pozostawienie na obszarach niewchodzących w skład obecnego terytorium państwa przez osoby narodowości polskiej w związku z wojną rozpoczętą w dniu 1 września 1939 r. Osobami uprawnionymi do świadczenia miały być osoby fizyczne, które w dniu utraty mienia były jego właścicielami lub współwłaścicielami, miały polskie obywatelstwo, posiadały to obywatelstwo w dniu wejścia w życie ustawy lub złożyły wniosek o rekompensatę i nabyły obywatelstwo polskie po wejściu w życie ustawy. Prawo do rekompensaty przysługiwało też spadkobiercom uprawnionych, jeśli posiadali polskie obywatelstwo. Projekt przewidywał 4 formy świadczeń reprivatyzacyjnych: zwrot mienia w naturze, zwrot mienia w naturze w formie przyznania akcji (udziałów) w spółce władającej przejętym mieniem, przyznanie mienia zamiennego oraz przyznanie bonów reprivatyzacyjnych. Opowiedziano się za włączeniem majątku komunalnego do katalogu mienia zamiennego, które można by rozdysponować w procesie reprivatyzacji, w tym również na rzecz osób, które pozostawiły majątki poza obecną granicą wschodnią³⁴. W przypadku tych ostatnich

32 29 maja 1993 r. Prezydent Lech Wałęsa wydał zarządzenie w sprawie rozwiązania Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M. P. Nr 27, poz. 285). Zarządzenie weszło w życie 31 maja 1993 r.

33 Druk sejmowy nr 201 z dnia 10 grudnia 1993 r. Projekt ustawy przygotowała powołana 17 czerwca 1993 r. przez Ministra Przekształceń Własnościowych Rada Konsultacyjna ds. Reprivatyzacji, w której skład weszli przedstawiciele 11 największych stowarzyszeń byłych właścicieli (ziemianie, przemysłowcy, zabużanie, właściciele nieruchomości miejskich, młynarze, aptekarze), eksperci, posłowie będący współautorami projektu ustawy o reprivatyzacji wniesionego do Sejmu I kadencji oraz dyrektor i wicedyrektor Departamentu Reprivatyzacji Ministerstwa Przekształceń Własnościowych. Przewodniczącym Rady został Krzysztof H. Łaskiewicz. – Por. Krzysztof H. Łaskiewicz, „Problemy związane z realizacją roszczeń z tytułu utraty własności”, [w:] *Reprivatyzacja w systemie prawa* (Warszawa: Kancelaria Senatu, 1999), 22.

34 Z uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 201. Por. uzasadnienie projektu przez przedstawiciela wnioskodawców posła Jacka

wielkość utraconego mienia miała być oceniana na dzień jego utraty, za który ustawa przyjęła 1 września 1939 r.

Początkowo projekt miał wsparcie rządu, jednak na przełomie kwietnia i maja 1994 r. rząd przedstawił własny projekt zatytułowany ustawa o rekompensatach z tytułu utraty nieruchomości przejętych z naruszeniem prawa na podstawie przepisów wydanych w latach 1944-1958³⁵. Jednakże wobec ostrego protestu Rady Konsultacyjnej projekt nie został wniesiony do Sejmu³⁶. Tym samym Sejm mógł jedynie pracować nad wniesionym już projektem „o reprivatyzacji i rekompensatach”. Jednak już pierwsze czytanie projektu, które odbyło się w Sejmie 2 grudnia 1994 r., zakończyło się jego odrzuceniem³⁷.

Tego samego dnia posłowie PSL złożyli w Sejmie projekt rezolucji dotyczący zobowiązania rządu do przygotowania projektu ustawy o rekompensatach za nieruchomości przejęte z naruszeniem prawa w latach 1944-1962³⁸. Rezolucję uchwalono 16 lutego 1995 r. na 43 posiedzeniu Sejmu³⁹. Miała ona nieco odmienną treść od propozycji pracującej nad nią Komisji Przekształceń

Pawlickiego w czasie I czytania projektu ustawy w Sejmie. Sprawozdanie stenograficzne z 36 posiedzenia Sejmu RP w dniach 30 listopada oraz 1 i 2 grudnia 1994 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1994), 197-198.

- 35 Projekt ustawy z dnia 4 maja 1994 r. (Archiwum Rady Ministrów).
- 36 Barbara Petz, *Wokół ustawy reprivatyzacyjnej* (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1994), 9-11.
- 37 Z wnioskiem o odrzucenie projektu wystąpiły kluby poselskie PSL (a zatem klub, którego posłowie zgłosili projekt) i PPS, a za skierowaniem projektu do dalszych prac w komisji opowiedziały się: UW, BBWR, KPN oraz Parlamentarne Koło Mniejszości Niemieckiej. Z kolei za wnioskiem o odrzucenie projektu opowiedziało się 150 posłów, przeciw – 85, a wstrzymało się – 31 posłów; zob. Sprawozdanie stenograficzne z 36 posiedzenia Sejmu RP w dniach 30 listopada oraz 1 i 2 grudnia 1994 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1994), 265.
- 38 Z wnioskiem tym wystąpił Klub PSL. Sprawozdanie stenograficzne z 36 posiedzenia Sejmu RP w dniach 31 listopada oraz 1 i 2 grudnia 1994 r., 203.
- 39 Sprawozdanie Komisji Przekształceń Własnościowych z działalności w okresie II kadencji Sejmu RP (1993-1997) (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1997), Tabela nr 21. Por. Analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 1995 r., 411. www.nik.gov.pl. [dostęp: 25.11.2019].

Własnościowych⁴⁰, jej treść była następująca: „W związku z sejmową debatą nad projektami ustaw o reprivatyzacji i rekompensatach oraz o uregulowaniu roszczeń wynikających z przejęcia nieruchomości na obszarze miasta Warszawy Sejm Rzeczypospolitej Polskiej wzywa Rząd do opracowania i wniesienia do Sejmu do 30 czerwca 1995 r. projektu ustawy o rekompensatach za nieruchomości przejęte z naruszeniem prawa po roku 1944”⁴¹.

4 miesiące później, na 52 posiedzeniu, Sejm II kadencji rozpatrywał kolejne cztery projekty ustaw reprivatyzacyjnych:

- 1) poselski projekt ustawy o wygaśnięciu roszczeń reprivatyzacyjnych i rekompensatach za utracone mienie, złożony przez grupę posłów Sojuszu Lewicy Demokratycznej, Polskiej Partii Socjalistycznej i Unii Pracy⁴²;
- 2) poselski projekt ustawy o reprivatyzacji i rekompensatach, złożony przez grupę posłów z Unii Wolności, Konfederacji Polski Niepodległej oraz Bezpartyjnego Bloku Wspierania Reform i Mniejszości Niemieckiej⁴³;
- 3) prezydencki projekt ustawy o reprivatyzacji i rekompensatach⁴⁴;
- 4) rządowy projekt ustawy o rekompensatach z tytułu utraty mienia przejętego z naruszeniem prawa na podstawie przepisów wydanych w latach 1944-1962⁴⁵.

Wszystkie powyższe projekty regulowały kwestię rekompensat za mienie zabużańskie. Jednakże każdy z nich nieco odmiennie postrzegał zarówno jej rozwiązanie, jak i całość reprivatyzacji. Wnioskodawcy pierwszego, co podkreślał prezentujący założenia projektu poseł Piotr Ikonowicz, „nie chcieli dokonywać pełnej reprivatyzacji”. Proponowali przeprowadzenie reprivatyzacji w taki sposób, „żeby nie naprawiać krzywd wyrządzając nowe;

40 Propozycja Komisji, uchwalona 10 stycznia 1995 r. miała następującą treść: „Sejm wzywa rząd do opracowania i wniesienia do Sejmu w I kw. 1995 r. projektu ustawy o reprivatyzacji i rekompensatach za nieruchomości przejęte z naruszeniem prawa lub fundamentalnych zasad konstytucji po roku 1944”. Biuletyn nr 1183/II kad. z posiedzenia Komisji Przekształceń Własnościowych nr 38 z 10 stycznia 1995 r.

41 Rezolucja Sejmu RP z 16 lutego 1995 r. w sprawie wezwania Rządu Rzeczypospolitej Polskiej do przygotowania projektu ustawy o rekompensatach za nieruchomości przejęte z naruszeniem prawa po roku 1944 (M.P. 1995 Nr 8, poz. 113).

42 Druk sejmowy nr 991 z 31 marca 1995 r.

43 Druk sejmowy nr 992 z 31 marca 1995 r.

44 Druk sejmowy nr 994 z 16 maja 1995 r.

45 Druk sejmowy nr 1052 z 12 czerwca 1995 r.

żeby w celu zaspokojenia roszczeń stosunkowo jednak niewielkiej części polskiego społeczeństwa nie skrzywdzić milionów ludzi, przeznaczając na ten cel zbyt wielkie kwoty z budżetu⁴⁶. Stąd też przyjęto w projekcie, że będą wypłacane rekompensaty w formie bonów reprzywatyzacyjnych trzem kategoriom osób: osobom, które wywłaszczono z pogwałceniem obowiązującego w tamtym czasie prawa, osobom, które wywłaszczono zgodnie z prawem, ale nie wypłacono im w myśl ówczesnie obowiązującego prawa odszkodowania oraz tym, którzy byli pozbawiani mienia wskutek różnych akcji przesiedleńczych, np. wskutek zmian granic, ale i wskutek akcji „Wisła”⁴⁷. Z uwagi na tak szeroko zakreślony krąg uprawnionych przewidziano wypłatę bonów w kwocie do 30 000 zł na osobę, a prawo do ich uzyskania łączono z kryterium posiadania polskiego obywatelstwa i to zarówno w chwili utraty majątku, jak i w dniu wejścia w życie ustawy. Za dzień utraty mienia przyjęto datę 1 września 1939 r. Przewidziano też wygaśnięcie niektórych roszczeń⁴⁸.

Drugi z przedłożonych Sejmowi III kadencji projekt to w istocie ponownie złożony, a odrzucony już przez Sejm II kadencji w grudniu 1994 r., poselski projekt ustawy zawarty w druku 201. Przedstawiający projekt w czasie I czytania poseł Jan Wyrowiński uzasadniał jego ponowne złożenie przedłużającym się procesem uchwalania ustawy reprzywatyzacyjnej. Przekonywał, że projekt ów będący efektem kompromisu, jaki osiągnięto w połowie 1993 r., mógłby stać się nim również teraz. Przypominał, iż zawarte wtedy porozumienie opierało się na 4 filarach: po pierwsze reprzywatyzacja nie powinna obciążać bezpośrednio budżetu Państwa (oznaczało to wykluczenie jakichkolwiek wypłat pieniężnych), po drugie winna odbywać się poprzez zwrot mienia, przyznanie mienia zastępczego a dopiero w ostateczności bonów reprzywatyzacyjnych, po trzecie – być przeprowadzona na zasadzie równego traktowania wszystkich byłych właścicieli, którzy utracili mienie, a po czwarte – chronić osoby trzecie, które nabyły w dobrej wierze mienie mogące być przedmiotem roszczeń.

16 maja 1995 r. do Sejmu wpłynął prezydencki projekt ustawy⁴⁹. Była to pierwsza inicjatywa Głowy Państwa w sprawie reprzywatyzacji. Uzasadniano ją przeświadczeniem Prezydenta, iż nie można dłużej czekać z realizacją reprzywatyzacji oraz że winna być szybka i uczciwa⁵⁰. Projekt ustawy miał na

46 Sprawozdanie stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu RP w dniach 21, 22 i 23 czerwca 1995 (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1995), 133.

47 Sprawozdanie stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu RP w dniach 21, 22 i 23 czerwca, 132-134.

48 Druk sejmowy nr 991.

49 Druk sejmowy nr 994.

50 Zob. wypowiedź Eligiusza Włodarczaka Podsekretarza Stanu w Kancelarii Prezydenta w czasie I czytania projektu. Sprawozdanie stenograficzne

celu uporządkowanie stosunków własnościowych, naprawienie strat poniesionych przez obywateli, ochronę budżetu Państwa przed skutkami finansowymi dotychczasowego trybu dochodzenia roszczeń reprivatyzacyjnych oraz wzmocnienie ochrony praw osób trzecich do nabytego mienia. Zakładał, iż reprivatyzacja obligatoryjnie obejmie mienie będące w dyspozycji Skarbu Państwa, gmin i związków międzygminnych. Z tytułu utraty mienia przewidywał przyznanie świadczeń w postaci jego zwrotu, a tam, gdzie to niemożliwe, wypłaty bonów reprivatyzacyjnych. Projekt dotyczył też problemu mienia zabużańskiego. Hołdował zasadzie pełnej ekwiwalentności świadczeń przyznając osobom, które otrzymały częściowe odszkodowanie, uprawnienie do uzupełnienia jego wysokości. Postępowanie w sprawach reprivatyzacji miało być prowadzone w trybie administracyjnym, ze względu na uznanie, iż tryb ten jest szybszy i tańszy⁵¹.

12 czerwca 1995 r. rząd przedłożył Sejmowi rządowy projekt ustawy o rekompensatach z tytułu utraty mienia przejętego z naruszeniem prawa na podstawie przepisów wydanych w latach 1944–1962⁵². Przedstawiający go w Sejmie Minister Przekształceń Własnościowych Wiesław Kaczmarek wskazał trzy cele projektu: zaspokojenie roszczeń dawnych właścicieli, uporządkowanie tytułów własności znacjonalizowanego mienia oraz ochronę budżetu państwa⁵³. Projekt przewidywał reprivatyzację w ograniczonym zakresie i obejmował nią dwie grupy roszczeń: roszczenia z tytułu nacjonalizacji i z tytułu pozostawienia mienia poza obecnymi granicami. Rekompensata miała być częściowa, a jedyną formą świadczenia – bony kapitałowe.

Wobec wszystkich powyższych czterech projektów posłowie złożyli wnioski o ich odrzucenie. Dwa z nich, tj. projekt prezydencki oraz poselski o reprivatyzacji i rekompensatach posłowie odrzucili⁵⁴, a dwa pozostałe skierowali do Komisji Przekształceń Własnościowych i Komisji Ustawodawczej, a te 30 sierpnia 1995 r. powołały do ich rozpatrzenia podkomisję

z 52 posiedzenia Sejmu RP w dniach 21, 22 i 23 czerwca 1995, 128-130.

51 Ibidem.

52 Druk sejmowy nr 1052 z 12 czerwca 1995 r.

53 Zob. wypowiedź Ministra Przekształceń Własnościowych Wiesława Kaczmarka w czasie I czytania projektu. Sprawozdanie stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu RP w dniach 21, 22 i 23 czerwca 1995, 134-137.

54 Sprawozdanie stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu RP w dniach 21, 22 i 23 czerwca 1995, 208.

nadzwyczajną⁵⁵. Podkomisja zebrała się dziewięć razy⁵⁶, jednak ze względu na rozbieżność stanowisk wnioskodawców, rządu i przedstawicieli różnych środowisk, jej prace nie zostały zakończone. Ostatecznie więc sprawa obu projektów nie została zamknięta w II kadencji Sejmu.

5. Sejm III kadencji

W III kadencji Sejmu złożono 3 projekty ustaw reprivatyzacyjnych: poselski projekt Akcji Wyborczej Solidarność o reprivatyzacji i rekompensatach⁵⁷, projekt grupy posłów SLD o wygaśnięciu roszczeń reprivatyzacyjnych i rekompensatach za utracone mienie⁵⁸ oraz rządowy projekt o reprivatyzacji nieruchomości i niektórych ruchomości osób fizycznych przejętych przez Państwo lub gminę Miasta Stołecznego Warszawy oraz o rekompensatach⁵⁹. Dodatkowo do Sejmu wpłynął wniosek o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego w sprawie reprivatyzacji⁶⁰. Wszystkie projekty zostały skierowane do pierwszego czytania. Jednakże w związku z wycofaniem pierwszego⁶¹, odrzuceniem drugiego⁶² oraz brakiem akceptacji Sejmu

55 Biuletyn nr 1836/II kad., Komisja Polityki Gospodarczej, Budżetu i Finansów, Komisja Przekształceń Własnościowych, Komisja Ustawodawcza, 30 sierpnia 1995 r.

56 Sprawozdanie Komisji Przekształceń Własnościowych z działalności w okresie II kadencji Sejmu RP (1993-1997) (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1997), 24.

57 Druk sejmowy nr 602 z 18 lipca 1998 r.

58 Druk sejmowy nr 1375 z 3 listopada 1998 r. Projekt był w istocie w niewielkim stopniu zmienionym projektem poselskim rozpatrywanym w II kadencji Sejmu jako druk sejmowy nr 991. W zakresie rekompensat dla zabużan projekt nie wprowadzał żadnych nowych rozwiązań, powtarzano to, co sformułowano w projekcie odrzuconym w poprzedniej kadencji.

59 Druk sejmowy nr 1360 z 20 września 1999 r.

60 Druk nr 1374 z 23 września 1999 r. Wnioskodawcy, których reprezentantem w Sejmie był poseł Józef Zych za nieodzowne uznawali zapytanie suwerena, jaka powinna być reprivatyzacja – pełna czy ograniczona? – Sprawozdanie stenograficzne z 59 posiedzenia Sejmu RP (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1999), 17-18.

61 5 października 1999 r. wnioskodawcy wycofali projekt. – Wykaz projektów ustaw wycofanych lub odrzuconych. www.sejm.gov.pl (10.01.2020 r.)

62 Sprawozdanie stenograficzne z 59 posiedzenia Sejmu RP (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1999), 132.

dla wniosku referendalnego⁶³, Sejm III kadencji pracował tylko nad projektem rządowym⁶⁴. Projekt ten zakładał dwa rodzaje świadczeń reprivatyzacyjnych: przywrócenie utraconej własności oraz rekompensatę polegającą na przyznaniu bonów reprivatyzacyjnych. Wartość świadczenia reprivatyzacyjnego miała stanowić 50% wartości utraconych nieruchomości, a jeżeli osoba uprawniona otrzymała świadczenie w związku z utratą nieruchomości na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem wejścia w życie nowych przepisów, to wartość przysługującego świadczenia miała być pomniejszona o wartość świadczenia już otrzymanego⁶⁵. Uprawnionymi z tytułu reprivatyzacji były wyłącznie osoby fizyczne, właściciele utraconych nieruchomości i ich spadkobiercy. Świadczenie przysługiwało też zabużanom, jednakże pod warunkiem, że do dnia 1 stycznia 1999 r. opuścili terytorium byłego ZSRR. Wartość utraconej nieruchomości proponowano ustalać według jej stanu faktycznego i prawnego w dniu utraty własności, tj. w stosunku do pozostawionego poza obecnymi granicami mienia, na dzień 1 września 1939 r. oraz cen z dnia wejścia w życie ustawy. W tamtym czasie potrzeba uchwalenia ustawy reprivatyzacyjnej była pilna⁶⁶ i rządowi zależało na sprawnym procesie legislacyjnym. Projekt wpłynął do Sejmu 20 września 1999 r. a już następnego dnia został skierowany do pierwszego czytania na dzień 7 października 1999 r. Po intensywnych pracach parlamentarnych⁶⁷, 11 stycznia 2001 r.,

63 7 października 1999 r., na 59 posiedzeniu Sejmu, wniosek został odrzucony. Zob. głosowanie nr 8 na 59 posiedzeniu Sejmu w dniu 7 października 1999 r. Sprawozdanie stenograficzne z 59 posiedzenia Sejmu RP, 13.

64 Druk sejmowy nr 1360 z dnia 20 września 1999 r.

65 Art. 8 projektu. Zob. Też uzasadnienie projektu w czasie pierwszego czytania przez podsekretarza stanu K. H. Łaskiewiczza. Sprawozdanie stenograficzne z 59 posiedzenia Sejmu RP, 6-12.

66 Z uwagi na to, że coraz więcej osób decydowało się na dochodzenie odszkodowań w postępowaniu sądowym, obawa wypłaty wysokich odszkodowań była na tyle duża, że jak twierdził w czasie debaty sejmowej Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Skarbu Państwa Krzysztof Hubert Łaskiewicz, Polski nie było stać na nieprzeprowadzenie reprivatyzacji. – Sprawozdanie stenograficzne z 59 posiedzenia Sejmu RP, 29. Por. Łaskiewicz, „Problemy związane z realizacją roszczeń z tytułu utraty własności”, 25-26.

67 Projekt skierowano do komisji nadzwyczajnej, która zebrała się 25 razy. Ostatecznie zawnioskowała uchwalenie projektu. (Zob. Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektu ustawy o reprivatyzacji nieruchomości i niektórych ruchomości osób fizycznych przejętych przez Państwo lub gminę miasta stołecznego Warszawy oraz

na 97. posiedzeniu, po 18 miesiącach prac, Sejm ustawę uchwalił⁶⁸. Była to pierwsza ustawa o reprivatyzacji, która przeszła cały proces legislacyjny w Sejmie, a następnie po przyjęciu większości poprawek Senatu, uchwalona 7 marca 2001 r. Ustawa nie weszła jednak w życie, albowiem została skutecznie zawetowana⁶⁹ przez Prezydenta Aleksandra Kwaśniewskiego⁷⁰.

6. Sejm IV kadencji

Z uwagi na treść wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 2002 r., w którym Trybunał uznał, że działania normatywne Państwa, prowadzące do ograniczenia prawa majątkowego zabużan, były niezgodne z Konstytucją⁷¹, jak i okoliczność, że w tamtym czasie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka było około 150 zawisłych spraw zabużańskich, a w jednej z nich, w sprawie Broniowski przeciwko Polsce oczekiwano już wydania wyroku, rząd obawiał się, że nierozwiązanie do tego czasu sprawy uprawnień zabużańskich może skutkować znacznym, trudnym dla budżetu państwa obciążeniem finansowym. Sprawę uchwalenia ustawy traktowano zatem jako pilną.

10 marca 2003 r. do Sejmu wpłynął senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami i ustawy o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw⁷² i został skierowany do pierwszego czytania do Komisji Skarbu Państwa. 16 kwietnia odbyło się posiedzenie komisji, w którego czasie

o rekompensatach. – Druk sejmowy nr 2180). 30 listopada odbyło się drugie czytanie projektu, w czasie którego po ożywionej dyskusji projekt ponownie skierowano do Komisji Nadzwyczajnej w celu przedstawienia dodatkowego sprawozdania. Sprawozdanie było gotowe 8 grudnia.

68 Za uchwaleniem ustawy głosowało 225 posłów, przeciw 186, 5 wstrzymało się. Głosowanie nr 94 na 97 posiedzeniu Sejmu III kadencji w dniu 11 stycznia 2001. sejm.gov.pl; Zob. też Sprawozdanie stenograficzne z 97 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 10 i 11 stycznia 2001 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 2001), 198.

69 Podczas głosowania 25 maja 2001 r. na 109 posiedzeniu Sejmu za ponownym uchwaleniem ustawy głosowało 211 posłów, przeciwko 207, a trzech wstrzymało się. Głosowanie nr 26 na 109 posiedzeniu Sejmu III kadencji.

70 Prezydent zawetował ustawę 22 marca 2001 r. Odmowę podpisania ustawy motywował m.in. uchwaleniem kosztownego modelu reprivatyzacji, którego realizacja wywołałaby znaczne skutki finansowe obciążające gospodarkę kraju. Druk sejmowy nr 2719.

71 Wyrok TK z 19 grudnia 2002 r., K 33/02.

72 Druk sejmowy nr 1463.

odrzucono wniosek o odrzucenie projektu ustawy w pierwszym czytaniu⁷³, a do prac nad projektem powołano pięcioosobową podkomisję⁷⁴. Na wniosek rządu podkomisja wstrzymała prace nad projektem senackim i czekała na rządowy projekt ustawy regulujący kwestię wypłaty roszczeń dla osób, które pozostawiły majątki poza wschodnią granicą państwa⁷⁵. Od stycznia 2003 r. projekt rządowy przygotowywał bowiem powołany przez Prezesa Rady Ministrów zespół międzyresortowy do dokonania oceny i przygotowania kompleksowej informacji o skutkach wydanego 19 grudnia 2002 r. wyroku TK oraz opracowania rozwiązań legislacyjnych umożliwiających realizację niezaspokojonych dotąd roszczeń⁷⁶. 10 lipca 2003 r. wpłynął rządowy Projekt ustawy o zaliczeniu na poczet ceny sprzedaży albo opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego⁷⁷. Projekt skierowano do oczekującej na niego Komisji Skarbu Państwa⁷⁸, która zdecydowała o przekazaniu projektu do powołanej wcześniej podkomisji, zajmującej się inicjatywą Senatu. Odtąd podkomisja pracowała nad obiema inicjatywami, senacką i rządową, z tym że projekt rządowy stał się wiodącym⁷⁹. 28 października 2003 r. na 60. posiedzeniu Sejmu

73 Był to wniosek posła Kazimierza Wójcika.

74 W skład podkomisji weszli: Małgorzata Ostrowska (SLD), Franciszek Wołowicz (SLD), Marek Suski (PiS), Kazimierz Wójcik (Samoobrona) oraz Janusz Lewandowski (PO). Podkomisji przewodniczył poseł Marek Suski.

75 Biuletyn nr 1747/IV z posiedzenia nr 76 Komisji Skarbu Państwa w dniu 16 kwietnia 2003 r.

76 Stanowisko Rządu wobec senackiego projektu ustawy z 26 maja 2003 r. – Druk nr 1463X.

77 Druk sejmowy nr 1778.

78 Biuletyn nr 2124/IV z 90 posiedzenia Komisji Skarbu Państwa w dniu 29 lipca 2003 r.

79 Rząd argumentował bowiem, że projekt senacki tylko pozornie wprowadza niewielkie zmiany do art. 212 ustawy o gospodarce nieruchomościami, gdyż proponuje się tylko dopisanie w istniejącym przepisie prawnym wyrazów „lub nieruchomości rolnych”, a w istocie jego uchwalenie spowodowałoby bardzo poważne negatywne skutki w zakresie dochodów budżetu państwa ze sprzedaży nieruchomości państwowych. Wskazywano, że projekt senacki, otwierając możliwość realizacji uprawnień zabużańskich ze wszystkich nieruchomości rolnych Skarbu Państwa, nie zawiera równocześnie przepisów dyscyplinujących sposób dokumentowania tych uprawnień, przepisów ograniczających do realnych możliwości państwa wielkości realizowanych uprawnień

odbyło się drugie czytanie ustawy⁸⁰. W czasie debaty pod adresem procedowanej ustawy pojawiały się liczne głosy krytyczne, w tym również propozycja odrzucenia projektu, choć formalnie wniosku takiego nie złożono. Najwięcej emocji wzbudzało rozwiązanie zakładające rezygnację z pełnej ekwiwalentności na rzecz ograniczenia do 15% wartości pozostawionego majątku oraz górny limit świadczeń. Podnoszono zarzuty dotyczące niekonstytucyjności niektórych przepisów. Mimo to 12 listopada 2003 r. Sejm uchwalił ustawę⁸¹ i następnego dnia przekazał ją Senatowi. Izba wyższa Parlamentu przyjęła 5 poprawek. Miały one charakter doprecyzowujący rozwiązania przyjęte przez Sejm i nie wkraczały merytorycznie w uregulowania ustawy z jednym wyjątkiem. Otóż Senat zwolnił uprawnionych do rekompensaty, a przystępujących do przetargu z obowiązku wniesienia wadium.

Wszystkie poprawki Senatu pozytywnie zarekomendowała sejmowa Komisja Skarbu Państwa zajmująca się projektem 9 grudnia 2003 r.⁸² 12 grudnia 2003 r. Sejm, po dyskusji, w której posłowie ponownie zwracali uwagę na niekonstytucyjność niektórych zapisów ustawy, a w szczególności ustanowienia górnego limitu do 50 tys., uchwalił wraz z poprawkami Senatu⁸³ ustawę o zaliczeniu na poczet ceny sprzedaży albo opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa wartości nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego⁸⁴. 5 stycznia 2004 r. prezydent podpisał ustawę i zaczęła obowiązywać od 30 stycznia 2004 r.

Pierwsza tzw. ustawa zabużańska, po raz pierwszy określając zakres zastosowania, wymieniała konkretne umowy międzynarodowe, które mogły być podstawą ubiegania się o skorzystanie z „prawa zaliczenia”. Niestety

oraz wprowadzających ewidencję potwierdzonych uprawnień i ewidencję stanu ich realizacji.

- 80 Sprawozdanie stenograficzne z 60 posiedzenia Sejmu RP IV Kadencji w dniach 28, 29 i 30 października 2003 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 2003), 5-35.
- 81 Za przyjęciem ustawy głosowało 338 posłów, przeciw – 66, wstrzymało się 2. Sprawozdanie stenograficzne z 61. posiedzenia Sejmu RP w dniach 12, 13 i 14 listopada 2003 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 2003), 69.
- 82 Biuletyn nr 2609/IV z 113 posiedzenia Komisji Skarbu Państwa oraz Sprawozdanie Komisji Skarbu Państwa z 9 grudnia 2003 r. – Druk sejmowy nr 2314.
- 83 Sprawozdanie stenograficzne z 63 posiedzenia Sejmu RP w dniach 9, 10, 11 i 12 grudnia 2003 r. (Warszawa: Kancelaria Sejmu, 2003), 335-339 oraz 362-363.
- 84 Dz. U. 2004 Nr 6, poz. 39.

wymieniła tylko umowy republikańskie oraz umowę z 6 lipca 1945 r.⁸⁵. Przyjmowała też kryterium obywatelstwa. Uprawniony zobowiązany był wykazać posiadanie obywatelstwa polskiego w dacie 1 września 1939 r. oraz w chwili składania wniosku o skorzystanie z „prawa zaliczenia”. Wprowadziła, niestosowane dotąd ograniczenie co do kwoty, jaką uprawnieni mogli zaliczyć na poczet ceny nabycia nieruchomości od Skarbu Państwa. Wszyscy beneficjenci mieli „prawo zaliczenia” w wysokości równej 15% wartości pozostawionych nieruchomości, ale nie więcej niż 50 tys. zł⁸⁶.

Już pierwszego dnia obowiązywania ustawa została zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego. Ten w wyroku z 15 grudnia 2004 r.⁸⁷, podzielił większość zarzutów wnioskodawców. Dlatego też, po dokonaniu analizy przepisów ustawy z 2003 r. pod względem kwestii wymagających zmian, na które wskazał TK w powyższym orzeczeniu, jak też wyroku ETPCz w Strasburgu w sprawie Broniowski przeciwko Polsce⁸⁸, Rada Ministrów z powodu na zbyt obszerną nowelizację obowiązującej ustawy, przyjęła koncepcję uregulowania sprawy rekompensat w nowej ustawie. Uchwalono ją 8 lipca 2005 r.⁸⁹. Pierwsza tzw. ustawa zabużańska obowiązywała zatem zaledwie 20 miesięcy⁹⁰.

7. Podsumowanie

Analizując propozycje rozwiązania kwestii reprivatyzacji, a wraz z nią sprawę przyznania rekompensat za mienie pozostawione poza granicami państwa polskiego w związku z wojną rozpoczętą w 1939 r. przede wszystkim stwierdzić należy, że zasadniczo wśród ugrupowań parlamentarnych, zasiadających po 1989 r. w Sejmie i Senacie, panowała zgoda, że sprawy te należy

85 Umowa z 6 lipca 1945 r. między TRzJN RP i Rządem ZSRR o prawie zmiany obywatelstwa radzieckiego osób narodowości polskiej i żydowskiej mieszkających w ZSRR i ich ewakuacji do Polski i o prawie zmiany obywatelstwa polskiego osób narodowości rosyjskiej, ukraińskiej, białoruskiej, rusińskiej i litewskiej, mieszkających na terytorium Polski, i o ich ewakuacji do ZSRR (AAN, Generalny Pełnomocnik Rządu RP do Spraw Repatriacji, 522/1, 16-17).

86 Zob. art. 3 ustawy.

87 K2/04, LEX nr 140356.

88 Wyrok ETPCz z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie skargi nr 31443/96. etpcz.ms.gov.pl.

89 Ustawa z dnia 8 lipca 2005 r. o realizacji prawa do rekompensaty z tytułu pozostawienia nieruchomości poza obecnymi granicami Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 169, poz. 1418).

90 Od 30 stycznia 2004 r. do 7 października 2005 r., kiedy to weszła w życie obecnie obowiązująca ustawa.

jak najszybciej uregulować. Dyskutowano natomiast o zakresie i metodach, jakimi to uczynić. Rozbieżności dotyczyły m.in.: przedmiotowego i podmiotowego zakresu reprivatyzacji, np. czy reprivatyzacją objąć tylko obywatele polskich zamieszkujących na terytorium kraju, czy też odejść od kryterium zamieszkania? Nie było zgody co do określenia zakresu reprivatyzacji, jedni opowiadali się za pełną reprivatyzacją, inni ograniczoną. Sporna była też jej forma: w naturze, w mieniu zamiennym, w postaci jakiejś rekompensaty w formie akcji czy bonów kapitałowych lub jako świadczenie pieniężne. Brakowało zgody co do sposobu ustalenia wartości utraconego mienia i wysokości rekompensaty. Pojawiały się też inne punkty sporne, jak chociażby przyjęcie procedury przyznawania rekompensat, czy ma to być procedura sądowa czy administracyjna⁹¹.

Brak kompromisu w powyższych kwestiach, stopień komplikacji spraw reprivatyzacyjnych, oczekiwania właścicieli z jednej strony i obawy społeczeństwa przed jej skutkami z drugiej strony sprawiły, że mimo iż począwszy od 1990 r. nie brakowało inicjatyw ustawodawczych, było ich łącznie kilkanaście⁹², a z inicjatywami występowali posłowie, rząd, Prezydent i Senat, to nie udawało się uchwalić ustawy reprivatyzacyjnej. Wszelkie inicjatywy kończyły się na etapie I bądź II czytania. Powyższe trudności w zakresie uchwalenia ustawy reprivatyzacyjnej w dużej mierze zaważyły na braku ustawowej regulacji kwestii rekompensat dla zabużan. Rozwiązanie tej sprawy łączono bowiem właśnie z reprivatyzacją. Roszczenia zabużan – do roku 2001, jak wyżej pokazano, obejmowano projektami ustawy reprivatyzacyjnej i dopiero w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 2002 r.⁹³, inicjatywa Senatu RP z 10 marca 2003 r.⁹⁴, jak i obawą wypłaty wysokich odszkodowań dla zabużan, zostały wyodrębnione i uregulowane odrębnymi ustawami⁹⁵. I choć pierwsza ustawa zabużańska

91 Karol Dobrzeniecki, Marcin Romanowski, *Reprivatyzacja, problemy tworzenia i stosowania prawa*, (Warszawa: Wydawnictwo Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015), 92.

92 Łącznie złożono w Sejmie 15 projektów reprivatyzacyjnych, a 12 z nich uwzględniało realizację roszczeń za mienie pozostawione poza wschodnimi granicami państwa.

93 K 33/02, OTK 2U nr 7 (53) poz. 97.

94 Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami i ustawy o zmianie ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw z 10 marca 2003 r.

95 K. Zaradkiewicz już wcześniej pisał: „Istotne różnice co do sytuacji faktycznej i prawnej sprawiają, iż obie kwestie nie tylko mogą, ale wręcz powinny być rozważane odrębnie”. Kamil Zaradkiewicz, *Zarys propozycji*

zawierała wiele mankamentów, nie do przecenienia jest fakt, iż została wreszcie uchwalona. Jej znaczenia nie pomniejsza nawet krótki okres obowiązywania. Wszystkie te okoliczności przyczyniły się bowiem do uchwalenia obecnie obowiązującej ustawy, która ma na celu definitywne rozwiązanie sprawy tzw. mienia zabużańskiego. I choć cel ten nie został jeszcze osiągnięty i nie wszyscy beneficjenci zostali zaspokojeni należy żywić nadzieję, że nastąpi to, zgodnie z założeniami MSWiA w 2030 r.⁹⁶.

Bibliografia

- Dobrzeńcki Karol, Marcin Romanowski, *Reprywatyzacja, problemy tworzenia i stosowania prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015.
- Korzeniewska-Lasota Anna, *Państwo, właściciele i ich spadkobiercy wobec mienia pozostawionego przez obywateli polskich w województwach wschodnich międzywojennych Rzeczypospolitej. Studium historyczno-prawne*. Gdańsk: Arche, 2018.
- Łaskiewicz Krzysztof H., „Problemy związane z realizacją roszczeń z tytułu utraty własności”, [w:] *Reprywatyzacja w systemie prawa*. 17-27. Warszawa: Kancelaria Senatu, 1999.
- Petz Barbara, *Wokół ustawy reprywatyzacyjnej*. Warszawa: Kancelaria Sejmu, 1994.
- Zaradkiewicz Kamil, *Zarys propozycji regulacji ustawowej zadośćuczynienia osobom, które w związku z wojną i zmianą granic pozostawiły mienie poza terytorium Polski*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 2002.

regulacji ustawowej zadośćuczynienia osobom, które w związku z wojną i zmianą granic pozostawiły mienie poza terytorium Polski (Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 2002), 6.

- 96 Dane uzyskane od MSWiA, pismo DBI-WODO-0667-3-231/2019 z dnia 1.09.2019 r. uzyskane w odpowiedzi na skierowany do MSWiA w dn. 03.09.2019 r. wniosek o udostępnienie informacji publicznej w zakresie wykonania ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o realizacji prawa do rekompensaty z tytułu pozostawienia nieruchomości poza obecnymi granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

U początków funkcjonowania sądownictwa polskiego na Żuławach i Powiślu po II wojnie światowej. Sąd Grodzki w Malborku (1945-1950)

The First Years of the Judicial System in Żuławy and Powiśle after the II World War. District Court in Malbork (1945-50)

The author presents the district court in Malbork during first years after the II World War. He shows the struggle of the first chief of the court – Jerzy Jędrzejewski to make the court work. The author also depicts Jerzy Jędrzejewski as a person, his life, and career as a judge. Jędrzejewski had become a judge in Nowogródek and years later became a founder of the court in one of the towns of post-Jalta northern Poland. The author also shows choices Jędrzejewski made in his professional life in the face of the new political system in Poland.

Maciej Helmin

*magister prawa
Akademia Pomorska w Słupsku*

ORCID – 0000-0002-3866-4553

Słowa klucze:
Sąd Grodzki w Malborku,
Jerzy Jędrzejewski

Key words:
district court in Malbork,
Jerzy Jędrzejewski

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.183>

Zakończenie II wojny światowej zapoczątkowało odbudowę polskiego wymiaru sprawiedliwości na ziemiach opuszczonych przez wycofujące się wojska niemieckie. Na terenach upadającej III Rzeszy, które miały wejść w obszar przyszłego państwa polskiego, kres działań wojennych oznaczał faktyczną jego budowę od podstaw¹. Tworzenie struktur władzy wykonawczej i ustawodawczej na terenach „powracających do macierzy” nie napotykało szczególnych

1 Dariusz Szpoper, „Franciszek Bar – pierwszy prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Szkic do historii wymiaru sprawiedliwości w Polsce po 1945 r.” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 26 (2014): 291.

problemów. Wyzwaniem była natomiast budowa struktur sądownictwa, a to przede wszystkim z uwagi na brak polskich kadr wymiary sprawiedliwości na ziemiach odzyskanych². Malbork nie jawił się wracającym na służbę wymarżonym kierunkiem: preferowali bądź to zachodnie rubieże pojałtańskiego państwa polskiego czy też w sposób szczególny wielkie miasta tam położone: Wrocław oraz Szczecin, a także umiejscowiony na północy kraju Gdańsk³.

Niecałe cztery miesiące po zakończeniu działań wojennych⁴, w Malborku działalność rozpoczął Sąd Grodzki⁵. Dekretem z dnia 20 lipca 1945 roku⁶ minister sprawiedliwości Henryk Świątkowski powołał Jerzego Bronisława Jędrzejewskiego (1908-1994), sędziego Sądu Grodzkiego w Nowogrodzku, do pełnienia obowiązków kierownika Sądu Grodzkiego w Malborku w okręgu Sądu Apelacyjnego w Olsztynie⁷, zaś w sierpniu 1945 roku uzyskał on stały przydział etatowy do Malborka⁸. Podjęcie służby sędziowskiej w małej miejscowości na ziemiach odzyskanych było swego rodzaju wyzwaniem i świadectwem charakteru. Wśród ludności polskiej krążyły bowiem różne, z reguły fałszywe i wyolbrzymione, pogłoski dotyczące warunków życia na terenach byłych Prus Wschodnich, które odstraszały od wyjazdu

-
- 2 Grzegorz Jakubowski, *Sądownictwo powszechne w Polsce w latach 1944-50* (Warszawa: Instytut Pamięci Narodowej, 2002), 72-73.
 - 3 Leon Chajn, *Kiedy Lublin był Warszawą* (Warszawa: Czytelnik, 1964), 157.
 - 4 Karol Górski, *Dzieje Malborka* (Gdańsk: Wydawnictwo Morskie, 1960), 215-216.
 - 5 Dariusz Szpoper, *Polskie Sądownictwo Apelacyjne na Pomorzu w latach 1919-2015. Szkic do dziejów wymiaru sprawiedliwości w dwudziestopięciolecie wznowienia działalności Sądu Apelacyjnego w Gdańsku* (Gdańsk – Olsztyn: Sąd Apelacyjny w Gdańsku, 2015), 158-159.
 - 6 Pismem „do Obywatela Prezydenta Krajowej Rady Narodowej w Warszawie” Jerzy Jędrzejewski zawiadamiał, że dniu 29 lipca 1945 roku przystąpił do pracy jako sędzia grodzki pełniący obowiązki Sędziego Grodzkiego w Malborku, zob. Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
 - 7 *Pismo z dnia 20 lipca 1945 roku ad. Prez. 877/45* w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu; w tym czasie, przez krótki okres, okręg malborski znajdował się w Apelacji Olsztyńskiej.
 - 8 *Pismo z dnia 20 lipca 1945 roku ad. Prez. 877/45, Nr B.P. 10647/45* w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

na północ: zatrucie żywności w opuszczanych magazynach, wody w studniach, a przede wszystkim mordowaniu ludności polskiej przez Werwolf⁹.

De iure sędzia Jerzy Jędrzejewski pełnił funkcję kierownika sądu, który funkcjonował bez podstawy prawnej. Manifest Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego (PKWN) uznawał Konstytucję kwietniową z 1935 roku za „nielegalną” i deklarował powrót do Konstytucji marcowej z 1921 roku¹⁰ jako „jedyną obowiązującą konstytucję legalnej, uchwalonej prawnie”, ale – co do zasady — zakładał ciągłość obowiązującego prawa sprzed 1 września 1939 roku. W konsekwencji dla tworzącej się władzy państwowej podstawę prawną funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości stanowiło rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 roku — Prawo o ustroju sądów powszechnych wraz ze zmianami z 1937¹¹ roku oraz z aktami wykonawczymi do ustawy. Rozporządzenie z 1928 roku, w brzmieniu obowiązującym do 31 sierpnia 1939 roku, a więc również w roku 1945, przewidywało, że wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych i cywilnych sprawują sądy powszechne: grodzkie, okręgowe, apelacyjne i Sąd Najwyższy¹². W sądzie grodzkim orzekał co do zasady jeden sędzia, względnie więcej, w zależności od potrzeb okręgu¹³. Nadzór nad sądem grodzkim pełnił kierownik sądu wyznaczany przez prezesa właściwego sądu apelacyjnego¹⁴, a sprawy należące do zakresu działania sądów grodzkich rozpoznawał sąd zawsze w składzie jednego sędziego¹⁵. Tworzenie sądów grodzkich powinno następować w drodze ustawy¹⁶. Dekret PKWN z dnia 4 listopada 1944 roku¹⁷ pozwalał Kierownikowi Resortu Sprawiedliwości „do czasu wytyczenia nowych granic okręgów sądowych” tworzyć w drodze rozporządzenia m.in. sądy grodzkie. Tymczasem tego rodzaju akt prawny nie został opublikowany. W tym świetle rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 4 listopada 1947 roku¹⁸ o wyznaczeniu sądów grodzkich do prowadzenia i zakładania ksiąg wieczystych

9 Marcin Zaremba, *Wielka trwoga. Polska 1944-47* (Kraków: Znak, 2012), 571-573.

10 Również rota ślubowania sędziego przed objęciem urzędu odwoływała się do Konstytucji marcowej z 1921 roku, zob. art. 1 dekretu PKWN z 28 grudnia 1944 roku.

11 Dz. U. 1932.102.863.

12 Art. 1 rozporządzenia.

13 Art. 11 rozporządzenia.

14 Art. 70 rozporządzenia.

15 Art. 14 rozporządzenia.

16 Art. 2 § 2 rozporządzenia.

17 Dz. U. nr 11, poz. 58

18 Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 stycznia 1948 roku.

i zbiorów dokumentów, którym powierzono Sądowi Grodzkiemu w Malborku sprawy wieczystoksięgowe, dotyczyło w zasadzie jednostki nieistniejącej z prawnego punktu widzenia.

Stan prawny zmieniło dopiero przyjęcie przez Sejm ustawy z dnia 27 kwietnia 1949 roku¹⁹ o zmianie ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych. W treści²⁰ tej noweli przewidziano, że w ciągu trzech lat od dnia wejścia w życie ustawy Minister Sprawiedliwości będzie mógł w drodze rozporządzenia tworzyć i znosić sądy apelacyjne, okręgowe oraz ustalać ich okręgi, w tym siedziby. Korzystając z upoważnienia ustawowego Minister Sprawiedliwości rozporządzeniem z dnia 15 czerwca 1949 roku²¹ utworzył Apelację Gdańską z Sądem Apelacyjnym w Gdańsku, Sąd Okręgowy w Elblągu i podległy im Sąd Grodzki w Malborku, który objął swoją właściwością miejscową powiat malborski.

Początkowo, zgodnie z uchwałą Rady Ministrów z dnia 14 marca 1945 roku, powiat malborski wchodził w skład Ziem Odzyskanych jako obwód zachodni²², „okręgu IV Prusy Wschodnie”²³, określanego również jako „Okręg Mazurski (Prusy Wschodnie)”²⁴. W lipcu 1945 roku powiat malborski²⁵, wraz z powiatami elbląskim, sztumskim i kwidzyńskim wyłączono z Okręgu Mazurskiego oraz ich administrację powierzono Wojewodzie Gdańskiemu²⁶, któremu wobec tych terenów przysługiwały uprawnienia

19 Ustawa weszła w życie z dniem 1 lipca 1949 roku.

20 Art. 4 ustawy.

21 Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 lipca 1949 roku.

22 Tomasz Majer, „Pełnomocnik Rządu RP na Okręg mazurski – budowa aparatu państwowego” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 18 (2012): 104. Poza Malborkiem w skład obwodu wchodziły również Braniewo, Elbląg, Kwidzyn, Morąg, Pasłęk i Sztum.

23 Za: Majer, „Pełnomocnik Rządu RP na Okręg Mazurski – budowa aparatu państwowego”, 106.

24 Edmund Wojnowski, *Warmia i Mazury w latach 1945-47* (Olsztyn: Ośrodek Badań Naukowych im. Wojciecha Kętrzyńskiego w Olsztynie, 1968), 18-19.

25 Posługiwano się wówczas nazwą miasta – Malborg.

26 Archiwum Państwowe w Gdańsku, zespół nr 390/0, sygn. 32, nr mikrofilmu 12701, Uchwała Rady Ministrów z dnia 7 lipca 1945 roku w sprawie wyłączenia z Okręgów Pomorze Zachodnie, Mazurskiego (Prusy Wschodnie) i Śląsk Dolny niektórych powiatów i przyznania na terenie tychże powiatów wojewodom: Gdańskiemu, Białostockiemu, Pomorskiemu i Poznańskiemu uprawnień Pełnomocników Okręgowych Rządu R. P. (M.P.45.29.77); Sprawozdanie miesięczne Pełnomocnika Rządu RP na okręg Mazurski za czerwiec 1945 roku, L.dz. 453/org/45 r.

Pełnomocnika Okręgowego Rządu RP. W czerwcu 1946 roku powiaty malborski, a także elbląski, sztumski i kwidzyński zostały formalnie przyłączone do utworzonego województwa gdańskiego²⁷.

Brak odpowiednich przepisów prawnych organizujących właściwość sądu w Malborku był przyczyną sporej dezorientacji jego władz w pierwszej fazie działalności. Zgodnie z delegacją służbową sędziego Jędrzejewskiego, Sąd Grodzki w Malborku leżał we właściwości Sądu Apelacyjnego w Olsztynie. Środki finansowe, w tym na przyszłe remonty, płynęły z Sądu Apelacyjnego w Toruniu²⁸. Z kolei dyspozycje i zarządzenia kierowane były do Malborka z Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Dopiero pod koniec 1945 roku udało się ustalić przynależność malborskiego sądu do Apelacji Gdańskiej²⁹.

Wkrótce po objęciu urzędowania Jerzy Jędrzejewski zaangażował się w działania uruchamiające funkcjonowanie Sądu Grodzkiego i przystosowanie jego siedziby do realiów nowych czasów. W myśl uchwały Rady Ministrów z dnia 18 lipca 1946 roku budynki sądowe, a więc „każdy budynek, który był przed dniem 1 września 1939 roku przez władze Wymiaru Sprawiedliwości /polskie lub b. niemieckie/ zajmowany” miał być oddany przez władze lokalne do dyspozycji Ministra Sprawiedliwości³⁰. Walki na terenie Malborka trwały od końca stycznia do marca 1945 powodując znaczne zniszczenia zabudowy mieszkalnej, w szczególności na terenie Zamku i tzw. Starego Miasta, wzdłuż głównej jego arterii Hohe Lauben Niedere Lauben Markt (obecnie osiedle Stare Miasto)³¹. Położony kilkaset metrów od malborskiego Starego Miasta budynek sądowy z 1897 roku przy Gerbergasse (obecnie ul. Poczty Gdańskiej)³² został doszczętnie spalony w trakcie działań

27 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 maja 1946 roku w sprawie tymczasowego podziału administracyjnego Ziem Odzyskanych (Dz. U. 1946, nr 28, poz. 177; Dekret z 30 marca 1945 roku o utworzeniu województwa gdańskiego. (Dz. U. Nr 11, poz. 57).

28 Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 1945 roku utworzony Sąd Okręgowy w Gdańsku początkowo podlegał Sądowi Apelacyjnemu w Toruniu (Dz.U. 1945.18.103).

29 Krzysztof Kwasucki, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu* (Elbląg: Wydawnictw Uran, 2017), 77.

30 Archiwum Państwowe w Malborku, zespół nr 208, poz. 53, Okólnik Nr. 42/62/46 z dnia 3 sierpnia 1946 roku L.dz. 2431/Pow.1/4/5/46.

31 Antoni Chodyński, *Malbork* (Warszawa: Wydawnictwo Arkady, 1982), 18.

32 Wcześniej sąd w Malborku mieścił się w pomieszczeniach Zamku Malborskiego, zob. Paul Lohmasser, *Die Rechtsentwicklung in Stadt und Kreis Marienburg. Das Amtsgericht w Neies Mariengurer Heimatbuch*, red. R. Zacharias (Herford: Verlag Wendt Groll GmBh, 1967), 442.

wojennych w styczniu 1945 roku. Oceniając jego stan, pierwszy Kierownik Sądu Grodzkiego w Malborku w piśmie do Malborskiej Delegatury Tymczasowego Zarządu Państwowego wskazywał, że mimo zniszczeń powstałych w wyniku walk na terenie miasta, „mury są dobre”³³, ale budynek wymagał rekonstrukcji³⁴. Brak nadziei na jego rychłe wyremontowanie, w szczególności wobec innych potrzeb zniszczonego miasta i konieczności odbudowy najważniejszych urządzeń miejskich, takich jak elektrownia wodna, gazownia, poczta, centrala telefoniczna oraz szkoły dla napływających przesiedleńców³⁵, nie zrażał wciąż młodego sędziego.

Prowadzone przez Tymczasowy Urząd Likwidacyjny poszukiwania innych budynków wykorzystywanych przed 1 września 1939 roku na potrzeby wymiaru sprawiedliwości nie dały spodziewanego rezultatu. Podejmowane działania wskazywały raczej na słabą orientację władzy ludowej w infrastrukturze i organizacji wymiaru sprawiedliwości w Prusach Wschodnich³⁶. Do roku 1945 ustroj sądów powszechnych w Prusach określała ustawa z 27 stycznia 1877 roku (*Gerichtsverfassungsgesetz*)³⁷. Sądownictwo powszechne w I instancji powierzono sądom obwodowym (*Amtsgerichte*, AG)³⁸, sądom krajowym (*Landesgerichte*) w II instancji³⁹ oraz wyższym sądom krajowym (*Oberlandesgerichte*) – III instancji⁴⁰. Sąd Obwodowy w Malborku podlegał Sądowi Krajowemu w Elblągu (*Landgericht Elbing*). Sądami wyższych instancji były Wyższy Sąd Krajowy w Kwidzynie (*Oberlandesgericht Marienwerder*) i Sąd Rzeszy w Lipsku (*Reichsgericht Leipzig*). Sąd w Malborku swą właściwością obejmował obszar Powiatu Malborskiego, który po I wojnie światowej wskutek postanowień traktatu wersalskiego został pomniejszony

33 AMP, zespół Nr 208, poz. 53, pismo Kierownika Sądu Grodzkiego w Malborku z dnia 19 XII 1945 roku, k. 3; pismo Prezesa Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 21 marca 1946 roku, L.dz. 722/46, k. 8.; pismo z dnia 24.IX. 1946 r., k. 45.

34 APM, zespół Nr 208, poz. 53, pismo z dnia 6 listopada 1946 roku Tymczasowego Urzędu Likwidacyjnego w Gdańsku L.dz. 3062/IV/46 do Ministerstwa Ziem Odzyskanych, k. 31.

35 Górski, *Dzieje Malborka* (Gdańsk: Wydawnictwo Morskie Gdynia, 1973), 253-254.

36 APM, zespół Nr 208, poz. 53, pismo z dnia 11 września 1946 roku, k. 18, 19, pismo z dnia 16 września 1945 roku, k. 20, 23, pismo z dnia 18 września 1945 roku, k. 21, 25, pismo z dnia 13 września 1946 roku, pismo z dnia 17 września 1946 roku, k. 26.

37 *Deutsches Reichsgesetzblatt*, 1877 r., nr 4, s. 41-76.

38 § 22 i następne.

39 § 58 i następne.

40 § 119 i następne.

o Wielkie Żuławy (Gross Werder) na rzecz własności utworzonego Sądu Obwodowego w Nowym Dworze Gdańskim (Amtsgericht Tiegenhof)⁴¹. Próżno było zatem szukać innych nieruchomości wykorzystywanych na potrzeby wymiaru sprawiedliwości w okolicznych gminach powiatu malborskiego.

W dniu 1 października 1945 roku kierownik Sądu Grodzkiego Jerzy Jędrzejewski zawiadomił Delegaturę Tymczasowego Zarządu Państwowego (TZP) w Malborku o przejęciu budynku przy ulicy Komendanckiej 32, który uprzednio został zarezerwowany przez tzw. Grupę Operacyjną wiceministra Leona Chajna⁴² i rozpoczął starania o jego formalne przekazanie w zarząd Ministerstwa Sprawiedliwości. Stan gmachu był lepszy niż tego przy Gerbergasse, ale podobnie jak większość zabudowań w Malborku nie obronił się przed skutkami działań wojennych: zagruzowany, powybijane szyby, „poważne” dziury w dachu, ściany zniszczone od pocisków, brakowało ram drzwiowych i okiennych⁴³. Budynek stanowił własność Zarządu Miejskiego w Malborku⁴⁴ i jego remont wymagał współpracy z polską administracją miasta. „Prace należało zacząć od podstaw: od odgruzowania i uprzątnięcia budynku, od prowizorycznego zabcia deskami dziur w murze” ułatwiających nocne kradzieże szabrownikom⁴⁵, które były prawdziwą plagą w roku 1945⁴⁶. Poza tym, murowana, neoklasycystyczna, jednopiętrowa willa o charakterze hotelowym nie była dostatecznie przystosowana do działalności sądu. Składała się z sutereny o pięciu pokojach, jednej kuchni, jednej łazienki, spiżarni i kotłowni. Na parterze znajdowały się trzy pokoje, hol, kuchnia, spiżarnia

41 Gezeztssammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1879 r, nr 30, 393 (404-405).

42 W czerwcu 1945 roku tzw. Grupa Operacyjna Ministerstwa Sprawiedliwości kierowana przez wiceministra Leona Chajna składający się składającą się z pracowników resortu: Józefa Ordyńca i Adama Wendela oraz kandydatów do objęcia stanowisk kierowników sądów udając się z Warszawy w kierunku Gdańska uruchamiała po drodze sądy grodzkie na terenach m.in. wschodnich Mazur i Warmii oraz Powiśla, zob. Chajn, *Kiedy Lublin był Warszawą*, 158-166.

43 Kwasucki, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu*, 77.

44 APM, zespół Nr 208, poz. 53, s. 47, Przekazanie budynku Zarządowi Miejskiemu nastąpiło w dniu 15 marca 1946 roku protokołem zdawczo-odbiorczym.

45 Kwasucki, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu*, 76.

46 Zaremba, *Wielka trwoga. Polska 1944-47*, 293; „Skończyć z szabrem” *Dziennik Bałtycki*, 1 czerwca 1945 r.

umywalka i szatnia. Oficyna składała się z dwóch izb⁴⁷. Jednakże budynek, architektonicznie „bardzo ładny”⁴⁸, znajdował się w dzielnicy miasta, „odpowiedniej dla każdego urzędu państwowego”⁴⁹. Z tych względów ostatecznie Zarząd Nieruchomości Miejskich w Malborku podjął decyzję o przekazaniu budynku przy ul. 17 Marca 32 (uprzednio Komendanckiej) „do użytku Sądu, do czasu odremontowania własnego budynku”⁵⁰, natomiast sędzia Jędrzejewski przystąpił do przystosowania udostępnionego obiektu na potrzeby pracy orzeczniczej. Po uzyskaniu kredytu za pośrednictwem Sądu Apelacyjnego w Toruniu, prace zlecono Przedsiębiorstwu Przemysłowo-Budowlanemu „Nogat” w Malborku⁵¹. W międzyczasie uregulowano również kwestię naliczonego czynszu za udostępniony budynek za okres od lipca 1945 do marca 1946 roku. Otrzymany przez sąd „nakaz zapłaty komornego”, opiewający na 300 złotych za miesiąc a przekazany przez administratora TZP, został w całości zakwestionowany z uwagi na wygórowaną — zdaniem Jędrzejewskiego — wysokość naliczonej stawki, a przede wszystkim przerobienie dokumentu w części dotyczącej kwoty należnej za wynajem, a także fakt sporządzenia dokumentu ołówkiem. Sprawa oparła się o Prezesa Sądu Okręgowego w Elblągu, a wobec przekazania budynku do dyspozycji Ministerstwa Sprawiedliwości ostatecznie zakończyła się odstąpieniem od egzekucji⁵².

W początkowej fazie praca w sądzie niewiele miała wspólnego z pracą orzeczniczą. Tym niemniej ważnym zadaniem było zgromadzenie odpowiedniego wyposażenia: stołów, krzeseł, szaf, itd. Jerzy Jędrzejewski wspominał, iż: „należało wyszukać je w niezajętych jeszcze pomieszczeniach byłych

-
- 47 APM, zespół Nr 208, poz. 53, pismo Kierownika Sądu Grodzkiego w Malborku z dnia 1 października 1945 roku, L.dz. 33/45 do Tymczasowego Zarządu Państwowego, Oddział w Malborku, k. 1.
- 48 APM, zespół Nr 208, poz. 53, pismo Kierownika Sądu Grodzkiego w Malborku z dnia 1 października 1945 roku, L.dz. 33/45 do Tymczasowego Zarządu Państwowego, Oddział w Malborku, k. 1.
- 49 APM, nr 208, poz. 53, pismo Okręgowego Urzędu Likwidacyjnego w Gdańsku z siedzibą w Sopocie Biuro Obwodowe w Malborku z dnia 6. XI.1946 r., L.dz. 3062/IV/46, k. 41.
- 50 APM, zespół nr 208, poz. 53, pismo z dnia 29 października 1946 roku, L.dz. 23/261/46/ZN, k. 43.
- 51 APM, zespół nr 208, poz. 53, pismo z dnia 21 stycznia 1946 roku, L.dz. 132/46, k. 5.
- 52 APM, zespół nr 208, poz. 53, pismo z dnia 4 kwietnia 1946 roku, L.dz. 4892/IV/46, k. 10; pismo z dnia 8 marca 1946 roku, Nr 124/46, k. 7, pismo z dnia 21 marca 1946 roku, Nr Prez. 702/46, k. 8-9; pismo z dnia 21 marca 1946 roku, Nr prez. 702/46, k. 11; pismo z dnia 7 maja 1946 roku, L.dz. 916/46, k. 12.

biur i mieszkań poniemieckich, a wyszukawszy je – zanieść własnymi siłami z miejsca ujawnienia do budynku sądowego⁵³. Taki stan rzeczy nie był zresztą wyjątkowy⁵⁴. Brakowało bowiem wszystkiego, nawet oznak atrybutów władzy sądowej⁵⁵. Większość sprzętu potrzebnego do pracy, a także część akt sądowych, została wywieziona z Malborka trzema ciężarówkami w styczniu 1945 roku w kierunku Kościerzyny⁵⁶, zaś w pozostałej części uległa zniszczeniu wskutek działań wojennych lub wykorzystana przez napływającą ludność⁵⁷. Z trudem zdobyte mienie na potrzeby pracy sądu należało nadto zabezpieczyć przed szabrownikami⁵⁸. Ze względu na brak ogrzewania, zimą praca sądu odbywała się jedynie w dwóch izbach. Dopiero w 1947 roku zainstalowano w budynku sądu piece kaflowe⁵⁹. Aby zobrazować warunki pracy w tamtym czasie, trzeba przywołać wspomnienie córki Jerzego Jędrzejewskiego, która po zajęciach szkolnych odwiedzała ojca w pracy: „Zaraz z sieni budynku wchodziło się wprost na salę rozpraw, z której z kolei wchodziło się do gabinetu ojca. Siedział w palcie, szaliku i rękawiczkach przy stole pisząc swoim ulubionym piórem *Waterman*. Jedyne źródło ciepła stanowił piecyk typu koza z rurą wystawioną przez okno⁶⁰. Przeszkody w uruchomieniu sądu wydawały się piętzyć w każdym obszarze działalności. Poza drukami aktualnych dzienników urzędowych brakowało tekstów podstawowych aktów normatywnych niezbędnych do prowadzenia działalności orzeczniczej. Początkowo protokoły i orzeczenia były spisywane ręcznie na rewersie

-
- 53 Kwasucki, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu*, 76-77.
- 54 Kamil Niewiński, „Odbudowa sądownictwa powszechnego w świetle protokołu z konferencji odbytej 14 września 1944 r. w Białymstoku z udziałem delegacji Resortu Sprawiedliwości PKWN” *Miscellanea Historico-Iuridica*, t. XVIII, z. 2 (2020), 229; także Jolanta Musiał, „Sądy Grodzkie w okręgu gdańskim w latach 1945-50 oraz ich dokumentacja w zasobie archiwalnym” *Historia – Archiwa – Gdańsk*, t. I (2018): 89-90.
- 55 Musiał, „Sądy Grodzkie w okręgu gdańskim w latach 1945-50 oraz ich dokumentacja w zasobie archiwalnym”, 89-90.
- 56 Lohmasser, „Die Rechtsentwicklung in Stadt und Kreis Marienburg. Das Amtsgericht”, 444-445.
- 57 Musiał, „Sądy Grodzkie w okręgu gdańskim w latach 1945-50 oraz ich dokumentacja w zasobie archiwalnym”, 90.
- 58 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego odpis w posiadaniu autora dzięki uprzejmości Barbary Cetnarowskiej.
- 59 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego w posiadaniu autora.
- 60 Wspomnienia Pani Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego w wywiadzie z autorem z dnia 17 maja 2020 roku.

zebranych niemieckich druków urzędowych. Dopiero z upływem czasu sąd pozyskał stare, ponemieckie maszyny do pisania, które często zawodziły⁶¹. Funkcjonowanie sądu utrudniały również nieregularnie działająca poczta, za której pośrednictwem doręczana była korespondencja stronom w postępowaniach oraz brak stałej komunikacji między miejscowościami pozwalająca na dojazd do sądu. W tym okresie pierwszym podwładnym sędziego Jerzego Jędrzejewskiego był pracownik kancelaryjny Gabriel Juda⁶², skierowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości do pracy w charakterze rejestratora, który posiadał doświadczenie na tym stanowisku nabyte w Sądzie Grodzkim w Wołkowysku⁶³. Drugim z pracowników był woźny sądowy zatrudniony przez rejestratora jeszcze przed przybyciem sędziego Jędrzejewskiego. W późniejszym okresie zatrudniono dodatkowo protokolanta o nazwisku Rytteł⁶⁴.

Warto prześledzić w tym miejscu losy pierwszego zwierzchnika Sądu Grodzkiego w Malborku, które były tak charakterystyczne dla sędziów wracających na służbę po II wojnie światowej, a w szczególności tych, którzy pełnili służbę na terenach utraconych przez Rzeczpospolitą po roku 1945. Jerzy Bronisław Jędrzejewski urodził się w dniu 20 marca 1908 roku w Łodzi, dzielnica Nowe Chojny jako jedyne dziecko w rodzinie robotniczej Bronisława i Julianny z Kozińskich. Wychowywał się w domu o tradycjach lewicowych; oboje rodzice byli od 1905 roku członkami Socjaldemokracji Królestwa Polskiego i Litwy⁶⁵. Mimo iż zdał maturę typu humanistycznego w Gimnazjum Państwowym im. księcia Józefa Poniatowskiego w Warszawie, Jerzy Jędrzejewski rozważał podjęcie studiów politechnicznych. Ostatecznie zdecydował się na prawo, ale pasja do nauk przyrodniczych pozostała. W czasie studiów prawniczych udzielał korepetycji z matematyki i fizyki synom Janusza Jędrzejewicza, ministra w latach 1931-34 i premiera od 1933 do 1934 roku. Po ukończeniu studiów na Uniwersytecie Warszawskim w latach 1928-1932 uzyskał dyplom magistra praw na Wydziale Prawa⁶⁶. Zwolniony z obowiązku odbycia służby wojskowej, w marcu 1933 roku rozpoczął aplikację sądową w Sądzie Okręgowym w Warszawie. W maju 1936 roku Jędrzejewski złożył egzamin sędziowski uzyskując ocenę celującą. Latem 1937 roku

-
- 61 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego w posiadaniu autora.
 - 62 Nazwisko ustalone na podstawie wspomnień Pani Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego.
 - 63 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego w posiadaniu autora.
 - 64 APM, akta sprawy sygn. akt R 1/45, k. 30, 36, w aktach sprawy protokolant określony jest wyłącznie przez wskazanie inicjałów imienia „H”.
 - 65 Ankieta personalna sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
 - 66 Ze wspomnień Pani Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego w wywiadzie z autorem.

Minister Sprawiedliwości skierował asesora Jerzego Jędrzejewskiego do pełnienia obowiązków sędziego w Apelacji Wileńskiej, gdzie we wrześniu 1937 roku rozpoczął pracę w Sądzie Grodzkim w Nowogródku. W dniu 7 listopada 1938 roku Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Ignacy Mościcki powołał go na stanowisko sędziego Sądu Grodzkiego w Nowogródku z III grupą uposażenia⁶⁷. W dniu doręczenia dekretu o powołaniu został mianowany również kierownikiem Sądu. Funkcję tę pełnił do 16 września 1939 roku. Po wkroczeniu wojsk sowieckich na tereny Polski udał się do Wilna, najprawdopodobniej w poszukiwaniu transportu do centrum Polski. Motocykl, którym dojechał nad Wilię, porzucił na ulicach miasta jako bezużyteczny wobec braku paliwa. Ostatecznie przedarł się do rodziców do Warszawy na piechotę. Drogę do stolicy odbył wraz z narzeczoną Katarzyną Popik idąc wzdłuż torów kolejowych Wilno-Warszawa, która to podróż zajęła mu 2 tygodnie⁶⁸. Trudy dotarcia do Warszawy i ciężkie warunki, w których przyszło mu mieszkać w pierwszych miesiącach wojny, doprowadziły go do rozstroju zdrowia. Od listopada 1939 roku do stycznia 1940 roku chorował na tyfus przebywając w Szpitalu Zakaźnym w Warszawie przy ul. Chocimskiej 5. W tym czasie zmarła jego matka. W czasie wojny sędzia Jędrzejewski stracił również drugiego z rodziców. Bronisław Jędrzejewski zginął tragicznie 24 września 1943 roku, na jednej z warszawskich ulic, zastrzelony przez Niemców, idąc po mleko dla własnej wnuczki⁶⁹.

Od 2 marca 1940 roku do 1 sierpnia 1944 roku Jerzy Jędrzejewski pracował jako główny kasjer i doradca prawny w spółdzielni w Warszawie mieszczącej się przy ul. Żelaznej 56 działającej pod firmą Chrześcijańska Hurtownia Kupiecka „Wspólny Zakup”. Jego małżonka, z urodzenia Wiedenska, objęła w niej stanowisko „polsko-niemieckiej korespondentki i tłumaczki”⁷⁰. Placówka zaopatrywała 346 detalicznych sklepów spożywczych. Wraz z żoną zamieszkał wówczas przy ul. Miodowej 20 na Starym Mieście. Nie brał czynnego udziału w Powstaniu Warszawskim, ale nie był jego biernym obserwatorem. Uczestniczył w budowaniu staromiejskich barykad, a także oddawał się swej pasji fotograficznej. Niestety utrwalone w celulooidowych negatywach chwile z życia powstańczej Starówki, ukryte przed ewakuacją ludności, mimo

67 *Kalendarz informator sądowy na 1939 rok* (Warszawa: Wydawnictwo „Biblioteka Prawnicza”, 1939), 252.

68 Wspomnienia Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego w rozmowie z autorem w dniu 17 maja 2020 roku.

69 Ankieta personalna nr 1287 z dnia 27 marca 1951 roku w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu

70 Katarzyna Jędrzejewska. Życiorys – wspomnienie opracowane przez jej córkę Barbarę Centrarowską, w posiadaniu autora.

poszukiwań, nigdy nie zostały odnalezione w gruzach miasta⁷¹. Po ostatecznym opuszczeniu Starówki przez oddziały powstańcze został ewakuowany wraz z ludnością cywilną 2 września 1944 roku, do obozu w Pruszkowie, a następnie wywieziony w okolice Radomia, gdzie od października pracował jako prawnik dla Delegatury Polskiego Komitetu Opiekuńczego. 20 lipca 1945 roku zgłosił się do służby sądowej. Malbork wybrał spośród trzech propozycji, odrzucając m.in. Słupsk⁷². Wybór Malborka podyktowany był jego historyczną przeszłością⁷³, a widok od strony Kałdowa⁷⁴ na miasto przypominał mu panoramę prawobrzeżnej Warszawy⁷⁵.

Pierwsza wizytacja Sądu Grodzkiego w Malborku przeprowadzona przez pełniącego obowiązki Prezesa Sądu Okręgowego w Elblągu sędziego Stanisława Różańskiego w listopadzie 1945 roku przyniosła pozytywną ocenę kilkumiesięcznej działalności. W ocenie lustrującego funkcjonowanie Sądu i pracę sędziego Jędrzejewskiego należało ocenić bardzo pozytywnie. W konsekwencji został przesunięty do wyższej grupy uposażenia⁷⁶, która została przyznana mu w marcu 1946 roku ze skutkiem od 1 maja 1946 roku.

Trudności kadrowe w wymiarze sprawiedliwości na ziemiach byłych Prus Wschodnich widoczne były w obciążeniu pracą sędziego z Malborka. Od początku 1946 roku sędzia Jerzy Jędrzejewski pełnił „zastępczo” obowiązki sędziego w oddalonym o 14 kilometrów Sądzie Grodzkim w Sztumie, do którego chodził piechotą. Po odwołaniu sędziego Włodzimierza Kaczmarczyka z delegacji do pełnienia obowiązków w Sądzie Grodzkim w Kwidzynie położonym w odległości 40 kilometrów od Malborka, od 16 marca 1946 roku Jerzy Jędrzejewski pełnił obowiązki sędziego również w tym sądzie⁷⁷ „raz na dwa tygodnie w dnie z góry wyznaczone”⁷⁸.

71 Wspomnienia Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego w rozmowie z autorem w dniu 17 maja 2020 roku.

72 Ibidem.

73 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego w posiadaniu autora.

74 Obecnie dzielnica Malborka na zachodnim brzegu Nogatu.

75 Wspomnienia Barbary Cetnarowskiej – córki Jerzego Jędrzejewskiego w rozmowie z autorem w dniu 17 maja 2020 roku.

76 Pismo z dnia 12 listopada 1945 roku, Nr Prez. 388/45, k. 12, pismo z dnia 28 marca 1946 roku, Nr Prez. 1656/45, k. 31 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu. W sprawozdaniu po prezesa Sądu Okręgowego w Elblągu podawał, że sędzia Jerzy Jędrzejewski jest „rzeczywiście zdolnym prawnikiem”.

77 Kwasucki, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu*, 79.

78 Ibidem, 69.

Trudne warunki pracy i niskie wynagrodzenie skłaniały wielu orzeczników do rezygnacji z urzędu sędziego. Niewielkie pobory⁷⁹ w porównaniu z gażami wolnych zawodów prawniczych⁸⁰, a przede wszystkim otrzymywane nieregularnie, rodziły frustracje i zrezygnowanie w szeregach służby wymiaru sprawiedliwości, a w konsekwencji coraz częściej podejmowano decyzje o zmianie zatrudnienia i poświęceniu się pracy adwokata⁸¹. W podobnym wymiarze te przesłanki dotyczyły także urzędników sądowych, którzy chętnie przyjmowali pracę w urzędach administracji jeszcze na początku lat pięćdziesiątych⁸². Wydaje się, że w 1946 roku zwątpienie dotknęło również sędziego Jerzy Jędrzejewskiego. Na podstawie dekretu z dnia 24 stycznia 1946 roku⁸³ Minister Sprawiedliwości zamierzał dodatkowo powierzyć sędziemu Jerzemu Jędrzejewskiemu pełnienie obowiązków notariusza w Kwidzynie⁸⁴. Perspektywa nowych obowiązków z tym związanych, ciężkie lata okupacji, utrata rodziców, przebyte choroby, a później natężenie obowiązków, wysiłek związany z pracą administracyjną i organizacyjną sądu, nadszarpnęły zdrowie sędziego Jędrzejewskiego do tego stopnia, że w maju 1946 roku zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości o zwolnienie ze służby sądowej, w tym „o jak najrychlejsze uwzględnienie podania”. Przedstawione zaświadczenia lekarskie konsylium malborskich specjalistów dr. Henryka Golanowskiego i dr. Gustawa Kucharskiego potwierdzało pogarszający się stan zdrowia sędziego⁸⁵.

79 Wynagrodzenie sędziów określał dekret PKWN z dnia 27 grudnia 1944 roku o tymczasowym uregulowaniu uposażeń pracowników państwowych.

80 Wspomnienia Jerzego Jędrzejewskiego w posiadaniu autora.

81 Np. Pod koniec 1945 roku zrezygnował z pracy kierownik Sądu Grodzkiego w Kwidzynie, w 1950 roku – kierownik Sądu Grodzkiego w Sztumie, a także orzekający w Kwidzynie od 1946 Witold Rzewuski – wszyscy na rzecz adwokatury; szerzej o początkach adwokatury gdańskiej Dariusz Szpopier, Jolanta Świątek, *Dzieje Adwokatury Gdańskiej* (Gdańsk: Arche, 2005), 48-54, 208-211.

82 „Wspomnienie nr 13. Regina Trzos”, [w:] *Taki był Malbork... Wspomnienia*, red. Bogusław Krauze, Piotr Topolski (Malbork: Urząd Miasta Malborka, 2016), 76 (nazwisko najprawdopodobniej zmienione).

83 Dz. U. nr 6, poz. 54.

84 Pismo z dnia 11 maja 1946 roku B.P. 7285/46, k. 34 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

85 Pismo z dnia 29 maja 1946 roku w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu. Jerzy Jędrzejewski wskazywał, że urząd sędziego po jego opróżnieniu mógłby zająć po nim Witold Husar, sędzia Sądu Grodzkiego w Augustowie w okresie od 15 lipca

Faktycznie Jerzy Jędrzejewski nie zdążył podjąć się czynności notariusza⁸⁶, a decyzja została zwrócona Ministrowi Sprawiedliwości bez doręczenia adresatowi⁸⁷. W maju 1946 roku obowiązki sędziego w sądzie w Kwidzynie pełnił zaczął asesor sądowy Witold Rzewuski⁸⁸, któremu przekazano obowiązek notariusza, zwalniając z nich sędziego Jędrzejewskiego⁸⁹.

Jednakże decyzja o pozostaniu w służbie sędziowskiej wiązała się z ograniczeniami w podejmowaniu innej formy zarobkowania. Zgodnie z rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 lutego 1928 roku Prawo o ustroju sądów powszechnych⁹⁰ sędziemu nie wolno było zajmować żadnego urzędu państwowego, z wyjątkiem stanowisk: profesora, docenta i lektora w szkołach akademickich, o ile zajmowanie takiego stanowiska nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziowskich⁹¹. Sędziemu nie wolno było również „oddawać się zajęciom ubocznym, któreby przeszkadzały w pełnieniu jego obowiązków sędziowskich albo mogły uchybiać jego godności lub zachwiać zaufanie do jego bezstronności”, ani też prowadzić przedsiębiorstwa zarobkowego⁹². Zatem poza bezwzględnym zakazem zajmowania określonych stanowisk, podejmowanie się przez sędziego innych zajęć nie było wykluczone, ale podlegało ocenie zwierzchnika⁹³. Dnia 11 marca 1947 roku Jerzy Jędrzejewski zwrócił się do Prezesa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku sędziego Franciszka Bara, za pośrednictwem Prezesa Sądu Okręgowego w Elblągu, o wyrażenie zgody na podjęcie dodatkowego zatrudnienia („zajęć ubocznych i pracy społecznej”)⁹⁴, w tym radcy prawnego w Zarządzie Miejskim. Prezes Sądu Apelacyjnego nie przychylił się do prośby kierownika sądu Grodzkiego w Malborku uznając, że praca radcy prawnego w Zarządzie

1938 roku do 7 września 1939 roku, mieszkający w Malborku przy ul. Jagiellońskiej 114.

- 86 Pismo z dnia 28 maja 1946 roku, Nr Prez. 1510/45 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 87 Pismo z dnia 5 sierpnia 1946 roku, Nr Prez. 420/46 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 88 Pismo z dnia 15 czerwca 1946 roku, Nr Prez. 3106/46 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 89 Pismo z dnia 18 lipca 1946 roku, Nr Prez. 4188/46 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 90 Dz. U. 1932.94.806.
- 91 Art. 124.
- 92 Art. 125 § 1 i 2.
- 93 Art. 126.
- 94 Pismo z dnia 17 marca 1946 roku, Nr Prez. 952/47 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

Miasta „koliduje ze stanowiskiem sędziowskim”⁹⁵ oraz ściśle kontrolował jego sytuację pod tym kątem⁹⁶. Mimo braku aprobaty ze strony prezesa Franciszka Bara, Prezes Sądu Okręgowego w Elblągu wyraził zgodę na podjęcie pracy przez sędziego Jędrzejewskiego w tym charakterze w kwietniu 1947 roku, z której otrzymywał dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 1000 złotych⁹⁷. Ostatecznie z tego zajęcia zrezygnował w czerwcu 1948 roku⁹⁸.

Istotną zmianą w zakresie statusu sędziego, w stosunku do przepisów o ustroju sądów powszechnych obowiązujących przed okupacją, było zniesienie zakazu przynależności sędziów do partii politycznych. Zabieg ten był bardzo świadomym krokiem nowej władzy, obliczonym na podporządkowanie sobie władzy sądowniczej. W obozie nowej władzy ścierały się dwie koncepcje zmierzające do zapewnienia właściwie wykształconych kadr dla aparatu wymiaru sprawiedliwości. Przedstawiciele Polskiej Partii Robotniczej, m.in. jej sekretarz generalny Władysław Gomułka i kierownik personalny Zenon Kliszko, kategorycznie sprzeciwiali się odbudowie sądownictwa w oparciu o kadry z okresu międzywojennego; żądali szybkiego wprowadzenia do aparatu wymiaru sprawiedliwości nowych i młodych ludzi oraz oczyszczenia jego szeregów z osób związanych z *ancien regime'em*⁹⁹ bądź też ostatecznie dopuszczali wymuszenie, by „istniejący aparat pracował dla” nowej władzy¹⁰⁰. Ówczesny wiceminister i najbardziej wpływowa osoba aparatu sprawiedliwości¹⁰¹, Leon Chajn, będąc świadomym możliwej zapaści w resorcie w przypadku eliminacji „starych” kadr *a limine*, w zasadzie podzielał ten pogląd, ale stawiał na zmiany ewolucyjne, faktycznie zmierzające do tego

- 95 Pismo z dnia 20 marca 1947 roku, Nr Prez. 2102/45 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 96 Pismo z dnia 3 maja 1947 roku, Nr Prez. 2307/47; pismo z dnia 8 maja 1947 roku, Nr prez. 1598/47, pismo z dnia 29 maja 1948 roku, Nr Prez. 2075/48 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 97 Zgodnie z Dekretem PKWN z dnia 27 grudnia 1945 roku sędzia w III grupie uposażenia otrzymywał 1575 złotych uposażenia wraz z dodatkiem wojennym (DZ. U. 1945.16.88).
- 98 Pismo z dnia 29 maja 1948 roku, Nr Prez. 2075/45; Pismo z dnia 27 lipca 1948 roku, Nr Prez. 2866/48 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 99 Chajn, *Kiedy Lublin był Warszawą*, 42-43.
- 100 Cyt. za Piotr Fiedorczyk, *Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym* (Białystok: Temida 2, 2002), 36.
- 101 Agnieszka Watouła, „Rozważania nad ewolucją pojęcia niezawisłości sędziowskiej w Polsce w latach 1944-1956” *Z Dziejów Prawa*, t. VIII (2015): 127-128.

samego celu. Chajn zdawał sobie również sprawę, że można było liczyć na pozyskanie nie więcej niż 15% przedwojennej kadry¹⁰². Jego zdaniem, z tego grona można by skłonić do współpracy część, która nie przejawiała negatywnego stosunku do przemian ustrojowych po 1944 roku, „o ile w okresie przedwojennym nie wykazywali nadmiernej gorliwości w prześladowaniu ruchu rewolucyjnego i demokratycznych instytucji”, a także jeżeli chcieli lojalnie współpracować z władzą ludową¹⁰³. Z biegiem czasu, już po wykształceniu własnej kadry, sędziów „nowego typu”¹⁰⁴, zamierzał wyeliminować tych, którzy będą pozostawali „ślepi i głusi na doniosłość procesów dziejowych”. Jednakże działania w tej mierze wymagały swego rodzaju sterowania i kontroli nad kadrami wymiaru sprawiedliwości. Dekretem z dnia 14 stycznia 1945 roku, na podstawie ustawy z dnia 3 stycznia 1945 roku o trybie wydawania dekretów z mocą ustawy¹⁰⁵, Rada Ministrów postanawiała, a Prezydium Krajowej Rady Narodowej zatwierdziło zmianę art. 121 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 lutego 1928 roku Prawo o ustroju sądów powszechnych. Zawartą w jego treści formułę bezwzględnie zakazującą sędziom przynależności do partii politycznych zastąpiono nowym przepisem w brzmieniu: „sędzia powinien w służbie i poza służbą strzec powagi sądu i unikać wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności sędziego. Nie wolno mu brać udziału w takich wystąpieniach, które mogłyby osłabiać zaufanie do jego bezstronności albo wierności względem ustroju lub władz demokratycznego Państwa Polskiego”¹⁰⁶. Zmiany stanowiły wyraz przekonania władzy ludowej, że rękojmią wykonywania obowiązków sędziowskich miała być przynależność do partii politycznych. Sędzia miał się legitymować nie tylko odpowiednim poziomem wykształcenia, właściwą postawą etyczną, ale również kierować się odpowiednimi poglądami politycznymi zbieżnymi z linią Polskiej Partii Robotniczej (PPR), a następnie Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej (PZPR); apolityczność była dla nowej władzy synonimem przedwojennej apatii środowiska sędziowskiego¹⁰⁷. Władza miała świadomość, że samo zniesienie zakazu przynależności do stronnictw

102 Leon Chajn, „Na progu wielkiej reformy” *Demokratyczny Przegląd Prawniczy*, nr 4 (1947): 6.

103 Chajn, *Kiedy Lublin był Warszawą*, 20.

104 Jakubowski, *Sądownictwo Powszechne w Polsce w latach 1944-50*, 65.

105 Dz.U. Nr 1, poz. 1.

106 Dz.U. 1946.9.46.

107 Agnieszka Watouła, „Geneza i działalność Zrzeszenia Prawników Demokratów (Zrzeszenia Prawników Polskich) oraz jego wpływ na postawy sędziów w latach 1945-1956”, [w:] *Letnia szkoła historii najnowszej 2010* pod red. Natalii Jarskiej i Tomasza Kozłowskiego (Warszawa: Instytut Pamięci Narodowej, 2011), 127-128.

politycznych nie spowoduje złamania u sędziów rekrutujących się z przedwojennych kadr, etosu apartyjności i apolityczności. Z drugiej strony, nie zamierzano zrezygnować z tworzenia profilu osobowego sędziego, który działalnością orzeczniczą spełniałby wymagania ideologiczne nakreślane przez PPR i jej aparat urzędniczy. Posłużono się więc wypróbowanym *modus operandi* tworząc podmiot pośredni między partią polityczną a organizacją branżową. 23 maja 1945 roku powołano do życia Zrzeszenie Prawników Demokratów (ZPD; od 1949 Zrzeszenie Prawników Polskich – ZPP). Przyjęta deklaracja programowa wskazywała, że celem stawianym przed ZPD jest stworzenie ośrodka ideologicznego i politycznego oddziaływania na sędziów w kierunku wykształcenia postaw zgodny z zasadami marksizmu-leninizmu i uczynić ich podatnymi na wpływ partii komunistycznej. W tym celu wypracowano zasadę, według której wstępujący do Zrzeszenia podpisali deklarację o akceptacji Manifestu PKWN i popierają zasadę budowy ustroju społeczno-politycznego w Polsce Ludowej¹⁰⁸.

Prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku Franciszek Bar z niepokojem przyglądał się zaangażowaniu sędziów w podległych mu jednostkach w pracę pozaorzeczniczą świadczoną na rzecz nowotworzonego ustroju politycznego¹⁰⁹, w który to schemat wpisywał się Jerzy Jędrzejewski¹¹⁰. Franciszek Bar był człowiekiem o wyjątkowych predyspozycjach do pełnienia urzędu sędziego i wielkim doświadczeniu życiowym oraz ponadprzeciętnych standardach etycznych i moralnych¹¹¹. Jego obawy o przyszłość kadry sędziowskiej o tyle były uzasadnione, że polityczna kariera sędziego z Malborka zaczęła rozwijać się zgodnie ze scenariuszem zaplanowanym przez ówczesne władze.

Dnia 9 stycznia 1947 roku Kierownik Sądu Grodzkiego w Malborku przystąpił do Stronnictwa Demokratycznego, a następnie Zrzeszenia Prawników Demokratów. Włączył się również w nurt zamierzeń twórców Zrzeszenia wyrażających się hasłem „każdy członek Zrzeszenia – to gotowy materiał na aktywistę społecznego”¹¹². Jędrzejewski przystąpił również do Powiatowej Rady Kultury i Sztuki, Komisji Popularyzacji Prawa, Powiatowej

108 Ibidem, 129.

109 Szpoper, „Franciszek Bar – pierwszy prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Szkic do historii wymiary sprawiedliwości w Polsce po 1945 roku”, 302.

110 Pismo z dnia 29 września 1948 roku, Nr Prez. 3658/48 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

111 Szpoper, „Franciszek Bar – pierwszy prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Szkic do historii wymiary sprawiedliwości w Polsce po 1945 roku”, 305.

112 Marian Rybicki, „Zagadnienia organizacyjne działalności Zrzeszenia Prawników Demokratów w terenie” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1947): 96.

Komisji Ziemskiej, Związków Zawodowych Pracowników Sądowych i Prokuratorskich oraz Polskiego Czerwonego Krzyża, w których to organizacjach angażował się społecznie. W tymże samym roku powołany został również do składu Miejskiej Rady Narodowej w Malborku oraz jej Prezydium. Wybór do Rady nastąpił z ramienia Stronnictwa Demokratycznego¹¹³. Zaś uchwałą Prezydium Miejskiej Rady Narodowej w Malborku został powołany na przewodniczącego Miejskiej Komisji Lokalowej oraz Komisji Oświatowej, a także wszedł do Komisji zajmującej się rozdziałem darów UNRRA^{114,115}. W listopadzie 1947 roku został wyznaczony do Komisji Powiatowej w Malborku ds. repatriacji dzieci niemieckich. Na prośbę Powiatowej Komendy Milicji Obywatelskiej nieodpłatnie prowadził dwa razy w tygodniu wykłady dla jej funkcjonariuszy z zakresu prawa karnego materialnego i procedury karnej¹¹⁶. We wrześniu 1948 roku Jerzy Jędrzejewski wystąpił ze Stronnictwa Demokratycznego, złożył mandat członka Powiatowej i Miejskiej Rady Narodowej w Malborku, a następnie 24 września 1948 roku wstąpił do Polskiej Partii Robotniczej z przynależnością do koła terenowego nr 3¹¹⁷. Jako członek tej organizacji został wybrany przez malborskie struktury partyjne delegatem na zjazd zjednoczeniowy z Polską Partią Socjalistyczną, który rozpoczął się 15 grudnia 1948 roku¹¹⁸. Członkiem Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej został zatem od jej powstania, pełniąc funkcję drugiego sekretarza koła terenowego i członka egzekutywy Podstawowej Organizacji Partyjnej¹¹⁹. Jerzy

-
- 113 Pismo z dnia 1 marca 1947 roku, Nr Prez. 138/47 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 114 Pismo z dnia 23 kwietnia 1947 roku, Nr Prez. 1330/47 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 115 United Nations Relief and Rehabilitation Administration, organizacja międzynarodowa utworzona w 1943 roku w Waszyngtonie w celu udzielenia pomocy obszarom wyzwolonym w Europie i Azji po zakończeniu II wojny światowej.
- 116 Pismo z dnia 11 marca 1947 roku, Nr Prez. 158/47, Pismo z dnia 11 marca 1947 roku, Nr Prez. 158/47 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu, Pismo z dnia 11 marca 1947 roku, Nr Prez. 158/47.
- 117 Protokoły Konferencji Powiatowych PPR, Archiwum Państwowe w Gdańsku zespół 2604, numer 1, sygn. 10/I/1, a także Pismo z dnia 29 września 1948 roku, Nr Prez. 3658/48 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.
- 118 Archiwum Państwowe w Gdańsku zespół 2604, numer 1, sygn. 10/I/1, Protokoły Konferencji Powiatowych PPR, Wykaz imienny delegatów.
- 119 Ankieta personalna, k.19 w części C w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

Jędrzejewski zdecydował się również w tym czasie przystąpić do Towarzystwa Przyjaźni Polsko-Radzieckiej.

Wydaje się, że lata 1947/48 były okresem przełomowym w karierze Jerzego Jędrzejewskiego. Wówczas to podjął decyzję co do kształtu swej kariery, i to pomimo tego, iż nie mógł mieć żadnych złudzeń co do tego, że nowa władza zamierza mocno uchwycić sądownictwo dla swoich politycznych celów, a nadto dowolnie postrzega niezależność i niezawisłość sędziowską, a zwińczeniem tych planów miało stać się podporządkowanie sobie władzy sądowniczej. Tezy w tym zakresie prezentowane były przez przedstawicieli resortu sprawiedliwości zarówno wprost, jak i w publicystyce znanej Jędrzejewskiemu m.in. w oficjalnym organie Zrzeszenia Prawników Demokratów – „Demokratycznym Przeglądzie Prawniczym”¹²⁰. Znaczący był również czas podejmowania decyzji o nowej przynależności partyjnej. W roku 1948 okres „umasowienia” PPR już się zakończył, przyrost członków w ostatnim roku istnienia organizacji był nierównomierny, a partia wchodziła w fazę „oczyszczenia”, w której zamierzała pokazać „pazur nieprzejednanego stosunku” do klasowo obcego elementu¹²¹. Jerzy Jędrzejewski nie mógł być nieświadomy roli, którą odgrywał jako delegat na Zjazd Zjednoczeniowy PPR i PPS przyjmując rezolucję nakazującą „doprowadzić do końca oczyszczenie aparatu administracyjnego, rad narodowych (...) z elementów koniunkturalnych i wrogich” określającą jasno cel podporządkowania „ogółu wpływom (...) Partii”¹²².

Polityczno-społeczne zaangażowanie sędziego Jędrzejewskiego nie pozostawało bez wpływu na jego pracę orzeczniczą. Obawy w tej mierze formułowane były przez władze już wcześniej. Wskazywano, że zaangażowanie sędziów w pracę społeczną, faktycznie odciągnie orzeczników od realizacji zadań właściwych dla wymiaru sprawiedliwości¹²³. Sformułowana podówczas diagnoza w tej mierze okazała się trafna. Po okresie organizacji Sądu, zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości rosły z roku na roku w miarę odradzania się życia społecznego w Malborku. Tymczasem, mimo rosnącego

120 Chajn, *Kiedy Lublin był Warszawą*, 69-70.

121 Marcin Żukowski, „Metody tworzenia i etapy powstawania Komitetu Wojewódzkiego Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej w Gdańsku” *Pamięć i Sprawiedliwość*, nr 2 (2012): 202-203.

122 Archiwum Państwowe w Gdańsku, zespół 2604, numer 1, sygn. 10/I/1, Rezolucja Powiatowej Konferencji Wyborczej w Malborku w dniu 13 listopada 1948 roku, Protokoły Konferencji Powiatowych PPR.

123 Watóła, „Geneza i działalność Zrzeszenia Prawników Demokratów (Zrzeszenia Prawników Polskich) oraz jego wpływ na postawy sędziów w latach 1945-1956”, 130.

z każdym rokiem wpływu spraw sądowych¹²⁴, Jerzy Jędrzejewski pozostawał jedynym orzekającym w Sądzie Grodzkim w Malborku¹²⁵. Przeprowadzone w 1947 roku kontrole i lustracje kończyły się zwracaniem uwagi na niestaranności w dokumentacji prowadzonej przez sędziego Jędrzejewskiego. Z czasem uwagi zaczęły dotyczyć zachowania naruszające powagę sądu poprzez niewłaściwą, emocjonalną, a przy tym jednostronną redakcję uzasadnień wyroków¹²⁶.

W lutym 1949 roku sędzia Jerzy Jędrzejewski został skierowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości na Centralny Kurs Społeczno-Polityczny w Szkole Prawniczej w Łodzi w dniach od 3 marca do 9 kwietnia 1949 roku¹²⁷, a w grudniu 1949 roku nowy Prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku sędzia Kazimierz Najsarek przedstawił Ministrowi Sprawiedliwości wniosek o powołanie sędziego Jerzego Jędrzejewskiego na stanowisko Prezesa Sądu Okręgowego w Gdyni, wakujące z uwagi na urlop roczny sędziego Kazimierza Olszewskiego¹²⁸. W opinii popierającej wniosek Prezes Sądu Apelacyjnego

124 O ile do końca roku 1945 wpłynęły jedynie 3 sprawy cywilne w kategorii C, w roku 1946 tylko 17 spraw cywilnych, zaś rok później już 55, to w roku 1948 wpływ spraw cywilnych wzrósł do 148, a w roku następnym do 210 spraw. W latach 1948-50 Sąd w Malborku rozpoznał również 118 spraw w postępowaniu nieprocesowym. Sędzia Jędrzejewski jako jedyny orzecznik Sądu Grodzkiego w Malborku rozpoznawał również sprawy karne (repertorium K), których w roku 1947 wpłynęło 319, w tym Jędrzejewski w tym samym roku rozpoznał 299. Kolejny rok przyniósł wpływ 449 spraw, spośród których sędzia Jędrzejewski zdołał rozpoznać 391. Rekordowy okazał się rok 1949, w którym wpływ spraw karnych osiągnął poziom 598.

125 *Informator sądowy 1947* (Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości, 1947), 99. W 1947 roku w Sądzie Grodzkim w Malborku stanowisko asesora zajmował Stefan Dubyna, który pełnił obowiązki notariusza.

126 Pismo z dnia 25 marca 1947 roku, Nr Prez. 2252/47, pismo z dnia 30 września 1947 roku, Nr prez. 3938/47, k. 63; pismo z dnia 29 listopada 1947 roku, Nr prez. 11435/47, k. 64, pismo z dnia 17 lutego 1949 roku, Nr Prez. 4799/48, k. 90, pismo z dnia 7 czerwca 1950 roku, Nr Prez. 1405/50, k. 96, pismo z dnia 23 sierpnia 1949 roku, Nr Prez. 628/49, k. 92 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

127 Pismo z dnia 17 lutego 1949 roku, Nr Prez. 695/49, k. 86 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu, pismo z dnia 17 lutego 1949 roku, Nr Prez. 695/49.

128 Pismo z dnia 27 grudnia 1949 roku, Nr Prez. 9649/49 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

wskazał, że kandydat „jest aktywny członkiem P. [olskiej] Z. [jednoczonej] P. [artii] R. [obotniczej]”, a sama kandydatura został również uzgodniona z Sekcją Prawniczą Komitetu Wojewódzkiego tego stronnictwa¹²⁹.

Dekretem z dnia 30 czerwca 1950 roku Minister Sprawiedliwości Henryk Świątkowski przeniósł Jerzego Jędrzejewskiego na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku i delegował go do pełnienia obowiązków Prezesa nowoutworzonego Sądu Apelacyjnego w Opolu¹³⁰. W dniu 18 lipca 1950 roku Jerzy Jędrzejewski został zwolniony z obowiązków służbowych w Sądzie Grodzkim w Malborku¹³¹.

Zmiany na stanowiskach administracyjnych w Malborku zbiegły się ze zmianami w całej strukturze sądownictwa Polski Ludowej. Nowelizacja ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych uchwalona w dniu 20 lipca 1950 roku przebudowała radykalnie konstrukcję sądownictwa. Wyeliminowano sądy apelacyjne, tym samym „spłaszczając” strukturę sądów, tworząc organizację składającą się z sądów okręgowych i sądów powiatowych w miejsce dotychczasowych sądów grodzkich¹³². Korzystając z delegacji ustawowej i wykonując nałożony przez ustawę obowiązek wydania w ciągu trzech miesięcy rozporządzenia, którymi dostosował dotychczasowe sądy i stanowiska w sądownictwie do nowych przepisów ustrojowych Minister Sprawiedliwości przekształcił Sąd Apelacyjny w Gdańsku w Sąd Wojewódzki w Gdańsku dla województwa gdańskiego¹³³, a Sąd Grodzki w Malborku stał się – do 1975 roku — Sądem Powiatowym w Malborku właściwym miejscowo dla Powiatu Malborskiego¹³⁴.

129 Pismo z dnia 27 grudnia 1949 roku, Nr Prez. 9649/49 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

130 Dekret z dnia 30 czerwca 1950 roku, L.dz. D.K. 12.411/I.1/50 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

131 Pismo z dnia 20 lipca 1950 roku, L.dz. D.K. 12.411/I.1/50 w Akta osobowe sędziego Jerzego Jędrzejewskiego w Sądzie Okręgowym w Opolu.

132 Ustawa z dnia 20 lipca 1950 roku o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. 1950.38.347), weszła w życie z dniem 1 września 1950 roku.

133 Ponownie Sąd Apelacyjny w Gdańsku został powołany po upływie blisko 40 lat, w dniu 13 sierpnia 1990 roku; zob. również Szpoper, *Polskie Sądownictwo Apelacyjne na Pomorzu w latach 1919-2015*, 181-216.

134 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 listopada 1950 roku o dostosowaniu sądów powszechnych do nowych przepisów ustrojowych i o zniesieniu sądów zbędnych (Dz.U. 1950, Nr 54, poz. 496 ze zm.).

Bibliografia

- Chajn Leon, *Kiedy Lublin był Warszawą*. Warszawa: Czytelnik, 1964.
- Chajn Leon, „Na progu wielkiej reformy” *Demokratyczny Przegląd Prawniczy*, nr 4 (1947).
- Chodyński Antoni, *Malbork*. Warszawa: Wydawnictwo Arkady, 1982.
- Fiedorczyk Piotr, *Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym*, Białystok: Temida 2, 2002.
- Górski Karol, *Dzieje Malborka*. Gdańsk: Wydawnictwo Morskie Gdynia, 1960.
- Górski Karol, *Dzieje Malborka*. Gdańsk: Wydawnictwo Morskie Gdynia, 1973.
- Informator sądowy 1947*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości, 1947.
- Jakubowski Grzegorz, *Sądownictwo powszechne w Polsce w latach 1944-50*. Warszawa: Instytut Pamięci Narodowej, 2002.
- Kalendarz informator sądowy na 1939 rok*. Warszawa: Wydawnictwo „Biblioteka Prawnicza”, 1939.
- Kwasucki Krzysztof, *Przyczynek do dziejów Sądów Okręgowego i Grodzkiego w Elblągu*. Elbląg: Wydawnictwo Uran, 2017.
- Lohmasser Paul, „Die Rechtsentwicklung in Stadt und Kreis Marienburg. Das Amtsgericht”, [w:] *Neues Marienburger Heimatbuch*, red. Rainer Zacharias. 440-445. Herford: Verlag Wendt Groll GmbH, 1967.
- Majer Tomasz, „Pełnomocnik Rządu RP na Okręg mazurski – budowa aparatu państwowego” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 18 (2012): 103-119.
- Musiał Jolanta, „Sądy grodzkie w okręgu gdańskim w latach 1945-50 oraz ich dokumentacja w zasobie archiwalnym” *Historia – Archiwa – Gdańsk*, t. I (2018): 84-98.
- Niewiński Kamil, „Odbudowa sądownictwa powszechnego w świetle protokołu z konferencji odbytej 14 września 1944 r. w Białymstoku z udziałem delegacji Resortu Sprawiedliwości PKWN” *Miscellanea Historico-Juridica*, t. XVIII, z. 2 (2020): 227-240.
- Rybicki Marian, „Zagadnienia organizacyjne działalności Zrzeszenia Prawników Demokratów w terenie” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1947).
- „Skończyć z szabrem” *Dziennik Bałtycki*, 1 czerwca 1945 r.
- Szpoper Dariusz, Świątek, Jolanta. *Dzieje Adwokatury Gdańskiej*. Gdańsk: Arche, 2005
- Szpoper Dariusz, „Franciszek Bar – pierwszy prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Szkic do historii wymiaru sprawiedliwości w Polsce po 1945 r.” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 26 (2014): 291-306.
- Szpoper Dariusz, *Polskie Sądownictwo Apelacyjne na Pomorzu w latach 1919-2015. Szkic do dziejów wymiaru sprawiedliwości w dwudziestopięciolecie wznowienia działalności Sądu Apelacyjnego w Gdańsku*, Gdańsk – Olštyn: Sąd Apelacyjny w Gdańsku, 2015.

- Watoła Agnieszka, „Geneza i działalność Zrzeszenia Prawników Demokratów (Zrzeszenia Prawników Polskich) oraz jego wpływ na postawy sędziów w latach 1945-1956”, [w:] *Letnia szkoła historii najnowszej 2010* red. Natalia Jarska, Tomasz Kozłowski. 127-141. Warszawa: Instytut Pamięci Narodowej, 2011.
- Watoła Agnieszka, „Rozważania nad ewolucją pojęcia niezawisłości sędziowskiej w Polsce w latach 1944-1956” *Z Dziejów Prawa*, t. VIII (2015): 109-125.
- Wojnowski Edmund, *Warmia i Mazury w latach 1945-47*. Olsztyn: Ośrodek Badań Naukowych im. Wojciecha Kętrzyńskiego w Olsztynie, 1968.
- „Wspomnienie nr 13. Regina Trzos”, [w:] *Taki był Malbork... Wspomnienia*, red. Bogusław Krauze, Piotr Topolski. 71-77. Malbork: Urząd Miasta Malborka, 2016.
- Zaremba Marcin, *Wielka trwoga. Polska 1944-47*. Kraków: Znak, 2012.
- Żukowski Marcin, „Metody tworzenia i etapy powstawania Komitetu Wojewódzkiego Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej w Gdańsku” *Pamięć i Sprawiedliwość*, nr 2 (2012): 197-228.

The Financial Independence of the Supreme Audit Institutions in the Light of Regulations of EU Member States

A very important, but also a particularly sensitive area in the relation between the supreme audit institution (SAI) and the executive is the issue of financing this audit institution. Indeed, effective promotion of the principle of public accountability requires that the supreme audit institution receives sufficient financial resources to perform its duties properly. Therefore, the independence of supreme audit institutions requires the provision of all the personal, material and financial resources necessary for the performance of its tasks. They should also have sole responsibility for the management of the budget and the distribution of the funds allocated to them. The article is an attempt to answer the question of how legal regulations adopted in the Member States guarantee financial independence to the supreme audit institutions.

Maciej Serowaniec

Associate Professor at Nicolaus Copernicus University

ORCID – 0000-0003-4693-7977

Key words:
supreme audit institution, financial independence, INTOSAI, audit, state control

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.151>

Effective promotion of the principle of public accountability¹ requires that the supreme audit institution receives sufficient funds to enable it to perform its duties properly. Financial independence means, therefore, that the Supreme Audit Institutions has greater independence in determining its revenues and expenditure. The principle of independence of supreme audit institutions does not, however, exclude

1 More on the principle of public accountability in André Loozekoot, Geske Dijkstra, „Public Accountability and the Public Expenditure and Financial Accountability tool: an assessment” *International Review of Administrative Sciences*, No. 4(2017): 806-825.

their cooperation with executive bodies insofar as the cooperation is based at equivalent terms². Depending on the constitutional and statutory provisions, legal measures regarding the financing of the supreme audit institution may be interrelated to the financial situation and general financial policy of the executive power.

The INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions) standards highlight that the independence of supreme audit institutions requires the provision of all human, material and financial resources necessary to discharge their mandate³. Therefore, the budget of the supreme audit bodies should be established directly by the parliament, and in the event of an interference by the executive, supreme audit institutions should have the right to request the parliament for additional funding if they consider their budget insufficient to fulfill all their tasks. They also have the sole responsibility for managing their budget and spending the funds that are allocated to them⁴.

When analyzing the issue of budgetary independence of control institutions, it should be noted that generally the revenues generated by supreme audit institutions are relatively low and are largely short-term. On the other hand, among the expenditure, the main item in the budgets of supreme audit institutions are the funds allocated to their salaries and similar remuneration. An important part of expenditure are also current general administrative costs that are to maintain and perform all the basic activities of state control bodies, that is fees and services. On the other hand, the planned amount of property expenditure includes the expenditure related to the adaptation, modernization and extension of the buildings used by offices and agencies as well as the expenditure related to the purchase of new assets. Due to strengthening of international cooperation, an increasing part of expenditure is being allocated to foreign and domestic business trips⁵.

-
- 2 Jacek Mazur, „Międzynarodowe zasady kontroli finansów publicznych a tworzenie najwyższego organu kontroli” *Kontrola Państwowa*, No. 1 (1998): 105-109.
 - 3 Cezary Kosikowski, „Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i standardów Unii Europejskiej” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2002): 23.
 - 4 Venkatachalam Ramkumar, „Open Budget Survey Findings on SAIs and Independence” *INTOSAI Journal*, No. 7 (2009): 10-11. <https://www.intosaijournal.org>.
 - 5 See more Maciej Serowaniec, „Instytucjonalne gwarancje niezależności najwyższych organów kontroli państwowej”, [in:] *Potentia non est nisi da bonum: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Witkowskiemu*, red. Maciej Serowaniec, Agnieszka Bień-Kacała, Aleksandra Kustra-Rogatka (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji

The Court of Audit of Belgium, the Court of Auditors in Spain and the Portuguese Court of Audits, which are among the highest state control bodies similar in structure to courts, have a legally guaranteed possibility of requesting the parliament directly to get the funds necessary to carry out their tasks.

The Court of Audit of the Kingdom of Belgium, in accordance with the provisions of 20bis of the Act, submits a draft of its budget for the opinion of the relevant parliamentary committee of the House of Representatives. A detailed statement of the Court's planned revenue and expenditure, based on the task-based system, after obtaining a positive opinion of the committee, is approved by the House of Representatives which also controls the implementation of the budget. A similar procedure is also applied in the case of the Spanish Court of Auditors. After receiving a positive opinion of the public finance committee of the Congress of Deputies, the draft budget of the Supreme Audit Institutions is included by the parliament in a separate part of the state budget. Similarly, the Portuguese Court of Audits develops its draft budget independently. After obtaining a positive opinion of the relevant parliamentary committee, the budget is included by the Parliament in the general draft of the state budget. It should be noted that, although the costs of the Court's functioning are mainly covered by the state budget, the costs of audits are imposed on auditees as well. This kind of revenue may be used to finance the Court's current and personal expenses⁶. The financing of the supreme audit institution is therefore provided both from the state budget and by the Court itself using its own funds. For that reason, the adoption of such legal measures ensures greater financial independence for the Court.

The Czech Republic is within the group of countries where the supreme audit bodies, organized in the form of supreme audit courts, fully implement the principle of financial independence. The draft budget of the Supreme Audit Office, after the approval by the Office Board (Collegium), is submitted by the president directly to the Chamber of Deputies. The draft budget of the supreme audit institution is simultaneously submitted to the Minister of Finance who incorporates it into the draft state budget. Similarly, the National Audit Office of the Republic of Lithuania is financed from the state budget in which a separate part is allocated to cover the costs of functioning of the supreme audit institution. Based on the draft budget of the National Audit Office, the Seimas (the legislative of the Lithuanian government)

i Kierownictwa. Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”, 2018), 663-665.

- 6 Magdalena Sieklucka, „Status najwyższych organów kontroli krajów Unii Europejskiej w świetle postanowień Deklaracji z Limy w sprawie zasad kontroli finansów publicznych” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2008): 30-31.

establishes the final amount of funds constituting the budget of the National Audit Office. The Law on State Control also allows for the creation of a special fund for the State Controller in the amount of three times the average monthly salary in the business sector. The fund can be used only to cover representation expenses. However, the detailed procedure for spending these funds is determined by the Council of Ministers. The principle of financial independence of the supreme audit institutions is also fully implemented in Luxembourg in which the state budget takes into account the budget plan of the European Court of Auditors, thus ensuring its independence from the executive⁷.

In accordance with the legal measures adopted in Latvia, the draft budget prepared by the State Audit Office, is included by the parliament in the general draft state budget and cannot be changed without the Parliament's consent before submitting the draft budget bill to the government. Similar solutions were also adopted in Germany where the draft budget prepared by the Federal Audit Office is adopted directly by the Parliament after obtaining a favorable opinion of the Bundestag's budget committee.

In light of the provisions of the Act on the Supreme Audit Office and the Act of 27 August 2009 on Public Finances⁸, the financial independence is guaranteed for the Polish Supreme Audit Office (NIK) as well. The draft budget adopted by the Council of NIK is submitted to the Sejm (the legislative of the Polish government) and then considered by the State Audit Committee and the Public Finance Committee. After any amendments introduced by these committees, the draft budget is included by the Minister of Finance in the overall draft of the state budget (Article 139(2) of the Public Finance Act). The adoption of the Budget Act by the Sejm of the Republic of Poland constitutes the approval of the budget of the Supreme Audit Office. In the field of budget implementation of the Supreme Audit Office, the President of the Supreme Audit Office has the powers of the Minister responsible for the budget. The Sejm receives a report on the implementation of the budget of the Supreme Audit Office (Article 26 of the Act on the Supreme Audit Office). Then it is reviewed by the State Audit Committee and the Public Finance Committee.

In accordance with the adopted legal measures, financial independence is guaranteed for the Slovenian Court of Auditors which submits to the National Assembly a financial plan covering all the costs of its activities, and which receives funds from a separate part of the state budget. Similarly, the budget of the State Audit Office of Hungary is approved by the Hungarian

7 *State Audit in the European Union* (London: National Audit Office, 2005), 177.

8 The Act of 27 August 2009 on Public Finances (The Journal of Laws of 2017, Item. 2077 as amended).

Parliament. Therefore, the State Audit Office prepares its own budget and draws up a report on its implementation, which is submitted to the National Assembly as a part of the budget and final accounts.

Denmark, Finland, Malta and Sweden are among the countries whose highest state control bodies operating on the basis of the so-called Westminster model, have a possibility (guaranteed in the constitutional provisions) of applying directly to the Parliament for funds necessary to carry out tasks. In Malta, the Auditor General prepares the draft budget of the National Audit Office, which is analyzed by the Public Accounts Committee of the National Audit Office before being examined and approved by the House of Representatives. The National Audit Office of Finland submits the proposal of its budget to the Finance Committee which decides on the structure of the budget within the state budget. Similarly, the budget of the National Audit Office of Denmark is approved by the Parliament after being passed by the Public Accounts Commission of the Danish Parliament. In Sweden, the draft budget of the Swedish National Audit Office is adopted by its Council and then submitted to the Parliament.

Therefore, in the case of the legal measures analyzed above, the executive bodies have no influence on the structure of the budget and the way it is spent. The draft budget of the Supreme Audit Institutions adopted by its management is directly included in the draft state budget. Therefore, it is only during parliamentary work that changes can be made to the budget plan, for instance the reduction of expenditure planned. However, the limitation of the planned expenditure most often occurs where there is an above-average increase in expenditure.

In a number of countries, there is also a possibility of auditing the accounts of the Supreme Audit Institutions. For example, the accounts of the Czech Supreme Audit Office are subject to control by the Chamber of Deputies or another body established by the Office for this purpose. The possibility for the Parliament to control the financial accounts of the supreme audit institution is also provided for in the statutory regulations adopted in Denmark, Luxembourg and Germany. In the case of the National Audit Office of the Republic of Lithuania, the auditing company selected on the basis of a special resolution of the Sejm (the unicameral parliament of Lithuania), is responsible for controlling the Office's accounts. Similar legal measures have also been adopted in Latvia where control checks are performed by a certified auditor selected by the Saeima (the unicameral parliament of Latvia). On the other hand, in Malta, the Office's accounts are audited by an auditor elected by the Accounts Commission of the National Audit Office⁹. Each year,

9 Maciej Serowaniec, „Guarantees of independence of the Supreme Audit Institutions of the EU Member States: a comparative legal analysis” *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, No. 3 (2019): 16-18.

detailed information on the implementation of the budget of the Polish Supreme Audit Office along with the auditor's opinion are published in the activity report of the Office. The President of the Polish Supreme Audit Office publishes the information after submitting the document to the Sejm of the Republic of Poland which controls the implementation of the Office's budget. In addition, at least once in every 3 years, the Marshal of the Sejm orders an entity selected in accordance with public procurement regulations to conduct an external audit regarding the implementation of the budget and the financial management of the Supreme Audit Office (Articles 7a-7d of the Act on the Supreme Audit Office)¹⁰. The accounts of the Supreme Court of Slovenia are checked by an auditing company selected by the National Assembly and then presented to the Parliament. The accounts of the State Audit Office of Hungary are subject to control of an independent auditor elected by the Chairman of the Parliament.

Greece, France and Italy are the countries which have the highest control bodies of the state organized in the form of supreme courts with the government participating in the construction of the budget of the court of auditors. In the case of Greece, the Court of Auditors prepares its draft budget in accordance with the directives of the Minister of Finance who through the Minister of Justice submits the final version of the Court's draft budget for approval to the Parliament. The budget of the French Court of Auditors is prepared jointly with the Ministry of Finance, and it constitutes a part of the budget of the Ministry. In Italy, however, the draft budget of the Court of Audit is directly determined by arrangements between the Court and the Minister of Finance. Nevertheless, the volume of the funds allocated is ultimately decided by the Parliament. As a side note, it is worth mentioning that the Italian Court of Audit has only had a separate budget at their disposal since 1995.

In Austria, Bulgaria, Estonia and the Netherlands, the executive power affects the acquisition of the funds necessary for the functioning of supreme audit institutions. As for Austria, the President of the Austrian Court of Audit submits the draft budget to the Minister of Finance. In most cases, the government's draft general budget implies limiting the Court's budget with regard to the Court's proposals. In the event of disagreement, the President of the Court presents their arguments at a meeting of the parliamentary Budget Committee, requesting the adoption of the budget in accordance with the preliminary budget draft. In Bulgaria, the President of the National Audit Office submits the draft budget to the Minister of Finance for its inclusion in the state budget account. The Council of Ministers must not amend

10 Maciej Serowaniec, „The Polish Supreme Audit Office in the Light of International Standards of Organization and Operation of State Audit Institutions” *Przegląd konstytucyjny*, No. 1 (2019): 78-79.

the draft budget of the Office. It may only express an opinion before the National Assembly. In accordance with the provisions of Article 11 of the Act on the National Audit Office, the budget of the supreme audit institution is a separate and independent part of the state budget. The Estonian National Audit Office submits its draft budget to the government through the Minister of Finance, but then still the budget is subject to the approval of the Parliament. The Minister of Finance is also responsible for the implementation of the Office's budget. The government's influence on the budget of the Netherlands Court of Audit is significant. The budget is determined due to agreement of the Minister of Internal Affairs and the Minister of Finance. In the event of conflicting opinions, any disputes arising are dealt with by the Court and the Public Accounts Committee, but ultimately it is the members of the House of Representatives who propose amendments to the draft budget.

In Cyprus and Ireland, due to the influence of the Westminster model of state control, the executive power affects the acquisition of funds necessary for the functioning of the highest control bodies. In the Audit Office of the Republic of Cyprus, the draft budget is submitted to the Ministry of Finance as a part of the state budget, and it is approved by the Council of Ministers and the House of Representatives. Similarly, in Ireland, the preliminary draft budget of the Office of the Comptroller and Auditor General is presented to the Minister of Finance, who is responsible for developing the draft state budget¹¹.

In the analyzed group of Supreme Audit Institutions, the way to guarantee financial independence is to oblige the Minister competent for public finances to include the plan of revenue and expenditure forwarded by the audit institutions directly to the state budget. Only in the case of statutory regulations adopted in Bulgaria it is possible to control the accounts of the audit institution by an independent committee elected by the Parliament, consisting of at least two statutory auditors.

The comparative analysis of the legal framework that specifies the way of financing all the activities of the supreme audit institutions indicates that the majority of European Union Member States fully implement international recommendations. However, despite the adoption of legal measures, in the last few years in the Member States of the European Union there have been numerous situations constituting an unacceptable threat to the financial independence of the highest audit authorities. As examples of the most serious threats to financial independence of supreme audit bodies, one should mention, among others, the practice of carrying out unrestricted

11 Jacek Mazur, „Stosowanie międzynarodowych standardów dotyczących statusu prawnego najwyższego organu kontroli w krajach Unii Europejskiej i w Polsce (próba porównania)” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2002): 59-60.

external audits of all the activities of the supreme audit institution, including the right to assess the cost of the audit. Undoubtedly, cases of reducing the budget of the Supreme Audit Institution are also disturbing, with the indication that the audit institutions were deprived of funds for specific tasks previously planned in its budget. There were also cases of imposing new tasks on the audit institution without additional funds being allocated to carry out these tasks. To better present the tendencies described above, it is worth referring to situations that have occurred in the Czech Republic and Bulgaria over the past decade.

Pursuant to the provisions of Article 33(3) of the Czech Act, the annual report on the implementation of the budget of the Supreme Audit Office is subject to a mandatory audit which is carried out by an audit company selected by the Office under the provisions of the Public Procurement Act. In March 2008, the Office's Board approved the report on the implementation of the 2008 budget. However, the Board assessed some aspects of the Office's assets management negatively. The comments in particular concerned the way company flats and cars had been used. Despite the positive opinion of the audit company, the State Audit Committee of the Chamber of Deputies rejected the report submitted for approval and asked for an additional audit pursuant to Article 33(2) of the Act, according to which "the implementation of the budget of the Supreme Audit Office is controlled by the Chamber of Deputies or its body appointed for this purpose". According to the procedure indicated, the Chamber of Deputies authorized the State Audit Committee which, under the resolution, decided to carry out an audit on the management of the assets of the Supreme Audit Office in the period of 2005–2009 by an audit company selected by tender. It was only later that it was noticed that in such a case the audit company could serve only as an expert and not as an independent auditor. Accordingly, the Committee amended the earlier resolution and appointed six deputies to carry out an audit. After their arrival at the seat of the Office on 8 December 2009, the President of the Supreme Audit Office declared that the audit of an independent state body may only take place under a statutory procedure, and therefore it would be carried out after the relevant act was adopted and entered into force. The Chamber of Deputies, at the plenary meeting held on 11 December, did not accept the arguments presented by the President of the Office, and expressed their concerns at the situation in the Supreme Audit Office. As a result, the Chamber called on the President of the Office to „allow for an audit immediately”. The Chamber of Deputies also authorized its Chairman to request the President to be held criminally responsible for suspected acts prejudicial to the Office's good reputation, independence and impartiality¹². The Court of First

12 More on this subject in Jacek Mazur, „Zagrożenia niezależności najwyższych organów kontroli” *Kontrola Państwowa*, No. 1 (2010): 120-121.

Instance ruled that the President of the Office was guilty of misuse of power and exceeding his official powers. In 2012, the appeal court upheld the judgment of the first-instance court and, in the event of violation of the Office's dignity and undermining confidence in the independence and impartiality of the supreme audit office, the President was dismissed.

A slightly different situation took place in Bulgaria. In April 2008, the National Assembly adopted an amendment to the Forestry Act. According to its provisions, the Council of Ministers was obliged, among others, to hand over to the State Forestry Agency one building that previously housed the offices of the National Audit Office. This provision had been introduced during the final stage of work on the Act at the request of one of the deputies and without consulting the Office or other state authorities¹³. The Prosecutor General requested the Constitutional Court to repeal that provision, pleading infringement of, among others, Article 8 establishing the principle of the division of powers, and Article 106 determining the functions of the Council of Ministers. The Constitutional Court stated that the National Assembly could not take over the management functions entrusted to the Council of Ministers, regarding the management of state property in the allocation, revocation and transfer of property. Taking over powers, which were delegated to the executive pursuant to the provisions of the constitution, erodes the balance of powers. It is in turn contrary to the principle of the division of powers adopted in Article 8 of the constitution. The Constitutional Court also emphasized that the National Audit Office was an institution established under the constitution. The status of this type of bodies cannot be threatened and their functioning disturbed by any decisions on the occupation of the buildings they use and without which they are unable to perform their tasks. In the Court's opinion, unilateral issuing of administrative law on the state property management leads to violation of the constitutional status of other state bodies and to undermining their authority. The immediate consequence of such a process may be difficulties in or even a practical inability of state institutions to function. By a reference to the aforementioned arguments, the Constitutional Court, by its decision of 8 July 2008, repealed the contested provision of the Act¹⁴.

These legal measures also strive to provide the supreme audit bodies with all human, material and financial resources necessary to fulfill all their tasks. In most of the cases discussed in this paper, the budget of such bodies is decided directly by the parliament, and in the event of interference by the executive, the supreme audit institutions have the right to request the parliament for additional funds if they consider their budget insufficient to fulfill their tasks. In the light of applicable legal measures, the draft budget of the

13 Mazur, „Zagrożenie”, 115-116.

14 Ibidem, 115-116.

Supreme Audit Institution adopted by the management board of this audit institution is directly included in the draft state budget. Therefore, it is only during parliamentary work that changes such as the reduction of planned appropriations can be made to the budget plan. What is more, these institutions also have the sole responsibility for managing the budget and spending the funds that were allocated to them.

Unfortunately, even excessive constitutional and statutory provisions do not ensure full protection of the independence of the Supreme Audit Institutions. There are cases known of interpretation of the provisions of existing regulations other than that those intended by their authors.

Bibliography

- Kosikowski Cezary, „Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i standardów Unii Europejskiej” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2002): 7-23.
- Loozekoot André, Geske Dijkstra, „Public Accountability and the Public Expenditure and Financial Accountability tool: an assessment” *International Review of Administrative Sciences*, No. 4 (2017): 806-825. <https://doi.org/10.1177/0020852315597773>.
- Mazur Jacek, „Międzynarodowe zasady kontroli finansów publicznych a tworzenie najwyższego organu kontroli” *Kontrola Państwowa*, No. 1 (1998): 98-109.
- Mazur Jacek, „Stosowanie międzynarodowych standardów dotyczących statusu prawnego najwyższego organu kontroli w krajach Unii Europejskiej i w Polsce (próba porównania)” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2002): 45-62.
- Mazur Jacek, „Zagrożenia niezależności najwyższych organów kontroli” *Kontrola Państwowa*, No. 1 (2010): 115-125.
- Ramkumar Venkatachalam, „Open Budget Survey Findings on SAIs and Independence” *INTOSAI Journal*, No. 7 (2009): 9-12. <https://www.intosaijournal.org>.
- Serowaniec Maciej, „Guarantees of independence of the Supreme Audit Institutions of the EU Member States: a comparative legal analysis” *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, No. 3 (2019): 9-20. <http://dx.doi.org/10.12775/PBPS.2019.017>.
- Serowaniec Maciej, „Instytucjonalne gwarancje niezależności najwyższych organów kontroli państwowej”, [in:] *Potentia non est nisi da bonum: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Witkowskiemu*, red. Maciej Serowaniec, Agnieszka Bień-Kacała, Aleksandra Kustrak-Rogatka. 663-678. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”, 2018.

Serowaniec Maciej, „The Polish Supreme Audit Office in the Light of International Standards of Organization and Operation of State Audit Institutions” *Przegląd konstytucyjny*, No. 1(2019): 68-82.

Sieklucka Magdalena, „Status najwyższych organów kontroli krajów Unii Europejskiej w świetle postanowień Deklaracji z Limy w sprawie zasad kontroli finansów publicznych” *Kontrola Państwowa*, No. 2 (2008): 25-42.

State Audit in the European Union. London: National Audit Office, 2005.

Zmiana paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Paradigm Shift in International Law with Particular Focus on International Investment Law

The concepts of a paradigm and a paradigm shift bring significant added value in the science of international law in. They do not have to be understood only as the basic theoretical assumptions forming a coherent research doctrine, but also (as they are most often used in practice) as basic assumptions, typical solutions or standard mechanisms typical for a given part of international law or for international law as whole. Adopting the perspective of paradigm shift shows the dynamics of normative transformations and identify their nature (apparent i.a. in the context of Briand-Kellog Pact).

The author argues that international investment law undergoes fundamental paradigmatic transformations both in terms of theory (departure from the neoliberal pattern for sustainable development) and in the material (standards of treatment, dispute resolution procedures) as well as institutional (new treaty bodies with competence for interpreting the treaty, the Investment Court System or the Multilateral Investment Tribunal project). At the same time, this comprehensive reorientation, and especially the time of its occurrence, is not easy to grasp due to the specificity of the international investment law which consists of over 2500 treaties.

Łukasz Kułaga

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie*

ORCID – 0000-0003-0784-8293

Słowa kluczowe:
paradygmat, zmiana paradygmatu,
międzynarodowe prawo inwestycyjne,
międzynarodowe porozumienia
inwestycyjne, rozwiązywanie sporów
inwestor- państwo

Key words:
paradigm, paradigm shift, international
investment law, international investment
agreements, investor-state dispute
settlement

<https://doi.org/10.36128/priw.vi34.170>

1. Wstęp

Problematyka stabilności i zmiany w prawie należy do centralnych problemów filozofii prawa¹. Prawo międzynarodowe oskarżane jest niekiedy o statyczność i niepodatność na szybkie zmiany². Równocześnie jednak bywa postrzegane jako proces dynamiczny, tj. produkt roszczeń i kontroszczeń, twierdzeń i reakcji formułowanych przez różnych aktorów na poziomie

1 Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 256.

2 Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 257-258.

międzynarodowym³. Z jednej strony zatem z perspektywy możliwości uchwalenia lub modyfikacji niektórych wielostronnych traktatów zasadny wydaje się zarzut powolności, z jaką prawo międzynarodowe się zmienia. Przykłady można mnożyć: Konwencja o prawie morza wchodząc w życie (po 12 latach od zawarcia) w 1994 r. do pewnego stopnia nie odpowiadała już na problemy ochrony środowiska morskiego, które miała regulować⁴. Państwa nie są w stanie uzgodnić nowych umów międzynarodowych dotyczących bieżących problemów wykorzystywania przestrzeni kosmicznej, a ostatni traktat w tym zakresie, przyjęty na forum ONZ ponad 40 lat temu, spotkał się ze znikomą akceptacją⁵. Trwająca od 2001 r. w ramach Światowej Organizacji Handlu runda z Doha, która miała kompleksowo zmienić ramy prawne światowego ładu gospodarczego przyniosła jedynie sektorowe i ograniczone rozwiązania⁶. Z drugiej strony, normy prawa międzynarodowego – zwłaszcza te wywodzące się ze zwyczaju, zasad ogólnych prawa czy o charakterze *soft law* – podlegają procesowi nieustanej praktyki, interpretacji i reinterpretacji. Do pewnego stopnia dotyka to zjawisko również norm traktatowych w kontekście tzw. późniejszych porozumień oraz późniejszej praktyki⁷ czy różnych innych technik interpretacyjnych stosowanych przez sądy międzynarodowe⁸.

-
- 3 Myres S. McDougal, „The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea” *American Journal of International Law*, nr 3 (1955): 357; zob. również Michael Reisman, „International Lawmaking: A Process of Communication The Harold D. Lasswell Memorial Lecture” *American Society of International Law Proceedings*, 75 (1981): 101-120.
 - 4 Joanna Mossop, „Can we make the oceans greener? The successes and failures of UNCLOS as an environmental treaty” *Victoria University of Wellington Law Review*, 49 (2018): 583.
 - 5 Zob. np. Łukasz Kułaga, „Kodyfikacja i postępowy rozwój międzynarodowego prawa kosmicznego poprzez soft law” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2017): 163-175.
 - 6 Antoine Martin, Bryan Mercurio, „Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO” *Journal of International Trade Law and Policy*, nr 1 (2017): 49-66.
 - 7 Zob. np. konkluzje Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące późniejszych porozumień i późniejszej praktyki w relacji do interpretacji traktatów, raport Komisji Prawa Międzynarodowego z 2018 r.
 - 8 Malgosia Fitzmaurice, „Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I” *The Hague Yearbook of International Law*, 21 (2008): 101-153; Ulf Linderfalk, “Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties” *International Community Law Review*, nr 2 (2008): 109 i n.

Fundamentalnym przeobrażeniem podlegają nie tylko konkretne normy czy mechanizmy traktatowe, ale również całe działy prawa międzynarodowego⁹, jak np. międzynarodowe prawo inwestycyjne (MPI), na którym koncentruje się niniejszy artykuł. W kontekście przeobrażeń MPI w ostatnich latach używa się rozmaitej terminologii: rekalkibracja¹⁰, strukturalna zmiana¹¹, zasadnicza zmiana kursu¹², reorientacja¹³ czy

-
- 9 Wyróżnienie działów prawa międzynarodowego, które regulują poszczególne dziedziny prawa międzynarodowego jest wyrazem procesów dywersyfikacji oraz specjalizacji zachodzących w prawie międzynarodowym, zob. Ewelina Cała-Wacinkiewicz, *Fragmentacja prawa międzynarodowego* (Warszawa: Beck, 2018), 63-78. W niniejszym opracowaniu stosuję się pojęcie działu za definicją sformułowaną przez Autorkę w w/w publikacji: „Pod pojęciem działu prawa międzynarodowego rozumieć należy taki zespół norm prawnych (podsystem), który będąc wyodrębnionym ze względu na przedmiot regulacji, normuje kompleksowo określoną dziedzinę życia społecznego” (ibidem, 286).
- 10 Stephan W. Schill oraz Heather L. Bray rozumieją to pojęcie jako „normy, które są inne niż te w typowych BITach oraz mają na celu osiągnięcie bardziej odpowiedniej równowagi pomiędzy ochroną inwestora a nie dotyczących inwestycji interesem publicznym. Ten trend odzwierciedla się m.in. w bardziej rozbudowanych porozumieniach, charakteryzujących się większą szczegółowością, określeniem wyjątków i wyłączeń, poprawionymi materialnymi standardami ochrony inwestycji oraz wprowadzeniem instytucjonalnych zabezpieczeń w celu uzyskania wpływu na interpretację tych porozumień”, Stephan W. Schill, Heather L. Bray, „The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, [w:] *Mega-Regional Trade Agreements*, red. Thilo Rensmann (Cham: Springer, 2017), 145-146.
- 11 Schill, Bray, „The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, 151.
- 12 „Obserwujemy zasadniczą zmianę kursu w odniesieniu do stanowisk rządów oraz trybunałów orzekających w sporach inwestor-państwo w zakresie konkretnych zagadnień, a być może i reżimu jako całości. Reżim jest w ruchu. Jego dynamizm przewyższył oczekiwania zarówno jego zwolenników jak i przeciwników” (Jose. E. Alvarez, „Why Are We”re-Calibrating” Our Investment Treaties” *World Arbitration & Mediation Review*, nr 2 (2010): 160.
- 13 Barnali Choudhury, „2015: The Year of Reorienting International Investment Law” *ASIL Insights*, nr 3 (2015).

transformacja¹⁴. W rezultacie MPI jest uznawane współcześnie za najbardziej dynamiczny dział prawa międzynarodowego¹⁵. Dział ten opiera się przede wszystkim na międzynarodowych traktatach inwestycyjnych (MTI) zarówno wielostronnych, jak i dwustronnych (te ostatnie dominują)¹⁶, których istotnym uzupełnieniem jest orzecznictwo trybunałów arbitrażowych rozstrzygających spory w relacji inwestor zagraniczny przeciwko państwu.

Celem tego artykułu jest przedstawienie zjawiska zmiany paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie MPI. Jednocześnie zastrzec należy, że intencją autora nie jest szczegółowego powtarzanie częściowych badań przedstawionych w innych artykułach dotyczących tej problematyki¹⁷, a raczej ich kompleksowe zebranie oraz skonfrontowanie z aspektami

- 14 UNCTAD, Transformation of the international investment agreement regime - Note by the secretariat, TD/B/C.II/EM.4/2, 2014; „transformacja może być postrzegana jako kluczowa zmiana jednego lub więcej elementów charakterystycznych dla danego systemu”, Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener, „Transformation and Transition Research: An Introduction”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, red. Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener (Oxford: Oxford University Press, 2019), 6.
- 15 Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel, Jan Wouters, „When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking” *The European Journal of International Law*, nr 3 (2014): 736.
- 16 Pojęcie „międzynarodowe traktaty inwestycyjne” w niniejszym artykule obejmuje dwustronne traktaty o ochronie i popieraniu inwestycji (tzw. BITy ang. *bilateral investment treaties*), jak również inne traktaty – najczęściej ustanawiające strefy wolnego handlu (tzw. FTA) – zawierające rozdziały dotyczące standardów ochrony inwestycji zagranicznych oraz mechanizmy rozwiązywania sporów w tym zakresie.
- 17 Łukasz Kułaga, „W kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych porozumień inwestycyjnych” *Forum Prawnicze*, nr 5 (2016): 31-48; idem, „Unia Europejska a zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 4 (2017): 4-8; idem, „Udział Polski w transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Aspekty prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne” *Przegląd Sejmowy*, nr 3 (2018): 103-122; idem, „Koncepcja wielostronnego trybunału inwestycyjnego – wyzwania i perspektywy” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2018): 23-27; idem, „A brave, new, international investment court in context. Towards a paradigm shift of the ISDS” *Polish Yearbook of International Law*, XXXVIII (2018): 115-140; idem, „Deklaracje interpretacyjne jako instrument transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Ku ograniczeniu aktywizmu sędziowskiego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2019):

teoretycznymi oraz z porównywalnymi przykładami zachodzącymi w powszechnym prawie międzynarodowym. W tym celu w pierwszej kolejności przedstawione zostaną rozważania dotyczące rozumienia paradygmatu, zmiany paradygmatu w naukach prawnych i możliwości zastosowania tych terminów w odniesieniu do prawa międzynarodowego. Następnie pokazany zostanie przykład zmiany paradygmatu w powszechnym prawie międzynarodowym w kontekście zasad dotyczących użycia siły. Główną część artykułu będzie stanowiła natomiast analiza współczesnych procesów dostrzegalnych w MPI w celu udowodnienia tezy o zachodzącym w tym dziale prawa zmianie paradygmatu.

Analiza zmiany paradygmatu MPI uświadamia szereg problemów teoretycznych dotyczących fundamentalnych zagadnień prawa międzynarodowego, jak ochrona praw nabytych i charakter praw przyznanych jednostkom w MTI z perspektywy dominującej w tym obszarze zasady wzajemności oraz możliwy zakres późniejszej interpretacji traktatu przez jego strony, w szczególności gdy ta interpretacja wpływa istotnie na prawa jednostek. Kwestie te wymagają dalszej pogłębionych prac badawczych, których analiza wykracza poza zakres niniejszego artykułu.

2. Pojęcie paradygmatu i zmiany paradygmatu a prawo międzynarodowe

Określenie znaczenia „zmiany paradygmatu” wydaje się o tyle istotne, że wielu przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego używa tego pojęcia bez jakiegokolwiek wyjaśnienia¹⁸.

53-69; idem, „Prawo państwa do regulacji a międzynarodowe prawo inwestycyjne. W kierunku zmiany paradygmatu” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, XVII (2019): 11-32; idem, „ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA” *Transnational Dispute Management*, nr 3 (2020): 1-17; idem, „Implementing Achmea. The quest for fundamental change in international investment law” *Polish Yearbook of International Law*, XXXIX (2019), 227-250.

- 18 Zob. np Christopher Schreuer, „The Warning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law” *European Journal of International Law*, nr 4 (1993): 447-471; Pasha L. Hsieh, „Reassessing the Trade-Development Nexus: The Paradigm Shift in Asia-Pacific Regionalism” *Northwestern Journal of International Law & Business*, 37 (2017): 321-370; *Paradigm shift in international economic law rule-making: TPP as a new model for trade agreements*, red. Julien Chaisse, Henry Gao, Chang-fa Lo (Cham: Springer 2017).

Pojęcie „paradygmatu” oraz „zmiany paradygmatu” rozpowszechnił amerykański fizyk i filozof Thomas S. Kuhn w pracy *Struktura rewolucji naukowych* z 1962 r.¹⁹. Według Kuhna na pojęcie paradygmatu składają się:

„(...) pewne akceptowane wzory faktycznej praktyki naukowej – wzory obejmujące równocześnie prawa, teorie, zastosowania i wyposażenie techniczne – tworzą model, z którego wyłania się jakaś szczególna, zwarta tradycja badań naukowych”²⁰.

Równocześnie autor ten, opierając się przede wszystkim na praktyce nauk przyrodniczych, stał na stanowisku, że w nauce może istnieć wyłącznie jeden paradygmat. Dostrzeżenie anomalii – sytuacji, których nie da się wyjaśnić przez ustalone wzory może prowadzić do kryzysu, a ten do zmiany paradygmatu. Proces ten należy rozumieć, według Kuhna, jako „istotne przemiany kryteriów wyznaczających uprawnione problemy i rozwiązania”²¹. Zauważa on również, że:

„Przyjęcie nowego paradygmatu wymaga często przededefiniowania odpowiedniej nauki. Niektóre stare problemy mogą zostać przesunięte do innej nauki bądź w ogóle uznane za »nienaukowe«. Inne, których poprzednio nie dostrzegano lub które uznawano za trywialne, stać się mogą dzięki nowemu paradygmatowi wzorcem istotnych osiągnięć naukowych”²².

19 „Nazywam w ten sposób mianowicie powszechnie uznawane osiągnięcia naukowe, które w pewnym czasie dostarczają społeczności uczonych modelowych problemów i rozwiązań” – Thomas S. Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, przeł. H. Ostromięcka (Warszawa: Fundacja Aletheia, 2001), 10; na temat wcześniejszego stosowania pojęcia „paradygmat” zob. Kazimierz Jodkowski „Paradygmat”, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Zdzisław Cackowski, Jerzy Kmita, Klemens; Szaniawski (Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo PAN 1987), 456.

20 Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, 34.

21 Ibidem, 194.

22 Ibidem, 85; Pojęcie zmiany paradygmatu jest wykorzystywane w polskiej literaturze prawniczej. Np. Jacek Jagielski i Piotr Gołaszewski zmianę paradygmatu określają jako „przeobrażenia systemowe, Jacek Jagielski, Piotr Gołaszewski, „Kryzys prawa administracyjnego a zmiana jego paradygmatu”, [w:] *Kryzys prawa administracyjnego?*, red. Dariusz Ryszard Kijowski, Patrycja Joanna Suwaj, t. I (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012), 42.

Konieczność modyfikacji Kuhnowskiej teorii paradygmatu w odniesieniu do nauk społecznych podkreślał Karl Popper²³, a w Polsce Józef Niznik. Według tego ostatniego: „zagadnienie paradygmatu w naukach społecznych zyskuje cechy szczególne w porównaniu z tym zagadnieniem w naukach przyrodniczych (...) w miejsce powszechnej zgody uczonych na jeden paradygmat mamy do czynienia z uprawnioną zgodą uczonych (...) na odmienne paradygmaty. W miejsce jednego procesu upadku paradygmatu i ugruntowania się nowego paradygmatu można brać pod uwagę szereg takich procesów dokonujących się równolegle”²⁴.

W polskiej literaturze prawniczej do pojęcia paradygmatu odwoływali się m.in. Jerzy Wróblewski²⁵ oraz Ryszard Sarkowicz²⁶ uznający możliwość jego zastosowania do nauk prawnych. W szczególności według tego ostatniego „pojęcie paradygmatu może okazać się efektywniejsze i przydatniejsze w naukach prawnych, gdy chce się mówić o pewnym stosunkowo zwartym, spójnym, homogenicznym agregacie twierdzeń, myśli i przekonań o pewnym przedmiocie badań”²⁷.

-
- 23 Karl Popper, „Normal science and its dangers”, [w:] *Criticisms and the growth of knowledge*, red. Imre Lakatos, Alan Musgrave (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 51-58.
- 24 Józef Niznik, „Idea paradygmatu w naukach społecznych” *Człowiek i Światopogląd*, 1 (1979): 146. Podobnie w odniesieniu do nauk prawnych Michał Walczak, „Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych” *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne*, nr 10 (2015): 78.
- 25 Według tego autora na paradygmat składają się twierdzenia ontologiczne, epistemologiczne, aksjologiczne oraz metodologiczne, zob. Jerzy Wróblewski, „Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo”, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1990), 33.
- 26 Autor ten krytycznie odnosi się do powszechnej praktyki stosowania pojęcia paradygmatu – Ryszard Sarkowicz, „Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej”, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. Sławomira Wronkowska (Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005), 17.
- 27 Sarkowicz, „Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej”, 19; Podobnie pojęcie to zdaje się stosować Agata Cebera, „Analiza rozwoju teorii dotyczących rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego przy zastosowaniu paradygmatu Thomasa S. Kuhna” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego Seria Prawnicza*, z. 87 (2015): 33.

W odniesieniu do prawa międzynarodowego pojęcie paradygmatu jest stosowane przynajmniej w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, jako „fundamentalne konceptualne uwarunkowania na podstawie których rozwijane są teorie”²⁸. Po drugie, jako pewnego wzorca, modelu charakterystycznego dla danego działu prawa. Ten sposób wykorzystania pojęcia paradygmatu dominuje w literaturze prawnomiędzynarodowej zarówno zagranicznej²⁹, jak i polskiej³⁰. Przykładowo Anatheia Roberts stosuje pojęcie „zderzenia

- 28 Takie rozumienie za Kuhnem proponują Armin von Bogdandy oraz Sergio Dellavalle, zob. Armin von Bogdandy, Sergio Dellavalle, „Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law”, [w:] *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, red. Mortimer N. S. Sellers (Cambridge, Cambridge University Press 2011), 40-41. W innej publikacji autorzy ci proponują rozumienie paradygmatu, jako „zestawu fundamentalnych koncepcji na podstawie których przyjmowana jest szczególna interpretacja świata, jak również szczególne rozumienie, jaka jest najlepsza droga postępowania” – Armin von Bogdandy, Sergio Dellavalle, „Universalism Renewed: Habermas’ Theory of International Order in Light of Competing Paradigms” *German Law Journal*, nr 1 (2009): 6. W tym samym duchu do tego pojęcia zdaje się odwoływać Roman Kwiecień pisząc o „woluntarystycznym paradygmacie wyjaśniania natury prawa” – Roman Kwiecień, *Suverenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym* (Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2004), 163 oraz Jan Klabbers wskazując, że „funkcjonalizm to wiodąca, dominująca paradygmatyczna teoria dotycząca prawa organizacji międzynarodowych” – Jan Klabbers, „The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law” *European Journal of International Law*, nr 1 (2015): 9. Zob. również Martti Koskenniemi, *From Apology To Utopia. The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue* (Cambridge: Cambridge University Press 2005), 107.
- 29 „Podejście w odniesieniu do spraw środowiskowych zmieniało od paradygmatu dwustronnego podnoszenia odpowiedzialności do ustanowienia i wzmocnienia międzynarodowej współpracy” Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2009), 862; „według paradygmatu przyjętego przez organizacje międzynarodowe (w tym sądy międzynarodowe), rządy prawa wymagają równego stosowania prawa wobec wszystkich przez bezstronnych sędziów” – Jose Alvarez, *The impact of international organizations on international law* (Leiden-Boston: Brill/Nijhoff, 2017), 401.
- 30 „W ujęciu klasycznym jedynymi trwałymi podmiotami są państwa. Jednak nie jest pewne, czy procesy integracyjne i globalizacyjne nie zmieniają również tego paradygmatu” – Cezary Mik, *Fenomenologia regionalnej*

paradygmatów” w MPI, jako oznaczenie dostrzegalnej w orzecznictwie arbitrażowym konkurencji pomiędzy wzorcami z arbitrażu handlowego a wzorcami sądownictwa prawnomiędzynarodowego³¹. Podobnie o procesie zmian w prawie międzynarodowym – rozumianych na poziomie modelu normatywnego – pisze Martti Koskenniemi. Odnosi się on do nowych interpretacji, nowych wyjątków, odwrócenia domniemań czy ustanawiania nowych reżimów szczególnych. Równocześnie w jego ocenie zmiany o charakterze paradygmatycznym w prawie międzynarodowym są rzadkością, częściej natomiast dochodzi do przekształceń częściowych³². Takie podejście uwzględnia specyfikę prawa międzynarodowego, tj. zasadniczo zdecentralizowany mechanizm

integracji państw. Studium prawa międzynarodowego, t. II, Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego (Warszawa: C.H. Beck 2019), 117; „Konwencja europejska była tworzona w czasach zasadniczej zmiany paradygmatu relacji państwo-jednostka. Z tego powodu wytyczenie zakresu podmiotowego praw i wolności w art. 1 EKPC można rzeczywiście uznać za przełomowe” – Michał. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe* (Toruń: Wydawnictwo TNOiK 2013), 123; „pierwsza dekada XXI wieku wyraźnie zaznaczyła się zmianami paradygmatów integracyjnych, co wyraża się m.in. procesem przechodzenia od government do governance” – Robert Grzeszczak, „Dobre rządy i kryzys Unii Europejskiej”, [w:] *Prawo organizacji międzynarodowych wobec wyzwań współczesnego świata*, red. Barbara Mikołajczyk, Joanna Nowakowska-Małusecka (Katowice: Uniwersytet Śląski 2014), 145. Wyjątkowo odmiennie Michał Pyka, który próbuje łączyć oba przedstawione sposoby rozumienia pojęcia „paradygmat”, co skutkuje dosyć trudną do akceptacji tezą tego, że pojedynczy wyrok arbitrażowy (np. w sprawie Salini) można rozumieć jako kuhnowską rewolucję naukową – Michał Pyka, „Inwestycja z art. 25 ust. 1 Konwencji waszyngtońskiej w świetle koncepcji paradygmatu naukowego” *Kwartalnik ADR – Arbitraż i Mediacja*, nr 1 (2013): 63-75; „paradygmat, posiadający wiele znaczeń, w omawianym aspekcie rozumieć należy jako zbiór pewnych zasad, wzorzec, model spajający i porządkujący określone reguły postępowania” – Marcin Marcinko, *Normatywny paradygmat prowadzenia działań zbrojnych w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym* (Wrocław: Presscom 2019), 29.

31 Anthea Roberts, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System” *American Journal of International Law*, nr 1 (2013): 47.

32 Martti Koskenniemi, „Hierarchy in International Law: A Sketch” *European Journal of International Law*, nr (1997): 572.

powstawania norm, który skutkuje zróżnicowanym stopniem akceptacji nowych reguł i zasad przez państwa i powstaniem różnych poziomów związania się prawem międzynarodowym, w tym w ramach procesów regionalnych³³.

W tak zarysowanym kontekście pojęcie „zmiana paradygmatu” oznaczałoby przyjęcie w określonym dziale prawa międzynarodowego fundamentalnie nowego modelu normatywnego, istotnie odmiennego od dotychczasowych rozwiązań na skutek zaistnienia nowych uwarunkowań społecznych, politycznych czy ekonomicznych wobec zasadniczego kryzysu dotychczasowych rozwiązań³⁴. Tym samym w niniejszym opracowaniu przez pojęcie paradygmatu nie rozumiem określonego stanu nauki prawa międzynarodowego.

Tak jak trudno jest ustalić konkretny moment, w którym określony wzorzec postępowania staje się normą międzynarodowego prawa zwyczajowego, tak niekiedy trudno wskazać konkretny moment zmiany paradygmatu. Zazwyczaj w obu przypadkach mamy do czynienia z pewnym procesem, aczkolwiek można niekiedy odnotować kluczowe wydarzenia początkowe tego procesu. Przykładowo w odniesieniu do ochrony praw człowieka bez wątpienia istotnym punktem odniesienia było uchwalenie Powszechnej deklaracji praw człowieka³⁵, która odrzuciła dotychczasowe zasady ochrony jednostek, oparte o kryterium obywatelstwa, uznając wszystkie jednostki za członków społeczeństwa powszechnego³⁶. Ponadto, przyjęte w następstwie deklaracji traktaty dotyczące praw człowieka przełamały monopol państw w zakresie dochodzenia roszczeń przed organami międzynarodowymi³⁷.

33 Zob. np. Bruno Simma, Andreas. L. Paulus, „The International Community: Facing the Challenge of Globalization” *European Journal of International Law*, 9, (1998): 271-272.

34 Por. „kiedy przyczyny transformacji w systemie politycznym nie są zewnętrzne (porażka militarna, wycofanie dwustronnego lub międzynarodowego poparcia), ale wewnętrzne, teorie systemowej transformacji zakładają, że wynikają one z kryzysu legitymizacji reżimu” – Bernhard Weßels, „Value Change”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, 679.

35 Tekst deklaracji dost. na stronie: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>.

36 Rene Cassin, „L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, [w:] *La technique et les principes du Droit public-Etudes en l’honneur de G. Scelle*, t. I (Paryż: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950), 81-82.

37 Cançado Trindade, „The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations” *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, nr 3 (2012): 19; Warto przy tym

Doktryna wymienia również inne zagadnienia, w których zmiana paradygmatu mogła nastąpić, np. w odniesieniu do roli zgody państwa na poddanie jurysdykcji sądów międzynarodowych³⁸ czy kwestii użycia siły w kontekście zawarcia Paktu Brianda-Kelloga. Tej ostatniej kwestii, jako stosunkowo dobitnemu przykładowi zmiany paradygmatu w prawie międzynarodowym warto poświęcić nieco więcej uwagi.

3. Zmiana paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie Paktu Brianda-Kelloga

Wojna była przez wieki postrzegana nie tylko, jak twierdził Carl von Clausewitz, jako przedłużenie polityki realizowanej innymi środkami, ale przede wszystkim jako legalny i dopuszczalny instrument rozwiązywania sporów oraz dochodzenia roszczeń³⁹. Jak wskazują Oona A. Hathaway oraz Scott J. Shapiro historycznie wypowiedzeniu wojny towarzyszyły zazwyczaj oświadczenia państwa rozpoczynającego zbrojny atak uzasadniający powody prawne dla tych, których odwoływano się do wojny⁴⁰. Na podstawie 400 przeanalizowanych przez tych autorów tego rodzaju manifestów (od XV do początku XX wieku) następujące przyczyny (niekiedy manifesty zawierały kilka przyczyn równocześnie) były najczęściej przywoływane: „samoobrona (69%), egzekwowanie zobowiązań traktatowych (47%), uzyskanie odszkodowania za uprzednie naruszenia (42 %), naruszenie prawa wojny oraz prawa międzynarodowego (35%), zatrzymanie tych, którzy naruszają równowagę sił (33%)”⁴¹.

pamiętać, że sformułowana jeszcze w trakcie prac nad powszechną deklaracją praw człowieka propozycja australijska dotycząca powołania międzynarodowego sądu praw człowieka, do którego jednostka mogłaby wnosić skargi, została poddana znaczącej krytyce Hilary Charlesworth, „Universal Declaration of Human Rights (1948)”, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, wydanie internetowe, § 7.

- 38 Cesare P.R. Romano, „The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent” *International law and politics*, 39, (2007): 791-872.
- 39 Zygmunt Cybichowski, *Międzynarodowe prawo wojenne* (Lwów: Gubrynowicz i syn, 1914), 3.
- 40 Oona A. Hathaway, Scott J. Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war* (Londyn: Allen Lane 2017), 31-42.
- 41 Hathaway, Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, 43; były to zatem działania, które można uznać za mieszczące się w szeroko rozumianym pojęciu wojny sprawiedliwej, nt. temat zob. Roman Kwiecień, *Od „wojny sprawiedliwej” do „wojny z terroryzmem” Siła zbrojna i reglamentacja jej używania (ius contra bellum)* (Warszawa: PISM, 2019), 17-48.

Pewne ograniczenie relatywnej swobody państw w odniesieniu do możliwości używania siły przyniosła Konwencja Drago-Portera, która niepozwaliała na tego rodzaju praktyki w zakresie dochodzenia długów⁴² oraz Pakt Ligi Narodów⁴³. Ten ostatni przed rozpoczęciem wojny wymagał przekazania sprawy do trybunału arbitrażowego, nowo utworzonego Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej lub do Rady Ligi oraz oczekiwania na rozstrzygnięcie. W przypadku, gdyby druga strona nie chciała zastosować się do zapadłego rozstrzygnięcia – strona poszkodowana nadal może odwołać się do środków zbrojnych. Nowością Paktu była natomiast możliwość zarządzania sankcji przez Radę Ligi, które mieli stosować wszyscy członkowie Ligi wobec państwa nieprzestrzegającego rozwiązania sporu sformułowanego zgodnie ze Statutem (art. 16 Paktu)⁴⁴. Próba ograniczenia odwołania się do wojny był również przyjęty na forum Ligi Narodów (LN) tzw. Protokół genewski z 1924 r. dotyczący pokojowego rozstrzygania sporów międzynarodowych⁴⁵. Niemniej z uwagi na jego postanowienia dotyczące stosowania sankcji nie uzyskał on poparcia brytyjskiego i nie wszedł w życie⁴⁶.

Przełomowym dokumentem⁴⁷ okazał się Traktat Przeciwojenny, określane potocznie jako Pakt Brianda-Kelloga, który został podpisany

-
- 42 Konwencja haska (II) z 1907 roku w sprawie ograniczenia użycia siły celem ściągania długów zawarowanych umową w: *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów*, (Warszawa: PWN, 1954), s. 252-253.
- 43 Art. 15 ust. 7 Paktu, Dziennik Ustaw RP 1920, nr 35, poz. 200.
- 44 Jak wskazują Oona A. Hathaway oraz Scott J. Shapiro praktyka sankcji gospodarczych przed pierwszą wojną światową była zasadniczo nieobecna z uwagi na fakt, że naruszałyby reguły dotyczące neutralności, zob. Oona A. Hathaway, Scott J. Shapiro, „International law and its transformation through the outlawry of war” *International Affairs*, nr 1 (2019): 50.
- 45 Tekst Protokołu dostępny na stronie: <https://www.refworld.org/docid/40421a204.html>
- 46 Witold Mazurczak, „Protokół w sprawie pokojowego regulowania sporów międzynarodowych” *Dzieje Najnowsze*, nr 3 (1975): 69.
- 47 Władysław Czapliński wskazuje na zasadnicze znaczenie Paktu dla ukształtowania się w okresie międzywojennym zwyczajowego zakazu odwoływania się do wojny – Władysław Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym* (Warszawa: Scholar 2009), 16. Według Romana Kuźniara Pakt był punktem przełomowym nie tylko w historii ludzkości, lecz także – co oczywiste – w procesie tworzenia porządku międzynarodowego”

27 sierpnia 1928 r., a wszedł w życie w 1929 r.⁴⁸. Zgodnie z jego art. 1 państwa-strony potępiają „uciekanie się do wojny celem załatwiania sporów międzynarodowych i wyrzekają się jej jako narzędzia polityki narodowej w ich wzajemnych stosunkach”. Mimo że Pakt nie zawierał definicji wojny oraz sankcji w przypadku jego naruszenia⁴⁹, jak również nie zapobiegł kolejnym wojnom, to zmienił jednak fundamentalnie podejście do niej społeczności międzynarodowej⁵⁰. Jak zauważają Oona A. Hathaway oraz Scott J. Shapiro, traktat ten zapoczątkował proces, który doprowadził do transformacji porządku prawnomiędzynarodowego w kontekście prawa do wojny⁵¹. Podobnie

– Roman Kuźniar, *Porządek międzynarodowy: Perspektywa ontologiczna* (Warszawa: Scholar 2019), 124.

48 Dziennik Ustaw RP z 1929 r., nr 63, poz. 489.

49 Krytycznie z tego powodu Władysław Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, 15; Jan Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne* (Toruń: TNOiK 2007), 416; Mariusz Muszyński, *Państwo w prawie międzynarodowym* (Bielsko-Biała: Wydawnictwo Sto, 2012), 326. Niemniej należy odnotować notę amerykańską z 23 czerwca 1928 r. do wszystkich mocarstw, która wyjaśniała założenia paktu w tym zakresie (i nie spotkała się z protestem) wskazującą, że strona naruszająca Pakt, traci prawo do korzyści z niego wypływających – Bronisław Bouffał, „Wyjęcie wojny z pod prawa w pakcie Kellogga” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (1930): 508.

50 Jak wskazał francuski minister spraw zagranicznych „Wojna uważana dotychczas za prawo boskie i zakorzeniona w etyce międzynarodowej jako atrybut suwerenności, została wreszcie prawnie pozbawiona tego, co stanowiło największe niebezpieczeństwo – swej legalności” – za Józef Loptos, *Pakt Brianda – Kellogga. Stanowisko państw europejskich wobec zagadnienia rezygnacji z wojny napastniczej w stosunkach międzynarodowych* (Kraków, Wydawnictwo Naukowe WSP, 1988), 221.

51 Hathaway, Shapiro, „International law and its transformation through the outlawry of war”, 54, 62. Michał Kowalski wskazuje, że przynosi on „diametralną zmianę” – Michał Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego* (Warszawa: Difin, 2013), 46. Władysław Czapliński odwołuje się do pojęcia „kamień milowy” – Władysław Czapliński, „Reforma ONZ – zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych”, [w:] *Organizacja Narodów Zjednoczonych – Bilans i Perspektywy*, red. Janusz Symonides (Warszawa, Scholar 2006), 672. Odmienne jednak Henryk Dembiński, według którego, „nie jest to akt otwierający jakby nową erę w stosunkach międzynarodowych (...). Jest on tylko przejawem ruchu zmierzającego od

Roman Kwiecień uznaje Pakt, „za przełomowy krok w międzynarodowym porządku prawnym pozwalającym na przejście od *ius ad bellum* do *ius contra bellum*”⁵².

Pierwszym dowodem tego procesu była amerykańska reakcja na japońską inwazję na Mandżurię, która zaowocowała tzw. doktryną Henry’ego Stimsona, amerykańskiego sekretarza stanu, zakładająca niemożliwość uznawania nabytków terytorialnych pozyskanych na skutek nielegalnego użycia siły. W swoim publicznym wystąpieniu z 1932 r. Stimson stwierdził, że na skutek Paktu Brianda-Kelloga wojna stała się przedmiotem zainteresowania wszystkich stron Paktu, a nie tylko stron konfliktu. Zauważył również, że wyrażenie dezaprobaty przez wszystkie państwa w przypadku naruszenia Paktu może mieć szczególne znaczenie dla prawa międzynarodowego. Poglądy Stimsona zostały błyskawicznie poparte przez państwa europejskie i już w 1933 r. stały się obowiązującym stanowiskiem LN⁵³.

Drugą kluczową zmianą była nowa praktyka sankcji ekonomicznych wobec państwa, które nielegalnie używa siły zastosowana przez Ligę w latach trzydziestych XX wieku wobec Japonii (w związku ze wspomnianym atakiem na Mandżurię) oraz Włoch (w związku z inwazją na Etiopię). Niedługo później obowiązującą dotychczas zasadę symetrycznej neutralności⁵⁴ wobec beligerentów przełamały (niebędące członkiem LN) Stany Zjednoczone. Ustawa Lend-Lease Act z marca 1941 r. pozwalała różnicować beligerentów

kilkunastu lat do ograniczenia a nawet całkowitego wykluczenia wojny jako regulatora stosunków międzynarodowych” – Henryk Dembiński, *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu* (Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1936), 116-117.

- 52 Kwiecień, *Od „wojny sprawiedliwej” do „wojny z terroryzmem” Siła zbrojna i reglamentacja jej używania (ius contra bellum)*, 55.
- 53 Hathaway, Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, 166-169 oraz 309-323; Randall Lesaffer, „Too Much History: From War as Sanction to the Sanctioning of War”, [w:] *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, red. Marc Weller (Oxford: Oxford University Press, 2015), 52-53; Shaw, *International law*, 468; nt. dalszego rozwoju tej doktryny zob. Ł. Kułaga, „Obowiązek nieuznawania legalności następstw poważnych naruszeń prawa (prace Komisji Prawa Międzynarodowego oraz praktyka Narodów Zjednoczonych)” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2017): 77-89.
- 54 James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 718. Na temat problemów generowanych przez tą zasadę zob. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, 48.

przez Stany Zjednoczone w zakresie współpracy gospodarczej⁵⁵. Trzecią konsekwencją Paktu było uznanie w Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojkowego⁵⁶ zbrodni przeciwko pokojowi za podstawy dla indywidualnej odpowiedzialności karnej jednostek⁵⁷. Znaczenie Paktu zostało następnie potwierdzone w rozstrzygnięciu samego Trybunału z 1 października 1946 r.⁵⁸. Czwartym elementem wyróżnianym przez wspomnianych autorów był uniezwolnienie egzekwowania zobowiązań traktatowych przez działania zbrojne. Zakaz takiej praktyki, jak wynika z analizy manifestów wojennych, stanowiącej często przyczyną wojny przyczynił się do rozwoju mechanizmów pokojowego rozwiązywania sporów⁵⁹. Wreszcie, zakaz wojny było istotnym czynnikiem przyczyniającym się do rozwoju międzynarodowej ochrony praw człowieka. Bez zakazu wojny ten dział prawa międzynarodowego byłby

55 Hathaway, Shapiro, „International law and its transformation through the outlawry of war”, 56.

56 Karta została dołączona do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r., Dz. U. z 1947 r. Nr 63 poz.367.

57 W trakcie drugiej wojny światowej po raz pierwszy przekonanie o istnieniu takiej zbrodni wyrazili Rene Cassin w 1941 r. oraz Hersch Lauterpacht i Bohuslav Ecer w 1942 r., zob. Hathaway, Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, 248-253. Zwolennikiem takiego podejście był Robert Jackson główny amerykański prokurator przed Trybunałem, który wypracował argumentację w tym zakresie w współpracy z Herschem Lauterpachtem oraz Hansem Kelsenem. Opierała się on właśnie na rewolucyjnym charakterze Paktu w płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej, zob. Hathaway, Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, 265-271. Zwracają na to uwagę również Remigiusz Bierzanek, Janusz Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne* (Warszawa: LexisNexis, 2002) 381; zob. również Patrycja Grzebyk, *Odpowiedzialność karna za zbrodnie agresji* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2010), 25-44 oraz 172-192.

58 Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946-April, 1949: Case 11: U.S. v. von Weizsaecker (US Government Printing Office, 1949).

59 Hathaway, Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, 304.

trudny do zaakceptowania, ponieważ negatywnie wpływałby na realizację prawa do wojny⁶⁰.

4. Zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym

MPI zaczęło rozwijać się po II wojnie światowej przez zawieranie dwustronnych traktatów o ochronie i popieraniu inwestycji (tzw. BITów – ang. Bilateral Investment Treaties, pierwszy w 1959 r. zawarły Pakistan i RFN). Traktaty te przewidywały ochronę inwestycji i inwestorów zagranicznych na podstawie ogólnych i zazwyczaj niezdefiniowanych postanowień, takich jak: traktowanie narodowe, najwyższe uprzywilejowanie, zakaz wyłączenia, klauzula ramowa, traktowanie sprawiedliwe i słusne czy pełna ochrona i bezpieczeństwo. Od 1967 r. te postanowienia zostały uzupełnione mechanizmem rozwiązywania sporów zakładającym możliwość zaskarżenia państwa przez inwestora zagranicznego do arbitrażu międzynarodowego, bez konieczności wyczerpania drogi krajowej. Mechanizm ten (określany jako ISDS – ang. *investor-state dispute settlement*), bazujący w znacznym stopniu na doświadczeniach arbitrażu handlowego, przyznawał jednostkom-inwestorom zakres uprawnień nieporównywalny z żadnym innym działem prawa międzynarodowego⁶¹. W szczególności należy odnotować fakt, że inwestorzy mieli prawo wyboru arbitra, członka trybunału międzynarodowego, na takiej samej zasadzie jak państwo.

Od początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku praktyka zawierania BIT-ów gwałtownie przyspieszyła⁶². Podczas gdy w latach 1959-1989 zawarto 404 MTI, w latach 1990-2007 było to już 2663 MTI⁶³. Połączenie ogólnych postanowień MTI, ukierunkowanych w znacznym stopniu lub wyłącznie na ochronę inwestycji zagranicznych z mechanizmem ISDS spowodowało

60 Hathaway, Shapiro, „International law and its transformation through the outlawry of war”, 59.

61 Beth Simmons, „Bargaining over BITS, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment” *World Politics*, 66, (2014): 42.

62 Dodatkowo została uzupełniona o porozumienia wielostronne dotyczące współpracy gospodarczej i zawierające postanowienia o ochronie inwestycji zagranicznych. Do pierwszych takich porozumień zalicza się Traktat Karty Energetycznej oraz Porozumienie ustanawiające Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu, oba z 1994 r. Z tego względu w artykule będzie stosowane zbiorcze pojęcie międzynarodowe traktaty inwestycyjne (MTI) obejmujące BITy oraz inne porozumienia dotyczące ochrony inwestycji zagranicznych zarówno dwustronne, jak i wielostronne, w tym umowy ustanawiające strefy wolnego handlu.

63 UNCTAD’s Reform Package for the International Investment Regime, (Geneva 2018), 14.

niezwykle dynamiczny z perspektywy prawnomiędzynarodowej rozwój międzynarodowego arbitrażu liczący 1023 wszczęte sprawy do końca 2019 r.⁶⁴. W rezultacie, jak trafnie się zauważa powstał „prawdopodobnie najsilniejszy istniejący dzisiaj reżim prawa międzynarodowego w odniesieniu do postanowień materialnych i ich egzekwowania”⁶⁵.

Równocześnie pojawiły się znaczące kontrowersje dotyczące zakresu możliwej ingerencji przez mechanizm ISDS w kompetencje regulacyjne państw oraz ich zdolności do ochrony nieekonomicznych wartości w świetle zobowiązań inwestycyjnych wynikających z MTI⁶⁶, postrzeganych jako praktyczna realizacja konsensusu waszyngtońskiego⁶⁷. Jak wskazuje Andrew Lang:

„myśl neoliberalna zakładała odwrócenie się od idei polityki, jako tworzenia, mobilizacji i realizacji celów kolektywnych politycznej społeczności, na rzecz idei polityki, jako procesu wspierania indywidualnego podążania za własnymi prywatnymi zamiarami i celami”⁶⁸.

Z tej perspektywy ochrona inwestorów na podstawie traktatów dotyczących wyłącznie ich uprawnień oraz umożliwienie im bezpośredniego dochodzenia roszczeń w płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej była postrzegana jako klasyczny przejaw tego nurtu. Upowszechnienie się traktatów

- 64 Dane dostępne na stronie: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Dla porównania w latach 1967-1989 do arbitrażu inwestycyjnego została wniesiona tylko jedna sprawa, UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 14.
- 65 Karl P. Sauvant, „The state of the international investment law and policy regime” *Columbia Perspectives on topical foreign direct investment issues*, 247 (2019): 3.
- 66 David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008); Muthucumaraswamy Sornarajah, „The clash of globalizations and the international law on foreign investment” *Canadian Foreign Policy Journal*, nr 2 (2003): 14-17.
- 67 Malcolm H. Dunn, Joseph P. Ganahl, „Development Economics and Transformation Studies”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, red. Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener (Oxford: Oxford University Press, 2019), 111; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 11.
- 68 Andrew Lang, *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order* (Oxford: Oxford University Press 2011), 1.

inwestycyjnych na początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku było równocześnie powiązane z prywatyzacją przedsiębiorstw publicznych, w tym tych dostarczających podstawowe usługi dla lokalnych społeczności oraz zniesieniem ograniczeń dostępu inwestycji zagranicznych do rynków szeregu państw⁶⁹. Niezwykle szybka akceptacja traktatów inwestycyjnych przez państwa Europy Środkowo-Wschodniej oraz państwa rozwijające się w tym okresie wiązała się również z faktem, że umowy te zasadniczo nie generowały istotnych kontrowersji prawnych, a zawarty w nich mechanizm rozwiązywania sporów inwestor-państwo nie był używany⁷⁰.

Struktura zobowiązań określona w MPI znacząco utrudniała uwzględnienie w procesie ich interpretacji wartości kolektywnych istotnych dla społeczeństwa⁷¹. Wzrost świadomości w zakresie uwarunkowań środowiskowych oraz praw człowieka przyczynił się do nasilenia się krytyki wobec znacząco ignorującego te zagadnienia BIT-ów oraz zapadającego na ich podstawie orzecznictwa⁷². Barnali Choudhury, po analizie orzecznictwa arbitrażowego w zakresie praw człowieka i ochrony środowiska z lat 1992-2018, doszła do wniosku, że „najczęściej stosowaną techniką traktowania tych zagadnień przez trybunał było zlekceważenie kwestii nieekonomicznych lub pominięcie ich w analizie”⁷³. W tym kontekście inwestycyjny *ancien régime*

69 Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press 2015), 12-13.

70 Mimo, że klauzula ta była stosowana w MTI od 1968 r. pierwsze spór został rozstrzygnięty dopiero w 1990 r. (AAPL przeciwko Sri Lance).

71 Stephan W. Schill, Christian J. Tams, Rainer Hofmann, „Friends or foes”, [w:] *International Investment Law and Development – Bridging the Gap* (Cheltenham: Edward Elgar 2015), 32; zjawisko to wyrażało się również w zasadniczej niechęci trybunałów arbitrażowych do wykorzystywania wykładni systemowej do uwzględniania w procesie interpretacji traktatów szerszego prawnomiędzynarodowego kontekstu – Kate Miles, *The Origins of International Investment Law – Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge: Cambridge University Press 2013), 320.

72 Simon Lester, „Rethinking the International Investment Law System” *Journal of World Trade*, nr 2 (2015): 212-213.

73 Barnali Choudhury, „International Investment Law and Non-Economic Issues”, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3366388>, 10-11. Podobnie Katharina Berner: „trybunały arbitrażowe są raczej niechętne do wykorzystywania potencjału wiedeńskich reguł [interpretacyjnych – przyp. Ł.K.] do pogodzenia ochrony inwestycji z problemami zrównoważonego rozwoju” – Katharina Berner, „Reconciling Investment Protection and

zdawał się nie do pogodzenia z zyskującą coraz większe znaczenie, w narracji organizacji międzynarodowych i państw, koncepcji zrównoważonego rozwoju, wyrażonej w XXI wieku w deklaracji johanesburskiej⁷⁴, deklaracji Rio+20 z 2012 r.⁷⁵ oraz w Agendzie 2030 z 2015 r.⁷⁶. Koncepcja ta opiera się na poszukiwaniu równowagi między rozwojem gospodarczym, społecznym i ochroną środowiska⁷⁷. Zakłada ona odejście od neoliberalnej wizji gospodarki, jako jedynym i wystarczającym instrumencie gwarantującym inkluzywny wzrost gospodarczy, w szczególności w rozwijających się państwach.

Równocześnie przedmiotem narastającej krytyki stał się ISDS, jako nieadekwatny, z uwagi na swoje zakorzenienie w międzynarodowym arbitrażu komercyjnym, mechanizm rozwiązywania sporów inwestor zagraniczny przeciwko państwo. Wysuwane w tym zakresie zarzuty dotyczyły nie tylko braku możliwości apelacji czy kosztów postępowania, ale również braku strukturalnych zabezpieczeń w zakresie bezstronności arbitrów⁷⁸. Pogłębione, najnowsze badania nad funkcjonowaniem tego mechanizmu uwydatniły jego

Sustainable Development A Plea for an Interpretative U-Turn”, [w:] *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, red. Steffen Hindelang, Markus Krajewski (Oxford: Oxford University Press 2016), 202.

- 74 Deklaracja dostępna na stronie: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm.
- 75 Deklaracja została przyjęta jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 27.7.2012 r., A/RES/66/288.
- 76 „rośnie konsensus zakładający, że inwestycje zagraniczne powinny nie tylko przyczyniać się do rozwoju gospodarczego ale również powinny przyczyniać się do promocji zrównoważonego rozwoju państwa przyjmującego” – Manjiao Chi, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications* (Abingdon: Routledge, 2018), 2; Steffen Hindelang, Markus Krajewski, „Towards a More Comprehensive Approach in International Investment Law”, [w:] *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, red. Steffen Hindelang, Markus Krajewski (Oxford: Oxford University Press 2016), 5.
- 77 Janina Ciechanowicz-McLean, *Prawo i polityka ochrony środowiska* (Warszawa: Wolters Kluwer 2009), 43; Zbigniew Bukowski, *Zrównoważony rozwój w systemie prawa* (Toruń: TNOiK, 2009).
- 78 Kułaga, „A brave, new, international investment court in context. Towards a paradigm shift of the ISDS”, 120-122.

dotkające defekty, jakim jest zasadniczy brak różnorodności arbitrow⁷⁹ czy przywoływanie przez szereg trybunałów w swoich rozstrzygnięciach innych sentencji arbitrażowych, mimo ich formalnego uchylecia, jako źródła inspiracji dla formułowanego rozstrzygnięcia⁸⁰.

W rezultacie dostrzegalna przynajmniej od 2004 r., tj. od sformułowania przez Stany Zjednoczone oraz Kanadę nowych modeli BIT, w ostatniej dekadzie znacząco zintensyfikowała się stopniowa narastająca tendencja do zmiany podstawowych założeń MPI. Temu procesowi towarzyszyło rozpoczęcie kompleksowych negocjacji w zakresie zmiany mechanizmu rozwiązywania sporów inwestycyjnych na forum Międzynarodowej Komisji ONZ ds. Handlu Międzynarodowego (UNCITRAL) w 2017 r. oraz zapoczątkowany przez wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Achmea z marca 2018 r.⁸¹ proces zakończenia obowiązywania ponad 100 MTI zawartych między państwami członkowskimi UE.

Wyraża się ona w pięciu podstawowych płaszczyznach⁸²:

1. Wyraźne uznanie w MTI prawa państwa do regulacji, w celu osiągnięcia bardziej zrównoważonego podejścia interpretacyjnego tych traktatów⁸³;

-
- 79 Jak dowiedziono zasadniczo większość arbitrow to mężczyźni pochodzący z krajów „Zachodu”. Dodatkowo bardziej szczegółowe analizy pokazują, że to inwestorzy znacznie częściej niż państwa wybierają mężczyzn pochodzących z państw Zachodu. Andrea K. Bjorklund, Daniel Behn, Susan D. Franck, Chiara Giorgetti, Won Kidane, Arnaud de Nanteuil, Emilia Onyema, „The Diversity Deficit in International Investment Arbitration” *Journal of World Investment & Trade*, 21 (2020): 426-430.
 - 80 Wolfgang Alschner, „Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don’t Die” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 18 (2019): 345-368.
 - 81 Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 6 marca 2018 r. *Słowackische Republik przeciwko Achmea BV*, sprawa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.
 - 82 Poza zakresem analizy pozostawiono zagadnienie odpowiedzialności przedsiębiorstw, w tym inwestorów zagranicznych na podstawie prawa międzynarodowego z uwagi na jego obszerność oraz nieco odmienną perspektywę tj. dotyczącą wszystkich przedsiębiorców, bez względu na przynależność państwową – zob. m.in. rezolucję 26/9 Rady Praw Człowieka ONZ z 26.6.2014 r. wzywającą do „przygotowania międzynarodowego wiążącego prawnie instrumentu, który regulowałaby w ramach międzynarodowego prawa praw człowieka aktywność korporacji transnarodowych i innych przedsiębiorstw”.
 - 83 Kułaga, „Prawo państwa do regulacji a międzynarodowe prawo inwestycyjne. W kierunku zmiany paradygmatu”, 11-32.

2. Rezygnacja z nazbyt proinwestycyjnych typowych postanowień (klauzula ramowa, ochrona inwestycji portfelowych), zawężenia pojęcia inwestora⁸⁴ czy ograniczenie zakresu zastosowania innych klauzul (traktowanie sprawiedliwe i słuszne, najwyższe uprzywilejowanie, wyłączenie pośrednie)⁸⁵. W tym kontekście szczególne znaczenie ma ograniczenie zakresu klauzuli najwyższego uprzywilejowania, mając na uwadze fakt, że dotychczasowy sposób jej interpretacji przez niektóre trybunały arbitrażowe, przez uznanie, że inne „stare” MTI, którymi dane państwo się związało, przewiduje „korzystniejsze traktowanie”, posiada potencjał do unicestwienia jakichkolwiek prób zmian w MPI⁸⁶;
3. Ustanowienie organów traktatowych oceniających orzecznictwo inwestycyjne na podstawie MTI w celu ewentualnej interwencji w postaci decyzji interpretacyjnej w przypadku, gdyby orzecznictwo trybunałów arbitrażowych odbiegało od intencji stron odpowiedniego MTI⁸⁷;
4. Rezygnacja z ISDS przez pozostawienie inwestorowi wyłącznie możliwości dochodzenia roszczeń na gruncie prawa krajowego⁸⁸ lub stworzenie zupełnie nowego organu rozstrzygania sporów pozbawiającego inwestorów możliwości wyboru arbitra⁸⁹. Ewentualnie, reforma ISDS,

84 Javier G. Olmedo, „Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction” *International and Comparative Law Quarterly*, 69 (2020): 303.

85 Eric de Brabandere wskazuje na „fundamentalną zmianę” oraz „pełną restrukturyzację” w zakresie definicji wyłączenia pośredniego I FET w nowych traktatach – Eric de Brabandere, *Recalibrating international investment law - The Communicating Vessels of Investment Protection and Investor Obligations*, wykład z 25.10.2017 r. dostępny na stronie: <https://www.youtube.com/watch?v=Xt5xjZDXR3Y>.

86 Na ten temat zob. m.in. Tanjina Sharmin, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals Implications for the Developing Countries* (Springer: Singapore 2020), 1-5.

87 Szilard Gáspár-Szilágyi, „Binding Committee Interpretations in the EU’s New Free Trade and Investment Agreements” *European Investment Law and Arbitration Review Online*, nr 1 (2017): 90-133.

88 Kułaga, „ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA”, 1-17; Kułaga, „Implementing Achmea. The quest for fundamental change in international investment law” *Polish Yearbook of International Law*, XXXIX (2019).

89 Tak tzw. system sądu inwestycyjnego w traktach zawartych przez UE z Kanadą, Singapurem oraz Wietnamem. Zob. ocenę tego rozwiązania w umowie unii kanadyjskiej – Marek Świątkowski, „CETA – rewolucja również w arbitrażu inwestycyjnym” *Przegląd Prawa Handlowego* nr 1

- np. przez powiązanie z wymogiem uprzedniego wyczerpania drogi krajowej⁹⁰;
5. W przypadku pozostawienia możliwości dochodzenia roszczeń przez inwestora na poziomie międzynarodowym wprowadzenie szeregu dodatkowych rozwiązań proceduralnych, takich jak m.in. termin na wniesienie roszczenia, transparentność postępowania, mechanizm rozpatrywania skarg nieuzasadnionych prawnie, przepisy dotyczące niezależności arbitrów oraz roszczeń wzajemnych państwa.

Powyższe elementy rozpatrywane indywidualnie można postrzegać jako mniej lub bardziej pogłębione reformy, wyraz ewolucji czy też, jak niektórzy wskazują, rekaliibracji MPI⁹¹. Niemniej, ich skala i zasadniczo kompleksowy charakter powoduje, że zatrzymanie się tylko na tego rodzaju desygnatach zdaje się niewystarczające⁹². Choć podstawowa funkcja MPI nie ulega zmianie, to już szczegółowe cele i środki podlegają fundamentalnym

(2017): 11-16; na konieczność takich zmian wskazują również niektórzy arbitrzy „Najlepszym rozwiązaniem jest oczywiście zrezygnowanie z praktyki jednostronnych powołań. To zakładałoby istotną zmianę w obowiązujące praktyce i regułach. Niekiedy wskazuje się na »prawo podstawowe« do mianowania swojego arbitra. Ale nie ma takiego prawa. Ponadto, nawet gdyby istniało z pewnością nie miałoby charakteru podstawowego. Podstawowe założenie, które legitymizuje arbitraż, to arbiter któremu obie strony ufają. Dlaczego jakakolwiek strona miałaby mieć zaufanie arbitrowi powołanemu przez swojego nielubianego przeciwnika” – Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, Oxford 2014), 147-173.

- 90 Kułaga, „ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA”, 1-17.
- 91 „The content of more recent IIAs suggests that this trend has seemingly been reversed as states increasingly seek to recalibrate (or rebalance) international investment law in a manner that ensures a better balance between the right of investors and the regulatory and policy autonomy of host states”, Billy A. Melo Araujo, *The EU Deep Trade Agenda* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 110.
- 92 Częściowo odmiennie Anathe Roberts, które zmiany w MPI postrzega przede wszystkim z perspektywy mechanizmu rozwiązywania sporów i za zmianę paradygmatu uznaje tylko te rozwiązania, które wyłączają możliwość wnoszenia roszczeń przez inwestora zagranicznego przeciwko państwu na poziomie międzynarodowym, zob. Anathe Roberts, „Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration” *American Journal of International Law*, nr 3 (2018): 410.

przekształceniom⁹³. Uprawnienia inwestora zagranicznego przestają być jedynym i najważniejszym wzorcem, względem którego zachowania państw mają być mierzone. Uprawnienia te zostają bowiem wpisane w szerszy kontekst zrównoważonego rozwoju (w tej perspektywie obejmujący również prawo państwa do regulacji)⁹⁴. W rezultacie uprawnienia inwestora uzyskują charakter znacznie bardziej zrelatywizowany, doprecyzowany i ograniczony. Dobrze pokazuje tę zmianę porównanie rozdziału inwestycyjnego Traktatu Karty Energetycznej z 1994 r.⁹⁵ z umową o ochronie inwestycji UE-Singapur z 2018 r.⁹⁶. Choć cel jest ten sam – ochrona inwestycji zagranicznych – to środki dla jej osiągnięcia są albo znacząco bardziej doprecyzowane, albo zupełnie nowe, przy równoczesnym zarysowaniu drugiego konkurencyjnego celu (najczęściej w formule określenia prawa państwa do regulacji, wyjątków dotyczących traktowania narodowego czy generalnej klauzuli pozwalającej na niestosowanie postanowień traktatów z istotnych względów), jakim jest zapewnienie poszanowania dla takich wartości, jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska lub moralności publicznej, ochrona socjalna lub ochrona konsumenta lub promowanie i ochrona różnorodności kulturowej⁹⁷. Warto wreszcie odnotować, że pojawia się nowy trend dotyczący

93 Catharine Titi, „International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements” *European Journal of International Law*, nr 3 (2015): 661.

94 Stefanie Schacherer, „The CETA Investment Chapter and Sustainable Development Interpretative Issues”, [w:] *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, red. Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schacherer (Cham: Springer, 2019), 236; Karl P. Sauvant, „Reforming the International Investment Regime: Two Challenges”, [w:] *Asia’s Changing International Investment Regime*, red. Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa, Sufian Jusoh (Cham: Springer, 2017), 42.

95 Dz. U. z 2003 r. poz. 985.

96 Umowa o ochronie inwestycji między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Singapuru, z drugiej strony, <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/>.

97 Por. komentarz do rozdziału inwestycyjnego CETA zawierającego podobne postanowienia jak umowa UE-Singapur: „System sądu inwestycyjnego CETA będzie stanowić krok o charakterze rewolucyjnym. (...) spowoduje on odejście od arbitrażu inwestycyjnego, jaki znamy (...) Pozostaje bez wątpienia, że CETA przewiduje radykalną zmianę paradygmatu. Jeżeli europejskie BITy były znane z ich przyjaznego inwestorom charakteru, głównym założeniem CETA jest ustanowienia dobrze

integracji MTI z koncepcją tzw. zielonej gospodarki oraz ograniczania zmian klimatycznych⁹⁸. Można odnaleźć go w preambułach MTP⁹⁹, wyjaśnieniach dotyczących zakresu wyłączenia¹⁰⁰, dopuszczalnych wyjątkach czy w formułowaniu wyraźnych odniesień do wielostronnych porozumień środowiskowych¹⁰¹.

Zastrzec należy, że powyższe zmiany nie są stosowane w sposób powszechny i w pełni spójny¹⁰². Wiąże się to z wieloma czynnikami, do których zaliczyć należy rozproszony charakter MPI¹⁰³, tj. obowiązywanie prawie 2500 traktatów, trudności z jednostronną rezygnacją z zobowiązań inwestycyjnych

zrównoważonego, transparentnego oraz rozliczalnego mechanizmu rozwiązywania sporów” – Luca Pantaleo, „Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?” *European Business Law Review*, nr 2 (2017): 184.

- 98 Zob. szerzej Markus W. Gehring, Avidan Kent, „International investment agreements and the emerging green economy: rising to the challenge”, [w:] *Investment Law within International Law – Integrationist Perspective*, red. Freya Baetens (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 187-216 oraz Wolfgang Alschner, Elisabeth Tuerk, „The role of international investment agreements in fostering sustainable development”, [w:] *Investment Law within International Law – Integrationist Perspective*, red. Freya Baetens (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 217-231.
- 99 Np. Japan-Switzerland FTA, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 100 Art. 4 oraz Annex ASEAN-Australia-New Zealand FTA; art 10.12 US-Chile FTA, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 101 BITy Belgii z Barbadosem, Columbia, Panamą, Tadżykistanem oraz Togo; Art. 4 oraz Annex ASEAN-Australia-New Zealand FTA, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 102 Malcolm Langford, Daniel Behn, Ole Kristian Fauchald, „Backlash and State Strategies in International Investment Law”, [w:] *The Changing Practices of International Law*, red. Tanja Aalberts, Thomas Gammeloft-Hansen (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 100-102; Rahul Donde, Julien Chaisse, „The Future of Investor-State Arbitration: Revising the Rules?”, [w:] *Asia's Changing International Investment Regime*, red. Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa, Sufian Jusoh (Cham: Springer, 2017), 217-218.
- 103 MPI nie jest skoncentrowane wokół jednego wielostronnego traktatu, czy jednej międzynarodowej instytucji, Joost Pauwelyn, „At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How

na skutek funkcjonowania klauzuli przedłużonego obowiązywania¹⁰⁴ czy niepokój (mimo że nie potwierdzony w analizach ekonomicznych) o wpływ zmian na rozwój gospodarczy, a niekiedy nawet bardziej na wizerunek państwa sprzyjającego lub nie inwestycjom. Zmiany te przyjmują zatem dwustronną i rozciągniętą znacząco w czasie formułę¹⁰⁵. Dobrze pokazuje to przykład zawartego 5 maja bieżącego roku Porozumienia o wygaśnięciu Dwustronnych Traktatów Inwestycyjnych między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej – negocjowanego ponad 18 miesięcy – mimo spoczywającego na państwach UE formalnego obowiązku zawarcia tego rodzaju porozumienia¹⁰⁶.

W tym zakresie transformacja MPI przybiera inny charakter, niż w tych działach prawa międzynarodowego, w których przeobrażenie można osiągnąć przez wynegocjowanie jednego nowego traktatu lub renegocjację istniejącej kompleksowej umowy wielostronnej. Niemniej jednak, bez względu na uwarunkowania i interesy, które powodują, że dotychczasowe MTI są zastępowane w zróżnicowanym tempie, niekontrowersyjne jest, że nowo zawierane MTI mają zupełnie odmienny charakter i zasadniczo zawierają większość (jeśli nie wszystkie) wymienione powyżej elementy¹⁰⁷.

It Emerged and How It Can Be Reformed” *ICSID Review*, nr 2 (2014): 378.

104 Kułaga, „Udział Polski w transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Aspekty prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne”, 109-111.

105 Pauwelyn, „At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed”, 413.

106 https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.

107 “W ostatnim roku pojawiło się szereg istotnych wydarzeń dotyczących nowych modelowych traktatów. Państwa rozwijają traktaty modelowe z intencją do zawierania MTI „nowej generacji” lub modyfikacji istniejących porozumień. Pośród niedawno przyjętych modeli traktatów warto odnotować ten Arabii Saudyjskiej (z grudnia 2018 r.) oraz Niderlandów (z października 2018 r.). Oczekuje się, że Kanada, Egipt oraz Maroko przyjmą swoje nowe modelowe porozumienia przed końcem 2019 r. Każdy z tych modeli zawiera szereg innowacyjnych elementów mających na celu zaadresowanie problematyki zrównoważonego rozwoju”, UNCTAD, *World Investment Report 2019*, 100.

5. Zakończenie

Pojęcia paradygmat oraz zmiana paradygmatu, mimo że wypracowane na podstawie przebiegu procesów badawczych w naukach ścisłych przynoszą istotną wartość dodaną również przy zastosowaniu w nauce prawa międzynarodowego. Nie muszą one przy tym być rozumiane jedynie, jako podstawowe, teoretyczne założenia tworzące zwartą doktrynę badawczą, ale również (jak w praktyce najczęściej są stosowane) jako podstawowe założenia, typowe rozwiązania czy standardowe mechanizmy charakterystyczne dla danego działu prawa międzynarodowego lub dla prawa międzynarodowego jako całości. W tym kontekście przyjęcie perspektywy zmiany paradygmatu pozwala dostrzec dynamikę przeobrażeń normatywnych i zidentyfikować ich charakter. Takie ujęcie dla badania zmian w prawie międzynarodowym jest szczególnie wartościowe, ponieważ umożliwia określenie zakresu zachodzących przemian oraz ustalenia kluczowych punktów w czasie, które często nie dają się łatwo zidentyfikować¹⁰⁸.

W artykule dowiedziono, że MPI podlega fundamentalnym przeobrażeniom o charakterze paradygmatycznym zarówno w aspekcie teoretycznych założeń (odejście od neoliberalnych wzorca na rzecz zrównoważonego rozwoju), jak i w aspekcie materialnym oraz proceduralno-instytucjonalnym. W aspekcie materialnym zmiana polega na rezygnacji z niektórych typowych norm dotyczących ochrony inwestycji, znaczącemu ograniczeniu pozostałych tego rodzaju norm oraz wprowadzeniu generalnych klauzul dotyczących konieczności ochrony innych niż ekonomiczne wartości. W sferze proceduralno-instytucjonalnej na pierwszy plan wysuwają się bez wątpienia dążenia do zupełnej rezygnacji z dotychczasowego arbitrażu inwestorów zagranicznych przeciwko państwu. Alternatywne propozycje, z których część jest już w praktyce realizowana, charakteryzują się daleko idącą różnorodnością i obejmują rozwiązanie tego rodzaju sporów poprzez sądy krajowe, sądy międzypaństwowe, unijny system sądu inwestycyjnego czy też ustanowienie wielostronnego trybunału inwestycyjnego. W tym zakresie również powołuje się organy traktatowe, które mogą przyjmować wiążące interpretacje MTI, aby zapobiegać ewentualnym nadużyciom ze strony organów rozstrzygania sporów.

Równocześnie ta kompleksowa reorientacja, a zwłaszcza moment czasowy jej nastąpienia, z uwagi na specyfikę MPI nie jest łatwa do uchwycenia. Nie sposób bowiem równocześnie zmienić lub zakończyć obowiązywanie ponad 2500 traktatów. MPI stanowi zatem aktualnie swoisty melanż norm, w którym elementy nowe, tj. najczęściej nowe MTI współlistnieją ze starymi,

108 Zob. podobnie Joseph H. Weiler, „The Transformation of Europe” *Yale Law Journal*, nr 8 (1991): 2407-2408; Philippe Sands, „Turtles and Torturers: The Transformation of International Law” *New York University Journal of International Law and Politics*, nr 2 (2001): 556-559.

jeszcze niezmienionymi lub uchylonymi. Niemniej nawet te ostatnie podlegają do pewnego stopnia reinterpretacji czy to wskutek tzw. późniejszych porozumień państw dotyczących wykładni, czy też orzecznictwa trybunałów, które w drodze wykładni dynamicznej biorą pod uwagę normy prawa zwyczajowego (prawo do regulacji) lub też dominujące koncepcje (zrównoważony rozwój) w stopniu znacznie większym niż dotychczas.

Bibliografia

- Alschner Wolfgang, „Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 18 (2019): 345-368.
- Alvarez Jose, *The impact of international organizations on international law*. Leiden-Boston: Brill-Nijhoff, 2017.
- Alvarez Jose, „Why Are We're-Calibrating Our Investment Treaties” *World Arbitration & Mediation Review*, nr 2 (2010): 143-161.
- Balcerzak Michał, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 2013.
- Białocerkiewicz Jan, *Prawo międzynarodowe publiczne*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 2007.
- Bierzanek Remigiusz, Janusz Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*. Warszawa: LexisNexis, 2002.
- Bjorklund Andrea K., Daniel Behn, Susan D. Franck, Chiara Giorgetti, Won Kidane, Arnaud de Nanteuil, Emilia Onyema, „The Diversity Deficit in International Investment Arbitration” *Journal of World Investment & Trade*, 21 (2020): 410-440.
- von Bogdandy Armin, Sergio Dellavalle, „Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms” *German Law Journal*, nr 1 (2009): 5-30.
- von Bogdandy Armin, Sergio Dellavalle, „Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law”, [w:] *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, red. Mortimer. N. S. Sellers. 40-117. Cambridge: Cambridge University Press 2011.
- Bouffał Bronisław, „Wyjęcie wojny z pod prawa w pakcie Kellogga” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (1930): 502-519.
- Bukowski Zbigniew, *Zrównoważony rozwój w systemie prawa*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 2009.
- Cała-Wacinkiewicz Ewelina, *Fragmentacja prawa międzynarodowego*. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Cassin Rene, „L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la societd universelle”, [w:] *La technique et les principes*

- du Droit public-Etudes en l'honneur de G. Scelle*, t. I. 67-91. Paryż: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.
- Cebera Agata, „Analiza rozwoju teorii dotyczących rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego przy zastosowaniu paradygmatu Thomasa S. Kuhna” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego Seria Prawnicza*, z. 87 (2015): 30-40.
- Paradigm shift in international economic law rule-making: TPP as a new model for trade agreements*, red. Chaisse Julien, Henry Gao, Chang-fa Lo. Cham: Springer 2017.
- Charlesworth Hilary, „Universal Declaration of Human Rights (1948)”, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, wydanie internetowe, § 1-2.
- Choudhury Barnali, „2015: The Year of Reorienting International Investment Law”, *ASIL Insights*, nr 3 (2015). <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/3/2015-year-reorienting-international-investment-law>.
- Chi Manjiao, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*. Abingdon: Routledge, 2018.
- Ciechanowicz-McLean Janina, *Prawo i polityka ochrony środowiska*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009.
- Crawford James, *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Cybichowski Zygmunt, *Międzynarodowe prawo wojenne*. Lwów: Gubrynowicz i syn, 1914.
- Czapliński Władysław, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*. Warszawa: Wydawnictwo Scholar, 2009.
- Czapliński Władysław, „Reforma ONZ – zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych”, [w:] *Organizacja Narodów Zjednoczonych – Bilans i Perspektywy*, red. Janusz Symonides. 672-688. Warszawa, Scholar 2006.
- Dembiński Henryk, *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1936.
- Donde Rahul, Julien Chaisse, „The Future of Investor-State Arbitration: Revising the Rules?”, [w:] *Asia's Changing International Investment Regime*, red. Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa, Sufian Jusoh. 209-228. Cham: Springer, 2017.
- Dolzer Rudolf, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Dunn Malcolm H., Joseph P. Ganahl, „Development Economics and Transformation Studies”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, red. Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wäger. 106-113. Oxford: Oxford University Press, 2019.

- Fitzmaurice Malgosia, „Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I”, *The Hague Yearbook of International Law*, 21 (2008): 101-153
- Gáspár-Szilágyi Szilard, „Binding Committee Interpretations in the EU’s New Free Trade and Investment Agreements”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, nr 1 (2017): 90-133.
- Grzebyk Patrycja, *Odpowiedzialność karna za zbrodnię agresji*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2010.
- Grzeszczak Robert, „Dobre rządy i kryzys Unii Europejskiej”, [w:] *Prawo organizacji międzynarodowych wobec wyzwań współczesnego świata*, red. Barbara Mikołajczyk, Justyna. Nowakowska-Małusecka. 633-655. Katowice: Uniwersytet Śląski, 2014.
- Hathaway Oona A., Scott J. Shapiro, „International law and its transformation through the outlawry of war” *International Affairs*, nr 1 (2019): 45-62.
- Hathaway Oona A., Scott J. Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*. Londyn: Allen Lane, 2017.
- Hsieh Pasha L., „Reassessing the Trade-Development Nexus: The Paradigm Shift in Asia-Pacific Regionalism” *Northwestern Journal of International Law & Business*, nr 3 (2017): 321-370.
- Hindelang Steffen, Markus Krajewski, „Towards a More Comprehensive Approach in International Investment Law”, [w:] *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, red. Steffen Hindelang, Markus Krajewski. 1-17. Oxford: Oxford University Press 2016.
- Jagielski Jacek, Piotr Gołaszewski, „Kryzys prawa administracyjnego a zmiana jego paradygmatu”, [w:] *Kryzys prawa administracyjnego?*, red. Dariusz Ryszard Kijowski, Patrycja Joanna. Suwaj, t. I. 27-44. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012.
- Jodkowski Kazimierz, „Paradygmat”, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Zdzisław Cackowski, Jerzy Kmita, Klemens; Szaniawski. 456-464. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo PAN, 1987.
- Klabbers Jan, „The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law”, *European Journal of International Law*, nr 1 (2015): 9-82.
- Koskenniemi Martti, „Hierarchy in International Law: A Sketch” *European Journal of International Law*, nr 4 (1997): 566-582.
- Koskenniemi Martti, *From Apology To Utopia. The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Kowalski Michał, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*. Warszawa: Difin, 2013.
- Kuhn Thomas S., *Struktura rewolucji naukowych*, przeł. H. Ostromecka. Warszawa: Fundacja Aletheia, 2001.

- Kułaga Łukasz, „Kodyfikacja i postępowy rozwój międzynarodowego prawa kosmicznego poprzez soft law” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2017): 163-175.
- Kułaga Łukasz, „W kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych po rozumień inwestycyjnych” *Forum Prawnicze*, nr 5 (2016): 31-48.
- Kułaga Łukasz, „Unia Europejska a zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 4 (2017): 4-8.
- Kułaga Łukasz, „Udział Polski w transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Aspekty prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne” *Prze gląd Sejmowy*, nr 3 (2018): 103-122.
- Kułaga Łukasz, „Koncepcja wielostronnego trybunału inwestycyjnego – wyzwania i perspektywy” *Prze gląd Prawa Handlowego*, nr 10 (2018): 23-27.
- Kułaga Łukasz, „A brave, new, international investment court in context. Towards a paradigm shift of the ISDS” *Polish Yearbook of International Law*, t. XXXVIII (2018): 115-140.
- Kułaga Łukasz, „Deklaracje interpretacyjne jako instrument transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Ku ograniczeniu aktywi zmu sędziowskiego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2019): 53-69.
- Kułaga Łukasz, „Prawo państwa do regulacji a międzynarodowe prawo inwestycyjne. W kierunku zmiany paradygmatu” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, t. XVII (2019): 11-32.
- Kułaga Łukasz, „ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA” *Transnational Dispute Management*, nr 3 (2020): 1-17.
- Kułaga Łukasz, „Implementing Achmea. The quest for fundamental change in international investment law” *Polish Yearbook of International Law*, XXXIX (2019): 227-250.
- Kułaga Łukasz, „Obowiązek nieuznawania legalności następstw poważnych naruszeń prawa (prace Komisji Prawa Międzynarodowego oraz praktyka Narodów Zjednoczonych)” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2017): 77-89.
- Kuźniar Roman, *Porządek międzynarodowy: Perspektywa ontologiczna*. Warszawa: Wydawnictwo Scholar, 2019.
- Kwiecień Roman, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2004.
- Kwiecień Roman, *Od „wojny sprawiedliwej” do „wojny z terroryzmem” Siła zbrojna i reglamentacja jej używania (ius contra bellum)*. Warszawa: PISM, 2019.

- Lesaffer Randall, „Too Much History: From War as Sanction to the Sanctioning of War”, [w:] *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, red. Marc Weller. 35-55. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Lang Andrew, *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Langford Malcolm, Daniel Behn, Ole Kristian Fauchald, „Backlash and State Strategies in International Investment Law”, [w:] *The Changing Practices of International Law*, red. Tanja Aalberts, Thomas Gammeltoft-Hansen. 70-102. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Lauterpacht Hersch, *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Lester Simon, „Rethinking the International Investment Law System” *Journal of World Trade*, nr 2 (2015): 211-222.
- Linderfalk Ulf, „Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties” *International Community Law Review*, nr 2 (2008): 109-141.
- Loptos Józef, *Pakt Brianda – Kellogga. Stanowisko państw europejskich wobec zagadnienia rezygnacji z wojny napastniczej w stosunkach międzynarodowych*. Kraków, Wydawnictwo Naukowe WSP, 1988.
- Marcinko Marcin, *Normatywny paradygmat prowadzenia działań zbrojnych w niemiedzynarodowym konflikcie zbrojnym*. Wrocław: Presscom, 2019.
- Martin Antoine, Bryan Mercurio, „Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO” *Journal of International Trade Law and Policy*, nr 1 (2017): 49-66.
- Mazurczak Witold, „Protokół w sprawie pokojowego regulowania sporów międzynarodowych” *Dzieje Najnowsze*, nr 3 (1975): 53-70.
- McDougal Myres S., „The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea” *American Journal of International Law*, nr 3 (1955): 356-361.
- Melo Araujo, Billy A., *The EU Deep Trade Agenda*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Merkel Wolfgang, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener, „Transformation and Transition Research: An Introduction”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, red. Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener. 1-13. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Mik Cezary, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. II, *Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Miles Kate, *The Origins of International Investment Law – Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press 2013.

- Mossop Joanna, „Can we make the oceans greener? The successes and failures of UNCLOS as an environmental treaty” *Victoria University of Wellington Law Review*, nr 4 (2018): 573-594.
- Muszyński Mariusz, *Państwo w prawie międzynarodowym*. Bielsko-Biała: Wydawnictwo Sto, 2012.
- Niznik Józef, „Idea paradygmatu w naukach społecznych” *Człowiek i Światopogląd*, nr 1 (1979): 143-150.
- Olmedo Javier G., „Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69 (2020): 301-334.
- Pantaleo Luca, „Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?” *European Business Law Review*, nr 2 (2017): 163-184.
- Paulsson Jan, *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press, Oxford 2014.
- Pauwelyn Joost, Ramses A. Wessel, Jan Wouters, „When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking” *The European Journal of International Law*, nr 3 (2014): 733-763.
- Pauwelyn Joost, „At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed” *ICSID Review*, nr 2 (2014): 372-418.
- Popper Karl, „Normal science and its dangers”, [w:] *Criticisms and the growth of knowledge*, red. Imre Lakatos, Alan Musgrave. 51-58. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Pyka Michał, „Inwestycja z art. 25 ust. 1 Konwencji waszyngtońskiej w świetle koncepcji paradygmatu naukowego” *Kwartalnik ADR – Arbitraż i Mediacja*, nr 1 (2013): 63-75.
- Reisman Michael, „International Lawmaking: A Process of Communication The Harold D. Lasswell Memorial Lecture” *American Society of International Law Proceedings*, vol. 75 (1981): 101-120.
- Roberts Anatheia, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System” *American Journal of International Law*, nr 1 (2013): 45-94.
- Roberts Anatheia, „Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration” *American Journal of International Law*, nr 3 (2018): 410-432.
- Romano Cesare P.R., „The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent” *International law and politics*, vol. 39 (2007): 791-872.
- Sands Philippe, „Turtles and Torturers: The Transformation of International Law” *New York University Journal of International Law and Politics*, nr 2 (2001): 527-566.
- Sarkowicz Ryszard, „Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej”, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. Sławomira Wronkowska. Strony. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005.

- Sauvant Karl P., „The state of the international investment law and policy regime” *Columbia Perspectives on topical foreign direct investment issues*, vol. 247 (2019): 1-3.
- Sauvant Karl P., „Reforming the International Investment Regime: Two Challenges”, [w:] *Asia's Changing International Investment Regime*, red. Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa, Sufian Jusoh. 41-46. Cham: Springer, 2017.
- Schacherer Stefanie, „The CETA Investment Chapter and Sustainable Development Interpretative Issues”, [w:] *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, red. Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schacherer. 207-238. Cham: Springer, 2019.
- Schneiderman David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Schreuer Christopher, „The Warning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law” *European Journal of International Law*, nr 4 (1993): 447-47.
- Sharmin Tanjina, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals Implications for the Developing Countries*. Singapore: Springer, 2020.
- Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Schill Stephan W., Heather L. Bray, „The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, [w:] *Mega-Regional Trade Agreements*, red. Thilo Rensmann. 123-154. Cham: Springer, 2017.
- Schill Stephan W., Christian J. Tams, Rainer Hofmann, „Friends or foes”, [w:] *International Investment Law and Development – Bridging the Gap*. 3-42. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- Simma Bruno, Andreas L. Paulus, „The International Community: Facing the Challenge of Globalization” *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998): 266-277.
- Simmons Beth, „Bargaining over BITS, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment” *World Politics*, vol. 66 (2014): 12-46.
- Sornarajah Muthucumaraswamy, „The clash of globalizations and the international law on foreign investment” *Canadian Foreign Policy Journal* nr 2 (2003): 1-20.
- Sornarajah Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Świątkowski Marek, „CETA – rewolucja również w arbitrażu inwestycyjnym” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 1 (2017): 11-16.

- Titi Catharine, „International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements” *European Journal of International Law*, nr 3 (2015): 639-661.
- Trindade Cançado, „The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations” *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, nr 3 (2012): 8-59.
- Walczak Michał, „Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych” *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne*, nr 10 (2015): 68-79.
- Weßels Bernhard, „Value Change”, [w:] *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, red. Wolfgang Merkel, Raj Kollmorgen, Hans-Jürgen Wagener. 679-681. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Weiler Joseph H., „The Transformation of Europe” *Yale Law Journal*, nr 8 (1991): 2403-2483.
- Wróblewski Jerzy, „Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo”, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński. 39-55. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1990.

Europejski Trybunał Praw Człowieka trybunałem konstytucyjnym Europy?

The European Court of Human Rights as a Constitutional Court for Europe?

The European Court of Human Rights describes itself as the most effective international human rights tribunal in the world. However, on the threshold of the third decade of the 21st century, the ECtHR has been facing serious challenges. Regardless of the crisis caused by the failure of the mechanism of Convention implementation, in the face of the growing number of complaints and Eurosceptics, the populist tendencies have been emerging, especially in some European countries. The Court itself has become the subject of criticism, especially from some state parties to the European Convention of Human Rights. In this context arises a question about the topicality of the debate on the constitutional nature of the ECtHR. In particular, is it still possible to speak about the constitutional nature of the ECtHR?

The author tries to answer this question through the perspective of the debate on the constitutional nature of the ECtHR as well as the constitutional nature of its judgements. Then he analyzes the issue of the constitutional nature of the Tribunal in the context of its legitimacy. The author concludes that the phenomenon of constitutionalization of the ECtHR is rather a long-term process than the existing state of affairs. The course of this process and its result depend on various factors. It depends on the Tribunal itself, its courage, the quality of issued judgments, as well as the readiness of states to recognize the constitutional role of the ECtHR. In the long term, the ECtHR should not stop carrying out its mission to implement the spirit of the Convention and defend human rights in Europe, but it should implement it in a constitutional manner, as the European constitutional tribunal in the field of human rights.

Adam Wiśniewski

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Gdański*

ORCID – 0000-0002-4921-0215

Słowa kluczowe:

Europejski Trybunał Praw Człowieka,
Europejska Konwencja Praw Człowieka,
konstytucjonalizacja, prawa człowieka,
skarga indywidualna, wyroki
konstytucyjne, legitymizacja

Keywords:

European Court of Human Rights,
European Convention of Human Rights,
constitutionalization, human rights,
individual complaint, constitutional
judgements, legitimation

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.207>

Wstęp

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) jest sądem międzynarodowym powołanym w 1959 r. na podstawie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) z 1950 r., bez wątplenia najważniejszej konwencji w dziedzinie praw jednostki przyjętej w ramach Rady Europy. Trybunał ten uważany jest współcześnie za jedną z najważniejszych instytucji o wymiarze międzynarodowym w europejskim porządku prawnym. Jest on przy tym instytucją wyjątkową, nie tylko w skali europejskiej, ale także międzynarodowej¹.

1 Zob. Jonas Christoffersen, Madsen Mikael Rask,

Trybunał określa się mianem najbardziej efektywnego spośród wszystkich międzynarodowych trybunałów praw człowieka na świecie².

Niezwykłe znaczenie ETPC i jego orzecznictwa w sferze europejskiej ochrony praw jednostki jest źródłem analiz i debat dotyczących różnych aspektów jego działalności, w tym m.in. znaczenia dla demokracji w Europie, a jednocześnie problemu deficytu demokratycznego samego trybunału, jego wykładni oraz aktywizmu sędziowskiego, krytyki itd³. W toczącej się dyskusji pojawiło się także zagadnienie konstytucyjnego charakteru strasburskiego Trybunału. Spierano się na ten temat zwłaszcza w pierwszej dekadzie lat dwutysięcznych w związku z planowaniem kolejnych reform o charakterze proceduralnym mających na celu usprawnienie postępowania toczącego się przed ETPC. Po 1990 r. wraz z upadkiem systemu komunistycznego rozpoczął się proces przyjmowania do Rady Europy państw z Europy Środkowej i Wschodniej, które stawały się również stronami EKPC⁴. W efekcie tego procesu liczba państw członkowskich powiększyła się niemal pięciokrotnie

„Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics”, [w:] *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, red. Jonas Christoffersen, Mikael Rask (Oxford: Oxford University Press, 2011), 2.

- 2 Uznaje się, iż sukces skargi indywidualnej, na której opiera się system EKPC połączony ekstensywnym charakterem orzecznictwa strasburskiego oraz poszerzeniem kręgu państw-stron tej Konwencji o państwa środkowo i wschodnioeuropejskie spowodowały, iż ETPCZ stał się „ofiara własnego sukcesu”. Stały napływ ogromnej ilości skarg spowodował, iż system EKPC stanął przed groźbą zapaści. Lawrence Helfer, „Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime” *The European Journal of International Law*, nr 1 (2008): 126.
- 3 Zob. m.in. John Graham Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester: Manchester University Press, 1995), Bożena Gronowska, Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki (Toruń: Towarzystwo Kierownictwa i Organizacji, 2011), George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007), Alister Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Journal*, t. V, nr 1: 57-79, The European Court of Human Rights and its Discontents, red. Spyridon Flogatis, Tom Zwart, Julie Fraser (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013).
- 4 Zob. m.in. Krzysztof Drzewicki, „Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – filozofia zmian czy zmiana filozofii?” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 6 (2006): 5.

wynosząc, a ETPC objął swoją jurysdykcją ok. 800 mln osób. W sytuacji zalewania ETPC ogromną ilością skarg się rozpoczęła się debata nad reformą mechanizmu implementacyjnego konwencji w celu zażegnania związanego z tym kryzysu. W debacie tej zarysował się, zwłaszcza w pierwszej dekadzie lat dwutysięcznych, spór pomiędzy stanowiskiem „konserwatywnym”, którego zwolennicy bronią indywidualnego prawa do skargi jako podstawy systemu strasburskiego, a z drugiej strony, stanowiskiem „quasi-konstytucyjnym”, według którego Trybunał nie powinien zajmować się indywidualną sprawiedliwością, ale raczej być sądem *quasi*-konstytucyjnym zajmującym się tylko sprawami o zasadniczym znaczeniu dla systemu ochrony praw człowieka⁵.

U progu trzeciej dekady XXI wieku ETPC staje przed coraz poważniejszymi wyzwaniami. Po fali eurosceptycyzmu, związanej w szczególności z kryzysem ekonomicznym, w jakim Europa znalazła się w 2008 r., zarówno w Europie, jak i w innych częściach świata pojawiły się tendencje populistyczne widoczne zwłaszcza w niektórych krajach europejskich, przynoszące zagrożenia dla podstaw demokratycznego państwa praw i ochrony praw człowieka⁶. Sam Trybunał stał się silnej przedmiotem krytyki, zwłaszcza ze strony niektórych państw stron EKPC takich jak np. Zjednoczone Królestwo, zarzucających m.in., iż wkracza bez potrzeby decyzje władz krajowych⁷. Według niektórych autorów mamy do czynienia z kryzysem praw człowieka w Europie, a w każdym razie sceptycyzmem wobec tych praw, którego przejawem stało się m.in. także kwestionowanie autorytetu strasburskiego trybunału⁸. W niektórych przypadkach zdarzyło się, iż trybunał konstytucyjny państwa członkowskiego zakwestionował możliwość wykonania wyroku ETPCz,

-
- 5 Marie-Aude Beernaert, „Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards Greater Efficiency? And at What Price?” *European Human Rights Law Review*, nr 5 (2004): 556.
 - 6 Zob. m.in. „State of Democracy, Human rights and the Rule of Law, Populism – How strong are Europe’s checks and balances?” Report by the Secretary General of the Council of Europe 2017, Council of Europe, April 2017. https://www.coe.int/en/web/portal/news-2017/-/asset_publisher/StEVosr24HJ2/content/populism-how-strong-are-europe-s-checks-and-balances-?inheritRedirect=false. [dostęp: 3.08.2020].
 - 7 Zarzut taki postawił m.in. były premier brytyjski David Cameron: Dawid Cameron, „What’s wrong with the European court of human rights?”. <https://www.theguardian.com/politics/reality-check-with-polly-curtis/2012/jan/25/european-court-of-human-rights>. [dostęp: 3.08.2020].
 - 8 Kanstantsin Dzehtsiarou et al., „The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights” *European Convention on Human Rights Law Review*, nr 1 (2020): 4.

powołując się na krajowe prawo konstytucyjne⁹, co w literaturze przedmiotu określono mianem „oporu opartego na zasadach” (ang. *principled resistance*) wobec wyroków tego trybunału międzynarodowego¹⁰.

Słusznie w tej sytuacji stawiane jest w literaturze przedmiotu pytanie, co może zrobić ETPC w tym nowym społeczno-politycznym otoczeniu w Europie, jak powinien reagować na wspomniane tendencje populistyczne i eurosceptyczne¹¹? W tym kontekście zasadne wydaje się również postawienie innego pytania o aktualność wspomnianej wcześniej debaty na temat konstytucyjnego charakteru ETPC? W szczególności idzie o to, czy nadal można mówić o konstytucyjnym charakterze strasburskiego Trybunału, czy też raczej o erozji jego autorytetu tego organu międzynarodowego?

W tym opracowaniu, z uwagi na jego ograniczone ramy, podjęta została próba odpowiedzi ostatnie z postawionych tu pytań. W pierwszym rzędzie przedstawiona zostanie bliżej debata na temat konstytucyjnego charakteru ETPC, a następnie, co się z tym wiąże, zagadnienie konstytucyjnego charakteru orzeczeń tego międzynarodowego organu sądowego. Rozważania te w sposób nieunikniony prowadzą do kwestii legitymizacji strasburskiego Trybunału we współczesnych warunkach panujących w Europie.

2. Debata na temat konstytucyjnego charakteru ETPC

Zagadnienie konstytucyjnego charakteru w przypadku sądu międzynarodowego wymaga pewnych wyjaśnień, podobnie jak kwestia konstytucyjności przypisywanej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Na gruncie tradycyjnej doktryny prawa międzynarodowego zagadnienie konstytucjonalizacji może co do zasady budzić uzasadnione wątpliwości. Z formalnego punktu widzenia jedną z cech prawa międzynarodowego jest jego horyzontalny charakter, normy prawa międzynarodowego nie tworzą bowiem formalnej hierarchii, ich moc prawna jest co do zasady jednakowa. W jakim zatem sensie można zatem mówić w przypadku prawa międzynarodowego o jego konstytucjonalizacji? Podobnie rzecz się w odniesieniu do sądów międzynarodowych, których cechą jest również charakter horyzontalny. Poszczególne sądy międzynarodowe nie są wzajemnie powiązane, także w układzie hierarchicznym. Pozostają one raczej względem siebie autonomiczne i dość zróżnicowane. Wynika to w dużej mierze z braku

9 Wyrok Rosyjskiego Trybunału Konstytucyjnego z 19 stycznia 2017 r. nr 1-P/2017, <http://www.ksrf.ru/en/Search/Pages/default.aspx>. [dostęp: 3.08.2020].

10 Zob. Marten Breuer, „»Principles Resistance« to ECtHR Judgments: Dogmatic Framework and Centeptual Meaning”, [w:] *Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?*, red. Marten Breuer (Heidelberg: Springer, 2019), 17-19.

11 Dzehtsiarou et al., „The Conscience”, 4.

podporządkowania poszczególnych reżimów specjalnych, w ramach których poszczególne trybunały były tworzone. Sądy międzynarodowe funkcjonując w wymiarze horyzontalnym orzekają na podstawie prawa stanowiącego *lex specialis* w stosunku do powszechnego prawa międzynarodowego.

Zwraca się uwagę, iż problem konstytucjonalizacji należy postrzegać w kontekście szerszego zjawiska łączącego się z przekształceniami aksjologicznego i normatywnego paradygmatu prawa międzynarodowego¹². Idzie tu zatem raczej o pewnie procesy zachodzące w społeczności międzynarodowej, którym przypisuje się charakter konstytucyjny, a nie o międzynarodową konstytucję w znaczeniu formalnym¹³. Wśród zjawisk stanowiących wyraz procesów konstytucyjnych w prawie międzynarodowym wymienia się m.in. normy *ius cogens*, koncepcję zobowiązań o charakterze *erga omnes*, działalność prawotwórczą Rady Bezpieczeństwa, czy minikonstytucyjny charakter traktatów stanowiących podstawę funkcjonowania niektórych organizacji międzynarodowych¹⁴. Nie zmienia to faktu, iż, jak słusznie zwraca uwagę Robert Harmsen, określenie „trybunał konstytucyjny” w odniesieniu do strasburskiego trybunału jest nie tylko niejasne, ale też z czasem stało się wieloznaczne¹⁵. ETPCz sam zaczął podkreślać swoją centralną rolę w ramach systemu

- 12 Jerzy Zajadło, „Konstytucjonalizacja”, [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego. 100 podstawowych pojęć*, red. Anna Przyborowska-Klimczak, Dorota Pyć (Warszawa: C.H. Beck, 2012), 224.
- 13 Ibidem.
- 14 W związku z ostatnim z wymienionych przejawów konstytucjonalizacji zauważyć należy, iż wiąże się on z widocznym od pewnego czasu w doktrynie kierunkiem przypisywania niektórym ważnym umowom międzynarodowym charakteru konstytucyjnego. Jak zauważył Cezary Mik, tendencja ta, znajdująca oparcie w samych traktatach oraz w orzecznictwie międzynarodowym, jest szczególnie zauważalna w przypadku statutów niektórych organizacji międzynarodowych, takich jak ONZ czy UE. Cezary Mik, „Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego”, [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. Cezary Mik (Toruń: Towarzystwo Organizacji i Kierownictwa, 2005), 15–16. Zob też Tomasz Widłak, „O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego – ku konstytucji społeczności międzynarodowej?” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. VIII (2010): 50.
- 15 Zob. Robert Harmsen, „The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’”, [w:] *Judges, Transition, and Human Rights*, red. Morison John, Mc Evoy Kieran, Gordon Anthony (Oxford: Oxford University Press, 2007), 35. Luzius Widlahber, „A Constitutional Future for the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Journal*, nr 507 (2002): 35.

EKPC, w którym istotne znaczenie posiada jego bardzo rozwinięte orzecznictwo. Z kolei w literaturze przedmiotu zaczęto porównywać ETPCz do krajowych trybunałów konstytucyjnych zwracając uwagę zwłaszcza na znaczenie *erga omnes* jego orzeczeń, wykraczające poza dany konkretny przypadek będący przedmiotem rozstrzygnięcia, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części tego opracowania¹⁶. Jak piszą Luzius Wildhaber i Steven Greer ETPCz rozstrzyga w dużym stopniu i w podobny sposób podobne sprawy, które trafiają do krajowego sądu najwyższego albo trybunału konstytucyjnego¹⁷. Przede wszystkim jednak znaczenie konstytucyjności odnoszone tego europejskiego trybunału wiązało się z debatą dotyczącą w istocie jego roli jako sądu rozpatrującego napływające do niego sprawy indywidualne, a zatem wymierzającego sprawiedliwość wprawdzie na poziomie międzynarodowym, jednak w wymiarze jednostkowym, czy też paneuropejskiego trybunału ustanawiającego standardy dotyczące praw człowieka dla całej Europy¹⁸.

Dyskusja dotycząca konstytucyjnego charakteru strasburskiego Trybunału toczyła się w kontekście reform zwłaszcza w związku z pracami poprzedzającymi przygotowanie Protokołu nr 14 do Konwencji. Trzeba tu wspomnieć, iż konieczność reform mechanizmu EKCP wynikała przede wszystkim z ogromnego wzrostu ilości skarg w latach dziewięćdziesiątych, co było efektem przyjmowania do Rady Europy państw z Europy Środkowej i Wschodniej¹⁹. W dużej mierze za sprawą procesu, zwanego w literaturze anglojęzycznej mianem *enlargement*, ilość państw-stron EKCP zwiększyła się z 22 według stanu w roku 1989 r. do aż 47. W związku z tym twierdzono, iż ETPC padł ofiarą własnego sukcesu, co z kolei dało impuls do debaty oraz działań na rzecz kolejnych reform Trybunału, która pomogłaby przeciwdziałać zjawisku zalewania go ogromną liczbą skarg²⁰. Trzeba tu wspomnieć o istotnej reformie wprowadzonej na podstawie Protokołu 11 do EKPC, która w istotny sposób zmieniła mechanizm implementacyjny Konwencji wprowadzając przede wszystkim jednolity Trybunał Praw Człowieka w miejsce dotychczas funkcjonujących Komisji oraz Trybunału. Dzięki tym zmianom począwszy od dnia wejścia w życie tego Protokołu, tj. od 1 listopada 1998 r.,

-
- 16 Zob. m.in. Jean-François Flauss, „La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Court constitutionnelle?” *Revue française de Droit constitutionnelle*, nr 36 (1999): 711.
- 17 Stephen Greer, Luzius Wildhaber, „Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, nr 12 (2013): 668.
- 18 Zob. Harmsen, *The European Court*”, 5.
- 19 Zob. m.in. Drzewicki, „Reforma”, 5.
- 20 Zob. Renata Kowalska, „Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Biuletyn Biura Informacji Rady Europy*, nr 1 (2004): 6-7.

skarga indywidualna może być kierowana bezpośrednio do ETPC, a nie najpierw do Komisji, która decydowała, czy dana skarga ma zostać przekazana do Trybunału. Niestety wkrótce po wejściu w życie tego protokołu okazało się, że wprowadzona na jego podstawie reforma jest niewystarczająca. Wobec groźby sparaliżowania Trybunału ogromną ilością skarg dokonana została kolejna reformy konwencyjnej procedury na podstawie Protokołu nr 14. Wprowadził on m.in. możliwość decydowania przez sędziów jednoosobowo o odrzuceniu skarg, komitety trzech sędziów uzyskały uprawnienia do merytorycznego rozpoznania spraw w kwestiach rozstrzygniętych już przez orzecznictwo, dodane zostało nowe kryterium dopuszczalności pozwalające odrzucić skargę, gdy skarżący nie ucierpiał w sposób poważny, wydłużono również kadencję sędziów do 9 lat, wprowadzono możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniach Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, a także wzmocniono pozycję Komitetu Ministrów w procesie wykonywania wyroków²¹.

W debacie trwającej podczas prac nad Protokołem 14 zaznaczył się, jak już wspomniano we wstępie, spór pomiędzy stanowiskiem „konserwatywnym”, którego zwolennicy bronią indywidualnego prawa do skargi jako podstawy systemu strasburskiego, a z drugiej strony, stanowiskiem „quasi-konstytucyjnym”, według którego Trybunał nie powinien zajmować się indywidualną sprawiedliwością, ale raczej być sądem quasi-konstytucyjnym zajmującym się tylko sprawami o zasadniczym znaczeniu dla systemu ochrony praw człowieka²². Chodziło tu zatem o dwa różne podejścia do sposobu reformowania mechanizmu implementacyjnego EKPC w celu uchronienia go przed zapaścią. Podejście „konserwatywne” opowiadało się za stopniowym dostosowywaniem systemu EKPC w aspekcie organizacyjnym oraz proceduralnym do nowych wyzwań stosując politykę tzw. małych kroków. Z kolei podejście „konstytucyjne” czy też „quasi-konstytucyjne” przyjmowało założenie, iż konieczna jest zasadnicza zmiana samego ETPC w kierunku trybunału konstytucyjnego zamiast ciągłego wprowadzania drobnych zmian²³. Dla zwolenników konstytucyjnego charakteru Trybunału jego podstawową funkcją powinno być ustalanie standardów w zakresie praw człowieka dla całej Europy²⁴.

Jeden ze zwolenników tej drugiej koncepcji, były Prezes ETPC, prof. Lucious Wildhaber, w artykule *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights* z 2002 roku stwierdził nie bez racji, iż określanie strasburskiego trybunału mianem konstytucyjnego jest w dużej mierze kwestią semantyki. Można go również dobrze nazwać *quasi-konstytucyjnym* trybunałem *sui generis*. Ważne jest bowiem, iż tym, co przesądza o jego konstytucyjnym

21 Ibidem, 5-7.

22 Beernaert, „Protocol 14”, 556.

23 Zob. szerzej Drzewicki, „Reforma”, 4.

24 Zob. Harmsen, „The European Court”, 35.

charakterze, jest jego powołanie do rozstrzygania spraw o wymiarze konstytucyjnym dotyczących fundamentalnych praw jednostki w Europie²⁵. Lepszym rozwiązaniem jest, zdaniem tego autora, wydawanie mniej orzeczeń, w krótszym okresie, które będą obszernie uzasadnione, ustanawiając orzecznictwo jasne zasady, wiążące *erga omnes*, ujawniając jednocześnie strukturalne problemy podważające demokrację oraz rządy prawa w różnych częściach Europy²⁶. Zdaniem Wildhabera konieczny jest realizm odnośnie do tego, co może osiągnąć ETPC jako instytucja o ograniczonych zasobach, w przeciwnym razie prawo do skargi indywidualnej stanie się iluzoryczne²⁷. Jak zauważył Paul Mahoney, koncepcja ETPC jako „trybunału małych skarg” może doprowadzić do zablokowania całego subsydiarnego mechanizmu międzynarodowej ochrony praw człowieka²⁸.

Z kolei obrońcy prawa do skargi indywidualnej zgadzając się, iż ETPC powinien doskonalić i dostosowywać swój metody działania po to, aby szybciej załatwiać sprawy powtarzających się naruszeń, podnieśli jednakże, że Trybunał nie powinien odmawiać dostępu ofiarom naruszeń konwencyjnych praw pod pretekstem, iż naruszenie jest zbyt „małe”. Takie bowiem selektywne podejście w orzecznictwie ETPC mogłoby zrujnować wiarygodność i autorytet, którą trybunał wypracował sobie w okresie 50-letniej działalności²⁹.

Ostatecznie znaczna większość członków Rady Europy opowiedziała się w czasie wspomnianej dyskusji za koncepcją konserwatywną, preferującą system tzw. indywidualnego wymiaru sprawiedliwości dla praw człowieka. Koncepcja ewolucji ETPC kierunku trybunału *quasi*-konstytucyjnego, zakładająca mocną selekcję wnoszonych skarg oraz przyjmowanie jedynie tych, które miałyby poważne znaczenie dla oceny najistotniejszych problemów interpretacji praw człowieka, z których mogłyby korzystać wszystkie krajowe systemy konstytucyjne, znalazła poparcie jedynie wśród mniejszości państw³⁰. Niemniej jednak Protokół 14, wprowadzający nowe kryterium, które pozwala na uznanie skargi za niedopuszczalną, polegający na tym, iż „skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku”, oceniany jest jako osłabienie indywidualnego prawa petycji, które uznawane jest za kamień węgielny

25 Widlahber, „A Constitutional Future”, 161.

26 Ibidem, 164.

27 Ibidem.

28 Paul Mahoney, „An Insider’s View of the Reform Debat (How to Maintain the Effectiveness of the European Court of Human Rights)” *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechte – Bulletin*, nr 29 (2004): 175.

29 Françoise Tulkens et al., „Pur le droit de recours individuel” *Collection: Droit et Justice*, nr 48 (2003): 171-175.

30 Drzewicki, „Reforma”, 10.

systemu Konwencji³¹. Nowe kryterium dopuszczalności uznawane jest za instrument, który wprowadzie w ograniczonym zakresie, ale jednak daje możliwość Trybunałowi uwalniania się od spraw nieistotnych, na rzecz spraw o zasadniczym znaczeniu dla systemu ochrony praw człowieka³². Dlatego właśnie Komitet Zarządzający Praw Człowieka, który przyjął projekt Protokołu nr 14 w części obejmującej wnioski, stwierdził, iż Protokół 14 jest próbą pogodzenia obu funkcji ETPC, tj. indywidualnego ponadnarodowy wymiaru sprawiedliwości oraz *quasi*-konstytucyjnego wymiaru sprawiedliwości³³.

Debata, o której tu mowa, to, jak trafnie zauważył Robert Harmsen, była w istocie debatą na temat funkcji czy też celów przypisywanych strasburskiemu Trybunałowi³⁴. Postawić można nie bez racji pytanie, czy obie funkcje w postaci ponadnarodowego wymiaru sprawiedliwości oraz funkcja *quasi*-konstytucyjna pozostają w konflikcie, czy też mogą być realizowane w sposób komplementarny, nie wykluczając się wzajemnie. Na znaczenie obu funkcji i ich uzupełnianie zwrócono m.in. uwagę w raporcie tzw. mędrców z 2006 r.³⁵. ETPC może zatem wydawać zarówno wyroki konstytucyjne, jak i wyroki w sprawach, które nie posiadają rangi konstytucyjnej, pełniąc tym samym funkcję jednostkowego wymiaru sprawiedliwości. To z kolei wiąże się z kwestią kryteriów, w oparciu o które możliwe jest wyodrębnienie spośród ogromnej liczny orzeczeń wydawanych przez strasburski Trybunał tych, którym można przypisać walor konstytucyjny.

3. Konstytucyjny charakter orzeczeń ETPC

Jak już wspomniano konstytucyjny charakter ETPCz wiązany jest zwłaszcza z wydawaniem przez ten Trybunał wyroków, które można uznać za konstytucyjne czy też *quasi*-konstytucyjne³⁶. W raporcie tzw. Grupy Ewaluacyjnej wyroki konstytucyjne zostały zdefiniowane jako „w pełni uzasadnione i autorytatywne orzeczenia w sprawach, w których pojawiają się

31 Beernaert, „Protocol”, 556.

32 Drzewicki, „Reforma”, 11.

33 Steering Committee for Human Rights (CDDH). Guaranteeing the Longterm Effectiveness of the European Court of Human Rights. Final Report Containing Proposals of the CDDH. Adopted by the CDDH on 4 April 2003, Strasbourg, CDDH (2003)006 Final. [dostęp: 03.08.2020], par. 11.

34 Zob. Harmsen, „The European Court”, 40.

35 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers CM Documents, 979bis Meeting, 15 November 2006, CM(2006) 203. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, pkt 24. [dostęp: 03.08.2020].

36 Zob. Wildhaber, „A Constitutional Future”, 163.

istotne lub nowe i złożone sprawy z zakresu prawa praw człowieka, które są o szczególnym znaczeniu dla danego państwa lub łączą się z zarzutami pozwanych naruszeń praw człowieka i które uzasadniają pełny proces rozważnego wyrokowania³⁷. Przewodniczący Trybunału, Wildhaber, uznał z kolei, iż Trybunał powinien skoncentrować się na wydawaniu „wyroków zasad”, które pomogą zbudować europejski porządek publiczny oraz, które umieszczają Trybunał w roli konstytucyjnej, w której decyduje on w istocie o sprawach polityki publicznej³⁸. Konstytucyjność wyroków strasburskiego trybunału jest też łączona, jak o tym wspomniano, z funkcją ustanawianiem standardów w zakresie praw człowieka dla Europy³⁹.

Protokół 14, wprowadzający m.in. nowe kryterium dopuszczalności, które pozwala na uznanie za niedopuszczalną każdej skargi indywidualnej, jeżeli skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku, stanowi, jak już wspomniano, niewątpliwie ukłon w kierunku tendencji konstytucjonalizacyjnej. Dodajmy, iż autorzy kreślący długofalowe wizje rozwoju systemu EKPC podkreślają jego znaczenie jako zasadniczego punktu odniesienia dla ochrony praw człowieka w Europie i jednocześnie konstytucyjnego instrumentu europejskiego porządku prawnego, potwierdzając jednocześnie centralne miejsce Trybunału strasburskiego w europejskiej strukturze konstytucyjnej⁴⁰.

W literaturze przedmiotu pojawiły się też sugestie, że ferowanie konstytucyjnych wyroków przez ETPCz oznacza, iż Trybunał ten powinien opierać się na „konstytucyjnych wartościach i zasadach”, które tworzą konstytucję Konwencji Europejskiej⁴¹. W związku z tym jeden z autorów, Greer, zaproponował wyróżnienie „zasad konstytucyjnych” EKPC, które to zasady odróżnia od „zasad interpretacji”. Podział na zasady konstytucyjne i zasady interpretacji nie jest jednak rozłączny, jak zdaje się wynikać z wywodów tego

37 Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 28.09.2001 r., pkt 98.

38 Wildhaber, „A Constitutional Future”, 164.

39 Zob. Harmsen, „The European Court”, 5.

40 Lech Garlicki et al., „Torując drogę dalekosiężnej wizji europejskiej ochrony praw człowieka w XXI w. II Szczyt Rady Europy i Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”, [w:] *Polska i Rada Europy 1990–2005*, red. H. Machińska (Warszawa: Biuletyn Biura Informacji Rady Europy, 2006), 118.

41 Stephen Greer, „Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights” *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 3 (2003): 407.

autora, iż bowiem niektóre z zasad interpretacji są także zasadami konstytucyjnymi⁴².

Powyższe uwagi wiążą się z wnioskiem, iż konstytucjonalizacja orzecznictwa ETPC nakłada większe wymogi dotyczące sposobu podejmowania i uzasadniania rozstrzygnięć przez „europejski trybunał konstytucyjny”. Wydaje się, iż równie dobrze uwagi te odnieść można do wyroków innych niż „wyroki zasady”, tym bardziej że ETPC nadal będzie takie wyroki wydawał, rozwijając tym samym standardy Konwencji.

Konstytucjonalizacja polegająca na wydawaniu „wyroków zasad”, które mają współkształtować europejski porządek publiczny, powinna wiązać się przede wszystkim ze zwiększeniem wymogów dotyczących aplikacji doktryny marginesu oceny będącej dziełem samego trybunału. Doktrynę marginesu oceny można określić jaką pewną konstrukcją pozwalającą na uwzględnienie dyskrecjonalności organów krajowych, a także specyfiki lokalnej w procesie stosowania EKPC w procesie kontroli przestrzegania Konwencji wykonywanej z poziomu Strasburga.

Jest to koncepcja, która odgrywa wiele różnych istotnych funkcji w orzecznictwie strasburskim⁴³. Natomiast nierzadko niestety ETPC używa koncepcji strasburskiej w sposób zwany retorycznym lub fasadowym, a czasami w ogóle jej nie stosuje, chociaż powołuje się na nią strona rządowa. Doktryna marginesu oceny staje się wówczas swego rodzaju namiastką uzasadnienia wyroku, podczas gdy w rzeczywistości takiego przekonującego uzasadnienia brakuje. W związku z tym w kontekście zagadnienia wyroków konstytucyjnych należałoby postulować, aby zastosowanie koncepcji marginesu oceny przez Trybunał łączyło się z jasnym określeniem w uzasadnieniu wyroku, po pierwsze, w jakiej relacji została użyta w stosunku do innych zasad, po drugie, konieczne jest wyjaśnienie przyczyn, dla których ETPC przyznał tejże koncepcji taką, a nie inną wagę w procesie wyważania ze wszystkimi innymi racjami czy argumentami ocenianymi kompleksowo w danym stanie faktycznym. Z uzasadnienia wyroku powinno zatem wynikać, jaki wpływ koncepcja strasburska wywarła na ostateczne rozstrzygnięcie.

Kolejny aspekt konstytucyjnego charakteru orzeczeń ETPC dotyczy wspomnianego już zagadnienia ich skuteczności *erga omnes*. Zgodnie z postanowieniem art. 46 ust. 1 Konwencji „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”. Wyroki Trybunału są zatem formalnie wiążące *inter partes* i nie mają mocy wiążące *erga omnes* w stosunku do państw, które nie są stronami danego sporu. Należy jednak tu wspomnieć

42 Ibidem.

43 Zob. szerzej Adam Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2008), 305-405.

o znaczeniu precedensu w orzecznictwie ETPC. Trybunał odwołuje się do swoich rozstrzygnięć w podobnych sprawach, traktując swoje orzeczenia jako precedensy, wprawdzie niewiążące, ale jednak wytyczające uporządkowany kierunek orzecznictwa. Odstąpienie od precedensu jest wyraźnie akcentowane i musi być uzasadnione „przekonującymi przyczynami” związanymi w szczególności z zapewnieniem, iż interpretacja Konwencji odzwierciedla zmiany społeczne oraz pozostaje w zgodzie z aktualnymi warunkami⁴⁴. Sam ETPC nigdy nie opowiedział się *expressis verbis* za doktryną efektu *erga omnes* jego orzeczeń, chociaż w debacie nad reformą systemu ETPC niejednokrotnie temat ten był podnoszony. Przykładowo w tzw. raporcie tzw. Grupy Mędrców z 2006 r. zwrócono uwagę, iż upowszechnienie orzecznictwa ETPC i uznanie, iż autorytet tego orzecznictwa wykracza poza moc wiążącą pomiędzy stronami, stanowiłoby bez wątpienia istotny element służący zapewnieniu skuteczności konwencyjnego mechanizmu kontroli sądowej⁴⁵. Z kolei w czasie debaty nad reformą Trybunału w procesie zainicjowanym na konferencji w Interlaken Komitetowi Sterującemu ds. Praw Człowieka powierzono pogłębione rozpatrzenie różnych idei dotyczących reformy Trybunału, w tym także idei przyznania wyrokom Wielkiej Izby prawnie wiążącego skutku *erga omnes* w odniesieniu do wszystkich państw stron⁴⁶. W ostatecznym raporcie Komitetu pomysł ten został odrzucony, wymagalby bowiem zmian w tekście Konwencji⁴⁷. Dyskusja na ten temat powoduje, iż nasuwa się pytanie,

44 Zob. wyrok ETPC w sprawie Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 27.09.1990 r., skarga nr 10843/84, par 35. Orzeczenie to, podobnie jak i inne wyroki ETPCZ cytowane w tym artykule dostępne jest na stronie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (tzw. HUDOC): www.cmiskp.echr.coe.int. Na temat znaczeniu precedensu w orzecznictwie strasburskim zob. także Michał Balcerzak, „Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka a zagadnienia wybrane”, [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. Cezary Mik (Toruń: Towarzystwo Organizacji i Kierownictwa, 2005), 77-91.

45 Report of the Group of Wise Persons, pkt 66.

46 Oddný Mjöll Arnardóttir, „Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights” *The European Journal of International Law*, nr 3 (2017): 823.

47 6 Steering Committee for Human Rights, CDDH Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention On Human Rights (CDDH Report), Doc CDDH (2015)R84 Addendum I, 11 December 2015, para. 64. [www.coe.int/t/DGHL/STANDARD-SETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH\(2015\)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARD-SETTING/CDDH/REFORMECHR/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf). [dostęp: 13.08.2020].

czy walor konstytucyjnego charakteru orzeczenia ETPC powinien wiązać się z określonym składem tego trybunału?

Wyroki strasburskiego Trybunału mogą być wydawane przez różne składy sędziowskie. Sędzia zasiadający jednoosobowo może jedynie uznać skargę za niedopuszczalną lub skreślić z listy spraw w Trybunale. Jednak już komitet 3 sędziów może, na zasadzie jednomyślności, uznać ją za dopuszczalną i wydać w tym samym czasie wyrok w sprawie przedmiotu skargi, jeśli tkwiące u podstaw sprawy zagadnienie dotyczące wykładni lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów jest już przedmiotem ugruntowanego orzecznictwa Trybunału. Wyroki mogą być też wydawane przez Izbę Trybunału, jednak zgodnie z art. 43 EKPC, w okresie trzech miesięcy od daty wydania wyroku przez Izbę każda ze stron postępowania może, w wyjątkowych przypadkach, wnioskować o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Zespół pięciu sędziów Wielkiej Izby przyjmie wnioszek, jeśli sprawa ujawnia poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji i jej protokołów lub poważną kwestię o znaczeniu ogólnym. W przypadku, jeśli zespół przyjął wnioszek, sprawę rozstrzyga Wielka Izba w drodze wyroku. Z uwagi zatem na możliwość uchYLENIA wyroku Izby przez Wielką Izbę trybunału w składzie 17 sędziów walor konstytucyjności należałoby raczej przypisywać orzeczeniom wydanym przez ten właśnie skład sędziowski strasburskiego Trybunału.

Mając na uwadze powyższe uwagi, trzeba przyznać, iż określenie, które z kilkunastu tysięcy wydanych już orzeczeń ETPC uznać można za konstytucyjne nie jest sprawą łatwą. We wspomnianym już raporcie Grupy Mędrców odnosząc się do kwestii zdefiniowania wyroków zwanych wyrokami zasadami (ang. *judgements of principle*) stwierdzono, iż „po dogłębnym przedyskutowaniu sprawy Grupa uznała, iż byłoby trudno przyjąć precyzyjną definicję tej kategorii wyroków. Co więcej, nie jest zawsze łatwo zidentyfikować zawczasu wszystkie sprawy, które mogłyby dać podstawę do wydania wyroków zasad”⁴⁸.

Przykładem wyroku ETPC, który można, moim zdaniem, zaliczyć do kategorii wyroków konstytucyjnych czy też wyroków zasad jest wyrok w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w którym Trybunał uznał, iż ekstradycja J. Soeringa naraziłaby go na ryzyko traktowania niezgodnego z artykułem 3 w związku z poddaniem w USA zjawisku tzw. korytarza śmierci (ang. „death-row-phenomenon”), polegającym na kilkuletnim oczekiwaniu w celi śmierci na wykonanie wyroku⁴⁹. Uznanie przez ETPC, iż decyzja państwa-strony o wydaleniu danej osoby może doprowadzić do naruszenia artykułu 3, istotne miało istotne znaczenie z punktu widzenia prawnego i praktyki ekstradycyjnej w państwach europejskich, ustanawiając tym

48 Report of the Group of Wise Persons, pkt 68.

49 Wyrok ETPC w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.7.1989 r., skarga nr 14038/88.

samym określony standard w dziedzinie ochrony praw jednostki. Jednocześnie poziom uzasadnienia tego wyroku oraz oparcie go na zasadach Konwencji pozwala na określenie go mianem konstytucyjnego⁵⁰.

Ze spraw polskich o walorze konstytucyjnym można było mówić np. w przypadku wyroku w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*, w którym ETPC, wbrew stanowisku władz krajowych, argumentujących, iż art. 13 ma być interpretowany jako niemający żadnego zastosowania w kwestii prawa do rozprawy w rozsądnym terminie, zgodnie z gwarancją art. 6 ust. 1, uznał, iż „właściwa interpretacja art. 13 polega na uznaniu, iż artykuł ten gwarantuje skuteczny środek odwoławczy przed władzą krajową od domniemanego naruszenia wymagania wynikającego z art. 6 ust. 1 stwierdzającego, że rozprawa powinna odbyć się w rozsądnym terminie”⁵¹. Trybunał powiązał zatem art. 13 EKPC z art. 6 ust. 1, uznając, że art. 13 wspiera gwarancje, o których mowa w art. 6. Pogląd ten został zaakceptowany w późniejszym orzecznictwie Trybunału i obecnie nie budzi już wątpliwości, że musi istnieć środek odwoławczy na przewlekłość postępowania.

W przypadku niektórych wyroków ETPC wydanych w składzie Izby Trybunału można uznać, iż są one potencjalnie konstytucyjne w zależności od tego, jaki będzie ostateczny werdykt Wielkiej Izby w sprawie. Przykładem może być wyrok Izby Trybunału w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* z 12 marca 2019 r., w której obywatel Islandii pana Guðmundur Andri Ástráðsson podniósł zarzut, iż jego sprawa karna została rozpatrzona przez sąd, który nie był niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą z naruszeniem art. 6 par 1 EKPC⁵². Chodziło o nowy sąd apelacyjny, w którego składzie znalazła się osoba powołana niezgodnie z przepisami prawa islandzkiego. Osoba ta nie została wskazana jako jeden z 15 najbardziej kwalifikowanych kandydatów przez komitet ewaluacyjny ekspertów zgodnie z nową ustawą o sądownictwie. Została ona jednak umieszczona na liście kandydatów przedstawionej przez ministra sprawiedliwości, która to lista została zatwierdzona przez parlament, a następnie kandydaci z tej listy zostali powołani na sędziów przez prezydenta.

ETPC uznał w tej sprawie, iż powołanie osoby do składu sądu apelacyjnego z rażącym naruszeniem mających zastosowanie norm prawa krajowego o charakterze proceduralnym było niezgodne z istotą zasady przewidzianej

50 Zob. m.in. Matylda Pogorzelska, „Całkowity zakaz tortur i narażania na tortury – orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Saadi v. Italy” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, nr 2 (2009): 166.

51 Wyrok ETPC w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* z 26.10.2000 r., skarga nr 30210/96, par. 156.

52 Zob. wyrok ETPC w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* z 12 marca 2019 r., skarga na 26374/18.

w art. 6 ust. 1 Konwencji mówiącej, iż każdy ma prawo do rozpatrzenia jego sprawy przez sąd powołany zgodnie z prawem⁵³. Nie ulega wątpliwości, iż sprawa Ástráðsson dotyczy kwestii, które pozostaje aktualna także w Polsce, m.in. z uwagi na zarzucane upolitycznienie i nieprawidłowości w procesie wyboru sędziów-członków Krajowej Rady Sądownictwa, a także wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 19 listopada 2019 r. w polskiej sprawie A.K. i inni (C-585, 624 i 625/18) i orzeczenia Sądu Najwyższego⁵⁴.

Sprawa Ástráðsson została przyjęta do rozpoznania przez Wielką Izbę (17 sędziów) ETPC w wyniku zakwestionowania przez Islandię wyroku ETPC w składzie izby. Wyrok Wielkiej Izby w tej sprawie będzie miał istotne znaczenie z punktu widzenia określenia standardów dotyczących sądu w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC i może mieć znaczenie konstytucyjne.

Z pojęciem wyroków konstytucyjnych łączone są także tzw. wyroku pilotażowe, które stwierdzają naruszenia systemowe. Wydawanie tych wyroków przez ETPC określone zostało jako „zwrot systemowy”, który po części koresponduje z konstytucyjną wizją Trybunału⁵⁵. Pierwszy wyrok pilotażowy wydany został przez ETPC w sprawie Broniowski przeciwko Polsce z 2004 r., która dotyczyła zarzutu naruszenia prawa własności przewidzianego w art. 1 Protokołu z powodu braku kompensacji za tzw. mienie zabużańskie. ETPC zastosował po raz pierwszy procedurę wyroku pilotażowego. Istotne znaczenie miało stwierdzenie w tym orzeczeniu, iż naruszenie prawa skarżącego wywodziło się z „z problemu o zasięgu powszechnym, wynikającego z nieprawidłowego funkcjonowania polskiego ustawodawstwa oraz praktyki administracyjnej – problemu, który dotknął i nadal dotyka znacznej liczby osób”⁵⁶. Stwierdzając w wyroku pilotażowym problem systemowy Trybunał odnosi ten problem nie tylko w odniesieniu do danego skarżącego, ale do wszystkich znajdujących się w podobnej sytuacji, wzywając państwo do przyjęcia tzw. środków generalnych w systemie krajowym. Środki te powinny uwzględniać sytuację wielu osób dotkniętych naruszeniem i usunąć systemowy defekt, który doprowadził do tego naruszenia.

Według ETPC procedura wyroku pilotażowego ma za zadanie przede wszystkim pomóc państwom-stronom w rozwiązywaniu problemów na poziomie krajowym, zapewniając w krótszym czasie poszanowanie praw osób

53 Ibidem, par. 123.

54 Zob. stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w tej sprawie: „RPO: sprawa islandzka przed ETPCZ może być pomocna dla naprawy polskiego sądownictwa”. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-sprawa-islandzka-w-ETPCz-moze-pomoc-naprawic-polskie-sadownictwo>. [dostęp: 20.08.2020].

55 Zob. Harmsen, „The European Court”, 51.

56 Wyrok ETPC w sprawie Broniowski przeciwko Polsce z 22 czerwca 2004 r., skarga nr 31443/96, par. 189.

dotkniętych systemowym naruszeniem, tym samym także uwalniając Trybunał od rozstrzygnięcia wielkiej liczby podobnych spraw⁵⁷.

Procedura wyroku pilotażowego zastosowana została także m.in. w sprawie *Hutten- Czapska przeciwko Polsce*, w której Trybunał stwierdził naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji z uwagi na istniejący w Polsce w przeszłości system czynszów regulowanych, ponieważ skarżąca nie mogła w sposób dowolny korzystać ze swojej własności ani pobierać czynszu w wysokości przez nią ustalonej. Przyjęto, iż działanie reżimu regulacji czynszu może dotyczyć potencjalnie jeszcze większej niż w sprawie *Broniowski* liczby osób – około 100 000 właścicieli budynków oraz od 600 000 do 900 000 najemców. Uznano zatem, iż okoliczności sprawy ujawniły istnienie systemowego problemu związanego z poważnymi brakami w krajowym porządku prawnym. Niedostatki te, zdaniem Trybunału, polegały na złym funkcjonowaniu ustawodawstwa polskiego dotyczącego mieszkalnictwa w takim zakresie, w jakim nałożyło ono i nadal nakłada na indywidualnych właścicieli nieruchomości ograniczenia w podwyższaniu wysokości czynszu należnego im z tytułu najmu mieszkań będących ich własnością, uniemożliwiając im otrzymywanie czynszu współmiernego do ponoszonych kosztów utrzymania nieruchomości⁵⁸. Sytuacja ta zmieniła się po uchwaleniu w 2006 r. ustawy o zmianie ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁵⁹.

Problematyka naruszeń systemowych, związanych z dysfunkcjami systemów krajowych, które mogą generować znaczną liczbę skarg kierowanych do ETPC, wskazuje z pewnością na charakter trudności niektórych państw w adaptacji do standardów strasburskich. Wyroki pilotażowe dotyczyły przede wszystkim państw z Europy Środkowo-Wschodniej, chociaż nie można zapominać, iż naruszenia systemowe stwierdzane były także np. w sprawach przeciwko Włochom⁶⁰.

57 Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* z 28 września 2005 r., skarga nr 31443/96, par. 35.

58 Wyrok ETPC w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce* z 22.02.2005 r., skarga nr 35014/97, par. 190-191.

59 Ustawa z dnia 15 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2006 r. Nr 249, poz. 1833, z 2012 r. poz. 77).

60 Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Scordino przeciwko Włochom* z 29.03.2006 r., skarga nr 36813/97.

4. Problem legitymizacji ETPC

Z zagadnieniem konstytucjonalizacji ETPC wiąże się ściśle kwestia jego legitymizacji⁶¹. Jest to zagadnienie złożone i z uwagi na ograniczone ramy opracowania można tu jedynie zasygnalizować pewne aspekty tego zjawiska⁶². Z pewnością w przypadku strasburskiego Trybunału legitymizacja ma szczególne znaczenie przede wszystkim z uwagi na to, iż rzutuje na poszanowanie dla wydawanych przez niego orzeczeń. Trybunały o charakterze międzynarodowym nie posiadają systemu egzekwowania ich orzeczeń tak jak sądy krajowe. Uważa się, iż z tego właśnie powodu poszanowanie i wykonywanie ich orzeczeń uzależnione jest od stopnia ich legitymizacji. Z kolei uznawanie instytucji za legitymizowaną wiąże się przede wszystkim z oceną jakości jej autorytetu⁶³. W ujęciu normatywnym legitymizacja ETPC wywodzi się z instrumentu prawnego, stanowiącego o jego funkcjonowaniu, czyli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 4 listopada 1950 r. Legitymizacja ETPC wiąże się jednak bezsprzecznie z samym Trybunałem, jego cechami oraz działalnością.

W przypadku systemu EKPC zwraca się uwagę na specyficzną sytuację Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, która wiąże się w dużej mierze z jego stosunkową dużą swobodą w ramach tego systemu. Zgodnie z art. 19 Konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka został ustanowiony „w celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań wynikających dla Wysokich Układających się Stron z Konwencji”. Jest on właściwy, na podstawie art. 32 EKPC, do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej protokołów. Trybunał ten orzekając na podstawie ogólnych, ramowych norm Konwencji, nie podlega jednak, tak jak sądy krajowe, zasadzie *checks and balances* czyli systemowi hamulców i równowagi, który polega na wzajemnej kontroli i równoważeniu się władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Nadto, jak zauważa M. de Blois, ETPC nie orzeka w ramach rozwiniętej struktury konstytucyjnej, tak jak np. sądy krajowe⁶⁴.

61 Zob. Szerzej na ten temat Adam Wiśniewski, „O legitymizacji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Gdańskie Studia Prawnicze*, t. XXXVIII (2017): 535-546.

62 Zob. m.in. Basak Çalı et al., „The Legitimacy of the European Court of Human Rights: The View from the Ground Strasbourg”, 2011. <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf>. [dostęp: 11.08.2020]: 4.

63 L. R. Helfer, Karen J. Alter, „Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts” *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14 (2013), s. 4. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154129.

64 Autor ten dostrzega jednak znaczenie Statutu Rady Europy dla orzecznictwa ETPC. Matthijs de Blois, „The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights”, [w:] *The Dynamics of the Protection of*

Powoduje to, iż Trybunał ten w istocie sam w istocie decyduje o kierunku rozwoju orzecznictwa. Ograniczenie tej swobody może być zmiana Konwencji lub jej Protokołów, odmowa wykonywania poszczególnych wyroków przez państwo, którego dotyczy dane orzeczenie⁶⁵. Ta ostatnia łączy się to jednak z ryzykiem podważania całego systemu EKPC, którego sukces związany jest przede wszystkim właśnie z jego skutecznością w sferze implementacyjnej.

Problematyka legitymizacji ETPC staje się szczególnie aktualna w związku z kryzysem praw człowieka w Europie oraz wspomnianymi już wcześniej nurtami eurosceptycyzmu oraz populizmu. W tej sytuacji stanowisko orzecznicze ETPC, jego dotychczasowy aktywizm sędziowski – z istoty ponadnarodowy i europejski – spowodował, iż Trybunał ten stał się symbolicznym wręcz i łatwym obiektem krytyki⁶⁶. Wyroki ETPCz, które często wbrew krajowym tendencjom przyznają ochronę także „mniej popularnym” kategoriom społecznym, włączając w to więźniów, przestępców, imigrantów, włóczęgów czy osoby należące do mniejszości, skutkują raczej dolewaniem przysłowiowej oliwy do ognia, aniżeli łagodzeniu tej krytyki. Za przykład mogą tu posłużyć orzeczenia Trybunału w sprawach dotyczących przywrócenia praw wyborczych więźniów, które spotkały się z kontestacją ze strony władz krajowych Zjednoczonego Królestwa. Po odmowie przyjęcia przez Izbę Gmin zmian w prawie umożliwiających wykonanie wyroku ETPC w sprawie Hirst pojawiły się głosy za wycofywaniem się tego kraju spod jurysdykcji ETPC⁶⁷, a Minister Sprawiedliwości, Clark, zapowiedział podjęcie przez rząd

Human Rights in Europe. Essays in Honour of G. Schermers, red. Matthijs de Blois, Henry Schermers, vol. III (Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), 44-45.

65 Ibidem, 45.

66 Jean-Paul Costa, „Current Challenges for the European Court of Human Rights, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights, Leiden Law School”, 10 December 2011, 12. <http://media.leidenuniv.nl/legacy/current-challenges-for-the-european-court-of-human-rights--sackler-lecture-by-costa-doc.pdf>. [dostęp: 05.03.2020].

67 Zob. wyrok ETPC w sprawie Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 5 października 2005 r., nr 74025/01, nr 2. Trybunał uznał, iż ogólny i automatyczny zakaz udziału w wyborach w stosunku do osób osadzon stanowi naruszenie EKPC. Ponieważ władze Zjednoczonego Królestwa zignorowały ten wyrok, w listopadzie 2011 (w sytuacji wniesienia ok. 2500 skarg przez osadzonych), Trybunał w sprawie Greens and M.T. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 21 listopada 2010 r., skargi nr 60041/08 i 60054/08 zobowiązał Zjednoczone Królestwo do zmiany przepisów w terminie sześciu miesięcy. W tej sytuacji Wielkiej Brytanii pojawiły się głosy za wycofaniem się tego kraju spod jurysdykcji Trybunału.

Zjednoczonego Królestwa działań na rzecz zmiany relacji pomiędzy strasburskim Trybunałem a władzami krajowymi.

W Deklaracji z Brighton z 20 kwietnia 2012 r., której zasadniczym celem było zmniejszenie napływu ogromnej ilości skarg do ETPC, przewidziano, na skutek inicjatyw brytyjskich, zamieszczenie w preambule EKPC wzmianki o marginesie oceny przysługującym władzom krajowym. W rezultacie w otwartym do podpisu w dniu 24 czerwca 2013 r. i nadal oczekującym na wejście w życie Protokole 15 do EKPC przewidziano m.in. zmianę w preambule do Konwencji polegającą na dodaniu wzmianki o zasadzie subsydiarności oraz marginesie oceny państw-stron: „Potwierdzając, iż na Wysokich Układających się Stronach, zgodnie z zasadą subsydiarności, spoczywa podstawowa odpowiedzialność za zapewnienie praw i wolności określonych w niniejszej Konwencji i protokołach do niej, oraz iż czyniąc to korzystają one z marginesu oceny poddanego nadzorowi jurysdykcyjnemu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ustanowionego przez Konwencję”. Dodanie wzmianki do Preambuły Konwencji o zasadzie subsydiarności oraz doktrynie marginesu oceny przy jednoczesnym pominięciu innych zasad interpretacyjnych EKPC wypracowanych w orzecznictwie strasburskim, w tym zasady efektywności czy wykładni dynamicznej, może budzić zastrzeżenia. W kontekście kontestacji aktywizmu orzeczniczego Trybunału w ostatnich latach zmianę tę można odczytać jako położenie akcentu na konieczność zachowania sędziowskiej wstrzeźliwości przez Trybunał przy jednoczesnej tendencji po stronie państwa-strony do ograniczenia aktywistycznych sposobu orzekania przez ETPCz.

Zmiany te nie pozostały bez echa jak idzie o funkcjonowanie ETPCz. Znamienne jest, iż Trybunał krytykowany jest obecnie m.in. za mało progresywne orzecznictwo, brak reakcji na zagrożenia państwa prawa w krajach takich jak Polska. Trybunałowi zarzucono wręcz, iż swoją bierną postawą doprowadza do swojej deligitymizacji⁶⁸.

Jednym z zarzutów, jakie się stawia strasburskiemu Trybunałowi, jest również zarzut dotyczący braku demokratycznej legitymizacji, zwłaszcza gdy orzeka on o ważnych kwestiach moralnych, które w państwach o ustrojach demokratycznych rozstrzygane są w ramach procedur demokratycznych. Należy pamiętać, iż EKPC uwikłany jest w swoiste dylematy związane z orzekaniem o fundamentalnych niekiedy dylematach demokratycznych społeczeństw europejskich, pomimo iż nie jest wyłaniany w demokratycznych wyborach. Z jego działaniem łączą się zatem o napięcia pomiędzy orzekaniem

68 Zob. Ewa Łętowska, „Dialog głuchych: ETPCz-organy krajowe”, wystąpienie na webinarium: Europejski Trybunał Praw Człowieka a kryzys praworządności w Polsce. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/europejski-trybunal-praw-czlowieka-kryzys-praworzadnosci-w-polsce>. [dostęp: 16.8.2020].

o ważnych kwestiach na poziomie strasburskiego Trybunału, a z drugiej, potrzebą poszanowania wyborów demokratycznych podejmowanych przez społeczeństwa poszczególnych krajów europejskich. Sprawy trafiające do Strasburga w związku z zarzutem naruszenia przez państwo-stronę praw chronionych w EKPC i Protokołach dodatkowych wiążą się również z potrzebą rozstrzygnięcia nieuchronnych konfliktów, jakie zachodzą pomiędzy np. interesem jednostki i jej prawami, interesem społecznym czy też publicznym sprzecznościami zachodzącymi pomiędzy poszczególnymi prawami chronionymi Konwencją (np. prawem do wolności wypowiedzi a prawem do prywatności). Podobny dylemat pojawia się pomiędzy dążeniem do zapewnienia jednolitych, europejskich standardów praw człowieka, a z drugiej strony, znacznymi niekiedy różnicami zachodzącymi pomiędzy 47 państwami-stronami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w wymiarze społecznym, kulturowym, politycznym, historycznym itp. Sprawy takie jak *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁶⁹ dotycząca prawa do eutanazji dla nieuleczalnie chorej kobiety, pokazują, iż spory dotyczące charakteru praw człowieka nie są ograniczone do dyskusji w wymiarze uniwersalnym, ale toczą się także w ramach kultury europejskiej.⁷⁰ Dylematy, przed którymi staje Europejski Trybunał stosując EKPC mają *par excellence* wymiar filozoficzny, skłaniając do refleksji na temat roli tego międzynarodowego organu sądowego w demokratycznej i wielokulturowej Europie.

Strasburskiemu trybunałowi zarzucono w związku z tym m.in., iż w odróżnieniu od sądów, takich jak Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych lub najwyższych organów sądowych w innych krajach pełniących podobną funkcję, nie posiada „legitymizacji konstytucyjnej” (*constitutional legitimacy*)⁷¹. Podobne tendencje kontestujące jurysdykcję ETPC pojawiły się m.in. w Rosji. Rosyjski Trybunał Konstytucyjny stwierdził w wyroku z 14 lipca 2015 r., że chociaż Konstytucja Rosyjska i EKPC są oparte na tych samych podstawowych wartościach, w przypadku sprzeczności między nimi w odniesieniu do praw i wolności człowieka i obywatela, należy dać pierwszeństwo Konstytucji⁷². W związku z tym Rosja nie jest zobowiązana do przestrzegania orzeczeń ETPC dosłownie, gdy wykonanie wyroku byłoby sprzeczne z konstytucyjnymi wartościami Rosji. To orzeczenie Trybunału

69 Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 29/04/2002 r., skarga nr 2346/02.

70 Zob. Peter Baehr, „Controversies In the Current International Human Rights Debate” *Human Rights Working Papers*, nr 3 (2000): 3.

71 Michael O’Boyle, „The Future of the European Court of Human Rights” *German Law Journal*, nr 10 (2011): 1864.

72 Kerttu Mäger, „Enforcing the Judgments of the ECtHR in Russia in Light of the Amendments to the Law on the Constitutional Court” *Juridica International*, vol. 24 (2016): 17.

Konstytucyjnego jest wyraźną wskazówką zmiany nastawienia politycznego w Rosji odnośnie do realizacji orzeczeń strasburskiego⁷³.

Proces konstytucjonalizacji ma istotny związek z legitymizacją Trybunału, wzmacniając jego rangę jako ponadnarodowego organu sądowego, orzekającego o standardach praw człowieka dla całej Europy. Pamiętać jednak należy, iż tendencja do konstytucjonalizacji, związana z aktywizmem ETPC, stanowi też źródło krytycyzmu zarówno ze strony sądów krajowych, szczególnie sądów najwyższych, które z niechęcią podchodzą do podważania ich orzeczeń przez Trybunał, a także ze stron państw-stron, które uważają, iż pewne decyzje powinny pozostawać w sferze zarówno kompetencji, jak i odpowiedzialności rządów oraz parlamentów krajowych⁷⁴. Zwraca się przy tym uwagę, iż nieufność ta wynika ze zderzenia różnych sfer konstytucjonalizmu, a uznawanie ETPC za trybunał o charakterze konstytucyjnym budzi niekiedy zastrzeżenia z punktu widzenia krajowych wartości konstytucyjnych⁷⁵.

W kontekście przedstawionych nurtów krytyki ETPC oraz sygnalizowanego kryzysu wiążącego się nie tylko niewydolnością systemu implementacyjnego EKPC spowodowaną nadmierną ilością skarg, ale także zarzucanym Trybunałowi „uspianiem” w obliczu zagrożeń dla praw jednostki, postawić można zasadnie pytanie, czy konstytucjonalizacja ETPC jest możliwa? Odpowiadając na to pytanie stwierdzić należy przede wszystkim, iż konstytucjonalizację w odniesieniu do Strasbourga postrzegać należy nie jako stan statyczny, ale raczej jako długofalowy proces, w którym zdarzają się wzloty i upadki. Niewątpliwie jednak transformację Trybunału w kierunku paneuropejskiego sądu konstytucyjnego Europy, który określa standardy praw jednostki dla całej Europy, uznać należy za słuszny.

W obliczu obecnego stanu kryzysowego czy wręcz zapaści wydaje się, iż wyjściem z tego stanu może być polityka samego Trybunału, oparta m.in. na stosowanej już przez ten organ wcześniej swoistej „dyplomacji praw człowieka”, a także jego wzmocnienie o charakterze instytucjonalnym.

Jak idzie o pierwszy ze wspomnianych sposobów pamiętać należy, iż podstawę dla aktywizmu ETPC poczynszy od drugiej połowy lat siedemdziesiątych XX w., i związanej z tym ekstensywnej interpretacji praw i wolności chronionych Konwencją, stworzyła swoista dyplomacja tego Trybunału.

73 Maria Smirnova, „Russian Constitutional Court affirms Russian Constitution’s supremacy over ECtHR decisions” *in* *July ημνηο. EJIL Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <http://www.ejiltalk.org/russian-constitutional-court-affirms-russian-constitutions-supremacy-over-ecthr-decisions/>. [dostęp: 11.01.2020].

74 Costa, „Current Challenges”, 11.

75 Jaakko Husa, „Nordic Constitutionalism and European Human Rights Law – Mixing Oil with Water?” *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55 (2011): 102.

Zdołał on bowiem uzyskać zaufanie państw-stron, przy czym istotną w tym rolę odegrała doktryna marginesu oceny, która wykorzystywana była przez Trybunał umiejętnie do elastycznego określenia jego roli w procesie stosowania Konwencji na styku kompetencji Trybunału oraz władzy suwerennych państw-stron EKPC. Doktryna ta pozwalała od początku na unikanie „szkodliwej konfrontacji pomiędzy Trybunałem a państwami-stronami dotyczącej sfer ich władzy i umożliwia Trybunałowi wyważenie suwerenności państw-stron z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji”⁷⁶.

Istotne jest to, iż Trybunał, orzekając o standardach prawa człowieka postrzegany jest jako swego rodzaju moralny kompas czy też sumienie całej Europy⁷⁷. Doraźne ustępowanie wobec nacisków politycznych, łączące się z rezygnacją z wcześniej wypracowanych zasad, stanowić może w perspektywie długofalowej poważne zagrożenie dla legitymizacji zarówno samego Trybunału, jak i całego systemu Konwencji. Dlatego też, w obliczu narastającego krytycyzmu wobec orzecznictwa strasburskiego, ETPC nie powinien ulegać takim naciskom czy nastrojom, jeżeli ma wywodzić istotną część swojej legitymizacji ze statusu moralnego kompasu Europy.

Badania nad zjawiskiem legitymizacji ETPC pokazują, iż spore znaczenie ma poparcie dla Trybunału nie tylko ze strony rządów, ale także zwłaszcza sędziów krajowych, prawników czy polityków⁷⁸. Co istotne, krajowi aktorzy rozróżniają pomiędzy popularnością a legitymizacją i sam brak popularności nie umniejsza dla nich legitymizacji strasburskiego sądu. Oznacza to, iż Trybunał może wydawać odważne, niepopularne wyroki nie obawiając się utraty legitymizacji⁷⁹.

Z kolei jak idzie o wspomniane wsparcie instytucjonalne ETPC, rozwiązaniem mającym w założeniu wzmocnić konstytucyjną pozycję ETPC jest propozycja zawarta we wspomnianym już raporcie Grupy Mędrców, w którym stwierdzono: „byłoby użyteczne, aby wprowadzony został system, na podstawie którego sądy krajowe mogłyby występować do Trybunału o opinie doradcze w sprawach związanych z interpretacją Konwencji i jej protokołów. Rozwiązanie to wzmocniłoby dialog pomiędzy sądami oraz wzmocniłoby „konstytucyjną” rolę Trybunału”⁸⁰. Realizacją tego postulatu jest nadal oczekujący na wejście w życie Protokół 16 do EKPC z 2 października 2013 r.,

76 Zob. Ronald, Steven, John Macdonald, „The Margin of Appreciation”, [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, red. Ronald, Steven, John Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold (Dordrecht-Boston-Londyn: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 123.

77 Zob. Wiśniewski, „O legitymizacji”, 543.

78 Çalı et al., „The Legitimacy of the European Court”, 35.

79 Ibidem.

80 Report of the Group of Wise Persons, pkt 81.

na mocy którego Trybunał będzie mógł wydawać opinie doradcze na wniosek, jak stwierdzono w art. 1 ust. 1 Protokołu, „sądów i trybunałów wyższej instancji Wysokich Umawiających się Stron”. Przypomnijmy, iż art. 47 Konwencji przyznaje Trybunałowi kompetencje do wydawania opinii doradczych w kwestiach prawnych dotyczących wykładni Konwencji i jej protokołów na wniosek Komitetu Ministrów, a zatem organowi decyzyjnemu Rady Europy. Po wejściu w życie Protokołu 16 postępowanie w sprawie wydania opinii doradczej będzie mogło być inicjowane nie tylko, jak dotychczas, przez organ wykonawczy Rady Europy, ale, na szczeblu krajowym, przez najwyższe organy sądowe umawiających się stron. Protokołu stwarza niewątpliwie po raz pierwszy podstawy formalnoprawne do prowadzenia dialogu pomiędzy najważniejszymi organami sądowymi w państwach-stronach Konwencji a Trybunałem strasburskim. Aczkolwiek zasadniczym celem tego dialogu, jak się wskazuje, ma być wzmocnienie implementacji postanowień EKPC w sferze krajowej, to bez wątpienia instytucja wniosków sądów krajowych o opinię doradczą będzie pełniła także ważną rolę konstruktywnym w kształtowaniu europejskich standardów praw człowieka. Trudno na obecnym etapie prognozować jakie problemy praktyczne pojawią się w związku z wprowadzeniem nowej instytucji. Bez wątpienia jednak wprowadzenie nowego mechanizmu będzie kolejnym krokiem w kierunku uczynienia Trybunału strasburskiego trybunałem konstytucyjnym Europy rozstrzygającym na poziomie europejskim najważniejsze zagadnień i problemów wspólne dla wszystkich państw-stron EKPC.

Wzmocnienie pozycji ETPCz może nastąpić także na skutek przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Przypomnieć należy, iż w artykule 17 Protokołu 14 do EKPC przewidziano możliwość przystąpienia UE do Konwencji. Z drugiej strony podpisany 13 grudnia 2007 r. Traktat Lizboński nadaje Karcie Praw Podstawowych obowiązujący charakter oraz otwiera Unii drogę do przystąpienia do EKPC. Wprawdzie negocjacje w sprawie tego przystąpienia nadal się toczą⁸¹, z pewnością jednak przystąpienie to ostatecznie nastąpi. Będzie to korzystne dla zapewnienia spójnej ochrony praw podstawowych w całej Europie, nie tylko w ramach UE, przy czym na skutek akcesji Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej byłby związany orzecznictwem ETPC, umocni to zatem pozycje strasburskiego Trybunału.

5. Wnioski

Odpowiadając na pytanie postawione w tytule tego opracowania można stwierdzić, iż zjawisko konstytucjonalizacji ETPCz jest raczej pewnym

81 Zob. Aktualną informację na temat stanu tych negocjacji: *EU accession to the ECHR*. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accesion-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>. [dostęp: 26.8.2020].

długotrwałym procesem niż istniejącym stanem rzeczy. Jest to przy tym proces, w którym realizowany jest zarówno indywidualny wymiar sprawiedliwości oparty na instytucji skargi indywidualnej, jak i wymiar sprawiedliwości o charakterze *quasi*-konstytucyjnym, którego wyrazem są wyroki strasburskiego Trybunału o charakterze konstytucyjnym⁸². Przebieg tego procesu i jego wynik uzależniony jest od różnych czynników, przy czym szczególnie ważną rolę pełni poziom legitymizacji ETPCz. Poziom ten z kolei uzależniony jest zarówno od samego ETPC, jak i od podmiotów zewnętrznych, w tym od postawy państw-stron, w tym ich najwyższych sądów krajowych oraz gotowości do wykonywania wyroków strasburskiego trybunału.

Istotna rola ETPC w tym procesie oznacza, iż może on przyczyniać się zarówno do pogłębiania procesu konstytucjonalizacji, jak i do jego osłabiania. Wiele zależy od samego Trybunału, jego odwagi, poziomu wydawanych orzeczeń, a także gotowości państw do uznawania roli konstytucyjnej ETPC. Trzeba bowiem na kwestię konstytucyjności spojrzeć w szerszym kontekście. Pomimo odradzających się na kontynencie europejskim nurtów antydemokratycznych i eurosceptycznych, powrotu do akcentowania znaczenia suwerenności państwowej zarówno Konwencja, jak i Trybunał powinny pozostać stałym elementem europejskiego porządku publicznego na kontynencie europejskim tworzonoego z trudem po II wojnie światowej. Niewątpliwie stanowią bowiem wielkie osiągnięcie europejskiej kultury prawnej potwierdzające jej antropocentryczny charakter. Idzie zatem o to, aby długofalowo ETPC nie tylko nie zaprzestał realizowania swojej misji urzeczywistnienia ducha Konwencji i obrony praw człowieka w Europie, ale aby realizował tę misję konstytucyjnie, jako trybunał konstytucyjny Europy w dziedzinie praw człowieka.

Bibliografia

- Arnardóttir Oddný Mjöll, „Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights” *The European Journal of International Law*, nr 3 (2017): 819- 843.
- Baehr Peter, „Controversies In the Current International Human Rights Debate” *Human Rights Working Papers*, nr 3 (2000): 3-15.
- Balcerzak Michał, „Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka a zagadnienia wybrane”, [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. Cezary Mik. 77–91. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2005.

82 Steering Committee for Human Rights (CDDH). Guaranteeing the Longterm Effectiveness of the European Court of Human Rights. Final Report Containing Proposals of the CDDH. Adopted by the CDDH on 4 April 2003, Strasbourg, CDDH (2003)006 Final, s. 3 (par. 11).

- Beernaert Marie-Aude, „Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards Greater Efficiency? And at What Price?” *European Human Rights Law Review*, nr 5 (2004): 544-557.
- Breuer Marten, „»Principles Resistance« to ECtHR Judgments: Dogmatic Framework and Centeptual Meaning”, [w:] *Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?*, red. Marten Breuer. 3-34. Heidelberg: Springer, 2019.
- Çalı Basak, Anne Koch, Nicola Bruch, „The Legitimacy of the European Court of Human Rights: The View from the Ground Strasbourg”, 2011, <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf>.
- Cameron David, „What’s wrong with the European court of human rights?”. <https://www.theguardian.com/politics/reality-check-with-polly-curtis/2012/jan/25/european-court-of-human-rights>.
- Christoffersen Jonas, Mikael Rask Madsen, „Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Polics”, [w:] *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, red. Jonas Christoffersen, Mikael Rask. 1-13. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Costa Jean-Paul, „Current Challenges for the European Court of Human Rights, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights, Leiden Law School”, 10 December 2011. <http://media.leidenuniv.nl/legacy/current-challenges-for-the-european-court-of-human-rights--sackler-lecture-by-costa-doc.pdf>.
- de Blois Matthijs, „The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights”, [w:] *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Esseys in Honour of G. Schermers*, red. Matthijs de Blois, Henry Shermers. vol. III. 31-49. Dordrecht-Boston-London: Martinus Njhoff Publishers, 1994.
- Drzewicki Krzysztof, „Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – filozofia zmian czy zmiana filozofii?” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 6 (2006): 4-13.
- Dzehtsiarou Kanstantsin, Vassilis Tzevelekos, „The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights” *European Convention on Human Rights Law Review*”, nr 1 (2020): 1-6.
- „EU accession to the ECHR”. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>.
- The European Court of Human Rights and its Discontents*, red. Spyridon Flogati, Tom Zwart, Julie Fraser. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- Garlicki Lech, Luzius Wildhaber, „Torując drogę dalekosiężnej wizji europejskiej ochrony praw człowieka w XXI w. II Szczyt Rady Europy i Europejskiej

- konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”, [w:] *Polska i Rada Europy 1990–2005*, red. H. Machińska. 105-124. Warszawa: Biuletyn Biura Informacji Rady Europy, 2006.
- Greer Stephen, „Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 3 (2003): 405-433.
- Gronowska Bożena, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2011.
- Flauss Jean-François, „La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Court constitutionnelle?” *Revue française de Droit constitutionnelle*, nr 36 (1999): 711-728.
- Greer Steven, Luzius Wildhaber, „Revisiting the Debate about »constitutionalising« the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, nr 12 (2013): 655-687.
- Harmsen Robert, „The European Court of Human Rights as a »Constitutional Court«”, [w:] *Judges, Transition, and Human Rights*, red. Morison John, Mc Evoy Kieran, Gordon Anthony. 33-53. Oxford: Oxford University Press 2007.
- Helfer Lawrence, „Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime” *The European Journal of International Law*, nr 1 (2008): 125-159.
- Helfer Lawrence, Karen Alter, „Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts” *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14 (2013): 479-503.
- Husa Jaakko, „Nordic Constitutionalism and European Human Rights Law – Mixing Oil with Water?” *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55 (2011): 102-124.
- Kowalska Renata, „Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Biuletyn Biura Informacji Rady Europy*, nr 1 (2004): 3-16.
- Letsas George, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Łętowska Ewa, *Dialog głuchych: ETPCz-organy krajowe*, wystąpienie na webinarium: Europejski Trybunał Praw Człowieka a kryzys praworządności w Polsce. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/europejski-trybunal-praw-czlowieka-kryzys-praworzadnosci-w-polsce>.
- Mäger Kerttu, „Enforcing the Judgments of the ECtHR in Russia in Light of the Amendments to the Law on the Constitutional Court” *Juridica International*, vol. 24 (2016): 14-22.
- Macdonald Ronald, John Steven, „The Margin of Appreciation”, [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, red. Ronald, Steven, John

- Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold. 83-124. Dordrecht-Boston-Londyn: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Mahoney Paul, „An Insider’s View of the Reform Debat (How to Maintain the Effectiveness of the European Court of Human Rights” *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechte – Bulletin*, nr 29 (2004): 170-175.
- Mik Cezary, „Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego”, [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. Cezary Mik. 11-35. Toruń, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2005.
- Merrills John Graham, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester: Manchester University Press, 1995.
- Mowbray Alister, „The Creativity of the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Journal*, nr 1 (2005): 57-79.
- O’Boyle Michael, „The Future of the European Court of Human Rights” *German Law Journal*, nr 10 (2011): 1862-1878.
- Pogorzelska Matylda, „Całkowity zakaz tortur i narażania na tortury – orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Saadi v. Italy” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, nr 2, (2009): 163-178.
- Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers CM Documents, 979bis Meeting, 15 November 2006, CM(2006) 203, pkt 24. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893.
- Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 27.09.2001 r., pkt 98. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f3d0b>.
- Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w tej sprawie: RPO: sprawa islandzka przed ETPCZ może być pomocna dla naprawy polskiego sądownictwa. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-sprawa-islandzka-w-ETPCz-moze-pomoc-naprawic-polskie-sadownictwo>.
- State of Democracy, „Human rights and the Rule of Law, Populism – How strong are Europe’s checks and balances? Report by the Secretary General of the Council of Europe 2017”, Council of Europe, April 2017. https://www.coe.int/en/web/portal/news-2017/-/asset_publisher/StE-Vosr24HJ2/content/populism-how-strong-are-europe-s-checks-and-balances-?inheritRedirect=false.
- Smirnova Maria, „Russian Constitutional Court affirms Russian Constitution’s supremacy over ECtHR decisions”. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <http://www.ejiltalk.org/russian-constitutional-court-affirms-russian-constitutions-supremacy-over-ecthr-decisions/>.

- Steering Committee for Human Rights (CDDH). *Guaranteeing the Long-term Effectiveness of the European Court of Human Rights. Final Report Containing Proposals of the CDDH. Adopted by the CDDH on 4 April 2003, Strasbourg, CDDH(2003)006 Final.*
- Tulkens Françoise, Marc Fischbach, Josep Casadevall, Wilhelmina Thomasen, „Pur le droit de recours individuel”, [w:] *La réforme de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruylant, red. Christophe Pettiti. 170-175. Bruksela: Bruylant 2003.
- Wiślak Tomasz, „O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego – ku konstytucji społeczności międzynarodowej?” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. VIII (2010): 49-79.
- Wildahber Luzius, „A Constitutional Future for the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Journal*, nr 507 (2002): 161-165.
- Wiśniewski Adam, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2008.
- Wiśniewski Adam, „O legitymizacji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Gdańskie Studia Prawnicze*, tom XXXVIII (2017): 535-546.
- Zajadło Jerzy, „Konstytucjonalizacja”, [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego. 100 podstawowych pojęć*, red. Anna Przyborowska-Klimczak, Dorota Pyć. 131-138. Warszawa: C.H. Beck, 2012.

Postlegislacyjna ocena skutków regulacji na szczeblu federalnym w Stanach Zjednoczonych

Post-Legislative Regulatory Impact Analysis in American Federal System

In all legal systems, particular importance is attached to legislation. Nowadays, it is the domain of two authorities: legislative and executive power. This understanding of legislation conditioned by this assumption covers, therefore, both statutes, acts of the rank of the statutes and generally applicable acts of executive nature. It also allows analyzing an institution particularly interesting in the American system – Regulatory Impact Analysis. Such analysis is prepared in relation to executive acts issued by federal regulatory agencies. President Donald Trump decided to introduce in 2017 the „two out-one in” principle, which may significantly change the process of preparing such analysis. These issues are important due to the possible plans to reform Polish solutions in that manner. In the United States, there is also a procedure for checking the effectiveness of regulations conducted by the services subordinated to Congress. As far as its basis is concerned, this solution does not differ from those of the Polish Bureau of Research of the Chancellery of the Sejm.

Paweł Króliczek

*magister prawa
Uniwersytet Śląski w Katowicach*

ORCID – 0000-0001-9714-1085

Słowa kluczowe:
ocena skutków regulacji, legislacja,
postlegislacyjna ocena regulacji,
amerykańskie prawo konstytucyjne

Key words:
regulatory impact analysis, legislation,
postlegislative regulatory impact analysis,
American constitutional law

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.141>

Wprowadzenie

Zarządzanie państwem wymaga od władzy politycznej podejmowania decyzji, których wprowadzenie okupione jest kosztami społecznymi, gospodarczymi i politycznymi. Dlatego konieczne jest by tworzeniu prawa towarzyszyło powstawanie analiz, które określą ich skutki – zarówno pozytywne, jak i negatywne. Szczególnie istotnym elementem procesu legislacyjnego musi być zatem analiza przewidywanych konsekwencji wprowadzanych rozwiązań oraz przegląd istniejących już przepisów pod kątem ich ewentualnego uchylenia lub udoskonalenia. To właśnie proces powstawania

ocen skutków regulacji stanowi przedmiot zainteresowania niniejszego opracowania. W Stanach Zjednoczonych, podobnie jak w pozostałych państwach demokratycznych, stanowienie prawa jest domeną zarówno legislatywy, jak i egzekutywy. Dlatego analizie poddano tutaj Regulatory Impact Analysis sporządzane przez agendy władzy wykonawczej oraz raporty tworzone przez Congressional Research Center dla parlamentarzystów.

W części pierwszej niniejszego opracowania znalazły się rozważania dotyczące roli amerykańskiego rządu federalnego w kształtowaniu polityk regulacyjnych państwa. Jest to ciekawe, zwłaszcza że konstytucja z 1787 r. właściwość władz centralnych normuje dość wąską. W drugiej części analizie poddano instytucję agencji regulacyjnych, które są – co do zasady – obce polskiemu prawu konstytucyjnemu, a mają zasadnicze znaczenie w stanowieniu prawa w Stanach Zjednoczonych. Kolejne dwie części poświęcono pozaparlamentarnym ocenom skutków regulacji oraz zmianom, które wprowadzono do procesu ich tworzenia w 2017 r. W piątej części natomiast opisano działalność służb parlamentarnych w omawianym zakresie. Niniejsze opracowanie ma przedstawiać ciekawe rozwiązania przyjęte w państwie o rozwiniętej demokracji proceduralnej. Być może niektóre, dotąd nierecypowane w Polsce okażą się warte zastanowienia.

1. Ewolucja znaczenia rządu federalnego w Stanach Zjednoczonych

Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy postawionego w tytule problemu należy odnieść się do zakresu władztwa rządu federalnego. Tylko bowiem te kwestie, które ustrojodawca poddał władzy centralnej, podlegać mogą przecież ocenie skutków regulacji (*ex ante* oraz *ex post*) na szczeblu federalnym. Konieczne jest w tym zakresie przywołanie treści art. I §8 konstytucji federalnej. Stanowi on, że Kongres uprawniony jest do prawodawstwa w zakresie państwowej polityki daninowej, budżetowej, handlowej, poczty, edukacji, sądownictwa federalnego, spraw wojskowych (tzn. tworzenia i utrzymywania wszystkich rodzajów sił zbrojnych) oraz przyjmowania ustaw koniecznych dla zapewnienia sprawnego działania organów państwa w innych kwestiach należących do ich właściwości, wynikających także z osobistych uprawnień piastunów poszczególnych urzędów (z ang. *necessary and proper clause*)¹.

Pierwotnie dość wąskie granice właściwości władzy federalnej² zostały znacznie rozszerzone dopiero po zakończeniu wojny secesyjnej. To właśnie

1 Artykuł I § 8 Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

2 W polskiej literaturze przedmiotu problem ten poruszają m.in.: Wacław Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969), 78-84; Cezary Błaszczyk, *Amerykańska myśl wolnościowa: od liberalizmu do libertarianizmu* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2018), 84; Anna M. Ludwikowska,

wówczas zaszły w Stanach Zjednoczonych ogromne przemiany, które w zasadzie stworzyły amerykańską tożsamość państwową i narodową. Ogromną rolę w poszerzeniu uprawnień rządu federalnego odegrała XIV nowela do konstytucji³. Jej §5 stanowi, że centralna władza ustawodawcza uprawniona jest do wprowadzenia przepisów zapewniających wykonanie powierzonych jej w tej noweli kompetencji, wśród nich obowiązku zagwarantowania wszystkim obywatelom Stanów Zjednoczonych tzw. równej ochrony prawa i ochrony przed prawodawstwem stanowym ingerującym w sferę ich uprawnień⁴. Przepis z pozoru dotyczący przede wszystkim byłych niewolników i innych osób pozbawionych dotąd prawa do obywatelstwa w stanach Południa stał się podstawą do zmiany całego amerykańskiego konstytucjonalizmu, a także relacji pomiędzy władzą centralną a lokalną⁵. Podobnie jak we wszystkich innych dziedzinach ustroju, tak i w tym zakresie szczególną rolę odegrało sądownictwo, zwłaszcza Sąd Najwyższy. Nie jest możliwe omówienie w tym miejscu linii orzeczniczej poświęconej temu zagadnieniu, jednak warto zauważyć, iż w orzeczeniach *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985)⁶, *City of Rome v. United States* (1980)⁷ oraz *National League of Cities v. Usery* (1976)⁸ Sąd Najwyższy orzekał o zgodności z konstytucją USA przepisów federalnych, które nakładały na władze stanowe pewne obowiązki w sferach zarezerwowanych dotąd do wyłącznej właściwości stanów (np.

System źródeł prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne (Toruń: TNOIK. Dom Organizatora, 1999), 119-137.

- 3 Arthur Selwyn Miller, „The Changing Role of the United States Supreme Court” *Modern Law Review*, nr 6 (1962): 642.
- 4 XIV nowela do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, §1 i 5. Krótkiego wyjaśnienia wymaga to, że w artykule tym wykorzystuje się pojęcie noweli zamiast poprawki. Biorąc pod uwagę semantyczne znaczenie drugiego z tych terminów, powinno się z niego korzystać przy wprowadzaniu zmian do istniejących przepisów. W przypadku amerykańskiej konstytucji zmiany wprowadzane od 1791 r. mają – w zdecydowanej większości – charakter oryginalny, wprowadzają nowe treści i kategorie do ustawy zasadniczej. Dlatego słowo „nowela” wydaje się być bardziej odpowiednie.
- 5 Akhil Reed Amar, „Fourteenth Amendment as a New Constitution”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 3*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler (New York: MacMillan Reference, 2000), 1090-1092.
- 6 *Garcia v. San Antonio Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985).
- 7 *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156 (1980).
- 8 *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976).

konieczność podniesienia wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przez stan do wysokości ustalonej przez władze centralne), rozszerzając tym samym faktycznie zakres władzy rządu centralnego. W jednym z nich stwierdzono wprost, że przepisy XIII, XIV i XV noweli zostały wprowadzone do ustawy zasadniczej przede wszystkim po to, by ograniczyć autonomię stanów⁹.

Dla rozszerzania zakresu właściwości państwa amerykańskiego szczególnie istotne było zmieniające się podejście do wykładni konstytucji. Już sam wstęp do ustawy zasadniczej dostarczył pewnych środków ułatwiających ten proces. Wymienia on szereg ogólnych obowiązków ciążyących na rządzie federalnym. Wśród nich na szczególne podkreślenie zasługują zapewnienie ogólnego dobrobytu, utrzymanie wszelkich dobrodziejstw wolności, ustanowienie sprawiedliwości etc. Umieszczanie w aktach prawnych tego rodzaju nieostrych określeń umożliwia dokonywanie pewnych zmian w stosowaniu aktu prawnego bez konieczności spełnienia wymogów związanych z procedurą zmiany jego tekstu. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że wynikająca zeń klauzula ogólnego dobrobytu (z ang. *general welfare clause*) sprawiła, iż stany zostały sprowadzone w praktyce do roli jedynie wykonawcy socjalnych programów federalnych, co ma istotne znaczenie dla tematyki tego opracowania. To bowiem agencje regulacyjne są odpowiedzialne w dużej części za prowadzenie tej polityki. Wsparciem dla rosnących aspiracji władzy centralnej okazała się również stanowiąca podstawę dla uznania prawa federalnego za nadrzędne względem prawa stanowego klauzula supremacyjna (z ang. *supremacy clause*¹⁰). Niemal od zarania istnienia USA pozwala ona Sądowi Najwyższemu orzekać o zgodności prawa stanowego z przepisami prawa federalnego¹¹. W budowaniu przewagi centrum nad

-
- 9 „Those Amendments were specifically designed as an expansion of federal power and an intrusion on state sovereignty” (zob. *City of Rome*, część III lit C uzasadnienia).
- 10 Zob. Art. VI §2 Konstytucji USA („Niniejsza konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy Stanów Zjednoczonych oraz wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe. Jest ono wiążące dla sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą”).
- 11 Zob. *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 199 (1796). Sprawa ta dotyczyła bezpośrednio prawa międzynarodowego, tj. Traktatu Jay’a zawartego w 1794 r. pomiędzy Wielką Brytanią i Stanami Zjednoczonymi. Problem prawny, który musiał rozstrzygnąć Sąd Najwyższy polegał w istocie jednak na tym, czy stan jest związany umową międzynarodową, zawartą przez rząd federalny, i poprzez odpowiednią ratyfikację inkorporowaną do system prawa federalnego. Sąd Najwyższy po raz pierwszy skorzystał wówczas z klauzuli supremacyjnej, która zakłada pierwszeństwo prawa

stanami istotną rolę odegrała również wspomniana wyżej klauzula art. I ustawy zasadniczej, która uprawnia Kongres do uchwalania przepisów zapewniających wykonanie przysługujących władzy centralnej kompetencji. Pozwala ona na przyjmowanie w zasadzie dowolnych rozwiązań w tej mierze.

Powołać w tym miejscu wypada jeszcze jeden istotny fragment amerykańskiego *acquis constitutionnel*, który ma wpływ na kompetencje władz federalnych (także rozmaitych agend rządowych). Jest to tzw. *implied powers clause*, która została ugruntowana już w 1819 r. w precedensowym wyroku w sprawie *McCulloch v. Maryland*¹². Treścią wprowadzonego nim rozwiązania było wywodzenie z tekstu konstytucji kompetencji wyraźnie w niej nieprzesądzonych, wynikających z celu, który przyświecał Ojcom Założycielom. Odwoływano się doń wielokrotnie. Jej znaczenie jest w tej kwestii nie do przecenienia, warto więc przypomnieć myśl Williama Rehnquista. Stwierdził, że ograniczona właściwość Kongresu (i innych organów władz federalnych) jest największym mitem amerykańskiego konstytucjonalizmu obalonym raz po raz przez sam Sąd¹³.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Sąd Najwyższy, przyjmując rozszerzającą wykładnię konstytucji, co obecnie poddaje się ostrej krytyce (zwłaszcza w odniesieniu do spraw światopoglądowych), kierował się także zmianami społeczno-ekonomicznymi, którym podlegały Stany Zjednoczone w ostatnich dwustu latach. Najistotniejsze niewątpliwie miały miejsce na przełomie XIX i XX wieku oraz kolejnych dziesięcioleciach. Wydarzenia takie jak ekspansja terytorialna za zachód kontynentu, pierwsza (a później druga) wojna światowa, kryzys ekonomiczny lat trzydziestych, ale również wzrost mobilności ludności uwidoczniły konieczność podejmowania działań, które skuteczne mogły być jedynie wówczas, gdy obejmowały obszar całego państwa¹⁴, a zapewnić może to jedynie władza federalna.

2. Instytucja agencji regulacyjnych w amerykańskim prawie publicznym

W amerykańskim konstytucjonalizmie instytucja agencji regulacyjnych (ang. *regulatory agencies*) znana jest w zasadzie od początku

federalnego nad stanowym w sprawach przekazanych właściwości rządowi centralnego. Z tego powodu w doktrynie powszechnie uważa się, że orzeczenie to jest fundamentem relacji pomiędzy rządem centralnym a poszczególnymi stanami.

12 *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316, (1819).

13 Zdanie odrębne Sędziego SN W. H. Rehnquista do orzeczenia ws. *Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Assn.*, 452 U.S. 264 (1981), nb. 79.

14 Dennis J. Mahoney, „State”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 5*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler (New York: MacMillan Reference, 2000), 2481.

funkcjonowania rządu federalnego, jednak rozwinęła się w obecnej formie w drugiej połowie XIX wieku, kiedy to Kongres powołał na podstawie *necessary and proper clause* Komisję ds. Handlu Międzystanowego (ang. Interstate Commerce Commission). Zasadniczym zadaniem tego rodzaju podmiotów jest przygotowywanie projektów aktów prawnych dotyczących zagadnienia objętego zakresem właściwości danej agencji, wydawanie przepisów, które mieszczą się w upoważnieniu ustawowym oraz rozwiązywanie kontrowersji powstających w praktyce stosowania tak przyjętych norm prawnych. Oznacza to więc, że swoje analizy sporządzają na zupełnie innym etapie tworzenia prawa niż tradycyjnie przyjęło się to w większości systemów europejskich (np. w Wielkiej Brytanii). Na etapie postlegislacyjnym jest to najbardziej widoczne. Tutaj to agencje, które są organami odpowiedzialnymi za wydanie, wprowadzenie i w ogromnej mierze stosowanie przepisów, są zobowiązane do oceny skutków ich obowiązywania. W klasycznym, europejskim modelu jest to obowiązek ciała eksperckiego, które ma jedynie głos doradczy przy podejmowaniu decyzji prawodawczych.

Funkcjonowanie agencji regulacyjnych w amerykańskim systemie prawnym wiąże się z pewnymi ustrojowymi wątpliwościami wynikającymi z ich umiejscowienia w systemie organów władzy publicznej¹⁵. W zasadzie nie można ich włączyć do którejkolwiek z władz wyodrębnionych w tradycyjnej monteskiuszowskiej koncepcji. Sprawy nie ułatwia również to, że istnieją trzy ich rodzaje. Kryterium tego podziału jest przede wszystkim procedura powoływania organów zarządzających. Pierwszym z nich są niezależne komisje (wśród nich wymienić należy ICC, Federal Trade Commission itd.), które zarządzane są przez rady złożone z członków nominowanych za radą i zgodą Senatu przez prezydenta. Wpływ na ich działalność jest w zasadzie niemożliwy. Pozbawienie fotela członków ich zarządów możliwe jest bowiem jedynie po przejściu długiej i ryzykownej procedury w Kongresie. Drugim z rodzajów agencji regulacyjnych są agencje wykonawcze (ang. *executive agency*), które inaczej niż niezależne komisje należałoby ocenić jako bliskie egzekutywie, gdyż to prezydent dokonuje w nich zmian personalnych i wyznacza im priorytety zbieżne z jego własnym programem politycznym. Ostatnim z nich są korporacje rządowe (z ang. *government corporations*), których działalność przyrównać można w pewnym stopniu do znanej na gruncie polskim instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁶. Z uwagi na praktykę

15 Zob. Cass R. Sunstein, „Cost-Benefit Analysis and the Separation of Powers” *Arizona Law Review*, 23 (1981): 1267 i n.

16 Szczegółowe omówienie instytucji agencji rządowych znaleźć można zwłaszcza w: James O. Freedman, *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978); Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969).

agencji regulacyjnych najistotniejsze dla poznania amerykańskiego modelu oceny skutków regulacji jest poznanie funkcjonowania pierwszych dwóch ich rodzajów.

W Stanach Zjednoczonych przeprowadza się co raz więcej związanych z wytworzeniem *Regulatory Impact Analysis*¹⁷. Tak duża liczba sporządzanych studiów wynika przede wszystkim z konieczności wprowadzania wielu szczegółowych przepisów. W konsekwencji aparat urzędniczy opracowujący te analizy stale się rozrasta. Tendencja ta jest częścią szerszego zjawiska, obecnego w wielu państwach – patologizacji biurokracji władzy publicznej. Warto przypomnieć to, co podczas jednego ze swych orędzi o stanie Unii w Kongresie powiedział prezydent Barack Obama. Zauważył z dezaprobatą, że Stanach Zjednoczonych, na szczeblu federalnym, funkcjonuje 12 agencji regulacyjnych zajmujących się eksportem, a przynajmniej 5 jest odpowiedzialnych zagadnienia związane z mieszkalnictwem. Wskazał również dość absurdalny przykład, który miał ostatecznie przekonać wszystkich adwokatów zwiększania zatrudnienia w administracji publicznej. Okazuje się bowiem, że federalny Departament Zasobów Wewnętrznych odpowiada za łososie, gdy te znajdują się w wodzie słodkiej, natomiast Departament Handlu wówczas, gdy pływają w słonej¹⁸.

3. Pozaparlamentarne procedury oceny skutków regulacji – *Regulatory Impact Analysis*

Ocena skutków regulacji jako jedna z funkcji agencji regulacyjnych została wprowadzona już przez Richarda Nixona¹⁹. W latach siedemdziesiątych uznał, że powinien mieć większy wpływ na administrację, co zapewnić miało powołanie w ramach Executive Office of the President of the United States (dalej: EOP) Office of Management and Budget (dalej: OMB), które zobowiązane jest do tej pory do koordynowania polityki regulacyjnej państwa. Dla usprawnienia tej sfery Kongres z inicjatywy Jimmy'ego Cartera uchwalił

17 Dane dostarczone przez OIRA, zob. https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/02/icb_2017-FINAL-1.pdf. [dostęp: 17.08.2020].

18 Orędzie Prezydenta B. Obamy o Stanie Unii z 25 stycznia 2011 r. (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-2001-01-25/pdf/CREC-2001-01-25-pti-PgH457-6.pdf>) za Joddy Freeman, Jim Rossi, „Agency Coordination in Shared Regulatory Space” *Harvard Law Review*, 125 (2012): 1134.

19 Szczegółowe opracowanie historycznych uwarunkowań omawianej instytucji także można znaleźć w polskiej literaturze; zob. Jarosław Adamowski, „Instytucje oceny skutków regulacji w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej w kontekście negocjacji nad TTIP” *Stosunki Międzynarodowe*, 2 (2015): 258-269.

dziesięć lat później Paperwork Reduction Act²⁰, w którym powołał do życia Office of Information and Regulatory Affairs (dalej: OIRA²¹), kluczowy organ w procedurze analizy przedstawianych przez agencje ocen powołanym do kontroli ich działalności. Ronald Reagan był natomiast pierwszym prezydentem, który wymagał od pracowników agencji regulacyjnych sporządzania analiz²². Zaangażowanie prezydenta w kształtowanie polityki regulacyjnej za pożądane i zgodne z konstytucją uznaje Elena Kagan. Wskazuje, że wynika to przede wszystkim ze stale rosnących oczekiwań opinii publicznej i komentatorów wobec sprawczości prezydenta, konieczności koordynowania rozbudowanego, wielostopniowego aparatu władzy oraz ogólną akceptacją Kongresu dla podejmowanych w ramach tego nadzoru działań²³. Wówczas zresztą pojawiły się wątpliwości, czy prezydent jako zwierzchnik całej administracji, a przede wszystkim OIRA, wyznaczający właściwą w konkretnej sprawie agencję ma zbyt duży wpływ na tak przeprowadzoną analizę²⁴. Wcześniej, mimo że prezydenci otrzymywali tego rodzaju studia, związane najczęściej z ekonomicznymi skutkami wprowadzanych przepisów, nie było to sformalizowane i działo się stosunkowo rzadko. Przepisy obowiązujące w trakcie jego prezydentury (oraz w okresie pełnienia urzędu przez Georga Busha seniora) nie będą jednak przedmiotem przeprowadzonych tutaj rozważań, ponieważ zostały uchylone przez prezydenta Clintona, który wydał 30 września 1993 r. obowiązujący do dzisiaj Executive Order 12866 (dalej E.O. 12866)²⁵. To właśnie rozwiązania przyjęte wówczas sprawiły, że udział prezydenta w tej sferze działania rządu federalnego przybrał obecne rozmiary²⁶.

Rozpoczyna się on od krótkiego wstępu, w którym prezydent wyjaśnił cel wprowadzenia tych przepisów, odwołując się do tego, że Amerykanie zasługują na to by prawotwórstwo prowadzone było „dla nich, a nie przeciwko nim”. Jakkolwiek oceniać umieszczanie w aktach wykonawczych tego rodzaju deklaracji należy zgodzić się z wymową tych słów. To właśnie tworzenie prawa jak najlepszego dla obywateli stanowi zasadniczy cel wprowadzenia

20 Paperwork Reduction Act (Pub. L. No. 96-511, 94 Stat. 2812).

21 Tłumaczenie tych nazw na język polski z wielu względów jest problematyczne, dlatego najlepszym rozwiązaniem było pozostawienie ich w oryginalnym brzmieniu.

22 Materii tej dotyczył *Executive Order 12291 Federal Regulation* z 17 lutego 1981 r.

23 Elena Kagan, „Presidential administration” *Harvard Law Review*, (2001): 2245-2385.

24 Sunstein, „Cost-Benefit”, 1276.

25 *Executive Order 12866 Regulatory Planning and Review* z 30 września 1993 r., Federal Register vol. 58 no. 190.

26 Kagan, „Presidential”, 2245-2385.

takich instrumentów jak ocena skutków regulacji. Wskazać wypada, że w tej części wymieniono również priorytety, które przyświecać mają całemu aparatowi urzędniczemu państwa: troska o zdrowie obywateli, ich bezpieczeństwo, środowisko naturalne i ogólny dobrostan Amerykanów.

Przechodząc do szczegółowych uregulowań tego aktu prawnego, w sec. 2 lit. b przewidziano szereg założeń, którym sprostać powinna agencja regulacyjna w swej działalności. Są one dość ogólne wyznaczają jednak kierunek, w którym powinny zmierzać działania dotyczące projektowanych przepisów, a więc także sporządzanie *RIAs*. Najważniejszymi z nich są: identyfikacja najistotniejszych problemów związanych z proponowaną regulacją; ocena istniejących przepisów poświęconych tej kwestii; opracowanie kilku wariantów proponowanych zmian; rozważenie zagrożeń wynikających z ich wprowadzenia. Przepisy precyzują, iż ocena skutków regulacji powinna być sporządzana przy zastosowaniu analizy kosztów i korzyści (ang. *Cost-Benefit Analysis*, dalej: *CBA*). Zagadnienie to jest szczególnie istotne, ponieważ wybrana metoda walnie przyczynia się do treści takiego studium.

O sposobie przeprowadzania *RIA*, formalnych wymogach stawianych tego rodzaju studiom stanowi okólnik *A-4*²⁷ wydany przez *OMB*. Zgodnie z sec. E, choć najważniejszym aspektem oceny powinna być analiza skutków stosowania przepisów w kontekście sytuacji obywateli i rezydentów USA, dopuszczalna jest również analiza w aspekcie globalnym. W sec. E pkt. 2 przewidziano natomiast podstawowe założenia, zgodnie z którymi powinna zostać ona przeprowadzona. Są nimi:

- *willingness to pay* (*WTP*) – polega ono na ocenie, jak wielkie koszty są w stanie ponieść podmioty, których interesy ograniczać będzie projektowana lub obowiązująca już regulacja zwłaszcza w kontekście przewidywanych przed jej wejściem w życie korzyści. W analizie postlegislacyjnej zadaniem agencji powinno być więc w takim przypadku również wykazanie, w jakim stopniu sprawdziły się jej prognozy sprzed uchwalenia ocenianych przepisów²⁸;
- *willingness to accept* (*WTA*) – polega ono na ocenie, jak daleko może posunąć się prawodawca w negatywnym wpływaniu na sytuację prawną jednostki bez rekompensowania tych uciążliwości. Po wejściu w życie przepisów konieczne w tym zakresie powinno być przeprowadzenie

27 Zob. *Circular A-4 OMB* z 17 września 2003 r. https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/circulars_a004_a-4/#e. [dostęp: 17.08.2020].

28 Zob. Cheryl Asmus, Paul Bell, John B. Loomis, „A Comparison of Actual and Hypothetical Willingness to Pay of Parents and Non-parents for Protecting Infant Health: The Case of Nitrates in Drinking Water” *Journal of Agricultural and Applied Economics*, 41 (2009): 697 i n.

badań, zwłaszcza statystycznych, odnoszących się do społecznego odbioru wprowadzonych rozwiązań²⁹;

- wykorzystanie danych rynkowych – opracowywanie tego rodzaju informacji jest niezbędne zwłaszcza wówczas, gdy w wyniku wprowadzonego przepisu doszło (lub może dojść później) do ograniczeń lub zamrożenia sprzedaży lub produkcji pewnego artykułu handlowego;
- wykorzystanie analizy kosztów poniesionych przez budżet federalny i wpływu przyjętych rozwiązań na sytuację gospodarczą Stanów Zjednoczonych;
- wykorzystywanie kryteriów obiektywnych a najlepiej ekonomicznych³⁰.

Ostatnie z tych wskazań jest bardzo dyskusyjne, szczególnie w odniesieniu do wartości, które nie mają charakteru materialnego, choć wielu uważa, że wszystko da się przeanalizować poprzez ich przeliczenie na wartości ekonomiczne³¹. Takie jako punkt odniesienia dla ocen skutków regulacji wprowadzono do porządku prawnego poprzez wydanie EO 12866, w którym wskazuje się na słuszność i sprawiedliwość uzupełnione przez Baracka Obamę w Executive Order 13563³². Zostanie on omówiony poniżej, ale w tym miejscu powinno się wspomnieć o godności człowieka, która na jego podstawie została uczyniona właśnie jednym z czynników podlegających ocenie po wejściu analizowanych przepisów w życie. Ekonomiczna analiza tego rodzaju okoliczności może być trudna do przeprowadzania, a przede wszystkim do zaakceptowania ze względów moralnych³³. Trudno sobie bowiem wyobrazić ekonomiczną analizę naruszeń godności jednostki. Dlatego przepisy obowiązujące już od czasów Reagana wyraźnie stwierdzały, że w kontekście tych kryteriów należy porzucić te monetarne kryteria na korzyść bardziej zniuansowanej analizy.

29 Elisabeth Hoffman, Matthew L. Spitzer, „Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications” *Washington University Law Quarterly*, 71 (1993): 64.

30 *Circular A-4 OMB*.

31 Elisabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics*, (Cambridge: Harvard University Press, 1993), 191; Frank Ackerman, Lisa Heinzerling, „Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection” *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (2002): 1553.

32 *Executive Order 13563 Improving Regulation and Regulatory Review* z 18 stycznia 2011 r., Federal Register vol. 76, No. 14.

33 Rachel Bayefsky, „Dignity As a Value in Agency Cost-Benefits Analysis” *Yale Law Journal*, 123 (2014): 1747-1752, 1764-1766.

Na przeprowadzanie *Regulatory Impact Analysis* ogromny wpływ ma fakt, że są one często przedmiotem kontroli sądowej³⁴. Jest to istotne szczególnie wówczas, gdy to agencja legitymowana była do samodzielnego wydania przepisów, które negatywnie wpłynęły na sytuację jednostki³⁵. Z praktyki orzeczniczej sądów federalnych wynika fakt, że ich kontrola ma więcej niż tylko formalny charakter, obejmuje ona przede wszystkim: ocenę ustawowych przepisów delegujących uprawnienia prawodawcze na tę konkretną agencję, to czy wybrane przez agencję kryteria oceny zysków i strat były adekwatne do wynikających z natury regulowanej kwestii okoliczności oraz to, czy analiza została przeprowadzona poprawnie pod względem metodologicznym³⁶. Sądowa kontrola RIAs nie ma bezpośredniego związku z postlegislacyjną oceną przepisów. Podnosi się jednak, że wskazania sądu mogą pokazać problemy wynikające ze stosowania analizowanych przepisów i niedociągnięcia opinii sporządzonej na etapie legislacyjnym, co pozwoli na przygotowanie konstruktywnej analizy w interesującym nas stadium.

Wszystkie przepisy E.O. 12866 stosuje się odpowiednio wobec RIAs *ex post* (zgodnie z sec. 1 lit b. *E.O. 13563*). Należy więc w tym miejscu przywołać ten jego przepis, wskazujący sytuacje, w których sporządzenie oceny skutków regulacji jest obligatoryjne. Jest to konieczne wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. znaczącym działaniem regulacyjnym (ang. *significant regulatory action*). Sec. 3 lit. f *mutatis mutandis* precyzuje, że są to takie działania, których funkcjonowanie doprowadziło lub z dużym prawdopodobieństwem może doprowadzić do: powstania kosztów dla budżetu federalnego na poziomie przynajmniej 100 milionów dolarów (rocznie) lub innego niekorzystnego zjawiska wpływającego na gospodarkę państwa, jednego z jej sektorów, wydajność, konkurencyjność, rynek pracy, środowisko naturalne, zdrowie lub bezpieczeństwo publiczne, działalność władz lub społeczności stanowych, lokalnych lub plemiennych; stworzenia niepewności prawnej wynikającej z równoczesnego z nimi obowiązywania innych przepisów; wpłyną na wydatki budżetowe przeznaczone na niektóre świadczenia socjalne oraz zobowiązania ich beneficjentów; powstania nowych problemów politycznych wykraczających poza zakres ich uprawnień lub priorytetów prezydenta lub zasad uregulowanych w tym akcie prawnym. Należy jednak zwrócić uwagę, że przepisy tego E.O. nie są definitywne, pozostawiając prezydentowi i podległym mu urzędnikom *de facto* dowolność w podejmowaniu decyzji,

34 Na podstawie *Administrative Procedure Act* (Pub.L. 79–404, 60 Stat. 237).

35 Caroline Cecot, W. Kip Viscussi, „Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis” *George Mason Law Review*, 22 (2015): 576-577; zob. też Sunstein, „Cost-Benefit”, 1276.

36 Caroline Cecot, W. Kip Viscussi, „Judicial”, 577 oraz wybrane przez autorów orzecznictwo.

w których przypadkach RIA ex post zostanie sporządzona. Żaden z analizowanych w tym opracowaniu przepisów nie przewiduje bowiem sankcji za sprzeniewierzenie się temu obowiązkowi, także w odniesieniu do oceny, która powinna zostać opracowana na etapie legislacyjnym. Doskonale obrazuje to fakt, że nie sporządzono ich względem żadnego z aktów wykonawczych towarzyszących wprowadzeniu Affordable Care Act (zwanej popularnie w mediach amerykańskich i polskich Obamacare), mimo że spełniały nie jedno a w zasadzie wszystkie z wymienionych wyżej kryteriów³⁷. Dopiero na etapie postlegislacyjnym w okresie, gdy republikanie zdobyli większość w Kongresie, ich skutki poddane zostały ocenie.

Podstawę dla przeprowadzenia postlegislacyjnych ocen skutków regulacji mógł stanowić właśnie E.O. 12866. Wydaje się, że wniosek taki uzasadnia np. jego *sec. 5*, która wyraźnie stanowi, że dla zapewnienia sprawności państwa, zapobieżenia obowiązywaniu regulacji nieprzystających do rzeczywistości, nieefektywnych lub szkodliwych wskutek zmieniających się okoliczności lub niezgodnych z priorytetami prezydenta, każda agencja regulacyjna powinna przeprowadzić ocenę skutków obowiązujących aktów prawnych. Jednym z elementów tej analizy, co także przewiduje wspomniany przepis, powinno być przygotowanie alternatywnych wersji wadliwych przepisów. Co więcej, *sec. 5. lit. a* stanowi obowiązek przedstawienia organowi kontrolującemu poczynania agencji, tzn. OIRA wykazu najistotniejszych przepisów wchodzących w zakres jej właściwości oraz harmonogramu ich cyklicznych analiz. Dziwi fakt, że w okresie po jego wejściu w życie RIAs *ex post facto* nie były w Stanach Zjednoczonych powszechne. Odnaleźć je można jedynie sporadyczne. Dla przykładu, w początkowym okresie jego obowiązywania Agencja ds. Ochrony Środowiska (ang. Environment Protection Agency) przygotowała raport dotyczący wpływu zmian z 1990 r. wprowadzonych do Clean Air Act³⁸ na krajowy rynek dwutlenku siarki. Stwierdzono w niej, że wnioski wynikające z przeprowadzonej na etapie legislacyjnym RIA zawyżyły korzyści z wprowadzenia tej regulacji o prawie 80%³⁹. Pokazuje to, że rozszerzająca wykładnia E.O. 12866 była akceptowana przez władzę wykonawczą.

37 Sytuację tę opisywało wiele organizacji zajmujących się transparentnością życia publicznego, negatywnie wypowiadając się o zaniechaniu przeprowadzania tego rodzaju procedur wobec tak poważnej reformy systemu ubezpieczeń zdrowotnych na szczeblu federalnym i stanowym. Zob. <http://piperreport.com/blog/2013/01/17/analyzing-costs-benefits-cms-rules-affordable-care-act/>. [dostęp: 21.09.2017].

38 CAAA 1990, zob. <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/1990-clean-air-act-amendment-summary>. [dostęp: 21.09.2017].

39 *Regulatory Impact Analysis for the Final Clean Air Interstate Rule*. epa-452/R-05-002. Washington, DC: U.S. epa. <http://yosemite1.epa.gov/ee/epa/ria.nsf/vwRef/A.2005.4+A?OpenDocument>. [dostęp 21/09/2017].

Dopiero prezydent Barack Obama wydając wspomniany E.O. 13563 ostatecznie uregulował tę kwestię. Jak już wspomniano, przepisy tego aktu prawnego mają charakter uzupełniający względem obowiązujących już aktów prawnych, zwłaszcza E.O. 12866. Z tego właśnie wynika poddanie RIA *ex post* wszystkim rygorom obowiązującym wobec analiz sporządzanych przed wejściem przepisu w życie. Sec. 6 E.O. 13563 *expressis verbis* stwierdza, że dla usprawnienia okresowej analizy obowiązujących regulacji o szczególnym znaczeniu agencje powinny rozważyć, jaką należy przyjąć metodologię, by ocenić, czy analizowane przepisy nie są anachroniczne, nieskuteczne, niewystarczające czy nadmierne uciążliwe dla społeczeństwa. Wprost wskazuje się więc tutaj na konieczność sporządzania RIA *ex post* oraz pytania, na które powinna zawierać odpowiedzi. Za dopuszczalne uznać należy zatem na podstawie powołanych przepisów formułowanie w nich wniosków *de lege ferenda* odnoszących się do usunięcia wad w ocenianych regulacjach. Okazuje się, że już w pierwszym roku obowiązywania tych przepisów agencje regulacyjne przedstawiły plan oceny skutków regulacji postlegislacyjnej ponad 500 regulacji, zmiany, w których miały wpłynąć na oszczędności amerykańskiego fiskusa liczone w miliardach dolarów⁴⁰.

W późniejszym okresie przyjęto przepisy, których zadaniem było dookreślenie sposobu przeprowadzenia tego rodzaju analiz (oczywiście także RIAs *ex ante*). Najistotniejszym z nich jest z pewnością Executive Order 13610⁴¹, nakładający na agencję regulacyjną obowiązek ich przygotowywania z udziałem obywateli, na których oceniane regulacje mają wpływ, a także przedstawicieli administracji stanowej, przywódców plemiennych, którzy mogą być pomocni w ustaleniu rzeczywistych skutków ich stosowania. W sec. 2 przewiduje również obowiązek stworzenia warunków do swobodnej wypowiedzi tych podmiotów co do tego, które z istniejących przepisów powinny stać się przedmiotem RIA *ex post*. Zaangażowanie obywatela w ten proces może być korzystnym wzorcem również dla polskiego systemu prawnego, zwłaszcza tam, gdzie kontrolowana materia ma charakter mniej polityczny a bardziej praktyczny.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że w USA opisywane instrumenty nie są stosowane wobec przepisów o charakterze ustrojowym, te bowiem nie są oczywiście przedmiotem właściwości żadnej z agencji regulacyjnych. Wynika to nie tylko z definicji legalnej działania regulacyjnego o szczególnym znaczeniu zawartym w E.O. 12866. Jednym z fundamentów systemu RIAs w Stanach Zjednoczonych, co wynika zarówno z litery prawa, jak i praktyki agencji regulacyjnych, jest poddanie tej procedurze jedynie tych przepisów, które są gospodarczo istotne w skali całego państwa. Ekonomiczny aspekt regulacji

40 *Executive Order 13610 Identifying and Reducing Regulatory Burdens* z 10 maja 2012 r., Federal Register vol. 77, No. 93 (sec. 1).

41 *Ibidem*.

ocenianych w RIAs *ex post* podkreśla zwłaszcza Executive Order 13609⁴², na których podstawie wprowadzono obowiązek sporządzania analiz względem aktów prawnych dotyczących relacji międzynarodowych Stanów Zjednoczonych, które mają handlowy charakter i tylko w odniesieniu do partnerów, z którymi wymiana handlowa jest znacząca. Celem przeprowadzenia tych analiz będzie więc w tym wypadku przede wszystkim wyszukiwanie w systemie prawnym niepotrzebnych z punktu widzenia amerykańskiego systemu prawnego różnic pomiędzy uregulowaniami przyjętymi przez USA i ich partnerów oraz koniecznych z dniem agencji zmian w tym zakresie. Z natury rzeczy więc studia te najczęściej sporządzane będą na etapie postlegislacyjnym.

Analiza *instytucji RIA* w amerykańskim porządku prawnym nie była by kompletna bez wskazania jej kluczowych elementów strukturalnych. Nie są one enumeratywnie wymienione w żadnym z powołanych wyżej przepisów, wykaz znajdujący się poniżej opiera się na kilkudziesięciu analizach sporządzonych w ostatnich dwóch latach. Podobnie jak w innych sferach, tak i do tego aspektu oceny *ex post* stosuje się te same wymagania co względem RIA sporządzanych na etapie przyjmowania konkretnego przepisu. Najczęściej zawierają one:

- *statement of need* – ta część RIA ma na celu wyjaśnienie konieczności przyjęcia proponowanych rozwiązań, wskazanie powodów, dla których konieczne jest nowelizowanie konkretnych przepisów;
- *overall impact* – w tej części znajduje się natomiast przede wszystkim wskazanie ogólnych celów ewentualnej reformy, analiza realizacji założonych wcześniej celów przepisów w procesie ich stosowania oraz ogólna ocena ich wpływu na porządek prawny, obywateli i rezydentów USA oraz amerykańską gospodarkę;
- *detailed impact analysis* – struktura, metodologia i treść tej części zależy od natury analizowanej regulacji. Znajdują się w tym miejscu najczęściej szczegółowe dane dotyczące konkretnych aspektów stosowania ocenianych przepisów;
- *regulatory alternatives* – zgodnie z obowiązującymi przepisami każda z agencji jest zobowiązana do przedstawienia innych niż projektowane rozwiązania wraz z uzasadnieniem, dlaczego wybrano te, a nie inne;
- wymagania wynikające z *Regulatory Flexibility Act* – ta część powinna zawierać przedstawienie danych uzyskanych w wyniku wykorzystania innych metod badawczych niż te, które zostały użyte w poprzednich częściach tego dokumentu. Jest to szczególnie istotne właśnie na etapie postlegislacyjnym. Dzięki nim możliwe jest przedstawienie najszerszej analizy stosowania obowiązujących przepisów, czego wymaga się dla sporządzenia rzetelnej oceny;

42 *Executive Order 13609 Regulatory Working Group Guidance* z 4 maja 2012 r., Federal Register vol. 77, No. 87.

- *unfunded mandates* – na ten element RIA składają się głównie wydatki i przychody budżetowe związane ze stosowaniem analizowanych przepisów (i postulowanych zmian), zwłaszcza te, które nie zostały przewidziane w budżecie federalnym;
- *on federalism* – jeżeli proponowana nowelizacja doprowadziła lub może doprowadzić do powstania istotnych kosztów po stronie władz stanowych lub plemiennych, skutków na prawo stanowe albo w jakikolwiek inny sposób wpłynąć na relacje pomiędzy stanami a władzą centralną, na podstawie Executive Order 13132 należy dołączyć ich analizę dotyczącą tych zagadnień⁴³.

4. Ocena rozwiązań wprowadzanych do systemu RIAs po 2017 r.

System oceny skutków regulacji w postępowaniu pozaparlamentarym w Stanach Zjednoczonych daleki jest od ideału. Jego wprowadzenie służyć miało przede wszystkim zwiększeniu i usprawnieniu nadzoru prezydenta nad działaniem agencji regulacyjnych, by ich funkcjonowanie zgodne było z priorytetami jego polityki⁴⁴. Polityczność materii, których dotyczą RIAs jest w przekonaniu większości doktryny główną jego bolączką. Jest to zauważalne niezależnie od tego, w jakiej procedurze powołuje się kierownictwo danej agencji regulacyjnej. W systemie amerykańskim oczywiste jest to, że gdy kierownictwo agencji i prezydent wywodzą się z tego samego środowiska. Na tym tle można zaobserwować, że w przypadku agencji niezależnych od rządu federalnego, wyniki przeprowadzanych analiz uzależnione są od politycznego stanowiska jej kierownictwa, często wrogiego prezydentowi⁴⁵. W publikacjach poświęconych temu problemowi wskazuje się, że najpowszechniejsze jest zawyżanie kosztów lub korzyści wynikających z przeprowadzenia reformy oraz stosowania jej przepisów⁴⁶. Wydaje się, że rację trzeba przyznać tym autorom, którzy uważają, że to właśnie dla urealnienia wpływu władzy

43 Przykładem takiego układu jest HHS Notice of Benefit and Payment Parameters for 2016 (zob. *Federal Register*, vol. 80, no. 39).

44 Allan B. Morrison, „OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation” *Harvard Law Review*, 99 (1985): 1060-1063.

45 Zob. Stuart Shapiro, John F. Morall III, „The Triumph of Regulatory Politics Benefit–Cost Analysis and Political Salience” *Regulation & Governance*, 6 (2012): 189-206.

46 Zob. np. Winston Harrington, Richard D. Morgenstern, Peter Nelson, „On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates” *Journal of Policy Analysis and Management*, 19 (2000): 297-332.

wykonawczej na agencje regulacyjne zdecydowano się umieszczenie w EO 16563 rozwiązania dotyczącego *expressis verbis* kontroli postlegislacyjnej⁴⁷.

Wspomniany już kilkakrotnie E.O. 13563, którego nazwa (Improving Regulation and Regulatory Review) jasno wskazuje cel wprowadzanych nim przepisów, stanowiąc najbardziej chyba obiektywną ocenę amerykańskiej praktyki w zakresie sporządzania analizy skutków regulacji. Administracja Donald Trumpa także podejmuje starania zmierzające do naprawy tej sytuacji. Prezydent zdecydował się na w pierwszych dniach swojej kadencji wydanie Executive Order 13771 (dalej: E.O. 13771)⁴⁸ oraz 13777⁴⁹ (dalej: E.O. 13777). Ich podstawowym celem jest ograniczenie kosztów sporządzania RIA. Zdaniem OMB, środki przeznaczane przez rząd federalny na dokonywanie tych analiz są bowiem niewspółmiernie wysokie do efektów tych procedur. Mimo że wprowadzenie E.O. 13771 uznać trzeba za uzasadnione, trudno zaakceptować wszystkie wynikające zeń rozwiązania. Jedno z najbardziej dyskusyjnych rozwiązań przewiduje sec. 2 lit a. Polega ono na nakazaniu wszystkim podmiotom odpowiedzialnym za analizowanie istniejących regulacji, w przypadku propozycji wprowadzenia nowej regulacji, wskazanie przynajmniej dwóch, które należałoby uchylić. Nie budzi wątpliwości, że tego rodzaju przepis może być szkodliwy nawet wówczas, gdy system prawny jest przeładowany. Tego rodzaju wymagania wydają się nie mieć konstruktywnego charakteru. Ich wprowadzenie w Stanach Zjednoczonych jest, na co wskazuje Stuart Shapiro, odejściem od klasycznej analizy kosztów i korzyści z wprowadzanych regulacji poprzez przeniesienie środka ciężkości na konieczność wykazania obniżenia kosztów, które będzie efektem wprowadzania nowych przepisów⁵⁰. Krytyka zasady *two for one* podnoszona przez specjalistów koncentruje się przede wszystkim na dwóch problemach: jej niezgodności z zasadą podziału władzy poprzez wykroczenie przez prezydenta poza przyznane mu w konstytucji uprawnienia oraz nałożeniu na

47 Zob. Winston Harrington, Lisa Heinzerling, Richard D. Morgenstern, *Reforming Regulatory Impact Analysis. Resources for the Future Report* (Washington DC: Resources for the Future, 2009), 36-37.

48 *Executive Order 13771 Reducing Regulation and Controlling Regulatory Agency* z 30 stycznia 2017 r., Federal Register, vol. 82, no 22.

49 *Executive Order 13777 Enforcing the Regulatory Reform Agenda* z 24 lutego 2017 r., Federal Register vol. 82, no 39.

50 Stuart Shapiro, *OIRA's Dual Role and the Future of Cost-Benefit Analysis (working paper)* przygotowany przez autora na seminarium „The Future of White House Regulatory Oversight and Cost-Benefit Analysis”, które odbyło się na George Mason University 13 września 2019 r. <https://administrativestate.gmu.edu/wpcontent/uploads/sites/29/2019/09/Shapiro-Working-Paper-19-18.pdf>.

agencje regulujące arbitralnych ograniczeń uniemożliwiających im prawidłowe funkcjonowanie⁵¹. To Kongres jest bowiem jedynym podmiotem uprawnionym do ustanawiania kolejnych obligatoryjnych czynników oceny wprowadzanych regulacji, co zresztą znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁵². Wokół E.O. 13771 powstał spór sądowy pomiędzy administracją prezydenta Trumpa a kilkoma organizacjami pozarządowymi wskazującymi te wątpliwości. Holly L. Weaver uważa, że dla oceny tego E.O. 13771 sąd rozpoznający tę sprawę powinien kierować się przepisami Administrative Procedure Act dotyczącymi sądowej oceny polityk regulacyjnych wprowadzanych przez organy federalne, zwłaszcza zaś testem, czy nie jest on „arbitralny lub bezpodstawny”. Ów test jest w zasadzie systemem skomplikowanych wskazań wynikających z orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz obowiązujących przepisów, które można ująć jako następujące wątpliwości czy jego wprowadzenie było oparte na merytorycznej analizie istniejących rozwiązań oraz przewidywanych skutkach jego stosowania oraz czy owe obostrzenia są racjonalne⁵³. Jeżeli sąd uzna, że którąś z nich można odnieść do zakwestionowanych przepisów tego *executive order*, powinny one zostać jego wyrokiem uchylone. Należy się zgodzić z konkluzjami, które formułuje cytowana autorka. Dla poprawienia procedur regulacyjnych powinno się wykorzystać wprowadzony przez E.O. 12866 doroczny plan regulacyjny poprzez konieczność przedstawienia w nim przynajmniej określonego odsetka (np. 10%) aktów prawnych tego szerebu, za których egzekwowanie odpowiedzialna jest dana agencja podlegających w kolejnym roku analizie co do ich dalszej przydatności i przewidywalnej efektywności oraz ekonomicznych skutków dalszego ich obowiązywania zestawionych z ewentualnymi zyskami fiskalnymi wynikających z ich uchylecia⁵⁴.

Dobrym pomysłem wprowadzonym przez administrację prezydenta Trumpa wydaje się powołanie urzędników odpowiedzialnych za wprowadzanie innych założeń tych przepisów w życie (Regulatory Reform Officers, dalej: RRO). Powierzono im przede wszystkim koordynację analiz skutków regulacji, zwłaszcza w sytuacji gdy oceniane przepisy funkcjonują na styku wielu branż i właściwości wielu podmiotów. Gdyby polski prawodawca zdecydował się na przyjęcie amerykańskich rozwiązań dotyczących RIA w stosunku

51 Holly L. Weaver, „One for the Price of Two. The Hidden Costs of Regulatory Reform Under Executive Order 13771” *Administrative Law Review*, 70 (2018): 503.

52 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 546 U.S. 519 (1978); za: Weaver, „One for the Price of Two”, 504.

53 Weaver, „One for the Price of Two”, 504.

54 Ibidem, 511.

do rozporządzeń, wydaje się, że powołanie takich urzędników byłoby pożądane.

5. Parlamentarna ocena skutków regulacji – Congressional Research Service

Na zakończenie rozważań poświęconych amerykańskiemu systemowi oceny skutków regulacji na etapie postlegislacyjnym należy odnieść się do funkcjonowania tej instytucji w parlamencie. Poniższe uwagi przekonują, że rozwiązania przyjęte w Polsce nie odbiegają znacząco od amerykańskich.

Organem odpowiedzialnym za sporządzanie analiz dotyczących skutków regulacji (zarówno *ex post*, jak i *ex ante* bez zasadniczych różnic formalnych) jest obecnie Congressional Research Service, która jako Legaslativ Reference Center została powołana już w 1914 r⁵⁵. Instytucjonalnie służba ta stanowi część Biblioteki Kongresu. Jej działalność jest natomiast regulowana w §166 Tytułu II Kodeksu Stanów Zjednoczonych (z ang. United States Code, dalej: USC) poświęconego federalnej władzy ustawodawczej.

Zgodnie z przepisami powołanej sekcji USC każdy z deputowanych, komisja lub połączone komisje Senatu i Izby Reprezentantów mogą zwrócić się do CRS o wydanie szczegółowej analizy dotyczącej konkretnej kwestii związanej z projektem przepisów prawnych, funkcjonowaniem obowiązujących już przepisów oraz przedstawionych przez agencję regulacyjną RIA⁵⁶. Dyspozycyjność względem członków obu izb rozumiana jako sporządzanie analiz na prośbę deputowanych jest znana także w odniesieniu do Biura Analiz Sejmowych. W odróżnieniu od uregulowania polskiego do korzystania ze Służby podczas dokonywania postlegislacyjnej oceny przepisów uprawnione są obie izby Kongresu. Jedyne różnice, które występują w zależności od konkretnej komisji, wynikają z przyjętych dlań zasad funkcjonowania (każda z nich przyjmuje własne).

Do zadań Congressional Research Service należy sporządzanie na żądanie komisji Senatu, Izby Reprezentantów lub połączonych komisji Kongresu analiz, ocen projektów ustaw, które wchodzi w zakres właściwości konkretnej Komisji oraz rekomendacji dotyczących aktów przedstawionych Kongresowi przez prezydenta lub agencję wykonawczą. Zgodnie z §166 lit. d pkt 1 treścią tych opracowań powinno być przede wszystkim przeanalizowanie celowości wprowadzenia proponowanych rozwiązań

55 Niniejsze opracowanie nie może zostać poświęcone kwestii genezy tej agendy rządu federalnego, zob. Harry Willmer Jones, „Bill-drafting Services in Congress and the States Legislatures” *Harvard Law Review*, 65 (1952): 443-447.

56 Wynika ona z kontroli, do której wobec agencji regulacyjnych uprawniony jest Kongres USA. Kompetencja ta wynika z ustawy zasadniczej oraz z *Legislative Reorganization Act* z 1946 r.

oraz co szczególnie istotne z perspektywy postawionego w tym opracowaniu problemu ocena stosowania obowiązujących przepisów i sformułowanie ewentualnych wniosków *de lege lata* i *de lege ferenda*. Pkt. 2 i 3 wprowadzają natomiast obowiązek sporządzenia wykazu regulacji, którymi deputowani w dwuletnim okresie obrad Kongresu powinni się zająć z uwagi na ich przewidziane prawem wygaśnięcie. Poza tym na żądanie komisji lub chociażby jednego z deputowanych oraz z własnej inicjatywy CRS powinno opracowywać w dowolnej formie (monografii, raportów, biuletynów, notatek, memorandumów etc.) informacje istotne dla podejmowanych przez władzę ustawodawczą decyzji. Udział Służby w procedurze ustawodawczej rozumiany jako sporządzenie pogłębionej analizy dotyczącej działań parlamentarzystów nie jest obligatoryjny na gruncie przepisów ustanawiających procedurę legislacyjną. Zwykle przedstawiane są podczas prac w komisjach lub w trakcie prac nad projektem przepisów przed ich wniesieniem pod obrady jednej z izb. Rozwiązanie to jest bardzo elastyczne, co pozwala na koncentrowanie uwagi zatrudnionych ekspertów na zagadnieniach rzeczywiście wymagających dogłębnej analizy. Zapewnia to możliwość swobodnego decydowania o sporządzeniu opinii w odniesieniu do wybranych przepisów, a nie wszystkich, które spełniają sztywne kryteria. Dla prawidłowego funkcjonowania tego rodzaju służb jest zapewnienie im pewnej dozy niezależności w wyborze materii, którymi będą się zajmować. Oczywiście jest jednak to, że powinny być jednocześnie w pewnej mierze dyspozycyjne dla deputowanych, którym zobowiązane są służyć radą.

Dla BAS szczególnie ważne wydaje się wskazanie, jakie zasady regulują funkcjonowanie jego amerykańskiego odpowiednika. Podobnie jak BAS, CRS została zorganizowana w kilku zespołach: prawa amerykańskiego, polityki socjalnej, spraw zagranicznych, obrony i handlu; rządu i finansów publicznych; złożeń, nauki i przemysłu. Na jej czele stoi wskazywany przez Głównego Bibliotekarza Kongresu po zasięgnięciu opinii połączonej komisji obu izb do spraw Biblioteki Kongresu (z ang. Librarian of Congress, dalej: LoC) dyrektor i powołany na jego wniosek przez LoC zastępca. Do uprawnień LoC należy również powoływanie (na wniosek dyrektora CRS) specjalistów i starszych specjalistów w wymienionych w §166 lit. e USC polach badawczych. Apolityczność tej służby zapewnić ma nie tylko zupełnie normalny z polskiej perspektywy nakaz powstrzymywania się od działalności politycznej (§166 lit. c pkt 2 USC), ale także rozwiązania uniemożliwiające w zasadzie odwołanie jej kierownictwa⁵⁷ (w grę wchodzić może jedynie *impeachment*). Należy jednak stwierdzić, że są one archaiczne, dlatego ich adopcja na gruncie polskim nie byłaby chyba możliwa.

57 Ciekawostką jest, że w historii Stanów Zjednoczonych było 45 prezydentów (wielu pełniło urząd więcej niż raz), tylko 17 prezesów Sądu Najwyższego i jedynie 14 Głównych Bibliotekarzy Kongresu.

W budżecie federalnym na 2018 r.⁵⁸, wprowadzono diametralną zmianę w funkcjonowaniu CRS. Dopiero wówczas wszystkie opracowania sporządzone przez kongresowych analityków dostępne są dla obywateli. Wcześniej wgląd do nich mieli jedynie deputowani oraz członkowie Government Accountability Office (w Stanach Zjednoczonych jest to odpowiednik Najwyższej Izby Kontroli, ustrojowo umiejscowiony w ramach władzy ustawodawczej) oraz Congressional Budget Office. Warto zwrócić uwagę, że analizy przedstawiane przez Congressional Research Service są w dużym stopniu – inaczej niż RIAs – odformalizowane, przyjmują rozmaite kształty raportów, materiałów do wystąpień ekspertów na posiedzeniach odpowiednich komisji oraz publikacji naukowych przygotowywanych po zorganizowanych przez CRS konferencjach i seminariach. Wszystkie, z wyjątkiem opracowań zawierających informacje objęte klauzulą tajności, dostępne są na dedykowanej witrynie internetowej.

6. Podsumowanie

Analiza polskich przepisów nie była przedmiotem niniejszego opracowania, wypada jednak stwierdzić, że część z obowiązujących w systemie amerykańskim wzorców odpowiada regulacjom przyjętym w Polsce, zwłaszcza w zakresie procedur parlamentarnych. Doświadczenia ostatnich dekad funkcjonowania Centrum Analiz Sejmowych przekonują, że przyjęty kierunek jest prawidłowy. Udoskonalanie funkcjonujących tam mechanizmów jest jednak uzależnione od lepszego jego finansowania. Więcej miejsca na zmiany niewątpliwie jest na etapie rządowym. Na podstawie doświadczeń amerykańskich należy przyjąć, że pożądane jest sformalizowanie w Polsce mechanizmu analizy – zarówno *ex ante*, jak i *ex post* – tj. przyjęcie szczegółowych kryteriów jakim odpowiadać powinna treść tych opracowań. Najnowsze wydarzenia na gruncie amerykańskim przekonują, że polski prawodawca powinien unikać jednak przede wszystkim arbitralnych kryteriów – takich jak zasada *two for one* – które wprowadzają nadmierne restrykcje do skomplikowanego i, ze swej istoty zniuansowanego, procesu sporządzania analiz polityk regulacyjnych.

Bibliografia

- Ackerman Frank, Lisa Heinzerling, „Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection” *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (2002): 1553-1584.
- Adamowski Jarosław, „Instytucje oceny skutków regulacji w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej w kontekście negocjacji and TTIP” *Stosunki Międzynarodowe*, 2 (2015): 255-280.

58 The Consolidated Appropriations Act, Pub.L. 115-141.

- Amar Akhil Reed, „Fourteenth Amendment as a New Constitution”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 3*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler. 1090-1092. New York: MacMillan Reference, 2000.
- Anderson Elizabeth, *Value in Ethics and Economics*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- Asmus Cheryl, Paul Bell, John B. Loomis, „A Comparison of Actual and Hypothetical Willingness to Pay of Parents and Non-parents for Protecting Infant Health: The Case of Nitrates in Drinking Water” *Journal of Agricultural and Applied Economics*, 41 (2009): 697-712.
- Bayefsky Rachel, „Dignity As a Value in Agency Cost-Benefits Analysis” *Yale Law Journal*, 123 (2014): 1732-1783.
- Błaszczuk Cezary, *Amerykańska myśl wolnościowa: od liberalizmu do libertarianizmu*. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2018.
- Cecot Caroline, W. Kip Viscussi, „Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis” *George Mason Law Review*, 22 (2015): 575-618.
- Davis Kenneth Culp, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- Freedman James O., *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- Freeman Joddy, Jim Rossi, „Agency Coordination in Shared Regulatory Space” *Harvard Law Review*, 125 (2012): 1131-1211.
- Harrington Winston, Lisa Heinzerling, Richard D. Morgenstern, *Reforming Regulatory Impact Analysis. Resources for the Future Report*. Washington DC: Resources for the Future, 2009.
- Harrington Winston, Richard D. Morgenstern, Peter Nelson, „On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates” *Journal of Policy Analysis and Management*, 19 (2000): 297-332.
- Hoffman Elisabeth, Matthew L. Spitzer, „Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications” *Washington University Law Quarterly*, 71 (1993): 59-114.
- Jones Harry Willmer, „Bill-drafting Services in Congress and the States Legislatures” *Harvard Law Review*, 65 (1952): 441-451.
- Kagan Elena, „Presidential Administration” *Harvard Law Review*, 114 (2001): 2245-2385.
- Ludwikowska Anna M., *System źródeł prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne*. Toruń: TNOIK. Dom Organizatora, 1999.
- Mahoney Dennis J., „State”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 5*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler, 2481. (New York: MacMillan Reference, 2000).
- Miller Arthur Selwyn, „The Changing Role of the United States Supreme Court” *Modern Law Review*, 25 (1962): 641-653.

- Morrison Allan B., „OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation” *Harvard Law Review*, 99 (1985): 1059-1074.
- Shapiro Stuart, John F. Morall III, „The Triumph of Regulatory Politics Benefit–Cost Analysis and Political Salience” *Regulation & Governance*, 6 (2012): 189-206.
- Shapiro Stuart, *OIRA’s Dual Role and the Future of Cost-Benefit Analysis*. <https://administrativestate.gmu.edu/wpcontent/uploads/sites/29/2019/09/Shapiro-Working-Paper-19-18.pdf>.
- Sunstein Cass R., „Cost-Benefit Analysis and the Separation of Powers” *Arizona Law Review*, 23 (1981): 1267-1282.
- Szyszkowski Waław, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969.
- Weaver Holly L., „One for the Price of Two. The Hidden Costs of Regulatory Reform Under Executive Order 13771” *Administrative Law Review*, 70 (2018): 504-512.

Prawo jako wyraz „idei kierującej”. Koncepcja Maurice’a Hauriou i jej aktualność

Law as a „Directing Idea”. Maurice Hauriou’s Concept and Its Validity

The author introduces the concept of law formulated by Maurice Hauriou, an eminent French author who specialized in administrative and constitutional law and also in the philosophy of law (1856-1929). He considered law as a reflection of the symbolic sphere constituting political society – its „directing idea”. Hauriou’s thought is topical in the context of contemporary discussions about the role of law in social integration and the possibility of „autonomy” of law. The philosophy of law formulated by Hauriou is a part of his concept of institution. According to Hauriou, law, like any institution, consists of social practice and an idea that legitimizes and directs it. This idea cannot be reduced to any real institutional practice or a specific ideology. It is a part of a broader axiological context creating the identity of a political community. It is based on fundamental values of this community, however it transgresses their contextual interpretations presented by authorities. Therefore Hauriou’s theory allows to interpret the relation of law and the political sphere properly. It can also be a tool of criticism of contemporary concepts reducing law to ideology or to views of legal circles.

Arkadiusz Barut

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Wrocławski*

ORCID – 0000-0002-9347-7072

Słowa kluczowe:

Hauriou, idea kierująca, instytucja

Key words:

Hauriou, directing idea, institution

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.55>

1. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest sformułowana przez Maurice’a Hauriou, wybitnego francuskiego administratywy, konstytucjonalisty i filozofa prawa (1856-1929) koncepcja prawa jako odzwierciedlenia sfery symbolicznej konstytuującej społeczeństwo polityczne – jego „idei kierującej”. Myśl Hauriou jest aktualna w kontekście współczesnych dyskusji na temat roli prawa w integracji społecznej, relacji prawo-polityka oraz możliwości „autonomii” prawa. Współcześnie autonomię tę rozumie się jako oparcie procesu wykładni prawa jedynie

na przesłankach zawartych w treści samych norm prawnych (tradycja normatywistyczna) lub niezależność osób lub środowisk interpretujących prawo od wpływów i kontroli społecznej (koncepcje uzasadniające prawodawstwo konstytucyjne sądów, w szczególności sformułowana przez Ronalda Dworkina koncepcja sędziego – Herkulesa, koncepcje demokracji ciągłej Dominique Rousseau i demokracji jako refleksyjności Pierre’a Rosanvallon’a oraz jursycentryzm Artura Kozaka)¹. W koncepcji Hauriou zawarte są argumenty uzasadniające krytykę obu tych stanowisk. Jej przypomnienie wydaje się mieć też samoistną wartość historyczno-doktrynalną.

Hauriou tworzył swą koncepcję w opozycji do francuskiej tradycji ujmowania prawa jako wyrazu autonomicznej woli narodu, która miała uwalniać się spod wpływu czynników heteronomicznych dzięki przybraniu postaci woli powszechnej, wyrażającej się w formie prawnej. Według Hauriou ujęcie prawa jako sfery, na którą nie mają przełożenia niewyrażone w nim bezpośrednio czynniki społeczne – zbiorowa symbolika, narodowy etos, praktyczne dyskursy, ugruntowane zwyczaje itd. – prowadziło do arbitralnej władzy konkretnych ludzi. Hauriou znany jest jako zwolennik sądowej kontroli ustawodawstwa parlamentarnego, a także rzecznik demokracji liberalnej. Nie oznacza to jednak, by uważał on, że dla jej funkcjonowania wystarcza zapewnienie odpowiedniego działania procedur prawnych, w tym tych, które ograniczają legislaturę pochodzącą z powszechnych wyborów. Na gruncie koncepcji Hauriou tym, co umożliwia istnienie prawa, są fundamentalne wartości wspólnoty politycznej wyrażające się w jej „idei kierującej”. To aksjologiczno-społeczne umocowanie prawa unaoczniać mają wybory polityczne dokonywane w obronie tych wartości, nieuwarunkowane bezpośrednio treścią norm prawnych. Nic więc dziwnego, że uznaniem darzył go Carl Schmitt². Myśl Hauriou interpretuje się też jako próbę odnowienia klasycznej tradycji prawa naturalnego³.

- 1 Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996); Dominique Rousseau, *Constitutionnalisme et démocratie*, <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. [dostęp: 19.09.2008]; Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité* (Paris: Seuil, 2008); Artur Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej* (Wrocław: Kolonia Limited, 2002). O współczesnych sposobach rozumienia autonomii prawa zob. Włodzimierz Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* (Wrocław: „Kolonia”, 2000).
- 2 Carl Schmitt, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa, przeł. Jerzy Zajadło”, [w:] Jerzy Zajadło, *Schmitt* (Sopot: Arche, 2016), 119-121.
- 3 Olivier Beaud, „Hauriou et le droit naturel” *Revue d’histoire des facultés de droit et de science juridique*, 123-124. <https://univ-droit.fr/docs/>

Można wyróżnić trzy etapy filozoficzno-prawnej myśli Hauriou – etap wychodzenia poza dogmatykę prawa administracyjnego w latach dziewięćdziesiątych XIX w. i pierwszych latach XX wieku, etap tworzenia koncepcji instytucji w latach 1906-1910, na który miał wpływ kontekst historyczny, tj. walka państwa francuskiego z Kościołem katolickim, wreszcie etap dojrzały⁴. Niniejszy artykuł dotyczy głównie etapu trzeciego. Koncepcja prawa jako wyrazu idei kierującej analizowana jest w kontekście ukształtowanej wówczas koncepcji polityczno-ustrojowej.

2. Podstawy teorii instytucji

Hauriou, zgodnie z duchem epoki, używał haseł scjentyistycznych⁵, niemniej jednak jego podstawowym założeniem (jak to sam określa, postulatem nauki prawa) jest istnienie podmiotu świadomie dokonującego wyborów i przez to nadającego sens sferze faktów obiektywnych – podmiotu wyposażonego w „wolę wolną w sensie względnym” („Libre arbitraire relatif”). Człowiek może być twórczy dzięki uzasadnianiu, a przez to ukierunkowaniu swych działań przez idee, które, w tym znaczeniu, jak stwierdza Hauriou, kierują światem⁶. W tym ostrożnym optymizmie antropologicznym wyraża się jego inspiracja tomistyczna i arystotelesowska. Hauriou odrzuca jednak optymizm bezrefleksyjny, wskazując na fundamentalne cywilizacyjne znaczenie chrześcijaństwa⁷. Prawda o człowieku leżeć ma gdzieś między koncepcjami Tomasza Hobbesa a Jana-Jakuba Rousseau⁸. W koncepcji Hauriou zarysowuje się klasyczna idea prawa naturalnego: mając świadomość oszustw i nadużyć władzy politycznej, należy jednak również przy analizie sfery

recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p123-138.pdf. [dostęp: 07.08.2019].

- 4 Stefan Gigacz, „Vers une théorie démocratique de l’institution” *Mémoire de Diplôme des Etudes Approfondies, Faculté Jean Monnet, Université Paris XI*, 1997. Dół formularza. <http://www.hauriou.net/la-theorie-classique-de-l-institution>. [dostęp: 07.08.2019].
- 5 W swym wczesnym dziele [*Leçons sur le mouvement social* (Paris: Librairie de la Société du Recueil Général de Lois et des Arrêts, 1899)] do problematyki społecznej próbował stosować język termodynamiki, co nie spotkało się w życzliwym przyjęciem (Gigacz, *Vers une théorie démocratique de l’institution*).
- 6 Maurice Hauriou, *Précis du droit constitutionnel* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929), 65.
- 7 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 55.
- 8 Potępia rezygnację przez współczesne mu prawo karne z rozróżnienia na dobro i zło, uznając ją za wyraz regresu cywilizacyjnego (Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 52-55).

politycznej przestrzegać zasady tworzenia definicji według przypadków normalnych, a nie patologicznych. Dlatego typowym przypadkiem władzy politycznej jest władza rządząca w zakresie swych kompetencji, legitymowana, błędna jest natomiast definicja tej władzy jako największej siły w państwie⁹.

Na założeniu łagodzenia i formowania przez idee brutalnego świata ludzkich współzależności opiera się jego koncepcja instytucji, poprzez którą Hauriou doszedł do swej koncepcji państwa i prawa. Na początku miała ona służyć przede wszystkim zrozumieniu, a przez to usprawiedliwieniu roli organizacji niezależnych od aparatu państwowego – należących do sfery społeczeństwa obywatelskiego, czyli grup, których istnienie ideologia III Republiki francuskiej, inspirowana roussoizmem i neokantyzmem Charlesa Renouvier¹⁰, uznawała za zjawisko, co do zasady, negatywne. Celem Hauriou było wykazanie, że podstawy więzi społecznej tworzą się właśnie w tego typu grupach, a nie poprzez kreowanie „woli powszechnej”, a także, że w ten sam sposób powstaje, jak to określał, „instytucja instytucji”, czyli państwo¹¹.

Hauriou wyróżnił dwa rodzaje instytucji – instytucje osoby i instytucje rzeczy, najwięcej uwagi poświęcając tym pierwszym. W dojrzałym okresie Hauriou zdefiniował instytucję jako „ideę dzieła lub przedsięwzięcia, która spełnia się i trwa na sposób prawny w środowisku społecznym, dla spełnienia tej idei powstaje władza, która wyposaża ją w organy, z drugiej strony, pomiędzy członkami zainteresowanymi w spełnieniu idei ujawniają się przejawy wspólnoty kierowane przez organy władzy i regulowane przez procedury”¹². Instytucja-osoba, czyli organizacja społeczna może więc zaistnieć dzięki trzem elementom – idei wprowadzenia w życie przedsięwzięcia (jak to określa autor – „idei kierującej”), indywidualnych decyzji o podejmowaniu działań dla realizacji tego celu i powstającej w ten sposób wspólnocie, a także istnieniu organów, które tymi działaniami, w sposób zgodny z przyjętymi w danej grupie regułami, kierują. Instytucja taka przechodzi przez trzy etapy powstawania – interioryzację, inkorporację i personalizację. Na etapie interioryzacji członkowie danej zbiorowości przyswajają sobie, za sprawą jakiegoś aktywnego podmiotu lub grupy podmiotów, ideę utworzenia organizacji w celu realizacji pewnego przedsięwzięcia. Na etapie inkorporacji pojawiają się organy kierujące społecznością w celu (jak przyjmują jej członkowie) realizacji idei

9 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 26.

10 Zob. np. Arkadiusz Barut, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurycego Barrèsa* (Kraków: Arcana, 2009), 54-57, 101-107.

11 Np. Maurice Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (Paris: Librairie Bloud & Gay 1933), 101-102. Należy mieć ten cel Hauriou na uwadze, jeśli zabieg rozważania w tych samych kategoriach takich organizacji jak związek zawodowy czy spółka akcyjna, a zarazem państwo narodowe chciałoby się oceniać jako sztuczny.

12 Hauriou, *Aux sources du droit*, 96.

kierującej – społeczność uzyskuje tożsamość jako instytucja, a jej władze jako jej przedstawiciele. Pojawiają się, wytwarzane przez instytucje, reguły prawne, stabilizujące ją – „Instytucje powstają, żyją i umierają w sposób prawny („juridiquement”). W końcu niektóre instytucje przechodzą w stadium personifikacji, w którym członkowie organizacji nie tylko godzą się na realizację przez władzę idei kierującej, ale i aktywnie w niej uczestniczą¹³.

Również w przypadku instytucji-rzeczy w środowisku społecznym ugruntowuje się pewna idea, nie jest to jednak idea przedsięwzięcia do zrealizowania, nie powstają organy władzy (nie następuje więc ani inkorporacja, ani personifikacja), występuje wprawdzie społeczna identyfikacja z ideą, ale ma ona charakter wobec niej zewnętrzny. Taką instytucją „zewnętrzną” jest reguła prawna, która ma charakter ograniczający i stabilizujący, a nie motywujący do działania¹⁴.

Tak samo jak inne instytucje-osoby ma powstawać państwo. Nie każda grupa, w której występuje podział na rządzących i rządzonych jest, zdaniem Hauriou, państwem. Aby ono powstało, musi pojawić się władza centralna specyficznego rodzaju – taka która, rozwija w podległej jej społeczności ideę przedsięwzięcia o charakterze publicznym (*chose publique*). Instytucja państwa wchodzi w stadium inkorporacji, gdy uzyskuje „rząd reprezentatywny”, czyli gdy organy państwa działają (rządzący uważają, że działają) dla dobra wspólnego, realizując ideę kierującą. Takie państwo może mieć charakter autokratyczny lub arystokratyczny, działanie idei znajduje się wówczas w stanie „obiektywnym”, to znaczy jest ona zwyczajowo uznawana, lecz większość społeczeństwa nie bierze udziału w organizowaniu działań dla jej wprowadzenia w życie. Państwo wchodzi w stadium personifikacji, gdy zapewnia obywatelom wolność polityczną i udział w rządzeniu. Następuje wówczas kolejny etap inkorporacji, teraz większość obywateli, chociaż, z istoty rzeczy, nie bierze w rządzeniu bezpośredniego udziału, to jednak może aktywnie manifestować poparcie – lub jego brak – dla decyzji władzy co do sposobów realizacji idei kierującej uczestnicząc w wyborach powszechnych, referendach itd. Idea kierująca wchodzi wówczas na poziomie świadomości jednostkowych w stadium podmiotowe¹⁵. Przykładem ma być wykształcanie się państwa francuskiego. W czasach pierwszych Kapetyngów instytucja państwa istniała wyłącznie w stadium inkorporacji, przywileje były udzielane przez króla jako osobę, nie wiązały jego następców. Następnie idea kierująca przybrała postać praw fundamentalnych królestwa (dotyczących sukcesji itp.) oraz przywilejów stanowych, instytucji prawnych (instytucji-rzeczy), których kształtu król nie mógł swobodnie zmieniać. Wcielała się w ten

13 Hauriou, *Aux sources du droit*, 96 i n.

14 Ibidem, 97.

15 Ibidem, 113-114; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 78-79, 97.

sposób w prawo. Wraz z nastaniem systemu liberalno-demokratycznego państwo francuskie weszło w etap personifikacji¹⁶.

W tym miejscu należy zaznaczyć różnice w porównaniu ze szczególnie wpływową postacią współczesnego instytucjonalizmu, to jest koncepcją Oty Weinbergera i Neila MacCormicka. Autorzy ci, konstatując wpływ teorii Hauriou na ich koncepcję instytucji, stwierdzają zarazem fundamentalną różnicę między nimi. Na gruncie ich koncepcji, jak sami wskazują, nie ma racji bytu kategoria idei kierującej (jako czynnika tworzącego i utrzymującego byt instytucji), której treść przekraczałaby interpretację aktualnego sposobu funkcjonowania struktury instytucjonalnej (choćby dokonaną z „wewnętrznego” punktu widzenia). Nie ma więc miejsca na konstatację „transcendentności” i niepełności wyrazu idei rządzących instytucją: w analizach Weinbergera i MacCormicka normy prawne (włączając w to zasady prawne) i społeczne działania w pełni sobie wzajemnie odpowiadają, w funkcjonowaniu instytucji nie ma żadnej „reszty”, niczego, co wykraczałoby poza ich możliwy do obserwacji czy rozumiejącej interpretacji wyraz¹⁷. Tymczasem dla Hauriou idea kierująca nie jest ani konstrukcją teoretyczną, ani hasłem ideologicznym lub polityczną doktryną, nie jest też konstatacją natury faktycznej, opisem „ducha narodu” itp.¹⁸. Jak stwierdza Hauriou, idee zawsze zawierają element nieznanego, nie można np. zdefiniować dobra czy sprawiedliwości. Kryją w sobie potencjalności, których jednostki w danym momencie historycznym nie są w stanie zrozumieć i przewidzieć. Taką tajemnicę zawiera też idea państwa (np. wojowniczy pierwsi Kapetyngowie nie przewidywali, że stworzony przez nich porządek będzie porządkiem przede wszystkim moralnym i cywilnym)¹⁹. Hauriou wskazuje niekiedy treść idei kierujących, czyni to jednak na dużym stopniu ogólności, np. idea kierująca współczesnego państwa liberalno-demokratycznego sprowadza się, według niego, do stwierdzenia, że „państwo to ciało utworzone dla realizacji pewnej liczby idei, z których najbardziej dostępne (*accessibles*) zawierają się w następującej formule: ochrona narodowego społeczeństwa obywatelskiego (*civil*) przez władzę publiczną o zasięgu terytorialnym, lecz oddzieloną od własności ziemi i w ten sposób

16 Hauriou, *Aux sources du droit*, 113-114.

17 Ota Weinberger, Neil MacCormick, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (Dodrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company 1986, 24-26); por. Marek Smolak, *Prawo fakt, instytucja* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1998), 36-38.

18 Formuluje się opinie o niejasności tej idei u Hauriou, w przeciwieństwie do jego koncepcji państwa (Gigacz, *Vers une théorie démocratique de l'institution*)

19 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 64-65.

pozostawiając szeroki margines wolności tym, którzy jej podlegają²⁰. Na gruncie koncepcji Hauriou idea kierująca ma, w pewnym sensie, charakter „iluzji”, ma być to jednak złudzenie umożliwiające wspólne działanie.

Niepełna możliwość zdefiniowania idei kierującej i uczynienia jej przesłanką rozumowania o charakterze instrumentalnym wyraża się w odróżnieniu idei przedsięwzięcia od celu i funkcji danego przedsięwzięcia. Cel może być zewnętrzny wobec przedsięwzięcia, jego idea – nie; idea zawiera w sobie również środki (plan działania i organizacji) do osiągnięcia celu. (Wyprzedzając nieco wywody, można stwierdzić, że interesy obywateli państwa francuskiego nie mogłyby być realnie chronione np. przez instytucję ponadnarodową). Z kolei możliwość określenia funkcji zakłada już jakiś stopień zrealizowania przedsięwzięcia lub możliwość jego uprzedniego zdeterminowania, tymczasem idea przedsięwzięcia implikuje niezdeterminowanie, czyniące możliwym i koniecznym swobodne działanie. Dlatego np. funkcję państwa realizuje administracja, a jego idee – rząd i organy, w ramach których ma miejsce deliberacja polityczna²¹.

3. Związek idei kierującej z konkretną wspólnotą polityczną

Instyucjonalizm Hauriou kieruje uwagę na kulturowe uwarunkowania jednostkowej i grupowej aktywności. Mówiąc językiem współczesnej hermeneutyki idea kierująca na gruncie koncepcji Hauriou jawi się jako horyzont wspólnego działania, który nigdy nie jest możliwy do osiągnięcia, a zatem i do pełnego opisu, niemniej jednak strukturyzuje wspólną przestrzeń, dlatego nie ma charakteru urojonego lub czysto umownego. Jak wskazuje Hauriou, rozumienie takich idei jak miłość, sprawiedliwość czy obowiązek było inne u Racine'a, a inne jest w XX wieku, niemniej jednak idea kierująca zawsze ma charakter obiektywny w tym sensie, że zawiera pewne minimum treściowe o charakterze niekontekstualnym, dzięki któremu ta sama idea może być rozpoznawana w różnych sytuacjach historycznych. Idea kierująca nie występuje więc w postaci jakiegoś możliwego do apriorycznego zdefiniowania, uniwersalnego imperatywu, jej istota różna jest jednak od jej subiektywnych artykulacji. Ideę kierującą odnajduje się, jak stwierdza Hauriou, tak jak górnik znajduje diament²².

Nie jest ona więc wytworem lub odkryciem czysto indywidualnego namysłu. Kieruje to uwagę na związki idei kierujących ze świadomością konkretnych społeczności. Nawet jeśli inspiracją dla ich powstania są fakty surowe (panowanie, którego źródłem jest przemoc), to potrzebują one powszechnego dozwolenia („assentiment”) które, jako czynnik legitymizacji, jest koniecznym warunkiem ugruntowania się idei, w szczególności takiej, która

20 Idem, *Aux sources du droit*, 98.

21 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 98-99.

22 Idem, *Aux sources du droit*, 100-101.

może dać życie instytucji państwa. Współcześnie, według Hauriou, taką ideę mają artykułować osiemnastowieczne deklaracje praw człowieka. Czy więc na gruncie jego koncepcji idee mogą mieć charakter uniwersalny w tym sensie, że ich zaistnienie i trwanie nie jest związane z bytem konkretnej wspólnoty politycznej? Taka konstatacja byłaby oczywiście sprzeczna z przedstawioną przez Hauriou koncepcją instytucji. Zgodnie z nią żadna idea nie może spełnić swej funkcji, o ile nie istnieje organ władzy, który wprowadzałby ją w życie i konkretne społeczeństwo, które by, w każdym dniu, nie wyrażałoby na nią przynajmniej milczącej zgody. Przenosząc powyższe założenie na poziom wspólnoty politycznej, stwierdzić należy, że idea każdej takiej wspólnoty zawiera w sobie pewną wizję konkretnego porządku aksjologiczno-politycznego. W tym miejscu należy odwołać się do rozważań na temat prawa naturalnego oraz rozumienia narodu. Wyprzedzając nieco rozważania, wskazać należy, że według Hauriou każde prawo zawiera, nierozzerwalnie ze sobą związane, element kontekstualny i uniwersalny. Hauriou występuje więc przeciwko sposobowi rozumienia prawa naturalnego jedynie jako zespołu uniwersalnych norm, bez odniesienia do ich historycznego wyrazu. Prawo naturalne, jak pisze, nie jest jedynie „czystą sprawiedliwością”, natomiast każde prawo (zob. niżej) składa się z idei sprawiedliwości oraz idei porządku społecznego. Sprawiedliwość jest uniwersalna – Hauriou za ład zgodny z prawem naturalnym uznaje tylko ład chroniący prawa jednostki, w szczególności jej własność (nazywa go, niezupełnie zgodnie z etymologią, demokratycznym), odnajdując jego początki w starożytności grecko-rzymskiej. Takie prawo było, jak uważa, „uśpione” w średniowieczu, odrodziło się w XVII w., wyraziło w dziełach Grocjusza, Pufendorfa i osiemnastowiecznych deklaracjach praw, a obecnie „prawo powszechne wspólne dla narodów cywilizowanych w danej epoce demokratycznej, oto fakt historyczny, który wywołuje i przywołuje wizję idealnego prawa naturalnego”²³. Z kolei idea ładu zawarta w prawie naturalnym jest historycznie zmienna, nawet najogólniejsze wydawałoby się zasady, jak wyrażona w prawie rzymskim i Instytucjach Justyniańskich zasada *suum cuique tribuere* zawiera już określoną wizję ładu społecznego, jak choćby ideę indywidualnej własności²⁴.

Elementy uniwersalny i kontekstualny tworzą całość możliwą do odzielenia tylko na poziomie analitycznym. Uniwersalność, a zarazem zależność od konkretnej kultury pozwala porównać prawo naturalne do dzieła sztuki uznawanego za klasyczne (jest jak rzeźba Wenus z Milo wyrażająca typ kobiety uznawanej za piękną w danej epoce, który jednak stał się klasycznym wzorcem kobiecego piękna)²⁵. Ponadczasowa sprawiedliwość artykułuje się w instytucjach konkretnego społeczeństwa i wraz z nim dzieli jego

23 Idem, *Aux sources du droit*, 68.

24 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 59.

25 Idem, *Aux sources du droit*, 69.

los. Według Hauriou zawsze istnieje konkretna grupa posiadająca interesy w realizacji przedsięwzięcia, którego idea dała byt instytucji. W przypadku państwa są to obywatele, którzy ponoszą ryzyko „przedsięwzięcia” państwowego i odnoszą z niego korzyści, (każdy z nich stanowi, jak pisze, „podmiot idei”, co nadawać ma pojęciu podmiotu „głębię”)²⁶. To z pozoru graniczące z trywialnością stwierdzenie wyraża jednak istotę idei obywatelstwa, to jest przekonanie, że dla istnienia wspólnoty politycznej konieczna jest wspólnota wartości i trwała wspólnota losu; idea ta jest obecnie uznawana za daleką od oczywistości²⁷. Na tych założeniach Hauriou opiera własne rozumienie narodu, dla którego istnienia istotne mogą być elementy obiektywne (wspólne pochodzenie, tradycja religia, zamieszkiwanie na określonym terytorium), ale decydujące ma być poczucie realizacji wspólnej idei, czyli umocowanie aksjologiczno-instytucjonalne. Dlatego ostatecznie naród to, jak pisze, „zjawisko duchowe”²⁸. Na gruncie koncepcji Hauriou żadna idea mogąca konstytuować działanie społeczne nie ma charakteru idei „czystego” rozumu, którą ludzie mogliby odkrywać i wprowadzać w życie niezależnie od warunków kulturowych. Hauriou wskazuje, że w XIX wieku ugruntował się w Europie szkodliwy prąd (hiper)autokrytyczny, który może ostatecznie spowodować, że ulegnie ona otaczającym ją „barbarzyńcom”. Barbarzyńcy ci być może w jakiś sposób ucywilizują się, ale wcześniej ludy europejskie mogą fizycznie zniknąć²⁹.

4. Koncepcja władzy politycznej

4.1. Legitymacja władzy jako konieczna fikcja

Koncepcja idei kierującej decyduje o sposobie rozumienia władzy politycznej. Władza posiada u Hauriou sens samoistny zarówno w sensie opisowym, jak i normatywnym. Jego zdaniem fenomen podporządkowania ludzi nie może być sprowadzony do konstrukcji prawnej: systemu norm lub fikcji osoby prawnej. Hauriou, wychodząc z tego założenia zwalcza ideę umowy społecznej pojętej jako zobowiązanie świadomie zaciągnięte przez jednostki. Wskazuje, że koncepcja umowy społecznej bierze pod uwagę tylko dwa elementy konieczne dla zaistnienia państwa, tj. władzę zwierzchnią i naród (społeczny substrat państwa), pomija natomiast ideę rzeczy wspólnej³⁰. Dla zaistnienia państwa ludzie muszą uznać władzę za legitymowaną do rządzenia nimi, a to może zapewnić tylko *idee directrice*. Państwo widziane

26 Ibidem, 101-102.

27 Arkadiusz Barut, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesnego* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2018): 181-226.

28 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 81.

29 Ibidem, 55-56.

30 Ibidem, 34, 94-97.

z zewnętrznego punktu widzenia jawić się może jako wskazana przez św. Augustyna banda zbójców, stosująca, co najwyżej, kłamstwo zamiast nieustannej przemocy. Hauriou w całej swej twórczości wyraża przekonanie o „zwrotnym” charakterze legitymizacji – władza dzięki uznaniu poddanych zaczyna, we własnym ideologicznym interesie, spełniać stawiane jej oczekiwania³¹.

Na gruncie koncepcji Hauriou każda władza ma do spełnienia fundamentalną funkcję w procesie powstania i działania instytucji. Autor ten pojmuje ją jako siłę świadomą i aktywną, która nie wyrasta spontanicznie z relacji społecznych³². Gdyby nie działanie władzy idea kierująca nie weszłaby w stadium uświadomione, pozostałaby, ewentualnie, niejasnym zwyczajem, niepobudzającym do wspólnego, zorganizowanego działania. Przenosząc powyższe założenia na poziom wspólnoty politycznej stwierdzić należy, że w koncepcji Hauriou istnienie organów władzy nie tylko umożliwia kierowanie społeczeństwem w postaci decyzji politycznych, ale stanowi również oznakę jego tożsamości, odrębnej od innych społeczeństw państwowych. Władza pełni więc funkcję symboliczną i dopiero na drugim miejscu jej funkcją jest tworzenie norm prawa pozytywnego³³. Instytucje, warunek działania władzy, stanowią zarazem jej samo-ograniczenie³⁴. Może ona pełnić istotną rolę w procesie tworzenia i trwania instytucji, o ile nie dąży do utożsamienia państwa z określonymi osobami lub organizacjami. Władza państwowa obdarzona legitymacją, czyli „władza prawna” (odróżniona od władzy faktycznej, zob. niżej) pojawia się, gdy jest w stanie reprezentować „instytucję fundamentalną”, czyli państwo-przywódca rządzi w imieniu tej instytucji. Wielcy ludzie polityki to ci, którzy są w stanie uchwycić idee kierującą³⁵. Źródło legitymacji władza nie leży więc w prawie pozytywnym, prawo to (prawa

31 Hauriou rozwija więc wątek, który pojawił się u zarania myśli konserwatywnej, przede wszystkim u Edmunda Burke’a i Josepha de Maistre’a [Arkadiusz Barut, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurice’a Barrèsa* (Kraków: Arcana, 2009), 86-87; idem, „Tradycja i rewolucja. Konserwatyzm immanentny Josepha de Maistre’a” *Wrocławskie Studia Polilogiczne*, nr 9 (2008): 192-208]. Hauriou w dziele z wczesnego etapu twórczości jako czynnik konstytuujący społeczeństwo i umożliwiające jego rozwój wskazał poświęcenie (*sacrifice*), przeciwstawione postawie walki o przetrwanie [Maurice Hauriou, *Cours de science sociale. La science sociale traditionnelle* (Paris: L. Larousse, 1896)].

32 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 15.

33 „Ludzie potrzebują być rządzonymi ze względu na swe namiętności duchowe, a nie ze względu na swe interesy ekonomiczne” (Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 107-108).

34 Ibidem, 5.

35 Ibidem, 45.

fundamentalne korony francuskiej, współczesna konstytucja itd.) jest jedynie wyrazem funkcjonowania instytucji. Instytucja opiera się zaś na społecznym przyzwoleniu – uznaniu zwyczajowym (*consentement coutumier*)³⁶. Niewątpliwie porządek społeczny tworzy się po części poprzez celowe reformy. Nie jest jednak nigdy możliwa jego całościowa lub nagła zmiana. Reformy, aby mogły wykreować więzi społeczne, muszą obejmować również idee ugruntowane w społeczeństwie i powinny być więc stopniowe³⁷. Hauriou dostrzega, że osoby sprawujące władzę w jakimś stopniu tworzą użyteczne dla siebie sposoby rozumienia idei kierującej. Stwierdza, że jej inkorporację umożliwia właśnie jej „subiektywna” ciągłość, to jest jej częściowe określanie przez organy państwowe³⁸. Żaden organ władzy nie jest jednak władny wyrazić w pełni idei, która w sposób ciągły spełniałaby funkcję ożywiającą organizację społeczną, jej istota pozostaje „w większej części nieokreślona”³⁹.

4.2. Idea reprezentacji demokratycznej

Decyduje to o sposobie rozumienia reprezentacji politycznej i demokracji. Według Hauriou władza polityczna opierać się musi na zasadach reprezentacji i podziału⁴⁰. Reprezentacja nie oznacza jednak reprezentacji społeczeństwa jako zbioru jednostek lub reprezentowania woli powszechnej. Reprezentowane ma być państwo jako instytucja, a ściślej mówiąc jego idea kierująca, będąc podmiotem każdej „osoby moralnej”, (dlatego myślę się, zdaniem Hauriou, współcześni mu autorzy niemieccy, którzy za podmiot osoby moralnej uznają jedynie jej wolę⁴¹). Reprezentacja ma zapewniać wykonywanie przez organy władzy wspólnego przedsięwzięcia, czyli wcielanie w życie idei kierującej. W autokracji środkiem realizacji takiej wspólnej wizji jest sumienie i wola władcy, w demokracji – wybory powszechne⁴². Nie znaczy

36 Ibidem, 18- 23. Pojęcie zwyczaju jest u Hauriou wieloznaczne, nie zawsze oznacza ono społeczny nawyk. Ogólnie rzecz ujmując, Hauriou używa go dla odzwierciedlenia mechanizmu zbiorowego przyzwolenia dla działań władzy. Według Oliviera Beaud pojęcie zwyczaju u Hauriou odpowiada w istocie jego pojęciu instytucji (Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 128).

37 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 34.

38 Przykładem subiektywnego wyrażania przez organy idei ma być wypracowanie przez Kościół instytucjonalny dogmatyki, wyrażającej ideę chrześcijańską, która niezależnie od tego istnieje obiektywnie (Hauriou, *Aux sources du droit*, 117-118)

39 Hauriou, *Aux sources du droit*, 116-118.

40 Ibidem, 102 i n.

41 Ibidem, 116.

42 Ibidem, 103-104.

to jednak, że Hauriou przyjmował rozpowszechniony obecnie sposób rozumienia demokracji liberalnej. Niewątpliwie nowoczesne państwo narodowe, deklarujące poszanowanie swobód indywidualnych i suwerenność narodu, określa jako demokratyczne, demokratyczność jest u niego bowiem synonimem cywilizacji. Jego ideałem nie jest jednak demokracja w stylu roussoistycznym, deklarująca egalitaryzm w sferze prawnej i usuwająca wszelkie „ciała pośredniczące” w sferze politycznej. Nie jest nim również demokracja w rozumieniu współczesnym (poliarchia itp.), w której sam pluralizm ośrodków władzy oraz stylów życia (i aprioryczne odrzucenie politycznego uznania „rozległych doktryn”) ma zapewniać upodmiotowienie polityczne społeczeństwa i jednostkowe swobody. Na gruncie koncepcji Hauriou zamierzona i całkowita rezygnacja z określenia idei kierującej wspólnoty politycznej oznaczałaby zaprzeczenie instytucjonalnego charakteru państwa, co prowadziłoby do wyeliminowania jednostkowej i grupowej aktywności, a w rezultacie utożsamienia państwa już nie z ideowym „przedsięwzięciem”, lecz określoną osobą lub organem.

Hauriou przedstawił elitarną, a zarazem komunitarną koncepcję demokracji. Podkreślał znaczenie podziału władz, rozumiał go jednak inaczej niż we współczesnych koncepcjach odwołujących się do idei demokracji w sensie formalnym. Według Hauriou jego źródłem nie może być podział organów lub funkcji, lecz podział „kompetencji” („rzeczy duchowych”), czyli zróżnicowanie sposobów realizacji idei kierującej. Przedstawia więc następujący podział władz i „kompetencji” w liberalnej demokracji: władza wykonawcza („pouvoir de volonté” – ministrowie i prezydent) posiada kompetencję „intuitywną”, intuicyjnie rozumiejąc ideę kierującą i podejmując na tej podstawie akty woli; władza deliberująca (rozważająca sposoby konkretyzacji idei kierującej – parlament) posiada kompetencję dyskursywną; natomiast władza wyborcza (obywatele opowiadający się za lub przeciw określone mu rozwiązaniu) posiada kompetencję przyzwolenia (*assentiment*). Podział ten nie abstrahuje więc od prawnokonstytucyjnego podziału organów i ich funkcji, ale przede wszystkim, w zamysle Hauriou, ma zapewniać twórczą nieciągłość w przestrzeni władzy, a nie jedynie odzwierciedlać różne zadania przypisane ustawowo poszczególnym organom. Dzięki takiemu podziałowi władzy w jej sferze kształtować się ma rzeczywista równowaga, której czynnikiem była niegdyś dualność urzędów rzymskich⁴³.

Taki podział władz uzasadniony jest również elitarną koncepcją społeczeństwa politycznego, zachowującą jednak ideę narodu wyrażającego się w powszechnych wyborach lub referendum jako ostateczna instancja decyzyjna. Według Hauriou we władzy (w sensie zjawiska społecznego) z istoty występują dwa elementy – kompetencja i dominacja, gdzie ta druga powinna

43 Ibidem, 103; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 72-73, 351-352, 469.

być podporządkowana pierwszej⁴⁴. Element kompetencji reprezentuje władza wykonawcza – funkcjonariusze (czynnik mniejszościowy), natomiast element dominacji – deputowani, reprezentujący suwerenność narodu (czynnik większościowy). Władza państwowa z istoty jest władzą mniejszości, taki charakter również współcześnie, do elementu arystokratycznego został jednak dodany element demokratyczny⁴⁵. Rolą władzy wykonawczej jest nie tylko wykonywanie ustaw, ale również inicjowanie działań państwa, ma ona w tym zakresie władzę dyskrecyjną⁴⁶. Władza wykonawcza jako „pouvoir de volonté” wpływa na wszystkie funkcje państwa, organizuje również legislację i działania wymiaru sprawiedliwości, a także zapewnia sam podział władz⁴⁷. W ten sposób władza wykonawcza ma przewagę w porządku „kompetencji”, czyli realizacji idei kierującej. O takiej roli polityków zasiadających w organach tej władzy decyduje okoliczność, że nie reprezentują oni ani swych wyborców ani abstrakcyjnie pojęty naród, lecz określoną instytucję (prezydenturę itd.) Władza parlamentarna reprezentuje jednak element kontroli, ma przewagę, jako władza suwerenna, w porządku „własności”⁴⁸. Nie znaczy to, by wystarczyło, aby decyzja obywateli przybierała postać odruchu lub wyboru *quasi*-rynkowego. Dla zrozumienia idei, w szczególności współcześnie, w świecie demokratycznym, przy wolności słowa i prasy, wymagane jest upowszechnienie kultury, stąd rola powszechnej edukacji, którą, jak twierdzi Hauriou, a które to twierdzenie było szczególnie istotne w warunkach wojującego laicyzmu III Republiki, nie powinno się zajmować wyłącznie państwo, ale również Kościół⁴⁹.

5. Prawo

5.1. Krytyka koncepcji woluntarystycznych i obiektywistycznych

Teoria instytucji i państwa decyduje o sposobie rozumienia prawa. Według Hauriou istotę prawa wypaczają zarówno koncepcje upatrujące jego źródła wyłącznie w woli, jak i te, które uznają je za bezpośredni wyraz różnie pojmowanego obiektywnego porządku. Jeden i drugi typ koncepcji zapoznaje obiektywny, a zarazem twórczy charakter instytucji, to, co ma w niej charakter nadjednostkowy, a zarazem nadaje jej dynamikę. W przypadku instytucji państwa elementem tym jest spajająca wspólnotę symbolika, niezależna bezpośrednio od decyzji władzy. Koncepcje zapoznające to uwarunkowanie traktują prawo jako niepodlegające krytyce i ostatecznie prowadzą do

44 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 25 i n.

45 Ibidem, 117.

46 Ibidem, 376 i n.

47 Ibidem, 380 i n.

48 Ibidem, 279.

49 Ibidem, 65-66.

unicestwienia zarówno jednostkowych swobód, jak i ogólnospołecznej aktywności, dla których trwania konieczne jest istnienie wspólnoty państwowej.

Zdaniem Hauriou pierwszy typ koncepcji w XVIII wieku reprezentował Jan Jakub Rousseau w dziedzinie filozofii politycznej, a obecnie mają go reprezentować współcześni mu niemieccy teoretycy prawa (Ihering, Jellinek, Laband, Geber), przenoszący koncepcję Rousseau w sferę prawną. Uznają oni prawo za wyraz woli państwa pojmowanego na wzór indywidualnego podmiotu, tj. jako osobę. Założenie, że taki podmiot może się samo-ograniczać, stało się przesłanką niemieckiej idei państwa prawa. Koncepcje ograniczające prawo do woli państwa jawią się jako nieadekwatne w aspekcie teoretycznym, nie potrafią bowiem wyjaśnić prawa zwyczajowego istniejącego w epoce rodów i plemion, przed powstaniem państwa realizującego ideę kierującą. Przede wszystkim jednak są, według Hauriou, szkodliwe w aspekcie normatywnym, wyprowadzają bowiem prawo z czystej faktyczności (w języku współczesnych teorii instytucjonalnych – z faktów surowych). Na początku rozumowania teoretyczno-prawnego, a zatem i ocen działania władzy, stawiają, jako pierwszą przesłankę, konstatację prostego faktu zdobycia i utrzymania władzy przy użyciu przemocy, w ten sposób fakt ten nie podlega już ocenie⁵⁰. Pojmowanie państwa jako podmiotu realizującego własną wolę nie jest pozbawione racji, ale nie jako teoretyczny punkt wyjścia, lecz wniosek wynikający z przeprowadzonej już interpretacji rzeczywistości społecznej. Funkcją stanu prawnego jest zaprowadzanie w surowych faktach stanu porządku politycznego, zbliżanie go do ideału sprawiedliwości. Naga siła nie tworzy prawa, chociaż może zapoczątkować proces tworzenia stanu prawnego jako siła, której trwanie w ramach instytucji i opinia o legitymacji – „trwanie w pokoju” – zapewniło prawomocność⁵¹.

Jako błędne koncepcje obiektywistyczne Hauriou wskazuje koncepcje Leona Duguita i Hansa Kelsena. Polemika z Duguitem sprowadzała się głównie do formułowania zarzutu zapoznania funkcji woli w tworzeniu prawa, przede wszystkim woli organów władzy politycznej, ale również jednostek, dzięki którym zaangażowaniu państwo może trwać jako instytucja. Zdaniem Hauriou Duguit, obawiając się nadużywania władzy przez państwo, zaprzecza, aby mogło ono autonomicznie tworzyć prawo, w rezultacie chce poszukiwać jego źródeł wyłącznie w zjawiskach społecznych, przeceniając znaczenie reguł prawnych o charakterze zwyczajowym. Według Hauriou są one czynnikiem trwałości instytucji, lecz nie warunkiem ich powstania. Doświadczenie przekonuje, że społeczność bez udziału władzy nie jest w stanie wytworzyć instytucji jedynie drogą kreacji prawa zwyczajowego. Hauriou

50 Hauriou, *Aux sources du droit*, 89-95.

51 Maurice Hauriou, *Principes de droit publique* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1916), 6-11.

jest zdania, że na gruncie koncepcji Duguita podstawy systemu prawnego, prawo *sensu stricto* („reguły normatywne”), mające odzwierciedlać zwyczaj, w zasadzie są tak samo statyczne, jak sam system⁵². Co więcej, jak podnosi Hauriou, większość reguł prawnych, nie tylko zwyczajowych, poza tymi, które pełnią funkcję symboliczną i artykułują prawa podmiotowe, ma charakter statyczny, ograniczający indywidualną działalność (wyrażać ma to zresztą liberalna koncepcja prawa podmiotowego zapisana w art. 4 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., stanowiącym o możliwości swobodnego działania „w granicach prawa”). Mówiąc językiem koncepcji Duguita, skoro reguły konstruktywne czerpią swoją moc prawną z reguł normatywnych, to o ile nie chodzi o takie reguły prawne jak własność czy wolność umów, do których treści należy zapewnienie wolności działania, nic nie uzasadnia postulatu promowania wolności indywidualnej w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostki⁵³.

Bardziej znamienita jest jednak krytyka koncepcji Kelsena. Zdaniem Hauriou, w jego systemie (rozpatrywanym w aspekcie „statycznym”) faktowi zostaje przeciwstawiona powinność, czyli prawo. Zarazem jednak następuje utożsamienie źródła prawa z normą ustanowioną przez państwo, pojmowane w sposób czysto faktualny jako organizacja, do której istoty należy stosowanie przemocy. Na gruncie tej koncepcji jednostki jako podmioty prawne stanowią jedynie zespoły norm, niepowiązane więzią społeczną, dlatego w swym bycie prawnym, „powinnościowym”, mają obowiązek posłuszeństwa wobec prawa-państwa, pojętego na wzór imperatywu kategorycznego. Nie ma więc racji bytu idea praw indywidualnych, możliwych do przeciwstawienia państwu, wykraczających poza treść przepisów prawnych⁵⁴. O ile Duguit sprowadził prawo do faktu, to Kelsen, sprowadzając fakt do prawa, tworzy, zdaniem Hauriou, koncepcję jeszcze bardziej niebezpieczną. Wadą obu tych koncepcji jest zapoznanie otwartości i dynamiki prawa, możliwej dzięki realizowaniu przez władzę polityczną idei kierującej.

5.2. Definicja i podstawy obowiązywania prawa

Hauriou, wpisując się w klasyczną tradycję prawa, nie wychodzi od idei normy prawnej, lecz sytuacji prawnej. Prawo, tak samo jak państwo, nie jest dla niego wyrazem woli indywidualnej czy „zbiorowej”, lecz

52 Duguit wyróżniał w prawie reguły normatywne i reguły konstruktywne, te drugie pojmował jako środki do realizacji tych pierwszych – Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I (Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C 1927), 105 i n.

53 Hauriou, *Aux sources du droit*, 89-95; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 9-13.

54 Idem, *Aux sources du droit*, 89-95; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 9-13.

instytucją-rzeczą: „Prawo to rodzaj kierowania, którego celem jest zarazem realizacja porządku, jak i sprawiedliwości”⁵⁵. Normy prawne są tylko jednym z elementów prawa jako instytucji. Nawet sam fakt uchwalenia ustawy nie jest wyrazem jednorazowo powziętej woli, lecz zgody na trwanie instytucji, znajdującej swój wyraz w instytucjonalnie określonym sposobie działania – procedurze ustawodawczej⁵⁶. Wyrazem jednorazowo powziętej woli nie są też instytucje prawa prywatnego, np. stosunek między pracodawcą a pracownikiem stanowi element instytucji społecznej – fabryki⁵⁷. Prawo jest zarazem wpisane w ogólnospołeczny kontekst instytucjonalny. Normy prawne, o ile mają spełnić swoją funkcję, nie mogą być więc ujmowane jako wytwór arbitralnej decyzji rządzących. Władza, tworząc normy prawne, realizuje upoważnienie społeczno-instytucjonalne, wyrażone poprzez ugruntowane w społeczeństwie idee⁵⁸. Hauriou jako podstawowe materialne źródło prawa wskazuje „zwyczaj”, czyli przejściowe konkretyzacje idei kierującej⁵⁹. Gdy jest on uwzględniany przy tworzeniu ustaw, wyraża władzę przyzwolenia, która należy do narodu⁶⁰.

Czy należy więc przestrzegać jedynie prawa uznawanego za sprawiedliwe na podstawie kryteriów usankcjonowanych zwyczajowo (taki wniosek ma, zdaniem Hauriou, wynikać z koncepcji Duguitya)? Jak wskazuje Hauriou, w społeczeństwie współczesnym podstawową formą tworzenia prawa jest ustawodawstwo, zwyczaj może odbierać ustawom społeczne znaczenie lub je wzmacniać, ale nie powinien, przynajmniej w typowej sytuacji, uchylać obowiązywania ustawy⁶¹. Akty prawodawcze władzy korzystają z domniemania obowiązywania⁶². Jak więc pogodzić naczelną funkcję idei kierującej jako kryterium legitymacji prawa z uznaniem prawodawczej funkcji państwa? Według Hauriou należy, w sensie analitycznym wyróżnić dwa rodzaje prawa: prawo „zwyczajowe” i prawo wynikające z decyzji władzy politycznej⁶³. Można, w następstwie tego, wyróżnić dwie „warstwy prawa”: prawo „ustalone” (*établi*), korzystające z domniemania zgody adresatów (a w dłuższej

55 Idem, *Aux sources du droit*, 66.

56 Idem, *Principes de droit publique*, 138-139, Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 125-127.

57 Hauriou, *Aux sources du droit*, 142-143, Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 127.

58 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 4.

59 Ibidem, 613; idem, *Principes de droit publique*, 29 i n.

60 Idem, *Principes de droit publique*, 30.

61 Ibidem, 810-812.

62 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 23.

63 Idem, *Principes de droit publique*, 806.

perspektywie – zgodności z ideą kierującą) i prawo „prowizoryczne”, które powinno być zgodne z pierwszym rodzajem prawa. Rozróżnienie to nie ma, jak stwierdza Hauriou, charakteru formalnego, lecz faktyczny, stopniowalny i relacyjny. W stosunku do praw konstytucyjnych każda ustawa zwykła ma charakter prowizoryczny, lecz wśród ustaw zwykłych są ustawy mniej lub bardziej „utrwalone”. Ustalenie tej hierarchii należy w konkretnych przypadkach do organu stosującego prawo (zob. niżej)⁶⁴. Idea kierująca pozostaje więc racją bytu prawa ustawowego i kryterium jego interpretacji. O państwie prawa można, według Hauriou, mówić wtedy, gdy istnieje równowaga między decyzjami legislacyjnymi władzy i „zwyczajem” jako ich uzasadnieniem i gdy władza poddaje się prawu, które, w sposób legitymowany, stworzyła⁶⁵.

5.3. Związek prawa ze wspólnotą polityczną

Na gruncie koncepcji Hauriou prawo pełni istotną funkcję w funkcjonowaniu i trwaniu innych instytucji, zakreśla bowiem granicę jednostkowego działania, zapewniając w ten sposób trwałość i stabilność organizacji społecznej. Hauriou podkreśla zarazem, że ani prawo jako instytucja – rzecz, ani tym bardziej normy prawne ujmowane w izolacji same z siebie nie są w stanie wytworzyć porządku społecznego. Reguły prawne, pełniące funkcję czynników zapewniających trwałość instytucji, nie mogą same spełniać funkcji idei kierujących, czyli tworzyć wspólnoty. W tym kontekście Hauriou wprowadza istotne rozróżnienie, ze względu na funkcję spełnianą w ramach instytucji, na dwa rodzaje prawa: „dyscyplinarnego” i „statutowego” (*statutaire*). Istotą pierwszego są ograniczenia nałożone na jednostki będące członkami organizacji społecznych, a racją jego istnienia – interes instytucji, istotą drugiego – umożliwienie działania członkom organizacji jako wolnych podmiotów. Znaczenie idei kierującej dla prawa wyraża się przede wszystkim „negatywnie,” w ustawach jako granicach działania, czyli głównie w prawie dyscyplinarnym chroniącym byt instytucji i tworzącej ją idei. Również prawo statutowe nie może wytworzyć więzi społecznej w sposób autonomiczny, kształtując jakieś abstrakcyjne poczucie powinności, niemniej jednak w prawie tym (obecnie głównie w prawie konstytucyjnym) idea kierująca odzwierciedla się treściowo, chociaż z reguły pośrednio. Prawo statutowe może więc pełnić funkcję symboliczną i wspólnototwórczą⁶⁶.

Prawo jest więc na gruncie koncepcji Hauriou wytworem określonej wspólnoty politycznej i tak powinno być interpretowane. Niemniej jednak nie jest pozbawione aspektu uniwersalnego, w prawie występuje bowiem pewien, jakby można dziś rzec, „naddatek” sprawiedliwości. O sposobie rozumienia

64 Ibidem, 810-812.

65 Ibidem, 18-19.

66 Idem, *Aux sources du droit*, 117, 127.

prawa naturalnego u analizowanego autora była mowa wyżej, teraz zaś należy zaznaczyć, że ów nadmiar ma być też cechą prawa pozytywnego. Zdaniem Hauriou w aspekcie historycznym należy rozróżnić dwa rodzaje prawa: obok wyżej wskazanego prawa dyscyplinarnego, zakładającego podporządkowanie, wywodzącego się z samego faktu istnienia organizacji (jak *Themis* w archaicznej Grecji), którego typ realizuje obecnie przede wszystkim prawo urzędnicze, istnieje również prawo powszechne (*droit commun*⁶⁷), biorące początek z społecznego charakteru człowieka, oparte na zasadzie słuszności, zakładające, jak greckie *Dike*, równe traktowanie członków innych grup. Prawo powszechne zawsze zmierza do objęcia swym działaniem osób niepoddanych władzy danego państwa, czego wyrazem było objęcie zasięgiem prawa rzymskiego nieobywateli i powstanie *ius gentium*. Obecnie jego przejawem jest prawo międzynarodowe. Ten rodzaj prawa nie jest tożsamy z ustawodawstwem państwowym, potencjalnie zawiera kryterium jego krytyki, niemniej jednak państwo jest konieczne dla jego skuteczności⁶⁸. Komentując stanowisko Hauriou, należy stwierdzić, że nie jest to prawo, które z zewnątrz narzuca się w sposób „samo-zrozumiały” i w ten sposób podporządkowuje państwo (tak jak obecnie często rozumie się prawa człowieka)⁶⁹.

5.4. Koncepcja stosowania prawa

Wyprowadzanie legitymacji prawa z idei kierującej decyduje o koncepcji stosowania prawa. Jak stwierdza Hauriou, prawo jako zależny od lokalnych warunków czynnik porządku społecznego nie jest techniką, lecz sztuką⁷⁰. Przyznaje więc sędziom szeroką swobodę w interpretacji prawa⁷¹. Odnosząc się do kontekstu anglosaskiego, postrzega ich jako jego twórców i gwarantów wolności indywidualnych. Takie sądowne prawodawstwo, ewoluujące i dostosowane do czasu i miejsca, może, jak uważa, uniknąć wad prawa kontynentalnego – aprioryczności i (potencjalnej przynajmniej) społecznej wywrotowości. Analizując pozycję sędziów w reżimach prawa kontynentalnego, pozytywnie ocenia ich rolę jako organów postawionych w niektórych

67 Jawi się ono, na gruncie podziału na prawo dyscyplinarne i statutowe, jako postać tego drugiego we współczesnym państwie liberalno-demokratycznym, Hauriou nie jest jednak w tym miejscu do końca jasny w aspekcie terminologicznym.

68 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 97-99, 102.

69 Barut, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesny, passim*.

70 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 61-62.

71 Stosunek Hauriou do aktywizmu sędziowskiego ewoluował, jeszcze około 1900 r. postulował on prymat wykładni językowej (Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 129).

przypadkach ponad prawem pisanym, czego wyrazem mają być francuskie *Cour de Cassation* i *Conseil d'État*. Gwarancją praw indywidualnych powinna być, jego zdaniem, sądowa kontrola konstytucyjności ustaw (której brakowało w ówczesnej Francji)⁷². Postuluje, aby kompetencję tę przyznać sędziom sądów powszechnych przy rozstrzyganiu konkretnych spraw, sprzeciwia się natomiast ustanowieniu specjalnego sądu konstytucyjnego, który „mógłby wzbudzić nieufność ustawodawcy”⁷³. Sędziowie, odnajdując i stosując prawo winni zwracać uwagę bardziej na zasady konstytucyjne (*principes constitutionnels*) niż teksty ustaw, w tym również konstytucyjnych, to w zasadach wyraża się bowiem cywilizacyjny dorobek społeczności, w szczególności w zakresie ochrony praw podmiotowych. Tekst ustawy mogą wyrażać stan instytucji, czyli idei kierującej jedynie w określonym momencie historycznym⁷⁴.

Podkreślić jednak należy, że Hauriou przypisuje sędziom wyłącznie rolę rozstrzygania konkretnych sporów. Z tego względu, zdaniem Hauriou, władza sądownicza w jego czasach nie jest władzą polityczną w pełnym znaczeniu tego słowa, tak jak była nią w czasach Monteskiusza, nie powinna więc być uwzględniana w koncepcjach podziału władzy⁷⁵. Zasadniczą funkcją sędziowskiej kontroli prawa ma być zapewnianie równowagi w działaniu innych władz, a nie pozbawianie ich znaczenia (choćby ubrane w pozór stosowania zasad konstytucyjnych)⁷⁶. Hauriou dostrzega niebezpieczeństwo arbitralności sędziów i postawienia poza kontrolą społeczną⁷⁷. Wskazuje, że bezwzględnie należy unikać przejścia przez sędziów władzy nad państwem, które to niebezpieczeństwo jest, jak wskazuje, dostrzegane w USA⁷⁸. Sędziowie, opierając się na zasadach konstytucyjnych, powinni unikać nie tylko postawy (pseudo) scjentyzycznej analizy, ale i arbitralności upozorowanej na szczególnie, indywidualny wgląd w sprawę, „niepokojących skłonności do orzekania na zasadach słuszności” (*équité*)⁷⁹. Według Hauriou prawo pozytywne, w którym są obeznani sędziowie, nie przynosi, jak już wskazano, jakiegoś „autonomicznego” wyrazu idei kierującej, idea ta przede wszystkim wyraża się w innych wytworach kultury (a jeśli w prawie, to przede wszystkim w jego podstawowych zasadach)⁸⁰. Teoretyk sądowej kontroli konstytucyjności

72 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 247-248, 612.

73 Ibidem, 68-271.

74 Ibidem, 95-96, 269, 236-237.

75 Ibidem, 350.

76 Ibidem, 237-241.

77 Hauriou, *Principes de droit publique*, 76.

78 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 268, 224-230.

79 Ibidem, 237.

80 Idem, *Aux sources du droit*, 117.

prawodawstwa jest więc świadomy zagrożeń związanych z pozycją „trzeciej władzy”.

5.5. Samoistność władzy politycznej

Należy wreszcie wskazać, że absolutność prawa stanowionego jest na gruncie koncepcji Hauriou niemożliwa ze względu na autonomiczne wobec niego, samoistne znaczenie władzy politycznej i jej decyzyjnistyczny aspekt jako władzy chroniącej określony porządek. Wyrazem tego są poglądy Hauriou na funkcjonowanie prawa w sytuacjach wyjątkowych⁸¹.

Decyzyjnistyczny aspekt władzy politycznej ujawniać się ma już w jej aspekcie genetycznym. Hauriou, analizując władzę polityczną, stosuje różniczenia na władzę prawną (*pouvoir de droit*) i władzę faktyczną (*pouvoir de fait*). Ta druga pojawia się w rzadkich sytuacjach, każda normalnie funkcjonująca instytucja po jakimś czasie wytwarza bowiem prawo⁸². Władza faktyczna nie jest uzasadniona prawnie (przez „zwyczaj”), lecz metafizycznie, a w katolicyzmie teologicznie (zgodnie z zasadą, że każda władza pochodzi od Boga). Władza faktyczna przechodzi we władzę prawną, może stać się nią jednak nie dzięki ustawie, lecz poprzez wpisanie w już istniejące instytucje. Według Hauriou żaden porządek społeczny nie jest zgodny ze zasadami ponadczasowej sprawiedliwości, a niekiedy jest z nimi wyraźnie sprzeczny, ale nawet wtedy jest lepszy od chaosu⁸³.

Władza prawna również w niektórych przypadkach ujawnia swój aspekt decyzyjnistyczny. Porządek polityczno-prawny, na który składają się nie tylko prawo pozytywne, ale przede wszystkim instytucje i zwyczaje, jest ograniczeniem nie tylko dla władzy, ale także dla wolności jednostkowych. Prawo miarkuje władzę polityczną, lecz jej nie „pochłania”; w szczególnych wypadkach akty władzy, również „demokratycznej”, nie muszą i nie powinny być poprzedzone „dyskusją” czy innymi przewidzianymi przez prawo procedurami⁸⁴. Należy tu powrócić do wyżej wskazanego rozróżnienia na prawo ustalone i prowizoryczne. To drugie, wynikające z decyzji władzy politycznej zasługuje na posłuszeństwo, nawet jeśli nie jest w pełni zgodne z zapisami ustawy i nie spełnia w pełnym zakresie kryterium sprawiedliwości (choć Hauriou zastrzega, że jest tak wtedy, gdy nie gwałci w oczywisty sposób powszechnie przyjętych zasad moralnych i nie jest wytworem oczywistej

81 Idem, *Principes de droit publique*, 799-812. O pojęciu sytuacji nadzwyczajnej we współczesnej teorii prawa zob. Karol Dobrzeniecki, *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnej. Między legalizmem a koniecznością* (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania. „Dom Organizatora”, 2018).

82 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 16.

83 Ibidem, 29-33, 37.

84 Ibidem, 2, 24.

tyranii). Hauriou podkreśla prawny, a zatem legitymowany charakter aktów władzy wykonawczej, mających na celu przede wszystkim zachowanie porządku, w szczególności takich, które dla wypełnienia swej funkcji wymagają natychmiastowego wykonania. Również te akty, tak samo jak inne akty prawne, korzystają z domniemania zgodności z prawem, mogą oczywiście być później poddane pod kontrolę prawną na podstawie kryterium zgodności z prawem ustalonym, a jeśli ich wykonanie wyrządziło szkodę – dawać podstawę do domagania się odszkodowania. Zasadność posłuszeństwa takiemu prawu wynika z samej istoty władzy politycznej jako warunku istnienia społeczeństwa⁸⁵.

Hauriou ujmuje więc państwo i prawo jako byty empiryczne, a nie „logiczne”, wskazując, że idea samoograniczenia państwa pojętego jako osoba jest wprawdzie groźnym absurdem filozoficznym, lecz zarazem odzwierciedla, w pewnym stopniu, rzeczywistość społeczną. Między państwem a prawem winna więc istnieć równowaga, prawo w pewnych momentach winno być podporządkowane państwu i *à rebours*⁸⁶. Polityczność i prawo pozytywne nawzajem są warunkami swojego istnienia jako elementy tej samej struktury symboliczno-instytucjonalnej.

6. Zakończenie

Koncepcja prawa jako instytucji-rzeczy kształtowanej przez instytucję-osobę, tj. wspólnotę polityczną, sformułowana została przez Hauriou w czasach, gdy rodziły się dwudziestowieczne ideologie i systemy totalitarne, a zarazem w praktyce ustrojowej państw demokratyczno-liberalnych coraz silniejsze stawały się tendencje technokratyczne. W tej perspektywie upowszechniało się rozumienie prawa jako „techniki”⁸⁷, czy to rozumianej jako system norm generalnych i abstrakcyjnych – dogodne narzędzie racjonalnej w sensie Weberowskim biurokracji – czy to jako okazjonalne decyzje władzy dążącej do celów o (rzekomo) ogólnospołecznym znaczeniu. Odwołując się do koncepcji Hanny Arendt, stwierdzić można, że prawo zaczęło stawać się bezpośrednim odzwierciedleniem relacji władzy, tak samo jak one nieokreślonym, a zarazem wszechobecnym. Sformułowana przez Hauriou koncepcja idei kierującej ma być narzędziem krytyki tych tendencji: wyrażać ma podporządkowanie prawa wartościom określonej wspólnoty politycznej, które nie redukują się ani do technicznych sposobów realizacji arbitralnie obranych celów, ani do zespołu haseł ideologicznych. Przywracanie wymiaru ideowego władzy pozwalać ma, na gruncie koncepcji Hauriou, na uniknięcie sprowadzania prawa do wyrazu arbitralnych decyzji odzwierciedlających

85 Idem, *Principes de droit publique*, 806-810.

86 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 101.

87 Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian* (Warszawa: LexisNexis, 1999), 39-77.

społeczne i polityczne partykularyzmy, a występujących w „kostiumie” takich konstrukcji jak wola powszechna czy transcendentna powinność. Idea kierująca wprowadza do prawa czynnik polityczny, który dynamizuje je nie tylko w tym sensie, że, na poziomie ustawodawstwa, uzasadnia jego kształtowanie decyzjami władzy politycznej, w tym „wykonawczej,” a na poziomie orzecznictwa wykładnię zgodną z „zasadami konstytucyjnymi”. Dynamizuje je również poprzez unaocznienie nietożsamości prawa z jakimkolwiek wyrazem świadomości czy woli. Hauriou, głosząc ideę nietożsamości władzy i prawa z osobą i ideologią oraz symboliczne ich znaczenie, zbliża się do sformułowanej przez Claude’a Leforta, a wpływowej na gruncie postmarksizmu koncepcji władzy jako „pustego miejsca”⁸⁸. Tym niemniej, idea kierująca, tak jak ją rozumie, jest z jednej strony niemożliwa do pełnego skonceptualizowania, a z drugiej strony określona w swym „typie”, tak jak (odwołując się do przykładu samego Hauriou) pojęcie sprawiedliwości, inne w czasach Racine’a a inne w czasach po Wielkiej Wojnie, możliwe jednak do rozpoznania przez spadkobierców tej samej cywilizacji. W rezultacie jedna i druga cecha sprawi, że nie można pod ideę kierującą dowolnie „podstawić” ani koncepcji pseudouniwersalistycznej, ani ideologii odwołującej do *stricte* lokalnych korzeni. W tym wyraża się krytyczny potencjał koncepcji Hauriou. Władza i prawo są dla niego w istocie ideałami, obecnymi jednak w tym, co zapewnia ciągłość społeczną, tj. instytucjach, o ile pozostają one żywymi praktykami społecznymi. Rozumiejąca interpretacja celów im przypisywanych służyć może zarazem krytyce praktyk, które instytucje te wytwarzają. Nie zmienia tej oceny zbyt optymistyczna u Hauriou i w tym sensie ideologiczna ocena współczesnych mu systemów liberalno-demokratycznych, będąca w istocie jego interpretacją obiegającą od tendencji, które zdobywały w nich pierwszeństwo.

W czasach Hauriou zagrożeniami dla właściwego rozumienia polityki i prawa była, jego zdaniem, niemiecka koncepcja państwa jako osoby i Kelsenowska teoria czystego prawa. Również dzisiaj koncepcja prawa, jako instytucji realizującej ogólnospołeczną ideę kierującą, zwraca się przeciwko takim jego sposobom rozumienia, które mogą uzasadniać sprowadzanie go do wyrazu partykularnej woli lub interesu. Zdaniem autora artykułu jest to, po pierwsze, sprowadzanie prawa do wyrazu świadomości, czy wręcz jakiejś „powszechnej” woli środowiska prawniczego i odwoływanie się w tym celu do współczesnego instytucjonalizmu, prawniczego pragmatyzmu, a także koncepcji juryscentrycznej. Po drugie, jest to ujmowanie prawa charakterystyczne dla neomarksizmu – jako pustej znaczącej, pod którą można podkładać różne hasła polityczne lub po prostu jako wyrazu walki klasowej.

88 Arkadiusz Barut, „Prawa człowieka – symboliczna podstawa sfery politycznej czy czynnik jej zaniku? Polemika Claude’a Leforta z Hanną Arendt” *Studia Polityczne*, nr 2 (2015): 55-74.

Bibliografia

- Barut Arkadiusz, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawnopolitycznej społeczeństwa ponowoczesnego*. Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2018.
- Barut Arkadiusz, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurycego Barrèsa*. Kraków: Arcana, 2009.
- Barut, Arkadiusz, „Prawa człowieka – symboliczna podstawa sfery politycznej czy czynnik jej zaniku? Polemika Claude’a Leforta z Hanną Arendt” *Studia Polityczne*, nr 2 (2015): 55-74.
- Barut Arkadiusz, „Tradycja i rewolucja. Konserwatyzm immanentny Josepha de Maistre’a” *Wrocławskie Studia Politologiczne*, nr 9 (2008): 192-208.
- Beaud Olivier, „Hauriou et le droit naturel” *Revue d’histoire des facultés de droit et de science juridique*. <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p123-138.pdf>.
- Dobrzeńiecki K., *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnych. Między legalizmem a koniecznością*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownia. „Dom Organizatora”, 2018.
- Duguit Leon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, 1927.
- Dworkin Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Gigacz Stefan, „Vers une théorie démocratique de l’institution” *Mémoire de Diplôme des Etudes Approfondies, Faculté Jean Monnet, Université Paris XI*, 1997. Dół formularza. <http://www.hauriou.net/la-theorie-classique-de-l-institution>.
- Gromski Włodzimierz, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: „Kolonja”, 2000.
- Hauriou Maurice, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l’ordre et la liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933.
- Hauriou Maurice, *Cours de science sociale. La science sociale traditionnelle*. Paris: L. Larosse, 1896.
- Hauriou Maurice, *Leçons sur le mouvement social*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général de Lois et des Arrêts, 1899.
- Hauriou Maurice, *Précis du droit constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Hauriou Maurice, *Principes de droit public*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1916.
- Kozak Artur, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wrocław: Kolonia Limited, 2002.
- Morawski Lech, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: LexisNexis, 1999.
- Rosanvallon Pierre, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil, 2008.

- Rousseau Dominique, *Constitutionnalisme et démocratie*. <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.
- Schmitt Carl, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa”, przeł. Jezery Zajadło”, [w:] Jerzy Zajadło, *Schmitt*. 69-132. Sopot: Arche, 2016.
- Smolak Marek, *Prawo fakt, instytucja*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1998.
- Weinberger Ota, Neil MacCormick, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1986.



AUTORZY

Noty o autorach

Arkadiusz Barut – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Wrocławski. Adres e-mail: kancelariabarut@gmail.com.

Sebastian Czechowicz – magister prawa, Uniwersytet Łódzki Adres e-mail: sebastianczechowicz.official@gmail.com.

Ewa Derc – magister prawa, Uniwersytet Gdański. Adres e-mail: derc@dercpalka.pl.

Maciej Helmin – magister prawa, Akademia Pomorska w Słupsku. Adres e-mail: maciej.helmin@apsl.edu.pl.

Eryk Kosiński – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu. Adres e-mail: erykk@amu.edu.pl.

Anna Korzeniewska-Lasota – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Akademii Pomorskiej w Słupsku. Adres e-mail: anna.korzeniewska-lasota@apsl.edu.pl.

Paweł Króliczek – magister prawa, Uniwersytet Śląski w Katowicach. Adres e-mail: pawel.kroliczek@us.edu.pl.

Łukasz Kułaga – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Adres e-mail: l.kulaga@uksw.edu.pl.

Marian Masternak – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy. Adres e-mail: master@ukw.edu.pl.

Anna Mikulska – doktor nauk o polityce, Rice University. Adres e-mail: am75@rice.edu.

Aleksandra Młynarkiewicz – magister prawa, Akademia Pomorska w Słupsku. Adres e-mail: aleksandra.mlynarkiewicz@gmail.com.

Adam Ostrowski – magister prawa, Akademia Pomorska w Słupsku. Adres e-mail: adam.ostrowski@apsl.edu.pl.

Maciej Serowaniec – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Adres e-mail: mserowaniec@umk.pl.

Marta Stepnowska – doktor nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II. Adres e-mail: mstepnowska@o2.pl.

Dariusz Szpopier – profesor nauk prawnych, Akademia Pomorska w Słupsku. Adres e-mail: dariusz.szpopier@apsl.edu.pl.

Paweł Wilderski – doktor nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II. Adres e-mail: widerski.pawel@gmail.com.

Adam Wiśniewski – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Gdański. Adres e-mail: praaw@wp.pl.



LECZENIE BEZ KOLEJEK

Indywidualne Ubezpieczenia Zdrowotne
w placówkach wybranych Spółdzielczych Kas

www.saltus.pl/zdrowotne

Informacja o charakterze reklamowym i marketingowym

SALTUS
UBEZPIECZENIA

Czytaj PIENIĄDZE I WIĘŻ, kwartalnik naukowy wydawany od 1998 r.

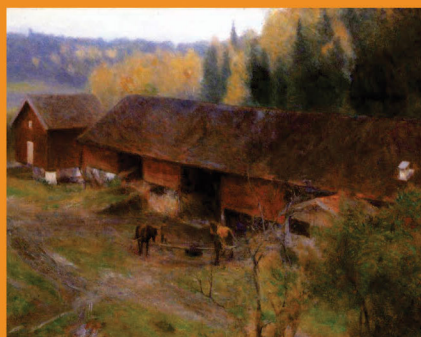
№
88

Cena
57 zł
(z VAT 23%)

PIENIĄDZE i WIĘŻ

KWARTALNIK NAUKOWY ROK XXIII NUMER 3 (88) JESIEŃ 2020 ROK

ISSN 1506-7910



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.p-i-w.edu.pl • www.sin.edu.pl

W najnowszym numerze m.in.:

The economic agent and the feedback loop
Edward O'Boyle

**Indeksy branżowe notowane na GWP
w Warszawie jako barometry polskiej
gospodarki**
Eryk Łon

**Pożyczka leasingowa w Polsce w l. 2010–2020
jako alternatywna dla kredytu i leasingu forma
finansowania działalności gospodarczej**
Adam Barembuch, Eugeniusz Gostomski

**Ustalenie liczby udziałów w spółdzielni
rolników (spółdzielni energetycznej)**
Dominik Bierecki

Zamów Pieniądze i Więż oraz Prawo i Więż poprzez stronę www.sin.edu.pl

pocztą elektroniczną: sin@sin.edu.pl

lub pisząc na adres:

Spółdzielczy Instytut Naukowy

81-743 Sopot

ul. Władysława IV 22

SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY