

KWARTALNIK

PRAWO-SPOŁECZEŃSTWO-EKONOMIA

3/2019

Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia

NR 3/2019

ISSN 2392-1838

<http://kpse.pl>

Czasopismo stanowi kontynuację Przeglądu Prawniczego, Ekonomicznego i Społecznego (ISSN 2084-0403)

Redaktor naczelny

Mikołaj Kondej

Z-cy redaktora naczelnego:

Katarzyna Mroczek, Anna Wilińska-Zelek, Juliusz Iwanicki, Maria Jędrzejczak

Redakcja:

Beata Krystkowiak, Sylwia Chudy, Norbert Delestowicz

Projekt okładki:

Stanisław Wiertelak

Redakcja:

Redakcja Kwartalnika Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia

Zakręt 10/1

60-351 Poznań

Wydawca:

Stowarzyszenie Mage.pl

Zakręt 10/1

60-351 Poznań

Druk i oprawa:

CONTACT

60-801 Poznań, ul. Marcelińska 18

tel. +48 61 861 57 99

© Copyright by Stowarzyszenie Mage.pl

Poznań 2019

Spis Treści

Waldemar Jagodziński

Czy prawnicy posiadają własną etykę? O stosunku etyki zawodowej do etyki ogólnej 6

Mateusz Korzeniak, Mateusz Szurman

Sekwencja kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności (art. 37b k.k.) - wybrane uwagi po czterech latach funkcjonowania w polskim systemie prawnym. 16

Bartosz Kwiatkowski

Zmiana postrzegania zjawiska mitu politycznego na przykładzie koncepcji Georgesa Sorela i Ernsta Cassirera 30

Magdalena Latacz, Dominik Wzorek

Dyskryminacja przez stereotypowe ujęcie ról społecznych płci 42

Karolina Palka

Słowacki kształt przestępstwa mowy nienawiści 57

Katarzyna Rozmus-Grzesiak

Zbytec nieruchomości w toku egzekucji i jego skutki w zakresie zarządu nieruchomością 69

Paweł Sancewicz

Wspieranie działalności innowacyjnej w świetle aktów normatywnych wydawanych przez instytucje unijne oraz aktów polityki unijnej, z uwzględnieniem prawa polskiego 84

Katarzyna Stokłosa

Zagraniczne dowody na wyciągnięcie ręki? Wybrane problemy związane ze stosowaniem Europejskiego Nakazu Dochodzeniowego 97

Krzysztof Śledziński

Koncepcja intencji dzieła Umberto Eco wobec dominującego w polskiej teorii prawa paradygmatu interpretacyjnego 108

Krzysztof Świączak

Glosa częściowo krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r.,
sygn. V CSK 41/14

119

***Czy prawnicy posiadają własną etykę?
O stosunku etyki zawodowej do etyki ogólnej***

Etyka odgrywa w życia człowieka rolę, której nie sposób przecenić z przynajmniej dwóch powodów. Z jednej strony stanowi ona kierunkowskaz działań, podpowiadający jednostce, jak postępować. Z drugiej zaś, co jest logiczną konsekwencją wskazywania działań godnych realizacji, określa, jakiego rodzaju zachowania za moralne¹ uchodzić nie mogą. Nie dziwi zatem fakt rozwoju etyk szczegółowych, do których zaliczają się m. in. etyki zawodowe poszczególnych profesji, etyka biznesu² czy etyka społeczna³, uwzględniające uwarunkowania charakterystyczne dla regulowanego wycinka rzeczywistości. Z etykami szczegółowymi, zwłaszcza dotyczącymi poszczególnych zawodów, wiążą się jednak pewne kontrowersje. Przykładowo kryzys moralny niektórych profesji skłania do refleksji nad celowością konstruowania zasad etyki zawodowej w obliczu ich nieprzestrzegania⁴. Inny problem wiąże się ze sporem określanym jako kontrowersja „między uniwersalizmem a partykularyzmem w kwestii moralności zawodowej”⁵. Celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, jaka relacja zachodzi między etyką zawodową i etyką ogólną: czy mają one względem siebie charakter komplementarny czy substytucyjny (konkurencyjny)? W opracowaniu postawiono tezę, iż relacja ta ma charakter substytucyjny.

Poszukiwanie odpowiedzi na tak postawione pytanie nie ogranicza się jedynie do analizy rozwiązań funkcjonujących w Polsce, lecz uwzględnia również rozwiązania amerykańskie, gdyż to właśnie USA mogą poszczycić się długą tradycją etyki zawodowej adwokatów. Z tego też względu w pracy skoncentrowano się przede wszystkim na relacjach między etyką zawodową profesji prawniczych i etyką ogólną.

¹ Warto w tym miejscu wskazać na różnicę między moralnością oraz etyką. Jak wyjaśnia P. Łabieniec, „przekonania o tym, co dobre, a co złe, składające się na moralność, rodzą się w sposób spontaniczny i intuicyjny, etyka natomiast rozumiana jest jako zbiór przekonań pochodzących z systematycznego namysłu” (M. Król (red.), *Etyka zawodów prawniczych. Metoda case study*, Warszawa 2011, s. 2).

² A. Brodecka, *Etyka w biznesie*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXVI, 2016, s. 79-92.

³ Na temat różnych aspektów znaczeniowych pojęcia „etyka” zob.: M. Kaczor, *Etyka na łamach tygodników opiniotwórczych*, „Tarnowskie Studia Teologiczne”, 1 (33)/2014, s. 8-11.

⁴ R. Sarkowicz, *O tzw. moralnym kryzysie profesji prawniczej*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa 2*, Kraków 2003, s. 159-164; *Zawody prawnicze – kryzys zaufania* (Zapis dyskusji zorganizowanej przez Fundację im Stefana Batorego i redakcję *Tygodnika Powszechnego*, <http://www.batory.org.pl/ftp/program/forum/prawnicy.pdf>, 20.02.2019 r.)

⁵ J. Leszczyński, *Etyka zawodowa prawników*, „Edukacja Prawnicza”, nr 1 (163), 2015/2016, s. 28.

Czas i miejsce a normy etyczne

Postawa etyczna każdego człowieka stanowi efekt oddziaływania na nią szeregu instytucji formalnych i nieformalnych, z którymi na przestrzeni całego życia wchodzi w kontakt. O tym, że skutki tych oddziaływań na kształtowanie się poglądów etycznych jednostki są zróżnicowane, świadczy przede wszystkim fakt, że można mówić o etyce ogólnej, ale nie można mówić o etyce uniwersalnej⁶ (trudne, a wręcz niemożliwe, byłoby znalezienie takiej zasady moralnej, która nie dałaby się zrelatywizować wobec bogatej w szerokie spektrum wydarzeń rzeczywistości⁷. Mówiąc innymi słowami, kierując się „duchem prawa”, a nie „literą prawa” zawsze uda znaleźć się wyjątki uzasadniające uchybienie danej normie etycznej). Normy etyczne składające się na etykę ogólną stanowią pochodną dwóch czynników, a mianowicie czasu i miejsca, w których były kształtowane⁸. Jako że wpływ wymienionych czynników łatwiej dostrzec na przykładzie etyki zawodowej, niż ogólnej, zostanie on zobrazowany ewolucją norm etyki adwokackiej. Najlepszym przykładem stanowiącym dowód powyższej tezy (w części odnoszącej się do temporalnego aspektu ewolucji norm etycznych) jest preambuła do *Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu* (określanego w skrócie jako *Kodeks Etyki Adwokackiej*, dalej: KEA), w której wskazano na „potrzebę udoskonalenia i dostosowania reguł wykonywania zawodu i życia korporacyjnego do zmieniającej się rzeczywistości”⁹. Zmiany te wynikają m.in. ze zmian dokonujących się w systemie prawnym, który określa ramy funkcjonowania adwokatury, jak również z przeobrażeń samej adwokatury¹⁰. Ponadto wraz z upływem czasu zmianom podlegają również oczekiwania społeczne i środowiskowe, także pod kątem deontologicznym¹¹. Warto w tym kontekście przytoczyć pogląd C. Jaworskiego, który wskazał na konieczność przyswajania zmian zachodzących w otoczeniu przy jednoczesnym pielęgnowaniu zasad deontologii zawodowej, pisząc: „Adwokatura musi być

⁶ Dokonując rozróżnienia na etykę ogólną i uniwersalną, zakładam, że etyka ogólna to etyka zakorzeniona w danym kręgu kulturowym, zmieniająca się wraz z upływem czasu, natomiast etyka uniwersalna to zbiór zasad etycznych obowiązujący niezależnie od czasu i przestrzeni.

⁷ Na temat relatywizmu etycznego w jego różnych odmianach (aksjologicznej, metodologicznej, sytuacyjnej i kulturowej) zob.: Z. Borysiuk, *Relatywizm etyczny*, „Etyka”, 31/1998, s. 183-195; I. Lazari-Pawłowska, *Relatywizm etyczny*, „Etyka”, 21/1984, s. 7-23.

⁸ O związkach tradycji i etyki oraz o historycznej zmienności norm etycznych zob.: M. Engel, *Collaborative Law. Mediation ohne Mediator*, Tübingen 2010, s. 218.

⁹ *Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 27 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej)*.

¹⁰ Te same uwagi można odnieść do funkcjonowania samorządu radców prawnych, o czym świadczyć mogą zmiany w *Kodeksie etyki radcy prawnego* dokonywane na przestrzeni minionych 12 lat (zob. porównanie kodeksu z roku 2007 z kodeksem z roku 2014: E. Kwiatkowska-Fałęcka, *Historia legislacji zasad wykonywania zawodu i zasad etyki radcy prawnego*, [w:] A. Bereza (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2015, s. 75-76).

¹¹ K. Korczyńska, R. Baszuk, *Etyka adwokacka. Wybór orzeczeń Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury*, Warszawa 2016, s. XIII. Zob. też: R.E. Rosen, *Devils, Lawyers and Salvation Lie in the Details: Deontological Legal Ethics, Issue of Conflicts of Interest and Civic Education in Law Schools*, [w:] K. Economides (red.), *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Oxford 1998, s. 73-81. Na temat ewolucji amerykańskiego *Kodeksu etyki zawodowej* w związku z upływem czasu zob.: M. Jurzyk, *Nauczanie etyki prawniczej w Stanach Zjednoczonych*, „Rejent”, 7 (135)/2002, s. 52-55.

oczywiście otwarta na wszystkie wyzwania, jakie niesie świat współczesny, na rozwój prawa, techniki, technologii, na daleko idącą współpracę międzynarodową, na wyzwania globalizacji. Musi być otwarta i kreatywna w ich przyswajaniu. Powinna wykorzystywać dynamikę młodości, ale również wnioski wypływające z doświadczenia. Nie powinno to się jednak odbijać na jakości świadczonej pomocy, na jakości służby pełnionej przez adwokatów w ramach wymiaru sprawiedliwości. Na jakości norm etycznych”¹².

Z kolei aspekt geograficzny został uwypuklony w § 1 pkt 4 KEA, który na adwokata wykonującego zawód za granicą nakłada obowiązek przestrzegania norm zawartych w KEA, jak również norm etyki adwokackiej obowiązujących w kraju goszczącym¹³. Innym interesującym przykładem geograficznego „zakorzenia” etyki prawniczej są jej trzy dominujące tradycje: francuska (akcentująca cnotę i niezależność francuskiej adwokatury), amerykańska (koncentrująca się na lojalności prawników) oraz niemiecka (podkreślająca wypełnianie ról społecznych). Choć przyporządkowanie tych trzech tradycji etyki prawniczej do poszczególnych krajów ma znaczenie głównie historyczne, nawiązując do ich genezy¹⁴, to warto również docenić tę klasyfikację ze względu na jej znaczenie poznawcze, uwypuklające odmienne pod względem geograficznym podejście do kwestii etyki prawniczej, które widoczne jest również na poziomie kształcenia przyszłych adeptów zawodów prawniczych. Przykładowo na studiach uniwersyteckich w Polsce etyka prawnicza nie jest przedmiotem obligatoryjnym, podczas gdy na wydziałach prawa w Stanach Zjednoczonych jest przedmiotem obowiązkowym¹⁵.

Profesja a normy etyczne

Brak uniwersalnej etyki, jak również konieczność uelastycznienia zasad etyki ogólnej widoczne są na przykładzie różnych zawodów, których przedstawiciele na własne potrzeby konstruują odrębne kodeksy etyczne, regulujące funkcjonowanie jedynie pewnego wycinka rzeczywistości zawodowej charakterystycznej dla danej profesji. Etyka prawnicza, stanowiąca

¹² C. Jaworski, *Dwa jubileusze*, „Palestra” nr 5-6/2012, s. 18.

¹³ Zróżnicowanie etycznych aspektów wykonywania zawodu prawniczego pod kątem lokalizacji świadczonych usług uwzględnia również *Kodeks etyki radców prawnych*, którego art. 2 stanowi:

1. Radca prawny świadczący pomoc prawną za granicą obowiązany jest przestrzegać postanowień Kodeksu, a także zasad etyki zawodowej obowiązujących w państwie goszczącym.
2. Radca prawny jest obowiązany przestrzegać postanowień Kodeksu Etyki CCBE podczas jego działalności transgranicznej, to jest:
 - 1) kontaktów zawodowych radcy prawnego z prawnikami z innych państw członkowskich Rady Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) oraz
 - 2) działalności zawodowej radcy prawnego na terytorium innego państwa członkowskiego CCBE, niezależnie od tego, czy radca prawny fizycznie się w nim znajduje.

¹⁴ P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 18.

¹⁵ M. Jurzyk, *Nauczanie...*, dz. cyt., s. 51. Podkreślić warto, że sposób nauczania etyki prawniczej wywołuje w USA pewne kontrowersje, co wynika m.in. z odmiennego podejścia do sposobu nauczania etyki (legalizm vs. moralny aktywizm) oraz odmiennego postrzegania roli kodeksów etycznych (tamże, s. 60-64).

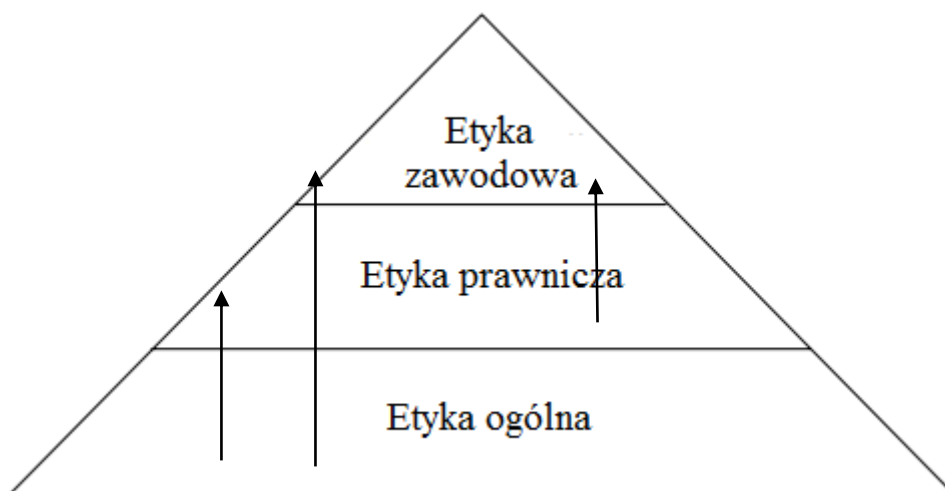
swego rodzaju metaetykę w odniesieniu do poszczególnych typów zawodów prawniczych, definiowana jest jako „typ refleksji etycznej w prawoznawstwie, którego przedmiotem są różnego rodzaju normy i ideały moralne skierowane do prawników formułowane ze względu na ich zawód”¹⁶. Inną definicję zaproponował J. Winczorek, który etykę prawniczą postrzega „jako obszar szczególnej refleksji, służącej artykułowaniu wzorców właściwego postępowania przez osoby pełniące zawody prawnicze”¹⁷. O ile w pierwszej definicji akcentowana jest warstwa aksjologiczna, o tyle druga z tych definicji koncentruje się na wzorcach działania jako takich, w oderwaniu od wartości przemawiających za takim, a nie innym wzorcem zachowania. Zachowanie właściwe nie jest bowiem tożsame z zachowaniem słusznym z moralnego punktu widzenia. Co więcej, zachowanie właściwe z etycznego punktu widzenia może stać w opozycji do zachowania uzasadnionego z moralnego punktu widzenia. Oznacza to zatem, że oprócz czasu i miejsca istotnym czynnikiem kształtującym na pewnym etapie życia człowieka jego poglądy etyczne jest również profesja, którą wykonuje, oraz poglądy przedstawicieli tejże profesji, z którymi jednostka nawiązuje kontakt. Nie dziwi to, jeśli porówna się ze sobą zawód naukowca, który *a priori* powinien dążyć do odkrywania prawdy z zawodem np. adwokata, którego zadaniem nie jest dociekanie prawdy, lecz przedstawienie faktów w takim świetle, aby uzyskać jak najlepsze rozstrzygnięcie sprawy dla swojego klienta.

Biorąc powyższe spostrzeżenia pod uwagę i odnosząc je do relacji zachodzących między etyką zawodów prawniczych i etyką ogólną, zauważyć należy, że między tymi dwoma typami znajduje się jeszcze poziom pośredni, którym jest etyka prawnicza. Zależności zachodzące między poszczególnymi typami etyki przedstawia rys. nr 1, pokazujący jednokierunkowe zależności między etyką wyższego poziomu (stanowiącą podstawę etyki kolejnego poziomu) i jej modyfikacjami będącymi etykami szczegółowymi. Modyfikowane zasady etyki ogólnej stanowią istotę etyki prawniczej oraz etyki zawodowej. Identyczna relacja zachodzi między etyką prawniczą oraz etyką zawodową (zmodyfikowane normy etyki prawniczej i etyki ogólnej stanowią istotę zasad postępowania przedstawicieli poszczególnych zawodów prawnych).

¹⁶ P. Skuczyński, S. Sykuna (red.), *Leksykon etyki prawniczej*. Warszawa 2013, s. 109.

¹⁷ J. Winczorek, *Czy istnieje etyka prawnicza? Kilka uwag ze stanowiska socjologicznej teorii norm*, (w:) H. Izdebski, P. Skuczyński (red.), *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*. Warszawa 2011, s. 32.

Rysunek 1. Relacje zachodzące między poszczególnymi typami etyki w przypadku zawodów prawniczych



Źródło: opracowanie własne

Parafrazując stwierdzenie I. Lazari-Pawłowskiej, etykę prawniczą można by zatem zdefiniować jako zbiór norm stojących na straży pozaosobistego dobra wykonawcy zawodu prawniczego, natomiast etyka zawodowa (etyka adwokata¹⁸, etyka radcy prawnego¹⁹ czy przedstawiciela innego zawodu prawniczego) reprezentuje wąskie, partykularne interesy danej grupy zawodowej²⁰.

Substytucyjność norm etyki zawodowej

W § 1 pkt 1 KEA wskazano *expressis verbis*, że zasady etyki adwokackiej wynikają z norm etycznych przystosowanych do zawodu adwokata, podkreślając tym samym, iż adwokatów obowiązują nie tyle zasady szeroko rozumianej etyki ogólnej, lecz zmodyfikowane normy etyczne opracowane w oparciu o specjalistyczne wymagania związane z profesją adwokata²¹. Odmienny pogląd zaprezentowano w *Uzasadnieniu projektu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu* z 1986 r., w którym zwrócono uwagę na fakt, iż „moralność adwokacka to po prostu zastosowanie ogólnych zasad etyki do konkretnych sytuacji wynikających ze specyfiki zawodu adwokackiego. Nie może być mowy o przeciwstawianiu sobie obu etyk, a tylko o ich wzajemnym uzupełnianiu się”²². Biorąc pod uwagę specyfikę zawodu adwokata trudno jednak nie dojść do

¹⁸ *Obwieszczenie...*, dz. cyt.

¹⁹ Zob. np. *Kodeks Etyki Radcy Prawnego* (<http://kirp.pl/etyka-i-wykonywanie-zawodu/etyka/kodeks-etyki-radcyprawnego/>, 15.02.2019 r.)

²⁰ I. Lazari-Pawłowska, *Etyka zawodowa*, „Etyka”, 4/1969, s. 65.

²¹ Por. J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 8.

²² Z. Krzemiński, *Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu - projekt z 1986 r. (z uzasadnieniem)* [uzasadnienie oprac. adw. dr Zdzisław Krzemiński], „Palestra”, 8 (344)/1986, s. 81.

wniosku, że etyka ogólna i etyka zawodowa (w tym wypadku adwokacka) zawierają normy o charakterze substytucyjnym, nie komplementarnym, gdyż w przeciwnym razie (w przypadku ich komplementarności) zbędne byłoby przefiltrowywanie zasad etyki ogólnej przez profesję adwokacką. Przykładem wskazującym na konkurencyjność obu etyk może być kwestia podejścia do ochrony interesów klienta, do której zobowiązany jest adwokat, co szczególnie widoczne jest na przykładzie etyki adwokackiej charakterystycznej dla USA. Zgodnie z zasadą neutralności „prawnik nie jest ani prawnie, ani zawodowo, ani też moralnie odpowiedzialny za użyte przez klienta środki i uzyskane cele. Zadaniem prawnika nie jest osądzenie klienta i wartości przedstawianej przez niego ‘sprawy’, ale wyłącznie doprowadzenie do uzyskania postawionych przez klienta celów”²³. Natomiast zgodnie z zasadą stronniczości prawnik powinien w sposób stronniczy, agresywny, wspierać interesy swojego klienta. „Jedynym ograniczeniem, jakie prawnik napotka w tym zamierzeniu, są ograniczenia narzucane przez przepisy prawa. Inaczej mówiąc, prawnik może i powinien zastosować wszystkie możliwe sposoby, które są korzystne dla sprawy jego klienta, jeżeli tylko nie stanowią one działania sprzecznego z prawem”²⁴. Z kolei na gruncie polskiej etyki adwokackiej ciekawie się rysuje relacja między stosunkiem poufności, stanowiącym podstawę zawodu adwokata, i etyką ogólną. „W moralności powszechnej zachowanie w tajemnicy uzyskanych informacji jest zależne od złożonej obietnicy. Inaczej jest w zawodach prawniczych: obowiązek poufności jest oparty na bezwzględnej normie etycznej i może być uchylony jedynie przez sąd. Zdradzanie tajemnic jednej osoby w celu ostrzeżenia innej jest z punktu widzenia etyki zawodowej niedopuszczalne. Następuje też odwrotne przesunięcie kwalifikacji: nieostrzeżenie osoby zagrożonej w etyce ogólnej będzie traktowane jako rygoryzm, natomiast w etyce zawodowej będzie uchodzić za obowiązkowy akt lojalności”²⁵.

Przedstawione dwie zasady składające się na kształtowaną w nurcie legalizmu etykę adwokacką adwokatów z USA oraz stosunek poufności stanowiący immanentny element zawodu adwokata sprawiają, że „pracę prawnika charakteryzują tak specyficzne, tzn. niezwykłe dla innych ludzi uwarunkowania, iż nie jest on zobowiązany do zachowywania powszechnych norm moralnych. W takim ujęciu moralny świat prawnika tworzy swoistą enklawę, który można oceniać wyłącznie w oparciu o normy do niej przystające”²⁶.

Zasadniczą kwestią wydaje się zatem nie pytanie o ogólny stosunek etyki zawodowej do etyki ogólnej, lecz:

²³ M. Jurzyk, *Nauczanie...*, dz. cyt., s. 61.

²⁴ Tamże..

²⁵ J. Leszczyński, *Etyka...*, dz. cyt., s. 29.

²⁶ M. Jurzyk, *Nauczanie...*, dz. cyt., s. 62.

- po pierwsze, w przypadku zawodów innych niż prawnicze, istotne jest rozważenie relacji poszczególnych etyk zawodowych do etyki ogólnej nie *in abstracto*, lecz *in concreto* (tzn. w odniesieniu do konkretnej etyki zawodowej),

- po drugie, w przypadku zawodów prawniczych, relewantne staje się pytanie o stosunek etyki prawniczej do etyki ogólnej, jak również stosunek etyki zawodowej do etyki ogólnej, a także relacja zachodząca między etyką zawodową i etyką prawniczą.

W przypadku poszczególnych zawodów określona etyka zawodowa będzie silniej lub słabiej związana z etyką ogólną, w różnym stopniu akcentując wybrane elementy etyki ogólnej lub wręcz je pomijając (przemilczając). Tak skrajnie odmienne podejście różnych rodzajów etyki zawodowej do etyki ogólnej sprawia, iż oczywistym staje się, że analiza kodeksów etycznych różnych zawodów doprowadzi do konkluzji, że kodeksy te zawierają normy wzajemnie niezgodne, co *a priori* prowadzi do wniosku, że etyka zawodowa i etyka ogólna stanowią w pewnym przynajmniej zakresie etyki konkurencyjne. Jaskrawym przykładem takiej niezgodności może być przypomniane przez W. Biegańskiego zalecenie dla kupca, które nie obowiązuje w wojsku, a które brzmiało: „Wyszukana uprzejmość i wyrozumiałość na grymasy obowiązuje kupca w stosunku do kupującego, nie obowiązuje zaś oficera w stosunku do żołnierza”²⁷. W tym samym czasie, w zależności od przestrzeni, rozumianej nie w sensie geograficznym, lecz socjologicznym (w tym wypadku przestrzeń geograficzną, rozumianą jako miejsce / obszar, należy wzbogacić o zbiór instytucji formalnych i nieformalnych kształtujących wzajemne relacje między jednostkami znajdującymi się na danym obszarze), obowiązują zatem inne, zgoła odmienne, normy etyczne.

Analizując zależności między etyką ogólną i etyką zawodową, zwłaszcza w przypadku zawodów prawniczych, podkreślenia wymaga konieczność internalizacji norm etycznych prezentowanych w kodeksach zawodowych przez przedstawicieli tych zawodów. Jak bowiem pokazuje praktyka, bez względu na to, czy normy te wyrastają z etyki ogólnej, czy stanowią przykład profesjonalizacji zasad etycznych dla określonego zawodu, dopóki sami przedstawiciele nie będą przekonani o aksjologicznych uwarunkowaniach tych norm, będą to tylko pozbawione głębszej treści hasła, nie znajdujące zastosowania w praktyce zawodowej. Przykładem takiego zderzenia się z postulatów etyki zawodowej z nastawioną na zysk działalnością kancelarii prawniczych jest chociażby zaangażowanie adwokatów w działalność kancelarii specjalizujących się w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych. Choć model biznesowy prowadzenia działalności gospodarczej przez ten typ kancelarii budzi poważne wątpliwości m.in. ze względu na sposób pozyskiwania klientów (np. ofiar błędów lekarskich albo krewnych osoby, która zginęła

²⁷ W. Biegański, *Myśli i aforyzmy o etyce lekarskiej*, Warszawa 1947, s. 134.

w wypadku) opierający się na żerowaniu na ludzkim nieszczęściu, nie brak wśród adwokatów i radców prawnych osób, które tego typu działaniami się zajmują²⁸.

Zamiast podsumowania

Dostrzegając wielopłaszczyznowość dylematów etycznych pojawiających się w praktyce zawodowej przedstawicieli profesji prawniczych, warto zastanowić się, czy w ramach etyki prawniczej, a w szczególności etyki adwokackiej oraz etyki radców prawnych nie powinny zostać wyodrębnione szczegółowe etyki odnoszące się do poszczególnych gałęzi prawa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przed innymi dylematami stanie adwokat specjalizujący się w sprawach karnych, a innym wątpliwościom natury moralnej czoła stawić będzie musiał adwokat zajmujący się prawem gospodarczym czy podatkowym. Ze względu na często dość specyficzną materię praktyki prawniczej etyka ogólna, jak i etyka zawodowa pozbawiona węższej specjalizacji mogą stanowić niewystarczające źródło orientacji etycznej umożliwiającej właściwą ocenę problemów zawodowych, przez co utrudnione staje się poszukiwanie odpowiednich rozwiązań.

Zakończeniem rozważań przedstawionych w niniejszym tekście mogą być słowa J. Leszczyńskiego: „czytając kodeksy etyki zawodowej zawodów prawniczych nie odnosimy wrażenia, że są w nich zawarte reguły dotyczące każdego człowieka. Jeśli nawet dla wielu z nich odnajdziemy ogólniejsze moralne uzasadnienie, np. w obowiązku uczciwości, to nie dla wszystkich. Wiele znajduje natomiast uzasadnienie w wartościach samego zawodu, wyznacznikach profesjonalizmu: staranności, fachowości, dbałości o własny rozwój itd. Należy też zauważyć, że etyka zawodowa prawników poprzez niektóre normy jest moralnością grupową, której nie da się odczytać jako uniwersalnej, bo z natury jest skierowana do wewnątrz grupy”²⁹.

²⁸ A. Krzyżanowska, *Adwokaci i radcowie na bakier z etyką* (<https://www.rp.pl/Etyka-i-reklama/309279918-Adwokaci-i-radcowie-na-bakier-z-etyka.html>, 15.02.2019 r.)

²⁹ J. Leszczyński, *Etyka...*, dz. cyt., s. 29.

Czy prawnicy posiadają własną etykę?
O stosunku etyki zawodowej do etyki ogólnej

Waldemar Jagodziński

O autorze

Waldemar Jagodziński – doktor nauk humanistycznych w zakresie literaturoznawstwa, magister prawa (WPiA UJ), doktorant na Uniwersytecie Łódzkim w Zakładzie Postępowania Administracyjnego Porównawczego. Wiedzę z obszaru prawa i ekonomii łączy w artykułach koncentrujących się na zagadnieniach związanych z ekonomiczną analizą prawa, ekonomią instytucjonalną oraz geografią ekonomiczną.

Afiliacja: Zakład Postępowania Administracyjnego Porównawczego, WPiA UŁ
<https://orcid.org/0000-0002-6148-8703>

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie relacji, jakie zachodzą między etyką ogólną oraz etyką zawodową na przykładzie wybranych zawodów prawniczych (adwokatów i radców prawnych). Przeprowadzona analiza zmierza do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy normy etyczne ogólne i zawodowe mają charakter komplementarny czy substytucyjny. Metodą wykorzystaną w opracowaniu jest analiza treści materiałów źródłowych oraz polsko-, niemiecko- i anglojęzycznych opracowań z zakresu etyki prawniczej.

Słowa kluczowe

normy etyczne, etyka zawodowa, etyka prawnicza, etyka ogólna

*Do lawyers have their own ethics?
On the relationship of professional ethics to ethics in general*

Waldemar Jagodziński

Summary

The aim of the article is to discuss the relationships that occur between ethics in general and professional ethics on the example of selected legal professions (lawyers and legal advisors). The analysis is aimed at answering the question whether the general and professional ethical norms are complementary or substitutive.

Key words

ethical norms, professional ethics, legal ethics, general ethics

***Sekwencja kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności (art. 37b k.k.)
- wybrane uwagi po czterech latach funkcjonowania w polskim systemie
prawnym.***

Uwagi wprowadzające

Przez długi czas polskie przepisy ustawy karnej można było charakteryzować jako stabilne i raczej niezmiennie. Jeżeli pojawiały się nowelizacje dotyczyły one przede wszystkim przepisów części szczególnej kodeksu karnego. Niestety, w większości nie stanowiły one gruntownie przemyślanych zmian, a raczej były przejawem populizmu penalnego. Znacznie częściej zmieniane były przepisy karne pozakodeksowe. W efekcie niejednokrotnie mieliśmy do czynienia z chaosem legislacyjnym i problemami we właściwej aplikacji tych regulacji¹. Taka konstatacja była aktualna do dnia 1 lipca 2015 r. kiedy to weszła w życie nowelizacja Kodeksu karnego oraz procedury karnej², która zapoczątkowało swoisty efekt kuli śnieżnej. Nazywana zwykle wielką nowelizacją skierowana była przede wszystkim na transformację modelu procesu karnego z inkwizycyjnego na kontradiktoryjny. Niejako przy okazji uległy zmianie także niektóre przepisy Kodeksu karnego³, w tym dodano nowy przepis art. 37b. Zgodnie z treścią uzasadnienia ustawy, przepis ten wprowadził do polskiego systemu prawa karnego nową karę zwaną „karą mieszaną”⁴. Niezależnie od nomenklatury którą posłużył się ustawodawca w uzasadnieniu projektu nowelizacji (w tym zakresie Mikołaj Małecki słusznie wskazuje, że wprowadzona w art. 37b instytucja nie stanowi nowej kary, a jest sekwencją dwóch znanych ustawie kar tj. pozbawienia wolności i ograniczenia wolności) najważniejsze jest, że z dniem 1 lipca 2015 r. w polskim systemie prawnym pojawiła się instytucja, która umożliwiła sądowi nałożenie wykonywanych sekwencyjnie kary ograniczenia wolności i kary pozbawienia wolności. Co istotne, instytucja ta przetrwała kolejną wielką zmianę przepisów prawa karnego i procedury karnej (z dnia 11 marca 2016 r.⁵), która to w znacznym stopniu przywróciła „stary porządek”, tj. przepisy sprzed 2015 r. Przy okazji tej zmiany, doszło

¹ O. Włodkowski, *Przepisy karne ustawy o rachunkowości*, Wolters Kluwer 2012, s.67.

² Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2013 poz. 1247.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny., Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553.

⁴ Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - kodeks karny oraz niektórych innych ustaw , druk nr 2393, dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>, s. 11, dostęp 4 kwietnia 2019.

⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2016 poz. 437.

także do niewielkiej korekty brzmienia omawianego przepisu art. 37b. Dodane zostało bowiem zdanie drugie, w myśl którego w wypadku aplikacji tego przepisu nie znajdują zastosowania przepisy art. 69-75 k.k.

Mając na uwadze, że omawiana instytucja jest już stosowana w polskim systemie przez prawie cztery lata, autorzy niniejszego opracowania uznali, że zasadne jest poddanie analizie jak realizuje ona założenia stawiane przed nią na etapie prac legislacyjnych. W szczególności, czy udało się sekwencji kar, chociaż częściowo, zastąpić, nadużywaną w polskim systemie, karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Aby to zrobić poddali ocenie dotychczasowe orzecznictwo oparte na omawianym przepisie, a także dane Ministerstwa Sprawiedliwości. Zbadali także, czy prezentowane w doktrynie wątpliwości co do sposobu jej aplikacji, znalazły swe odzwierciedlenie w praktyce sądowej.

Założenia towarzyszące wprowadzeniu sekwencji kar

W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej sekwencję kar ustawodawca wskazał, że jej stosowanie powinno być *„szczególnie atrakcyjne w przypadku poważniejszych występków⁶”*. Tak znacząca rola jaką upatrywał Ustawodawca w nowo-wprowadzanej instytucji wynikała z przeświadczenia o konieczności całkowitej zmiany podejścia w zakresie nakładanych kar i stanowiła próbę ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem i zastąpienie jej przez inne przewidziane w kodeksie instytucje⁷. Ustawodawca wprost wskazał, że *„[r]adykalne ograniczenie możliwości orzekania tej formy probacji [zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności] powoduje, że w miejsce tej formy kary orzekanej za tego rodzaju czyny zabronione jedynym substytutem stałaby się bezwzględna kara pozbawienia wolności. Dlatego projektodawca przewidział dodanie nowego przepisu w postaci art. 37b k.k., w którym – niezależnie od minimalnego zagrożenia ustawowego za konkretny typ – będzie możliwe orzeczenie krótkoterminowej kary pozbawienia wolności (z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub jako kary bezwzględnej), połączonej z karą ograniczenia wolności do lat 2. Jest to sposób inkorporacji*

⁶ Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2393, dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>, s. 11, dostęp 4 kwietnia 2019.

⁷ Sekwencja kar została wprowadzona do polskiego kodeksu karnego na mocy tej samej nowelizacji, która ograniczyła możliwość stosowania kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszanej jedynie do sytuacji, w której nakładana na sprawcę kara pozbawienia wolności nie przekroczyła jednego roku (poprzednio dwa lata). Więcej na temat założeń ustawodawcy w zakresie nowelizacji z 2015 r. w zakresie zmiany struktury wymierzanych kar, a zwłaszcza rezygnacji z wymierzania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na rzecz przede wszystkim kar o charakterze nieizolacyjnym zob. K. Brytańczyk, S. Koczułap, B. Kolarz, M. Krzywiak, D. Kucyper, D. Kwiatkowski, M. Literski, M. Obajtek, W. Płóciennik, K. Sączek, *Charakterystyka orzekanych kar w świetle zmian legislacyjnych ze szczególnym uwzględnieniem warunkowego zawieszenia wykonania kary oraz kar nieizolacyjnych* [w:] D. Kucyper, K. Mamak, W. Płóciennik (red.) *Funkcjonowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w świetle badań aktowych*, KIPK 2017, s. 30-33.

kar wolnościowych do typów czynów zabronionych zagrożonych karą pozbawienia wolności od roku do 10 lub od dwóch do 12 lat”⁸.

W założeniach Ustawodawcy stosowanie sekwencji kar może być wystarczające dla osiągnięcia indywidualnych celów kary związanych z prewencją *pro futuro*, a to w skutek krótkotrwałego pozbawienia wolności. Wskazana kara pełnić ma funkcje szokową, odstrasżającą sprawcę od ponownego popełnienia przestępstwa, a jednocześnie kara ograniczenia wolności, pozbawiona silnych efektów stygmatyzujących, powodować ma, że możliwe jest zinternalizowanie przez sprawcę społecznie pożądanych postaw.

W rezultacie, w zamyśle ustawodawcy sekwencja kar powinna być stosowana wobec sprawców poważnych występów, zwłaszcza tych o charakterze majątkowym takich jak oszustwa, kradzieże z włamaniem czy rozboje.

Sekwencja kar - wątpliwości prezentowane w nauce prawa

Kilka problemów, które towarzyszyły wprowadzeniu przepisu art. 37b zostało już na kartach niniejszego opracowania zasygnalizowane. Polemiczna była kwestia charakteru wskazanej instytucji i jej nazewnictwa. Jakkolwiek Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu zmian posługiwał się terminem „kary mieszanej” o tyle w nauce prawa (a przynajmniej w jej części), zwłaszcza dzięki silnemu i konsekwentnemu głosowi tzw. szkoły krakowskiej, zaczęto używać - bardziej oddającego istotę instytucji - terminu sekwencja kar⁹. W tym kontekście, nie chcąc powielać głosów prezentowanych w doktrynie, stwierdzić należy krótko, że gdyby przepis ten miał wprowadzać do polskiego porządku prawnego nowy rodzaj kary (tzw. karę mieszaną), to powinien zostać on ujęty w treści art. 32 k.k.

Kolejną, acz jak się wydaje znacznie istotniejszą kwestią, jest problem do jakiego typu przestępstw przepis art. 37b znajduje zastosowanie. W doktrynie prezentowane jest bowiem stanowisko, w myśl którego sekwencje kar można stosować jedynie w wypadku, w którym dane przestępstwo zagrożone jest tylko karą pozbawienia wolności, a nie alternatywnie karą pozbawienia wolności i innymi karami¹⁰. Z poglądem tym należy stanowczo się nie zgodzić. Po pierwsze, już tylko literalna analiza omawianego przepisu nie wskazuje aby dochodziło do tak

⁸ Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2393, dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>, s. 12, dostęp 4 kwietnia 2019.

⁹ M. Małecki, *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (art. 37b k.k.) - zagadnienia podstawowe*, Palestra 2015, nr 7-8.; odmiennie m.in. A. Grześkowiak, *Kara mieszana w polskim prawie karnym*, Studia Prawnicze KUL 3(63) 2015. Zob. również M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*. LEX 2018, komentarz do art. 37b, teza 3.

¹⁰ Tak V. Konarska - Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Wyd. II.*, WKP 2018. komentarz do art. 37b, teza 3; M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*. LEX 2018, komentarz do art. 37b., teza 3.

znaczącego ograniczenia jego aplikacji¹¹. Ustawodawca posługuje się bowiem stwierdzeniem „w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności (...)”. Brak jest we wskazanym przepisie partykuły ograniczającej „wyłącznie”, co sprawiałoby, że przepis brzmiałby „w sprawie o występki zagrożony wyłącznie karą pozbawienia wolności”. Wskazanie, że dany typ czynu zabronionego musi być zagrożony karą pozbawienia wolności oznacza, że sankcja za dane przestępstwo musi przewidywać możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności. Zakres zastosowania przepisu znajduje jednak ograniczenie poprzez stwierdzenie, że dotyczy jedynie występków, a więc automatycznie wykluczone są najpoważniejsze przestępstwa, tj. zbrodnie. Drugim argumentem, przemawiającym za szerszym rozumieniem możliwości aplikacji tego przepisu, jest ponowne odwołanie się do jego treści, z jednoczesnym powołaniem się na spójność systemu jak i racjonalność ustawodawcy, który nie tworzy przepisów częściowo pustych. Art. 37b przewiduje bowiem dwie możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności obok ograniczenia wolności: (i) zastosowanie kary pozbawienia wolności w wysokości do 3 miesięcy oraz (ii) zastosowanie kary pozbawienia wolności w wysokości do 6 miesięcy - w wypadku gdy górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat. Tym samym możliwy do wymierzenia okres trwania pozbawienia wolności w wypadku orzeczenia sekwencji kar uzależniony jest od ustawowego zagrożenia za dany typ czynu zabronionego. Przyjmując za właściwe twierdzenie zwolenników poglądu o możliwości stosowania kary pozbawienia wolności jedynie w wypadku gdy ustawowe zagrożenie ograniczone jest do możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności, konsekwentnie należałoby stwierdzić, że w pewnej części (tej w zakresie występków zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej dziesięciu lat) zbiór jest pusty¹². Ustawodawca karny przewiduje bowiem następujące zagrożenia sankcją karną pozbawienia wolności dla występków: (i) kara pozbawienia wolności od 1 miesiąca do lat 2, (ii) od 1 miesiąca do lat 3, (iii) od 3 miesięcy do lat 5, (iv) od 6 miesięcy do lat 8, (v) od roku do lat 10, i wreszcie (vi) od lat 2 do lat 12. Mając na względzie, że na mocy art. 37a k.k., w przypadku każdego przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 8 lat pozbawienia wolności, możliwe jest orzeczenie grzywny lub kary ograniczenia wolności, stwierdzić należy, że art. 37b miałby zastosowanie jedynie w wypadku przestępstw zagrożonych karami określonymi w punktach (v) i (vi) powyżej. W wypadku bowiem przypadków (i) - (iv) zawsze możliwe jest orzeczenie kary grzywny lub ograniczenia wolności, a więc zagrożenie karą pozbawienia wolności jest alternatywne. W myśl wyżej wskazanych komentatorów do takich przypadków art. 37b nie

¹¹ Podobnie J. Majewski, *komentarz do art. 37b [w:] W. Wrobel (red.) Kodeks karny. Komentarz*. WK 2016, teza 7. Podobnie M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, WK 2016, dostęp LEX, komentarz do art. 37b, teza 6; Zob. również D. Krakowiak, *Orzekanie kar mieszanych (art. 37b k.k.) w sprawach alternatywnie zagrożonych karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3 k.k. Glosa do wyroku SN z dnia 16 marca 2016 roku, II KK 34/16*, LEX 2016.

¹² Podobnie A. Jezusek, *Sekwencja...*, dz.cyt., s. 86.

powinien mieć zastosowania. Oznacza to, że nie byłoby przypadku w którym można by zastosować tę instytucję do przestępstwa którego zagrożenie karne wynosi mniej niż 10 lat. Tym samym, przepis w zakresie w którym umożliwia orzeczenie kary pozbawienia wolności obok ograniczenia wolności w wysokości do 3 miesięcy, byłby przepisem pustym. Wydaje się, że takie stanowisko wskazanych wyżej komentatorów wynika z uprzedniego, błędnego przyjęcia iż art. 37a k.k. nie rozszerza katalogu kar¹³. W ocenie autorów niniejszego tekstu, niewątpliwie możliwe jest zastosowanie instytucji z art. 37b już tylko gdy za dany typ czynu zabronionego możliwe jest orzeczenie (nawet alternatywnie) kary pozbawienia wolności.

Kolejnym problemem była kwestia czy jest możliwe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności stanowiącej element sekwencji kar z art. 37b. W uzasadnieniu projektu nowelizacji wprost wskazano, że kara pozbawienia wolności w takim wypadku może zostać zawieszona¹⁴ (zawieszenie wykonania kary ograniczenia wolności nie było możliwe ze względu na zakaz zawieszenia tego rodzaju kary wprowadzony nowelizacją, która weszła w życie 1 lipca 2015 r.). Większa część doktryny, powołując się na wykładnię literalną ustawy karnej wskazywała, że brak jest wyraźnego przepisu, który zakazywałby możliwości zawieszenia wykonania kary, co w konsekwencji oznaczało, że teoretycznie sąd taką możliwość miał¹⁵. Z kolei przeciwstawny pogląd sformułował Mikołaj Małecki stwierdzając, że ze stwierdzenia kończącego przepis art. 37b tj. „w pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej”¹⁶ wywodzić można, że skoro karę się wykonuje to oznacza, że nie może być to kara zawieszona. Przeciwnie można wskazać, że właśnie ustawowe zastrzeżenie „chyba, że ustawa stanowi inaczej” można interpretować jako wentyl umożliwiający w takim wypadku zawieszenie tej kary (czyli jej niewykonanie). Znacznie ciężiej polemizować z innym podnoszonym argumentem, że zawieszenie wykonania kary w takim wypadku w istocie wypaczałoby sens stosowania tej instytucji. Skoro zamysłem Ustawodawcy było wprowadzenie do polskiego porządku prawnego instytucji, umożliwiającej zastosowanie swoistego szoku dla skazanego, który to ze względu na krótki czas pobytu w izolacji miałby na celu wywołanie lęku u skazanego przed ponownym powrotem do więzienia, pełniłby funkcje odstrasżającą. Uzupełnienie wskazanej kary o karę ograniczenia wolności, także stanowiącej poważną

¹³ Twierdzenie to oparte jest na fakcie iż pomimo iż niektórzy z Autorów twierdzą, że art. 37b nie ma zastosowania gdy zachodzi alternatywne zagrożenie kar to jednocześnie twierdzą, że znajduje zastosowanie w wypadku gdy dane przestępstwo zagrożone jest karą do lat 3, do lat 5, do lat 8. Zob. A. Woźniak, R. Wrzosek, *Kara mieszana (łączona) - kontrowersje wokół zakresu jej zastosowania*. Ius Novum 2017/3/37-47, s. 43-44.

¹⁴ Dlatego projektodawca przewidział dodanie nowego przepisu w postaci art. 37b k.k., w którym – niezależnie od minimalnego zagrożenia ustawowego za konkretny typ – będzie możliwe orzeczenie krótkoterminowej kary pozbawienia wolności (z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub jako kary bezwzględnej), połączonej z karą ograniczenia wolności do lat 2. , Uzasadnienie s.12.

¹⁵ J. Majewski, *komentarz do art. 37b* [w:] W. Wrobel (red.) *Kodeks karny. Komentarz*. WK 2016, teza 17; zob. także: A. Grześkowiak, *komentarz do art. 37b* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 5, Warszawa 2015, teza 13.

¹⁶ M. Małecki, *Sekwencja...*, dz.cyt., s.45.

dolegliwość, ale jednocześnie naukę dla skazanego (zwłaszcza gdy przejawia się w wykonywaniu pracy społecznej) powodowałoby, że - jak się wydaje - z dużą dozą prawdopodobieństwa można by osiągnąć cele prewencyjne i resocjalizacyjne kary. Tymczasem zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, możliwość tą w sposób znaczący - o ile nie całkowity - by pozbawiła. Stosowanie obowiązków probacyjnych przy okazji wymierzenia kary pozbawienia wolności z jej warunkowym zawieszeniem także pozbawione byłoby sensu, gdyż w istocie mogłyby one dublować obowiązki nakładane na skutek stosowania kary ograniczenia wolności.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności, jednocześnie pamiętając o naczelnych zasadach rządzących procesem karnym, wraz z wszelkimi gwarancjami dla oskarżonego, w tym także zakazem stosowania wykładni rozszerzającej na jego niekorzyść, należy konstatować, że jakkolwiek na gruncie art. 37b w pierwotnym brzmieniu możliwym było zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, to ze względu na sens i cele wskazanej instytucji, sądy nie powinny z tej możliwości korzystać¹⁷.

Powyższe rozważania mają dziś już znacznie mniejsze znaczenie, a to ze względu na fakt, że nowelizacją z dnia 15 kwietnia 2016r. wprowadzono dodatkowe zdanie do przepisu art. 37b, tj. „*przepisów art. 69-75 nie stosuje się*”, które *expressis verbis* wykluczyło możliwość zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Wyrażna zmiana ustawy także stanowi argument, że w poprzednim brzmieniu przepisu, zawieszenie wykonania kary było możliwe (tzw. porównawcza wykładnia historyczna).

W tym miejscu należy jednak wskazać, że po raz kolejny Ustawodawcy nie udało się w pełni zrealizować – jak się wydaje – swojego zamiaru. Wyłączenie stosowania konkretnych przepisów ustawy, regulujących jedynie główne podstawy zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, sprawiło, że zastosowanie znajdują inne przepisy umożliwiające zawieszenie wykonania kary. I tak - w ocenie autorów - możliwe jest zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności w wyniku skorzystania z instytucji tzw. małego świadka koronnego¹⁸. Autonomiczna podstawa dla stosowania zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności - art. 60 § 5k.k. - nie została wyłączona poprzez dodaną do art. 37b treść. Oznacza to, że stosując tę instytucję Sąd będzie uprawniony do wymierzenia sekwencji kar, w której kara pozbawienia

¹⁷ Odmienne M. Małecki, *Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2016/2, s. 51; W kontekście funkcji i celu wprowadzenia tej instytucji i jej wpływu na stosowanie art. 37b w praktyce zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 lipca 2018 r. (sygn. akt II AKz w 991/18), w którym Sąd stwierdził, że „*Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia ma zastosowanie jedynie do kary zasadniczej pozbawienia wolności i nie ma zastosowania do kary pozbawienia wolności orzekanej jako składnik kary mieszanej. (...) Gdyby zaś przyjąć pogląd odmienny i dopuścić stosowanie w rozważanym wypadku instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, byłoby to niewątpliwie zaprzeczeniem idei, która legła u podstaw jej wprowadzenia.*”

¹⁸ Zob. A. Jezusek *Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)*, Państwo i Prawo 5/2017, s. 91.

wolności, będzie karą warunkowo zawieszoną i w efekcie może nie zostać wykonana. Co więcej zastosowanie zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności możliwe jest również na podstawie art. 152 Kodeksu karnego wykonawczego (zawieszenie w wyniku odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności trwającego dłużej niż rok). Jakkolwiek przepis ten odsyła do niestosowanych przy aplikacji art. 37b, przepisów z art. 69-75 k.k., to jednak stanowi autonomiczną podstawę zawieszenia. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że dochodzi do tego na innym etapie postępowania - nie na etapie wymierzania kary, a jej egzekucji¹⁹. Z tego też względu, przepis art. 37b nie niweluje zapisów art. 152 Kodeksu karnego wykonawczego. Wskazać przy tym należy, że poruszając się na gruncie przepisów karnoprawnych konieczne jest każdorazowe zachowanie reguł interpretacyjnych wynikających z charakteru tych przepisów i konieczności zapewnienia funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Wydaje się, że przedstawiona argumentacja spełnia te standardy i jest zgodna z naczelną, jeszcze rzymską zasadą, że wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco - co należy na gruncie przepisów karnoprawnych uzupełnić o stwierdzenie - gdy byłoby to działaniem na niekorzyść oskarżonego.

Oczywiście zawieszenie kary pozbawienia wolności orzekanej jako element sekwencji kar, możliwe jest także co do wszystkich czynów, które popełnione zostały pomiędzy 1 lipca 2015 r. a 15 kwietnia 2016 r., w myśl zasady, że stosuje się ustawę obowiązującą poprzednio jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy. Względność ustawy badana jest każdorazowo przez sąd w oparciu o konkretny stan faktyczny. W wypadku jednak gdy zdecyduje się zastosować instytucję z art. 37b, możliwość zawieszenia kary pozbawienia wolności na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, jest niewątpliwie bardziej korzystna dla sprawy.

Ostatnią okolicznością wymagającą omówienia jest kwestia zatarcia skazania w wypadku wymierzenia kary na gruncie art. 37b. Uznanie, że na gruncie art. 37b nie mamy do czynienia z tzw. karą mieszaną, ale sekwencją kar, powoduje, że w istocie dochodzi wymierzenia dwóch, równie istotnych kar (a nie wymierzanych zastępczo, bądź też dodatkowo). Co jednak istotne, zatarcie skazania jak sama nazwa wskazuje odnosi się do skazania, a nie do kary. Tym m.in. różni się zatarcie skazania od przedawnienia wykonania kary. O ile w przypadku tej drugiej instytucji, odnieść należy się do kary, czyli w wypadku art. 37b dojdzie do dwóch momentów przedawnienia wykonania kary - odmiennie liczonego dla kary pozbawienia i ograniczenia wolności, o tyle w wypadku zatarcia skazania takie podejście nie jest właściwe²⁰. Kwestia ta nie ma jedynie teoretycznego znaczenia, a to z tego powodu, że okres zatarcia skazania zależy od

¹⁹ Tamże.

²⁰ A. Jezusek, *Sekwencja...*, dz.cyt., s. 92; i tam cytowany M. Błaszczuk, *komentarz do art. 76 [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116, t. 2., Warszawa 2015, s. 684; S. Tarapata, Przedawnienie i zatarcie skazania, [w:] W. Wróbel (red.) Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s.809; Dla autorów uznających, że instytucja z art. 37b stanowi karę mieszaną kwestia ta nie jest problematyczna. Zob. A. Zientara, *Nowelizacje kodeksu karnego w zakresie zatarcia skazania*, *Studia Iuridica*, 2016/65.*

rodzaju kary na jaką sprawca został skazany. Jeżeli sprawca został skazany na karę ograniczenia wolności, skazanie uważa się za niebyłe po 3 latach od momentu kiedy kara została wykonana bądź darowana, względnie od przedawnienia jej wykonania. Z drugiej zaś strony, kara pozbawienia wolności podlega zatarciu dopiero z upływem 10 lat. Mając na względzie tę okoliczność, uwzględniając fakt, że brak jest w przepisach polskiej ustawy karnej specjalnej regulacji odnoszącej się do zatarcia skazania w wypadku stosowania instytucji z art. 37b, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że brak instytucji przewidującej zatarcie skazania mógłby w tym wypadku zostać uznany za niezgodny z Konstytucją, w szczególności zaś z zasadą demokratycznego państwa prawa, konieczne jest poszukiwanie rozwiązania poprzez analogie z przepisami odnoszącymi się do innych norm regulujących kwestie zatarcia. Oznacza to, że zatarcie skazania powinno liczyć się oddzielnie dla każdej kary, przy jednoczesnym uznaniu, że do zatarcia nie dojdzie dopóki ostatnia z kar nie zostanie wykonana. W rezultacie w większości wypadków do zatarcia dojdzie z momentem zatarcia się kary pozbawienia wolności. Wyjątek będzie stanowić sytuacja, gdy kara pozbawienia wolności będzie zawieszona. Wówczas to od kary ograniczenia wolności zależeć będzie okres zatarcia skazania²¹.

Podsumowując powyższe rozważania, należy podkreślić, że główne wątpliwości doktryny formułowane na gruncie obecnie obowiązujących przepisów koncentrowały się na kwestii typów czynów zabronionych, w których możliwa jest jej aplikacja, zawieszenia wykonania kary w wypadku art. 37b i konsekwencji z tym związanych. Mając na względzie, że okoliczności te zostały już przywołane, możliwe jest przejście do analizy faktycznej aplikacji tej instytucji i problemów jakie wywołuje ona w orzecznictwie.

Analiza orzecznictwa

Przechodząc do kwestii praktycznej aplikacji instytucji sekwencji kar, w pierwszej kolejności należy wskazać, że z możliwości tej sądy korzystają rzadko - znacznie rzadziej niż przewidywano²². Co jednak istotne, z każdym rokiem widoczny jest znaczący wzrost stosowania art. 37b. I tak, oficjalne statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości wskazują, że w 2015 roku art. 37b zastosowano w 370 przypadkach, co w porównaniu np. z karą pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest prawie 360-krotnie rzadziej (133.076 przypadków). Oczywiście pamiętać należy, że przepis ten wszedł w życie dnia 1 lipca 2015 r., a więc jego aplikacja możliwa była przez jedynie pół roku. Co więcej, uwzględniając zasadę stosowania ustawy obowiązującej wcześniej jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy, w wielu

²¹ A. Jezusek, *Sekwencja...*, dz.cyt., s. 93.

²² Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości *Skazania prawomocne - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2017*. dostępne pod adresem: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> dostęp 4 kwietnia 2019.

wypadkach, nie stosowano przepisów ustawy nowej, a to z tego względu, że poprzednio obowiązujące przepisy umożliwiały zawieszenia kary pozbawienia wolności w znacznie większej liczbie przypadków. Z tego też względu, niemożliwe jest wyciąganie jakichkolwiek daleko idących wniosków na podstawie jedynie tych danych. Znacznie bardziej miarodajna jest analiza stosowania art. 37b, gdy weźmie się pod uwagę dane statystyczne za rok 2016. I tak, z sekwencji kar skorzystano w owym roku 3544-krotnie. Oznacza to, że instytucja ta została zastosowana jedynie w wypadku 1,2% spraw z oskarżenia publicznego, zakończonych wyrokiem prawomocnym. Wartość ta może odzwierciedlać rzeczywistą możliwość stosowania tej instytucji, z tego względu, że badania za rok następny pokazują wynik bardzo podobny. Sekwencję kar zastosowano w 3424 przypadkach, co przy łącznie 241.436 wyrokach skazujących oznacza, że instytucję tę zastosowano w wypadku 1,4% spraw zakończonych wyrokiem skazującym. Podobny wynik w latach 2016 i 2017 nakazuje przypuszczać, że stosowanie art. 37b, o ile ustawodawca nie wprowadzi znaczących zmian w przepisach, powinno się utrzymać mniej więcej na tym poziomie. W tym miejscu warto wskazać, że jakkolwiek już z tych danych ewidentnie wynika, że sekwencja kar nawet w niewielkim stopniu nie zastąpiła stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, to same założenia nowelizacji z roku 2015 i idea ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem okazała się być skuteczna. Patrząc tylko na wartości bezwzględne w kolejnych latach liczba skazań na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania przedstawia się następująco: w 2014 r. - 163.534, w 2015 r. - 133.076, w 2016 r. - 81.673, w 2017 r. - 54.819. Malejącą tendencją jest zatem oczywiście zauważalna.

Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości pozwalają poddać analizie także w jakich sprawach, w wypadku jakich przestępstw, instytucja ta znajduje swoje zastosowanie. Wyciągając szczegółowe wnioski z danych za rok 2016 wskazać należy, że najczęściej sekwencja kar stosowana jest wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (Rozdział XXV Kodeksu karnego). W takim wypadku, art. 37b zastosowany został w 4% spraw (78 z 1970). Zasługą takiego wysokiego, względem innych rodzajów przestępstw, wyniku jest przepis art. 202 § 3 k.k. penalizujący pornografię małoletnich. W wypadku tego przestępstwa, instytucja sekwencji kar została zastosowana w wypadku 20% spraw. Także w wypadku sprawców przestępstw polegających na obcowaniu płciowym z małoletnim (art. 200 § 1 k.k.), art. 37b stosowano względnie często tj. w przypadku 6% spraw.

Wynik powyżej średniej dotyczy także przestępstw z Rozdziału XXXV Kodeksu karnego, tj. przestępstw przeciwko mieniu. W wypadku tej kategorii, art. 37b zastosowano w 2,31% spraw. Patrząc natomiast na liczby bezwzględne wydawać by się mogło, że art. 37b w wypadku tego typu przestępstw stosowany jest przez sądy najczęściej. Dzieje się tak jednak z tego

powodu, że w ogóle ta kategoria przestępstw jest najczęściej popełnianą przez oskarżonych. W wypadku takich analiz należy brać pod uwagę wyniki proporcjonalne, a więc konieczne jest odniesienie stosowania art. 37b do wszystkich spraw danego typu. W innym wypadku, dopuszczono by się błędu metodologicznego, a analiza nie mogłaby zostać uznana za prawidłową. Wskazując na konkretne typy przestępstw z Rozdziału XXXV odnieść należy się do przestępstwa rozboju (art. 280), w wypadku którego art. 37b stosowany był w 12% spraw. W dalszej kolejności wskazać należy przestępstwo z art. 281 (tzw. kradzież rozbójnicza) - 8,27% spraw, art. 282 (tzw. wymuszenia rozbójnicze) - 7,27% oraz art. 279 (kradzież z włamaniem) - 5,72%. Najrzadziej art. 37b stosowany był wobec sprawców przestępstwa z art. 278 (kradzież) - 1,53% i art. 286 (oszustwo) - 0,99%. Wydaje się, że w wypadku tych ostatnich przestępstw, Sądy wychodzą z założenia, że sekwencja kar składającą się przecież z pozbawienia wolności, jest po prostu karą zbyt surową. W wypadku zaś przestępstw przeciwko mieniu z użyciem przemocy lub groźby (typy z art. 280-282) w ocenie sądów ich kwantum naganności jest tak wysokie, że uzasadnia zastosowanie tak surowej kary. Założenie to uznać należy za słuszne. Należy ponadto zauważyć, że koresponduje z założeniem ustawodawcy, że orzeczenie sekwencji kar powinno być „szczególnie atrakcyjne w przypadku poważniejszych występów”²³

Z drugiej strony, sekwencja kar jest praktycznie niestosowana w przypadku przestępstw przeciwko komunikacji (Rozdział XXI) - 0,39% oraz w wypadku przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (Rozdział XXVI) - 0,04%. Ani jeden raz w roku 2016 sekwencja kar nie była stosowana w wypadku przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową (Rozdział XXVIII) jak również w wypadku przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej (Rozdział XXVII). Także i w tym wypadku należy wskazać, że jest tak z powodu stosunkowo niskiej społecznej szkodliwości tych przestępstw, uzasadniającej stosowanie kar o charakterze nieizolacyjnym. Dodatkowo w wypadku typów z Rozdziału XXVII znaczna ich część ściągana jest z oskarżenia prywatnego, nieobjętego analizowanymi danymi statystycznymi.

Art. 37b rzadko jest także stosowany w wypadku przestępstw, które przewidziane są w tzw. ustawach pozakodeksowych. Jako przykład, przepis ten znalazł zastosowanie jedynie w 1,41% spraw z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Wynik ten należy uznać za zaskakujący. O ile w przypadku przestępstwa nielegalnego posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych w ilości znacznej (art. 62 ust. 2) przepis ten znalazł zastosowanie w jednej na dziesięć spraw, to nadal jest to wynik nieznaczny. Wydaje się, że w wypadku tego typu przestępstw, a zwłaszcza w wypadku sprawców, którzy dopuszczają się go po raz pierwszy,

²³ Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2393, dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>, s. 11, dostęp 4 kwietnia 2019.

zasadnym byłoby zadziałanie tzw. efektem szokowym i ulokowaniem na krótki czas w areszcie, a następnie próba pozytywnego wpływu na postawę społeczną skazanego, poprzez edukację pożądaných postaw społecznych przy wykonywaniu kary ograniczenia wolności.

Co również ciekawe, przepis art. 37b nie znajdzie zastosowania w wypadku przestępstw skarbowych. Kodeks karny skarbowy, w art. 20 wyłącza możliwość aplikacji art. 37b w wypadku przestępstw skarbowych. Regulacja ta wydaje się być zaskakująca i w ocenie Autorów trudna do uzasadnienia. Skoro w k.k.s. przewidziane są zarówno kara pozbawienia wolności jak i ograniczenia wolności, zaskakujące jest wyłączenie możliwości zastosowania sekwencji tych kar. *De lege ferenda* należałoby rozważyć zmianę wskazanego przepisu i rozszerzenie możliwości aplikacji art. 37b.

Ostatnią kwestią wymagającą wskazania, jest fakt, że dokładna analiza statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości prowadzi również do innego, całkowicie zaskakującego wniosku. W 2016 r. 26 spraw (w roku 2017 takich spraw było 20) zakończono zastosowaniem art. 37b, a jako część składową sekwencji kar, nałożono na oskarżonego karę pozbawienia wolności na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Jest to zaskakujące, gdyż jest to działanie całkowicie niezgodne z brzmieniem przepisu, który jasno wskazuje, że kara pozbawienia wolności wymierzana obok kary ograniczenia wolności może zostać orzeczona na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy. Wymierzenie wyższej kary jest niezgodne z brzmieniem ustawy i stanowi oczywiste naruszenie przepisów prawa materialnego. W tym kierunku wypowiedział się także Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 19 lipca 2017 r. (II K 253/17)²⁴ uznając, że wymierzenie kary 8 miesięcy pozbawienia wolności przy skorzystaniu z instytucji sekwencji kar stanowi rażące naruszenie przepisów prawa materialnego.

Analizując coraz bogatsze orzecznictwo sądów powszechnych stwierdzić należy, że praktyczna aplikacja przepisu art. 37b, prowadzi do wielu, zaskakujących nieprawidłowości, w wyniku których interweniować musi Sąd Najwyższy. W sprawie o sygn. II K 34/16 Sąd Najwyższy²⁵ musiał rozstrzygać - wydającą się oczywistą - kwestię, a więc ustawowe zagrożenie i określenie wysokości w jakiej kara pozbawienia wolności w przypadku sekwencji kar może zostać orzeczona. Sąd niższej instancji wymierzył bowiem przestępcy skazanemu z art. 286 k.k. sekwencje kar w których kara pozbawienia wolności wymierzona została w wysokości 6 miesięcy, co przy ustawowym zagrożeniu przestępstwa z art. 286 możliwe nie jest. W takim bowiem wypadku, kara pozbawienia wolności wynieść może maksymalnie 3 miesiące. Dopiero Sąd Najwyższy, wobec kasacji Prokuratora Generalnego musiał ten niezgodny z prawem wyrok uchylić. Co więcej, fakt że Sąd Apelacyjny w Białymstoku, sformułował - jak się wydaje -

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt II KK 253/17.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2016 r., sygn. akt II KK 34/16.

całkowicie błędne i nieznajdujące jakiegokolwiek podstawy prawnej w przepisie twierdzenie, że „ustawowe zagrożenie czynu wyczerpujące dyspozycję art. 286§1 k.k. w zw. z art. 294§1 k.k. (znamię kwalifikujące z uwagi na znaczną wartość) wyklucza możliwość zastosowania art. 37b k.k.”²⁶ pokazuje, że aplikacja art. 37b rodzi w praktyce poważne problemy.

Podsumowanie

Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, stwierdzić należy, że nowo-wprowadzony przepis art. 37b rodzi problemy i kontrowersje zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. Choć wydawałoby się, że dość proste brzmienie przepisu nie powinno budzić wątpliwości jaka sankcja karna może zostać wymierzona na podstawie wskazanego przepisu, ani w wypadku jakich typów czynów zabronionych może zostać zastosowana, poglądy wyrażone w nauce prawa jak i dotychczasowe orzecznictwo sądowe pokazuje, że w zakresie tym dochodzi do błędów.

Jakkolwiek art. 37b wciąż stosowany jest stosunkowo rzadko to niewątpliwie sukcesem Ustawodawcy jest, że jego częstsza aplikacja widoczna jest w wypadku takich rodzajowo przestępstw, w jakich, w zamierzeniu Ustawodawcy, miała być stosowana - a więc poważniejszych występków. Sekwencji kar nie udało się jednak zastąpić kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Niemniej, dzięki innym zabiegom legislacyjnym stosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności znacząco spadło. Niewykluczone jest przy tym, że w przyszłości rola sekwencji kar wzrośnie. Za kilka lat konieczne również będzie poddanie analizie, czy instytucja ta skutecznie odstrasza sprawców przestępstw od powrotu na ścieżkę przestępczą i czy udaje się jej kreować postawy społecznie pożądane. Na takie wnioski, na razie jest jeszcze bowiem za wcześnie.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 7 września 2018 r., sygn. akt II AKa 65/18.

Sekwencja kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności (art. 37b k.k.) - wybrane uwagi po czterech latach funkcjonowania w polskim systemie prawnym

Mateusz Korzeniak

Mateusz Szurman

O autorze

Mateusz Korzeniak - Autor jest absolwentem studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

Mateusz Szurman - Autor jest studentem studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

Streszczenie

Instytucja sekwencji kar stanowi nowy, kodeksowy środek reakcji karnej, który zgodnie z założeniami ustawodawcy, ma zastąpić nadmiernie stosowaną przez sądy karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Krótki pobyt w więzieniu ma działać na sprawcę szokowo i odstraszyć go przed popełnieniem kolejnych przestępstw, a dodatkowo orzekana kara ograniczenia wolności, pozbawiona efektu stygmatyzującego, ma pozytywnie wpłynąć na sprawcę zwłaszcza w kontekście internalizacji pożądanых społecznie zachowań. Autorzy prezentują doktrynalne wątpliwości jakie budzi analizowany przepis, a także na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości poddają analizie praktyczne stosowanie tej instytucji w kontekście założeń, które przed nią stawiano.

Słowa kluczowe

sekwencja kar, system kar, zwalczanie przestępczości, kara pozbawienia wolności, kara ograniczenia wolności

A sequence of imprisonment and restriction of liberty - a few remarks after four years of operation in Polish legal system

Mateusz Korzeniak

Mateusz Szurman

Summary

The sequence of penalty is a new measure of penal reaction, which according to the legislator's intention should replace the suspended imprisonment, which is too often used by the courts. A short period of imprisonment provides deterrence to criminal behavior and at the same time due to penalty of limitation of liberty, which is deprived from strong stigmatization effect, it is possible to approach socially expected behavior. The authors examined the Ministry of Justices files and analyzed the use of this institution in the context of achieving the objectives set forth it during the legislation process. The Authors also indicate the problems in Art. 37b application.

Key words

sequence of penalties, system of penalties, suppression of crime, penalty of imprisonment, restriction of liberty

Zmiana postrzegania zjawiska mitu politycznego na przykładzie koncepcji Georgesa Sorela i Ernsta Cassirera

1. Wprowadzenie

Mit polityczny to zjawisko stanowiące już od wielu lat przedmiot badań z dziedziny myśli politycznej, któremu poświęcono znaczną ilość opracowań, prezentujących różnorodne podejścia do jego analizy¹. Jest on także realnie funkcjonującym elementem rzeczywistości społeczno - politycznej, który zarówno dziś, jak i w przeszłości, niejednokrotnie odgrywał znaczącą rolę w praktyce życia politycznego. To właśnie pomysł jego praktycznego wykorzystania stał się impulsem do pierwszego teoretycznego ujęcia zjawiska przez Georgesa Sorela w pracy *Rozważania o przemocy* z 1908 roku. Wraz z konceptualizacją pojęcia mitu politycznego, rozpoczęła się też ciągła redefinicja jego znaczenia. Wydarzenia historyczne pierwszej połowy XX wieku, takie jak rewolucja bolszewicka, pojawienie się systemów totalitarnych w Europie, dwie wojny światowe, czy wreszcie początek zimnej wojny, uczyniły zeń zjawisko niewątpliwie, zgodnie ze spostrzeżeniami Sorela, znaczące, lecz dalece bardziej niejednoznaczne niż zakładał on jako prekursor badań nad mitem politycznym.

W celu ukazania zmiennej natury omawianego zjawiska, warto przyrzeć się więc także koncepcji zgoła odmiennej, mogącej uchwycić zjawisko mitu politycznego z perspektywy kilkudziesięciu już lat funkcjonowania, nie tylko w teorii, lecz także w praktyce. Koncepcja autorstwa Ernsta Cassirera, sformułowana głównie w wydanym niedługo po jego śmierci dziele *Mit państwa* z 1946 roku, stanowić będzie bez wątpienia spełniające te wymogi uzupełnienie rozważań nad ewolucją postrzegania mitu politycznego na przestrzeni dziejów. Niniejsze opracowanie stanowiące porównawczą analizę tych dwóch koncepcji, oddzielonych przez 40 lat burzliwej historii, ma na celu ukazanie w jaki sposób okres ten zmienił spojrzenie badaczy na zjawisko mitu politycznego.

¹ Na temat innych koncepcji nie ujętych w niniejszym artykule zob. M. Jaskólski, *Mit polityczny*, [w:] M. Jaskólski (red.), *Słownik historii doktryn politycznych, tom 4: M-Q*, Warszawa, 2009.

2. Pojęcie mitu politycznego w filozofii Georgesa Sorela

Poglądy Georgesa Sorela zawarte w pracy *Rozważania o przemocy* z 1908 roku to przede wszystkim uwagi na temat praktycznego znaczenia, formy oraz sposobu realizacji rewolucji komunistycznej. Dzieło to stanowi pochwałę postulowanego przez Sorela syndykalizmu, podkreślającego znaczenie kwestii ekonomicznych i dominującą rolę związków zawodowych w walce o wyzwolenie proletariatu spod dominacji burżuazji. Zawiera przy tym jednocześnie krytykę zbyt zdaniem autora ugodowego, demokratycznego socjalizmu, który nie może zapewnić efektywnych, z perspektywy idei walki klas, przemian². Z pozoru tego rodzaju treści nie wydają się mieć wiele wspólnego z omawianym tu zjawiskiem mitu politycznego. Sięgając jednak do kluczowej dla rewolucji w rozumieniu Sorela idei strajku generalnego, dojrzyć można w niej pierwszą próbę opisanego mitu z perspektywy zjawisk politycznych. Ta obserwacja, choć bez wątplenia niepełna, ogólna i jedynie intuicyjnie opisana, stanowi wyjście dla wszystkich późniejszych badaczy mitu politycznego, którego wyodrębnienie spośród wielu zjawisk społecznych zawdzięcza się właśnie Sorelowi.

2.1. Strajk generalny jako mit polityczny

Jak już wspomniano, Sorel dostrzega specyfikę mitu politycznego przy okazji opisu najważniejszego dla jego myśli zjawiska strajku generalnego, czyli powszechnego, masowego odstąpienia proletariatu od pracy zorganizowanej na wzór kapitalistyczny, prowadzącego do załamania ekonomicznej dominacji burżuazji. Ma to być formuła, która, zgodnie z naturą syndykalizmu rewolucyjnego, jak zauważa Piotr Laskowski, ma oddawać całą moc oddolnego oporu przy braku odgórnego organizacji, uderzając w kapitalizm jako całość, będąc przy tym niezwykle uniwersalną i politycznie niereprezentowalną³. Strajk generalny postulowany przez Sorela to jednak nie tylko praktyczny postulat, ale starannie skonstruowana przez niego idea, której siłą jest według autora właśnie mityczny charakter. Jak bowiem pisze: "strajk generalny [...] jest mitem, w którym zasadza się cały socjalizm, innymi słowy jest on pewnym systemem obrazów zdolnym wzniesić instynktownie wszelkie uczucia, które łączą się z różnymi przejawami wojny wytoczonymi nowoczesnemu społeczeństwu"⁴.

Czyniąc z tego właśnie aspektu strajku generalnego jego naczelną zaletę, autor podejmuje próbę wyjaśnienia jego znaczenia. Po pierwsze, wyodrębnia on mityczność jako cechę uniwersalną,

² Więcej na temat innych niż mit elementów filozofii politycznej G. Sorela, zob. B. Stoczewska, *Georges Sorel*, [w:] K. Chojnicka, M. Jaskólski (red.), *Słownik historii doktryn politycznych i prawnych, tom 5: R-Ś*, Warszawa 2012, s. 531-533.

³ P. Laskowski, *Strajk generalny jako rewolucja. Luksemburg, Sorel i współczesne projekty polityki radykalnej*, [w:] *Praktyka teoretyczna* nr 6/2012, s. 204.

⁴ G. Sorel, *Rozważania o przemocy*, Warszawa 2014, s. 126.

znaczącą nie tylko dla własnej koncepcji, ale widoczną też na przykład w działalności pierwszych chrześcijan, w rozumowaniu zwolenników reformacji czy też w XIX-wiecznych ideach zjednoczeniowych, takich jak choćby włoskie *risorgimento*. Autor dostrzega we wszystkich tych ruchach wspólną cechę, będącą w istocie specyficznym stosunkiem jednostek do wyrażanych przez każdy z tych ruchów idei. Widzi w nich rodzaj poruszenia, często o emocjonalnym charakterze. Wyobrażenia te, o sile oddziaływania bliskiej wierze religijnej, wpływają na konkretne działania tych jednostek. Tak całościowo interpretowane mity, mające znaczny wpływ na ludzką świadomość i wyobrażenia, mogą stanowić ideologiczny środek wpływania na rzeczywistość. Sorel określa więc mit jako konstrukcję pewnej nieokreślonej w czasie przyszłości, tworzoną w pewien określony sposób, w której odnajdujemy najbardziej wyraziste dążenia narodu, partii lub klasy, i które nadają rzeczywisty charakter ludzkim nadziejom⁵.

Sorel dostrzega przy tym różnicę pomiędzy tak rozumianymi mitami a religią. Rozumiejąc, że myślenie religijne, tak jak mityczne, odporne jest na krytykę, uważa jednak, że mit rewolucyjny, zajmując w świadomości ludzkiej miejsce tej rangi co religia, nie musi być wcale tożsamym zjawiskiem⁶. W miecie strajku generalnego to nie religijne nakazy czy nauki, a oddziałująca na emocje polityczna idea zapewnia niezachwianą ufność jednostek wobec rewolucyjnego programu. Ich wspólną cechą będzie fakt, że dla trwania tego mitu, tak jak dla trwałości wiary pierwszych chrześcijan, nie mają znaczenia praktyczne sukcesy i porażki, a moc tych przekonań zapewnia nienaruszony, pomimo możliwych potknięć, obraz idealnej rzeczywistości, który kreują. Ich źródło jest jednak zupełnie inne.

Autor zwraca też uwagę na bliskie mitowi pojęcie utopii. Jego zdaniem, te dwa zjawiska odróżnia ich geneza, bowiem mit to "nie opis rzeczy, lecz wyraz woli, natomiast utopia to wytwór pracy intelektualnej"⁷. Jedne często przeplatają się i towarzyszą drugim, jednak utopia bez mitu pozbawiona jest praktycznej mocy oddziaływania. Utopia jako produkt umysłu jest całością, która musi bronić się pod względem racjonalnym czy logicznym. Łatwo jest punktować jej słabe strony i niespójności. Mit jest całościowy, nie daje się rozbić na poszczególne części, gdyż wszystkim im przyświeca wyższy cel, a jego emocjonalne podłoże wyklucza dyskusję na temat jego słuszności. Mit według Sorela to nie koncepcja lub programowa propozycja, a subiektywne przekonanie, które opiera się wartościowaniu w kategoriach prawdy lub fałszu.

⁵ Ibidem, s.123.

⁶ Ibidem, s. 40-41.

⁷ Ibidem, s. 39.

2.2. Znaczenie rozważań Sorela dla rozumienia pojęcia mitu politycznego

Z pewnością opisane powyżej uwagi G. Sorela na temat mitu stanowić musiały nie tyle przełom, co w zasadzie początek naukowych badań nad omawianym zjawiskiem. Autor co prawda bardzo instrumentalnie wykorzystuje dostrzeżony mityczny charakter strajku generalnego, odmawiając w ten sposób jakiegokolwiek racjonalnej obrony swojego stanowiska, ale przy tym czyni na temat mitu politycznego spostrzeżenia, które stanowić będą podstawę rozumienia tego fenomenu świadomościowego dla wszystkich późniejszych badaczy. Irracjonalność mitu, zauważenie swoistej, mitycznej, acz niereligijnej wiary, a także emocjonalny stosunek do jego treści, to takie elementy tego pojęcia, które dla późniejszych teoretyków mitu stały się podstawami do bardziej szczegółowych rozważań. Sorel od razu dostrzega polityczny charakter zjawiska i możliwości jego wykorzystania w praktyce tej sfery życia społecznego. Bez wątplenia słabością proponowanego przez niego ujęcia jest fakt, iż nie dostrzega on wynikających z takiego stanu rzeczy zagrożeń. Mit polityczny jako środek realizowania partykularnych politycznych celów, może przecież łatwo być wykorzystany jako forma nasycona elementami o dramatycznym, zbrodniczym charakterze, o czym świadczyć może wiele przykładów z historii XX wieku, od totalitarnych realizacji myśli komunistycznej, przez ruchy nacjonalistyczne, faszystowskie i nazizm, aż po konflikty na tle etnicznym i religijnym. Trudno też nie dostrzec niezwykle niepełnego i wybiórczego charakteru rozważań autora na temat mitu. Nie stwarza on żadnego modelu kreowania mitów politycznych, niewiele uwagi poświęca też genezie zjawiska czy jego systematyce. Brak jest propozycji choćby niepełnego zdefiniowania omawianych pojęć. Krytykując racjonalność nauki burżuazyjnej i wpisana w demokratyczną ugodowość socjalistów odgórną kreację zmiany społecznej, Sorel nie zapewnia ram formalnych, które pozwalałyby na coś więcej niż intuicyjne przekonanie o słuszności wielu jego spostrzeżeń. Pomimo to, stanowiły one podstawę do naukowego badania mitu politycznego, co pozwala, mimo znacznych ułomności rozważań autora, na uznanie go za prekursora w tej sferze nauk politycznych, który, choć nie stworzył w zasadzie własnej koncepcji mitu politycznego, to jako pierwszy dostrzegł jego niebagatelne i aktualne po dziś dzień znaczenie dla rzeczywistości społecznej.

3. Mit w filozofii Ernsta Cassirera

W odróżnieniu od koncepcji Sorela, uwarunkowanej przede wszystkim socjologicznie i ekonomicznie, autor ten bada zjawisko mitu przez pryzmat filozofii kultury, będąc przedstawicielem marburskiego neokantyzmu⁸. Mit jako element kultury opisuje on więc z perspektywy metody transcendentalnej, co oznacza, iż interesują go zasady mitycznego myślenia

⁸ P. Parszutowicz, *Fenomenologia form symbolicznych*, Warszawa 2013, s. 75.

i mit jako forma poznania oraz funkcje, które mit, tak rozumiany, pełni. To właśnie politycznym cechem zjawiska mitu poświęca on szczególną uwagę. Zainteresowanie właśnie tym aspektem nie dziwi, biorąc pod uwagę osobiste losy autora, który jako Niemiec pochodzenia żydowskiego osobiście odczuł konsekwencje instrumentalnego wykorzystania mitologizacji w służbie ideologii politycznych XX wieku. Rozważania na ten temat zawarte zostały przede wszystkim w wydanej już po jego śmierci pracy *Mit państwa*. Aby w sposób czytelny móc przedstawić te szczegółowe refleksje Cassirera, które są najistotniejsze z punktu widzenia omawianej tematyki, należy najpierw możliwie syntetycznie zarysować założenia jego całościowej koncepcji filozoficznej. Zjawisko mitu jest bowiem według tego autora elementem szerszego opisu poszczególnych elementów kultury, zwanego koncepcją form symbolicznych.

3.1. Mit jako element koncepcji form symbolicznych

Mit w ujęciu Cassirera jest przede wszystkim jedną z badanych przez niego kulturowych form symbolicznych, będących środkiem poznania. Jak zauważa J. Sójka: "celem Cassirera było stworzenie swoistej morfologii kultury, czyli całościowego opisu wszystkich jej dziedzin, [...] pokazanie jak poszczególne formy kultury umożliwiają kontakt człowieka ze światem, czy nawet jak realność świata tworzą"⁹. Formy te, to, w kolejności ich intelektualnego zaawansowania, mit i religia, język oraz nauka. Ich wspólny element to posługiwanie się symbolami, które autor rozumie jako zewnętrznie widzialne znaki, sposoby wyrażania poznawczych wrażeń w kontakcie ze światem zewnętrznym. Nie definiując ściśle pojęcia symbolu, autor opisuje jednak jego funkcje. Symbol według Cassirera umożliwia więc przede wszystkim wyrażanie treści świadomości i powstawanie pojęć (ekspresja) oraz komunikację na poziomie danej formy kulturowej, a także stanowi narzędzie poznania rzeczywistości¹⁰. Niekiedy autor posługuje się też innym podziałem, za funkcje najbardziej charakterystyczne dla poszczególnych form symbolicznych przyjmując ekspresję (mit), przedstawienie (język) i czyste znaczenie (nauka)¹¹. Funkcje te jednak nie przynależą wyłącznie do danej formy symbolicznej i można odnaleźć je także w tych z nich, dla których dana funkcja nie jest tak oczywista. To, co różnicuje opisanie formy to stopień abstrakcyjności i obiektywizmu ich przekazu. Zdaniem autora mit, język i nauka¹² różnią się zasadniczo co do sposobu i głębokości tej obiektywizacji. Mit i religia¹³, jako formy najbardziej

⁹ J. Sójka, *O koncepcji form symbolicznych Ernsta Cassirera*, Warszawa 1988, s. 10.

¹⁰ Ibidem, s. 20.

¹¹ P. Parszutowicz, *op. cit.*, s. 97.

¹² Wymieniony tutaj zestaw to formy najbardziej wyróżniające się perspektywy funkcjonalnej, a w związku z tym najczęściej przez Cassirera opisywane. Nie wykluczał on jednak istnienia form pośrednich, których forma symboliczna nie jest tak jednoznacznie ukierunkowana na konkretną funkcję, jak np. sztuka, prawo, czy technika.

¹³ W myśli E. Cassirera mit i religia są ze sobą często powiązane, a mit stanowi niejako pierwotny etap rozwoju religijnej formy poznania, która także przesycona jest elementami mitycznymi. Sam autor niejednokrotnie traktuje te pojęcia łącznie jako jedną formę poznania, niekiedy oddziela mit jako mniej abstrakcyjną wersję myślenia religijnego,

pierwotne, nie odróżniają w ogóle symboli od elementów świata rzeczywistego. Stanowią one jedynie nieświadomą obiektywizację uczuć i emocji, które poprzez często nierealistyczne obrazy pozwalają zinterpretować człowiekowi świat natury oraz jego własne życie wewnętrzne¹⁴. Ten rodzaj poznania jest więc także silnie zindywidualizowany i odnosi się do konkretnych wydarzeń czy sytuacji dotyczących podmiotu poznającego, nie mogąc istnieć jako czyste znaczenie, w oderwaniu od tego, co dane odczucie i potrzebę jego wyrażenia wywołało. Z kolei język i jego ewolucja stanowią w tym kontekście odchodzenie od czysto zmysłowej strony poznania, co pozwala skupić się na jego zobiektywizowanym przedmiocie. Język zawiera już osobne elementy zmysłowe i znaczeniowe, które na jego początkowych etapach rozwoju były nierozdzielnie powiązane. Wraz ze swoją ewolucją, język rozbudowuje własną, wewnętrzną, logiczną strukturę, zakorzenioną w obiektywnych elementach świata zewnętrznego: czasie, przestrzeni i systemie liczbowym. Sytuując poszczególne znaczenia w tak skonstruowanym obiektywnym systemie, język odrywa się stopniowo od konieczności naocznego poznania i indywidualnej impresji¹⁵. Najwyższym stadium rozwoju tak rozumianych form symbolicznego poznania jest zaś nauka, która operuje już czystym, abstrakcyjnym znaczeniem. Na tym poziomie to poznawany przedmiot jest kształtowany przez symbol, który go wyraża. Symbol ten jednocześnie powiązany jest z innymi symbolami wzajemnie regulując w ten sposób swoje pozbawione już subiektywnego wpływu konkretnej sytuacji poznawczej znaczenie¹⁶. Zjawisko mitu w ujęciu Cassirera należy więc widzieć jako tak rozumiany element szerszego opisu kultury.

3.2 Funkcjonalne ujęcie mitu politycznego

Opisując szczegółowo samo zjawisko mitu, Cassirer wychodzi od krytyki dotychczasowych badań w tym zakresie. Negatywnie ocenia on próby badania genezy omawianego problemu w wierzeniach społeczności pierwotnych za pomocą współczesnych nauk społecznych. Według niego, taka intelektualizacja myśli mitycznej pomija zupełnie jej irracjonalne, emocjonalne zaplecze, niedostępne dla metodologii nowożytnej nauki¹⁷. Z drugiej strony Cassirer nie uznaje za słuszne pozbawianie zjawiska mitu jakiegokolwiek logiki. Mechanizm myśli mitycznej jest przecież wewnętrznie spójny, a cel, w postaci poznawania świata, osiągnąć jest po prostu za pomocą innych metod niż te naukowe. Nie zadowalała go także interpretacja Freuda, który w genezie myślenia

pozbawioną refleksji nad oderwanym już od rzeczywistości ludzkiej *sacrum*. W niniejszym artykule zostały one potraktowane łącznie jako jedna forma poznania, natomiast szczegółowej analizie poddano w dalszej części myślenie mityczne.

Więcej na ten temat zob. M. Bal-Nowak, *Mit jako forma symboliczna w ujęciu Ernsta A. Cassirera*, Kraków 1996, s. 133 – 138.

¹⁴ E. Cassirer, *Mit państwa*, Warszawa 2006, s. 61-62.

¹⁵ J. Sójka, *op. cit.*, s.113.

¹⁶ P. Parszutowicz, *op. cit.*, s.107-108.

¹⁷ E. Cassirer, *op. cit.*, s. 22-23.

mitycznego doszukuje się związków z życiem seksualnym, którego zrozumienie stanowiłoby klucz do wyjaśnienia wszystkich mitów. Autor uznaje takie stanowisko za nieuprawnione "redukowanie faktu, który odcisnął swój ślad na całym życiu ludzkości do jakiegoś szczególnego, pojedynczego motywu"¹⁸. Cassirer, dostrzegając powyższe trudności metodologiczne, a także różnorodność samej treści, która wypełnia myślenie mityczne, decyduje się na opis zjawiska mitu poprzez jego funkcje. Dostrzega on też, że myślenie mityczne nie jest tylko zapomnianym środkiem obiektywizacji stosowanym w zamierzchłych czasach przez prymitywne plemiona, ale może pojawiać się także we współczesnym życiu politycznym. Szczególną uwagę poświęca więc takim aspektom tych funkcji, dzięki którym przedstawia czytelnikowi opis mitów *sensu stricto* politycznych.

Jak już wspomniano, myślenie mityczne służyć ma głównie obiektywizacji konkretnych przeżyć i uczuć. Funkcją mitu politycznego według Cassirera będzie więc przede wszystkim obiektywizacja tych sytuacji z życia społecznego, których opisu za pomocą innych form symbolicznych kultura nie jest w stanie zaproponować. Jak zauważa: "opis roli jaką magia i mitologia pełnią w społeczeństwach pierwotnych, da się równie dobrze zastosować do wyżej rozwiniętych stadiów życia politycznego. W sytuacjach rozpaczliwych człowiek będzie się zawsze uciekał do desperackich środków, a nasze obecne mity polityczne noszą charakter takich środków"¹⁹. Mit polityczny może więc wyjaśniać zjawiska takie jak katastrofy humanitarne, konflikty zbrojne czy też kryzysy ekonomiczne. Mityczny obraz zostaje wtedy utożsamiony ze zbiorowym odczuciem lęku i niepewności, tworząc nierozzerwalną, całościową interpretację takich zjawisk.

Kolejną funkcją mitu zauważaną przez Cassirera jest reprezentowanie zbiorowych pragnień. Wyrażanie dążeń społecznych w idei wymarzonego państwa lub wspaniałego wodza to element mogący bez trudu jednoczyć zbiorowości wokół tego rodzaju mitycznych symboli, które w przekonaniu odbiorców takich mitów będą reprezentować ich pragnienia i interesy. Autor zwraca też uwagę na możliwość instrumentalnego wykorzystania tych funkcji mitu politycznego. Jak pisze: "jeśli zbiorowe życzenie da się odczuć z całą jego siłą, to łatwo przekonać ludzi, że potrzebny jest tylko właściwy człowiek, aby to życzenie spełnić. [...] Mity można wytwarzać w takim samym znaczeniu i według tych samych metod, co jakkolwiek inną broń, jak karabiny maszynowe czy samoloty"²⁰.

Jeszcze inną opisywaną przez twórcę fenomenologii form symbolicznych funkcją mitu politycznego jest zmiana znaczenia języka poprzez tzw. słowa magiczne. Są to wyrażenia, znaki lub gesty używane nie w celu semantycznego wyrażania znaczenia, ale w celu wywoływania określonych skutków lub emocji, związanych z obecnymi w danym systemie politycznym

¹⁸ Ibidem, s. 48.

¹⁹ Ibidem, s. 309.

²⁰ Ibidem, s. 312, 313.

symbolami lub rytuałami wyrażającymi mityczną treść. Dzięki wniknięciu mitów politycznych w sferę życia prywatnego zwykłych ludzi, w obszar komunikacji między jednostkami, dochodzić może do podporządkowania ich sposobu postrzegania treści danego mitu. Skutkiem tego według Cassirera jest utrata możliwości dostrzegania mitu: "uśpienie wszystkich naszych aktywnych sił, całej naszej zdolności do oceny i krytycznego rozpoznania"²¹. Również w tym wypadku instrumentalne wykorzystywanie tej funkcji może prowadzić do podporządkowania całego życia społecznego dominującej ideologii. Taką realizację omawianej funkcji mitu Cassirer dostrzega, analizując tytulaturę faszystowskich i nazistowskich przywódców czy też używane przez obywateli III Rzeszy pozdrowienie *Deutscher Gruß*.

Autor funkcjonalnego ujęcia mitu wyraża na koniec przykrą, acz niewątpliwie trafną opinię dotyczącą polityki. Jest to sfera kultury, która do dziś nie wypracowała własnej teorii i metodologii. Nie można uznać za wystarczające rozumienia mitów politycznych jedynie z perspektywy formy symbolicznej mitu, z drugiej strony także nauki empiryczne nie dałyby prostej odpowiedzi na problemy o tak złożonym, społecznym charakterze. Pozostaje mieć nadzieję, że dzięki filozofii politycznej zjawiska z tej dziedziny, takie jak mit polityczny, będą coraz trafniej opisywane i badane, a w konsekwencji pozwolą wyrugować myślenie mityczne także z tej sfery kultury.

4. Ocena funkcjonalnego rozumienia mitów politycznych na tle myśli G. Sorela

Starając się zestawić ze sobą znaczenie obu opisanych powyżej sposobów rozumienia zjawiska mitu, zacząć należy od podkreślenia odmiennego źródła, z którego biorą początek rozważania Sorela i Cassirera, a także od różnych przyczyn ich zainteresowania samym fenomenem mitu. Sorel, upatrujący w micie przede wszystkim środka dokonania radykalnej zmiany społeczno - ekonomicznej, traktował samo zjawisko instrumentalnie, nie analizując szczegółowo jego natury. Również aspekty funkcjonalne, tak wyraźnie podkreślane przez Cassirera, u Sorela nie występują. Powód takiego ograniczenia wyvodu zdaje się być jasny - dla tego teoretyka syndykalizmu jedyną znaczącą funkcją mitu miało być urzeczywistnienie idei strajku generalnego. Cassirer zaś, nie tylko intelektualnie, ale także osobiście doświadczony przez wykorzystanie mitu politycznego w służbie totalitaryzmu, dużą wagę przywiązywał do samego procesu mitycznego myślenia jako formy poznania rzeczywistości, przyczyn jego pojawiania się i różnych celów stosowania, a także do sposobu prowadzenia samych badań nad omawianym zjawiskiem. Pragnął on mit nie tyle wykorzystywać, co przede wszystkim zrozumieć.

W tym kontekście ciekawe może być także spojrzenie na temporalne aspekty obu ujęć mitu. Swoje rozważania Sorel orientuje przede wszystkim na przyszłość. Za pomocą mitu chce

²¹ Ibidem, s. 316.

modyfikować zastaną rzeczywistość, tak aby przyszły los robotników uczynić lepszym. Mit w jego rozumieniu jest i zawsze był, jak pokazuje na przywołanych przykładach, środkiem interpretacji rzeczywistości, narzędziem, które poprzez specyficzny sposób patrzenia na nią miało przynosić konkretne polityczne efekty. Myśl Cassirera uwypukla z kolei nierozzerwalne związki mitu z przeszłością i indywidualnymi doświadczeniami jednostki posługującej się mitycznym myśleniem. Funkcja obiektywizacyjna mitu ma przecież pozwolić poradzić sobie z wydarzeniami niewytłumaczalnymi, wyjaśniając doświadczenia przeszłości w sposób nie zawsze prawdziwy, lecz spójny z regułami mitycznej wiary.

Także dostrzeżenie powiązania pomiędzy mitem i religią łączy rozważania obu opisywanych tu autorów. Swoista mityczna wiara, inna od religijnej, bo pozbawiona jakiegokolwiek absolutu, stanowi jednak przyczynę podobnego duchowego bądź emocjonalnego poruszenia w umysłach jej "wyznawców". Pozwala ona także na budowanie wizji świata, polityki lub historii, która opiera się krytyce opartej na logicznej argumentacji, co Sorel podkreśla porównując mit z utopią, a Cassirer zauważa analizując mit jako słowo magiczne, czy opisując go jako specyficzną, nienaukową formę poznania.

Patrząc na dorobek myśli Cassirera krytycznie, nie można przy tym nie zauważyć innej cechy łączącej go z Sorelem: autorzy ci nie definiują kluczowych dla własnego wywodu pojęć. Trudno w ich pismach dopatrzeć się abstrakcyjnego ujęcia mitu, którego praktycznej stronie poświęcają więcej uwagi. Sam Cassirer nieco wbrew własnym przemyśleniom co do hierarchii metod poznania, opisuje zjawisko teoretyczne głównie z perspektywy własnych doświadczeń i praktycznych przykładów. Przyznaje się on także do swoistej porażki nauk politycznych, które od czasu Sorela wciąż nie określiły dostatecznie własnej metodologii i narzędzi do opisu zjawisk takich jak mit polityczny. Wadą określania mitu politycznego poprzez jego funkcje może być także trudność w oddzieleniu go od innych zjawisk, mogących w różnych realiach społeczno-politycznych pełnić podobną rolę. Taki opis nie wydaje się na tyle kompletny, aby móc za jego pośrednictwem bezbłędnie ustalić, czy dane zjawisko ma charakter mitu, czy też nie.

Podobieństwem, które jest kluczowe jeśli chodzi o formułowany przez obu myślicieli opis mitu politycznego, będzie możliwość zewnętrznego kształtowania zjawiska w sposób czyniący go służebnym wobec partykularnych interesów politycznych. Zupełnie inne będą przy tym ich oceny takiego oddziaływania mitu. Sorel, widząc mit jako "sposób oddziaływania na rzeczywistość"²² pragnie wykorzystać go jako środek wpływania na pojmowanie ówczesnych stosunków produkcji przez nieświadomiony jeszcze proletariatus. Uważa mit strajku generalnego za wielką szansę, aby szybko i skutecznie ustanowić porządek socjalistyczny. Kiedy bowiem droga, którą poszli demokratyczni socjaliści okazała w jego ocenie się nieskuteczna, gdyż demokratyczne relacje

²² G. Sorel, *op. cit.*, s. 125.

władzy całkowicie zdominowane są przez burżuazję i wielki kapitał, właśnie w tym dostrzegł on wielką szansę. Szansę na bezpośrednie oddziaływanie na ludzką świadomość, na uczynienie ludzi uciskanych i nieświadomych swojego położenia, zdolnymi do działania w imię jego zdaniem słusznej idei. Cassirer z kolei, przede wszystkim poprzez opis funkcji reprezentowania zbiorowych pragnień, zwracał uwagę na niebezpieczeństwo takiego wykorzystania mitu. Nie był on, w przeciwieństwie do Sorela przekonany o pełnej słuszności idei, w służbie której mit może być wykorzystany. Z pewnością obraz zarysowany przez niego był bardziej realistyczny i zobiektywizowany, a przez to także mocno pesymistyczny. Mit przyrównywał więc do broni, ale niezauważalnej, znacznie groźniejszej niż ta konwencjonalna. Podkreślał na przykład, że kiedy świat zaczął niepokoić się około 1933 roku zbrojeniem Niemiec, to to czego należało się bać, dawno zostało już dokonane. Uzbrojenie społeczeństwa w mityczne myślenie, którego jedynie reperkusją były militarne zbrodnie III Rzeszy były prawdziwym, niedostrzegalnym zagrożeniem²³. Mit sprawnie wykorzystany pozbawia nas więc zdolności krytycznej oceny rzeczywistości i pozwala na redefiniowanie powszechnych w danej społeczności wartości etycznych, czyniąc z owładniętego nim ludzkiego umysłu najstraszliwszą broń.

Przede wszystkim więc trzeba zauważyć, że okres, który dzieli działalność naukową Cassirera od okresu aktywności Sorela, przyniósł przewartościowanie w zakresie oceny samego zjawiska mitu. Nie jest on już środkiem przemiany społecznej, a raczej zagrożeniem, reliktem pierwszego etapu rozwoju kultury, który zaaplikowany do dzisiejszych realiów politycznych może przynosić bardzo zgubne skutki. Cassirer bada mit polityczny po to, aby zrozumieć go i zdemaskować, żeby jego praktyczne realizacje, które wyrządziły w jego czasach niespotykane wcześniej krzywdy, już nigdy nie powróciły do życia.

²³ E. Cassirer, *op. cit.* S. 313.

*Zmiana postrzegania zjawiska mitu politycznego na przykładzie koncepcji Georgesa Sorela
i Ernsta Cassirera*

Bartosz Kwiatkowski

O autorze

Autor jest studentem I roku studiów doktoranckich w Katedrze Historii Doktryn Politycznych i Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Identyfikator ORCID: 0000-0002-1761-3183

Streszczenie

Mit polityczny, jako zjawisko mające kluczowy wpływ na współczesną rzeczywistość polityczno - prawną, od czasu jego powstania podlegało licznym przekształceniom, a jego postrzeganie przez badaczy ulegało znaczącym zmianom. Zaprezentowane zestawienie koncepcji autorstwa Georgesa Sorela i Ernsta Cassirera, ze szczególnym uwzględnieniem ich aspektów funkcjonalnych, pozwala nie tylko przyjrzeć się powyższej zmianie, ale także ukazać wady każdego z ujęć mitu, oraz zrozumieć kontekst wpływający na odmienne rozumienie pojęcia przez obu autorów.

Słowa kluczowe

mit polityczny, Georges Sorel, Ernst Cassirer, myśl polityczna

The transformation of perception of the political myth by the example of Georges Sorel's and Ernst Cassirer's concepts

Bartosz Kwiatkowski

Summary

Political myth, as a phenomenon which has a crucial impact on today's legal and political reality, has undergone some serious transformation since its creation. Also the way it is perceived by the researchers has changed. A comparison of different concepts of the political myth – by Georges Sorel and Ernst Cassirer, presented in this article, while focusing mostly on their functional aspects, allows not only to examine the change of the myth's perception, but also to present the flaws of both attitudes and to understand the whole context behind the different understanding of the political myth by both authors.

Key words

political myth, Georges Sorel, Ernst Cassirer, political thought

Dyskryminacja przez stereotypowe ujęcie ról społecznych płci

Naturalną skłonnością ułatwiającą nam pojmowanie świata – niezwykle złożonej rzeczywistości, pełnej informacji – jest dokonywanie pewnych uproszczeń. Szczególnie te elementy, które nie wymagają istotnego wysiłku poznawczego i dotyczą takich właściwości jak płeć, wiek czy kolor skóry, często nawet bez naszej świadomej decyzji, tworzą w naszych umysłach pewne kategorie i uogólnienia. Niemniej jednak takie bezrefleksyjne pojmowanie świata może prowadzić do postrzegania określonych grup w fałszywy i krzywdzący je sposób.

Przykładem takich procesów jest tworzenie obrazu każdej z płci. Ponieważ zasada równości jest fundamentalną zasadą ustrojową oraz wartością każdej współczesnej konstytucji i aktu prawa międzynarodowego traktującego o prawach człowieka, problematyka tych procesów ma również wymiar prawny. Niniejsze opracowanie skupia się na omówieniu wyłącznie jednego aspektu tej problematyki, mianowicie stereotypów odnoszących się do ról społecznych, i składa się z trzech segmentów. W pierwszej kolejności zdefiniujemy samo pojęcie stereotypu, a także odróżnimy je od innych procesów kategoryzacji oraz wyakcentujemy te czynniki, które składają się na kategorię stereotypów dotyczących ról społecznych (B.). Następnie wykażemy, że zagadnienie to ma znaczenie dla analizy prawa – przytoczone zostaną przykładowe regulacje prawne i rozstrzygnięcia sądowe, w których kluczową kwestią był sposób pojmowania roli społecznej danej płci (C.). W ostatniej części tekstu podejmiemy próbę określenia, jaką rolę prawo pełni lub może pełnić w procesie utrzymywania lub przekształcania postaw społecznych, w szczególności tych o krzywdzącym charakterze (D.).

A. Postawa społeczna – stereotyp – dyskryminacja

Zarówno postawa społeczna, jak i stereotyp może mieć dwa wymiary – indywidualny oraz grupowy. Nie jest bowiem cechą immanentną tych zjawisk, że są współdzielone z innymi, tj. mogą istnieć „prywatne“ przekonania, zgodnie z którymi kształtujemy własne zachowanie. Niemniej jednak w szerszej perspektywie dopiero postawy społeczne i stereotypy współdzielone przez większą liczbę osób mają pewną doniosłość i poddają się sensownej analizie w kontekście omawianej w niniejszym tekście problematyki. Zauważyć należy także, że nie każdy element naszego obrazu świata jest przez nas w pełni (od początku) tworzony, a w znacznej mierze elementy

są przejmowane od innych członków społeczności, którzy mają na nas wpływ (tj. rodzina, tradycja etc.); z tej perspektywy można więc mówić nie tylko o „tworzeniu” obrazu świata, ale i jego podtrzymywaniu i ew. przekształcaniu.

1. Perspektywa psychologii społecznej i socjologii – pojęcie postawy społecznej

Poruszanie się przez człowieka w rzeczywistości społecznej wymaga, by miał on możliwość odniesienia własnych doświadczeń do pewnej siatki instytucjonalnej. Poznawanie bowiem przez niego świata ciągle od nowa nie posunęłoby zupełnie rozwoju społeczeństwa¹. Trzeba jednak zauważyć, że przestrzeń, w jakiej porusza się człowiek, jest przestrzenią z góry określoną, a dokładniej przestrzenią społeczną. Kluczowa zatem staje się kwestia, w jaki sposób gromadzona jest i przekazywana społeczna wiedza o otaczającym świecie. Rzeczywistość ta tworzona jest przez człowieka i przez niego podtrzymywana, a czasem przekształcana. To „ustanawianie świata” polega na uzgadnianiu z innymi członkami społeczeństwa form i typizacji zachowań ludzkich (określanie ról społecznych i norm z nimi związanych). W procesie tym wyróżnia się następujące etapy: (1) etap eksternalizacji – jednostka, komunikując się z innymi, przekazuje im własną konkretyzację zachowań innych osób, stworzoną na podstawie obserwacji; (2) etap obiektywizacji – w trakcie interakcji z innymi członkami społeczeństwa ustalane są uzewnętrznione obrazy typizacji i opatrywane jednocześnie sankcją w przypadku nieprzestrzegania norm z nimi związanych; (3) etap internalizacji – etap przekazywania jednostkom wiedzy o porządku świata i włączenia przez jednostkę do własnego obrazu świata².

Ten uproszczony schemat ukazuje proces, na mocy którego świat, w którym żyjemy, staje się dla nas pewną, możliwą do zdefiniowania, rzeczywistością, ale z drugiej strony niekoniecznie opartą na prawdziwych cechach zjawisk, lecz pełną subiektywności, które uznajemy za zobiektywizowane ze względu na uzgodnienie wspólnego poglądu z innymi członkami społeczeństwa. Świat ten jest w pewnym sensie autonomiczny, w konsekwencji czego powstaje ryzyko kształtowania niektórych jego elementów w sposób dowolny – już nie tylko w wyniku uzyskanego konsensusu między jednostkami, ale również jako rezultat konfliktu między poszczególnymi grupami i wyrazu dominacji jednej nad drugą. Warto jednak pamiętać, że dokonywanie takich kategoryzacji i przypisywanie jednostek do określonych grup stanowi nie tylko punkt wyjścia dla ocen innych, ale również jest kluczowym elementem dla określania własnej tożsamości społecznej³.

¹ R. H. Fazio, J. Blasi, D.M. Driscoll, *On the Functional Value of Attitudes: The Influence of Accessible Attitudes on the Ease and Quality of Decision Making*, [w:] Social psychology vol. 1. Social cognition and social perception, M.A. Hogg (red.), Londyn 2003, s. 301.

² P.L. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 2010, s. 78.

³ A. Mummendey, T. Kessler, S. Otten, *Sozialpsychologische Determinanten – Gruppenzugehörigkeit und soziale Kategorisierung*, [w:] Diskriminierung und Toleranz, A. Beelmann, K.J. Jonas (red.), Wiesbaden 2009, s. 45. Ponieważ

Jednym z podstawowych sposobów kategoryzacji naszego myślenia o świecie jest określanie modelowych postaw społecznych. Postawy społeczne to kategorie poznawcze, które ułatwiają nam interpretacje zachowań innych, strukturyzują poznawany przez nich świat i jednocześnie są zdolne do wywierania wpływu na ich zachowanie⁴. Innymi słowy: ich zasadniczą rolą jest ułatwienie doboru odpowiedniego zachowania do przedmiotu postawy⁵. W zaproponowanym przez Rosenberga i Hovanda⁶ modelu spróbowano sprowadzić złożony i wymiarowy fenomen postaw społecznych do trzech kluczowych elementów, wyróżniając jako jego części składowe trzy elementy: (i) element afektywny (emocjonalny), dotyczący reakcji emocjonalnej na dany obiekt, (ii) element kognitywny (poznawczy), zawierający przekonania związane z przedmiotem, oraz (iii) element behawioralny (konatywny), związany z określonym stosunkiem lub zachowaniem do przedmiotu.

2. Stereotyp – uprzedzenie – dyskryminacja

Problematyka pracy wymaga jednak przyjrzenia się wyżej opisanemu zjawiskom dokładniej, w szczególności dopasowaniu dokonań socjologii i psychologii społecznej do ram pojęciowych używanych na gruncie nauk prawnych. Bardziej analityczne spojrzenie na omawiane zagadnienie pozwala wyróżnić następujące etapy: kategoryzacja – powstawanie stereotypu – powstawanie uprzedzeń – dyskryminacja lub faworyzacja⁷.

a) Kategoryzacja

Jak wskazano wyżej, nasz obraz świata opiera się na obserwacjach rzeczywistości, które w naszych umysłach podlegają procesowi pewnych konkretyzacji. Sama obserwacja odnosi się więc do faktycznie istniejących cech, wokół nich tworzymy w naszych umysłach pewne kategorie. Cechy relewantne dla tworzenia tych kategorii muszą być widoczne dla nas bez dokonywania dalszych analiz (wiek, kolor skóry, płeć etc.), wychwytyjące najbardziej oczywiste różnice pomiędzy grupami, które wydają nam się odmienne⁸. Poziom ten określić można mianem

każdy z nas należy do pewnych grup społecznych, często nasze obserwacje przebiegają według schematu my-oni, tj. poprzez dostrzeganie różnic między własną grupą a „innymi“. W takich przypadkach mamy tendencje do przypisywania własnej grupie bardziej pozytywnych cech (zjawisko to zostało określone mianem *ingroup love-outgroup hate* – por. tamże, s. 45-46).

⁴ L. Fischer, G. Wiswede, *Grundlagen der Sozialpsychologie*, Monachium 2009, s. 238.

⁵ Tamże, s. 321. Samą postawę społeczną można zdefiniować jako „mentalny i neutralny stan gotowości, który jest strukturyzowany przez doświadczenie i posiadający możliwość dynamicznego i/lub ukierunkowanego wpływania na reakcję jednostki wobec innych obiektów” (tamże, s. 285).

⁶ M.J. Rosenberg, C.I. Hovland, *Cognitive, affective, and behavioral components of attitudes*, [w:] M.J. Rosenberg (red.) *Attitude organization and change*, New Haven 1960, s. 1-14.

⁷ D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung*, [w:] *Diskriminierung und Toleranz*, A. Beelmann, K.J. Jonas (red.), Wiesbaden 2009, s. 195.

⁸ W niektórych opracowaniach podkreśla się, że nasze kategoryzacje przebiegają według cech, którym przypisujemy największą społeczną doniosłość, jak na przykład płeć, zawód, wiek, wiara, kolor skóry etc. (J. Degner, T. Meiser, K. Rothermund, *Kognitive und sozial-kognitive Determinanten: Stereotype und Vorurteile*, [w:] *Diskriminierung und Toleranz*, A. Beelmann, K.J. Jonas (red.), Wiesbaden 2009, s. 76).

deskryptywnego – jego istotą jest wychwytywanie pewnych powtarzalności wyróżniających określoną liczbę osób. Kluczowe dla poziomu deskrypcji jest to, że cech, o które dokonujemy opisu, a następnie kategoryzacji naprawdę (naturalnie lub społecznie) istnieją⁹, tj. faktem jest, że osoba a wyznaje religię x, kobieta b wygląda w sposób y, a mężczyzna c wykonuje zawód z. Niemniej jednak nadużyciem byłoby tutaj mówić o obiektywizmie naszego opisu w pełnym tego słowa znaczeniu – dokonujemy w końcu opisu danej grupy na podstawie jednej, co prawda dobrze widocznej lub znanej nam cechy, ignorując inne – a więc wybiórczej cechy, mimo że nie musi ona być najbardziej istotna.

b) Stereotyp

Często nie poprzestajemy na dostrzeżeniu cech, szczególnie, kiedy nasze obserwacje przebiegają w sposób przeciwstawiania sobie różnych grup¹⁰. Budowanie obrazu pewnych grup w oparciu o pojedynczą, wybiórczą (arbitralnie przyjętą przez nas jako decydującą dla opisu danej grupy) cechę prowadzi do tego, że nasz obraz tej grupy z natury rzeczy jest niepełny, a często również niespójny. Fragmentaryczną wiedzę próbujemy więc w jakiś sposób uzupełnić, a sprzeczności w naszym obrazie – wynikające z apriorycznego przyporządkowania indywidualności pod jakąś cechę – usunąć za pomocą przyjmowania uogólnień. W ten sposób budowane są stereotypy.

Warte uwagi są tutaj przede wszystkim trzy kwestie. Po pierwsze, stereotypy ze swojej natury nie są zjawiskami negatywnymi. Są naturalnymi mechanizmem „upraszczania danych wynikających z naszych obserwacji, ocen i zachowań w skomplikowanym i złożonym świecie”¹¹. Po drugie, obserwacje pewnej oczywistej cechy, która staje się podstawą wyróżnienia danej kategorii łączymy następnie według naszej wiedzy o typowych cechach danej grupy¹². Owa „typowość“ w tym przypadku określać może albo faktycznie zauważoną przez nas powtarzalność (wówczas stereotyp będzie w jakiejś mierze uogólnieniem lub uproszczeniem rzeczywistości), albo na pierwszy plan wysunąć się mogą zjawiska lub cechy, które z innych względów – np. czysto emocjonalnych – najmocniej wiążemy z daną grupą. Po trzecie, na marginesie wspomnieć należy, że w literaturze nie ma zgody co do charakteru elementów składających się na stereotyp, a dokładniej – czy elementy te wciąż mają charakter czysto deskryptywny (zakładamy, że skonstruowana w naszym umyśle kategoria osób posiada takie a nie inne cechy), czy może –

⁹ A. Mummendey, T. Kessler, S. Otten, *Sozialpsychologische...*, dz.cyt., s. 49.

¹⁰ Warto podkreślić, że obserwacje przebiegający w sposób przeciwstawiania sobie poszczególnych grup jest podstawowym mechanizmem poznawczym człowieka, a więc nie jest intencjonalnym wrogim szukaniem wad u innych. Niemniej jednak, jeśli chodzi o szukanie cech różniących własną grupę od grupy „obcej”, mamy naturalną tendencję do lepszego oceniania własnej grupy niż grupy – por. przypis 3.

¹¹ J. Degner, T. Meiser, K. Rothermund, *Kognitive...*, dz.cyt., s. 77.

¹² Jeśli chodzi o kategorie płci, to dla budowania stereotypu relewantne są nie tylko specyficzne cechy charakteru, ale także przypisywanie osobom w zależności od płci odmiennych zdolności kognitywnych, ról (w tym społecznych), zawodów, cech psychicznych itd. – por. D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung...*, dz.cyt., s. 196.

częściowo lub wyłącznie – preskryptywny¹³. W pierwszym przypadku ze stereotypem mamy do czynienia, gdy zakładamy, że jakiś zestaw cech jest opisem faktycznych zachowań kobiet lub mężczyzn, ewentualnie – opis ten przedstawia sposób, w jaki kobiety i mężczyźni są postrzegani. Stereotyp rozumiany preskryptywnie natomiast zakłada, że składa się na niego obok elementów deskryptywnych również komponenty normatywny, a więc uwagi, jacy kobiety i mężczyźni *powinni* być oraz w jaki sposób kobiety i mężczyźni *powinni* się zachowywać. Jednakże rozważając to zagadnienie z innej (czysto socjologicznej) strony można zauważyć, że stereotyp to taki rodzaj postawy społecznej, w którym element kognitywny dominuje. Opiera się on jednak nie na dokładnym poznaniu przedmiotu danej postawy, ale właśnie na pewnym, skróconym schemacie poznawczym. Wówczas nie dość, że dysponujemy pewnym obrazem poznawczym (element deskryptywny), to poniekąd „oczekujemy” (spodziewamy się), że obraz ten będzie co do zasady odzwierciedlany w rzeczywistości i sami dostosowujemy swoje działanie do tych oczekiwań (element deskryptywny).

c) *Uprzedzenie*

Tak rozumiane stereotypy odróżnić należy od uprzedzeń (*Vorurteil*). Stereotypy bowiem definiowane będą więc jako mentalne reprezentacje kategorii osób w naszym umyśle, łączone z naszą wiedzą, przekonaniem i/lub oczekiwaniami odnośnie danych grup, a w konsekwencji poszczególnych ich członków. Uprzedzenia natomiast cechuje to, że dominuje w nich element afektywny; są więc w pierwszej kolejności formami nastawienia lub oceny (pozytywnego lub negatywnego, w praktyce jednak głównie negatywnego) wobec danej grupy oraz jej członków. Inną proponowaną w literaturze definicją jest ujmowanie stereotypów jako terminu określającego treść i strukturę mentalnej reprezentacji określonych grup, natomiast wartościowanie tej treści jest kluczowe dla pojęcia uprzedzeń. W definicji uprzedzeń akcentowana jest w konsekwencji bezpośrednia i mocna asocjacja między ocenami a obserwacją (bez wzięcia pod uwagę treściowej specyfikacji); w praktyce możliwe jest więc, że różnica między stereotypami a uprzedzeniami będzie na tyle istotna, że zjawiska te staną się od siebie niezależne¹⁴.

d) *Dyskryminacja*

W końcu same nasze zachowanie mogą być kształtowane przez uprzedzenia i prowadzić do faworyzacji lub dyskryminacji¹⁵. Za dyskryminację natomiast uważać będziemy takie zachowania jednostek, które opierają się na przekonaniu, iż osoby przynależące do określonej kategorii nie posiadają pewnych zdolności lub nie zasługują na dostęp do jakiś dóbr. Są to zatem takie zachowania, które wynikają ze stereotypowego ujęcia pewnej kategorii osób, ale dominuje w nich element behawioralny. Nie zawsze jednak jest tak, że nasze uprzedzenia (połączenie głównie

¹³ Por. tamże, s. 196 i cyt. tam literatura

¹⁴ J. Degner, T. Meiser, K. Rothermund, *Kognitive...*, dz.cyt., s. 76 i cytowana tam literatura.

¹⁵ D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung...*, dz.cyt., s. 195.

aspektu emocjonalnego i poznawczego) prowadzić będą do podejmowania działań noszących znamię dyskryminacji. Czasem jednostka wyraża niechęć w stosunku do określonych grup, przypisując im pewne negatywne cechy, jednakże nie podejmuje żadnej aktywności w stosunku do tych osób.

Pojęcie dyskryminacji zakłada ponadto, że istnieje znaczący dysonans między uczestnikami społeczeństwa, a dokładniej dwoma grupami – osobami kierującymi się uprzedzeniami oraz osobami, których ich zachowanie dotyczy – odnośnie tego, jakie oceny powinny wiązać się z daną cechą, kluczową dla innych dla wyróżnienia określonej grupy. Dla wyakcentowania społecznego wymiaru dyskryminacji – tj. dyskryminacji polegającej na stereotypowym ujmowaniu ról społecznych – konieczne jest spełnienie dalszych, szczególnych warunków. Po pierwsze, społeczna dyskryminacja nie może odnosić się do pojedynczej jednostki, której dotyczy nasza obserwacja, lecz rozciągać się również na inne podmioty, które niekoniecznie muszą mieć cokolwiek wspólnego z zachowaniem jednostki, co do której dokonaliśmy pewnej obserwacji. Po drugie, społeczna dyskryminacja zakłada społeczne kategoryzacje – decydujące dla tego pojęcia jest więc to, kiedy określona kategoryzacja prowadzi do różnicowania ocen i zachowań (w tym decyzji)¹⁶, a mówiąc bardziej precyzyjnie – że chodzi o sytuacje odnoszące się do życia społecznego.

Dostrzec również wypada, że stosowanie przez pewną grupę stereotypów w stosunku do innej grupy, najczęściej mniejszościowej opierać się może również na tzw. alchemii moralnej. Polega ona na tym, że określone cechy, które byłyby pożądane w grupie „własnej”, stanowią wadę członków grupy „obcej”. W tenże sposób sama przynależność do określonej grupy obcej determinuje ocenę posiadanych „cnót”¹⁷.

B. Problem stereotypów i dyskryminacji na gruncie prawa

Dla dalszej analizy należy wyakcentować następujące spostrzeżenia. Po pierwsze, stereotypy odnośnie płci nie muszą być fundamentalnie fałszywe, tj. albo u ich podstaw może istnieć prawdziwa obserwacja (fakt), albo same w sobie mogą być częściowo prawdziwymi uogólnieniami, lecz uzupełnionymi w sposób fałszywy (nieprawdziwy dla każdego członka danej grupy). Przykładowo obserwując kobiety i mężczyzn w społeczeństwie, zauważamy, że co do zasady posiadają oni różne role i zachowują się w częściowo odmienny sposób, np. kobiety często spełniają się jako matki i są troskliwe, a mężczyźni utrzymują rodzinę i częściej są skłonni ze sobą konkurować; na tej podstawie wyciągamy wniosek, że kobiety i mężczyźni muszą posiadać różne zestawy cech, a dokładniej: że wynikająca z obserwacji powtarzalność określonych cech nie jest wynikiem czystego przypadku, lecz wynika z odmiennych zdolności, cech i preferencji

¹⁶ A. Mummendey, T. Kessler, S. Otten, *Sozialpsychologische...*, dz.cyt., s. 49-50.

¹⁷ R.K. Merton, *Samospełniające się proroctwo* [w:] *Socjologia. Lektury*, P. Sztompka, M. Kucia (red.), Kraków 2005, s. 367.

charakteryzujących każdą z płci¹⁸. Po drugie, dokonywanie uproszczeń nie jest równoznaczne z dyskryminacją. Płeć jest oczywistym kryterium opisanych wyżej kategoryzacji, którego używamy, aby określić własną tożsamość oraz ustalić przynależność do jakiejś grupy innych. Kategoryzacja ta jest jednak jedynie punktem wyjścia – dostrzeżeniem pewnej cechy, z którą łączymy następnie według własnej wiedzy o typowych (w ww. znaczeniu) cechach lub zachowaniach członków określonej grupy (stereotypizacja), następnie wyrabiamy pozytywne lub negatywne odczucia wobec tej grupy (uprzedzenia), a w konsekwencji dostosowujemy do nich własne zachowanie (faworyzacja lub dyskryminacja)¹⁹.

Problem równego traktowania na gruncie prawa wymaga dodatkowo kilku uwag wprowadzających. Rozróżnienie na faworyzację i dyskryminację nie pojawia się w literaturze fachowej, jeśli faworyzację rozumiemy jako traktowanie danej grupy w sposób nieuzasadnienie lepszy niż wynika to z okoliczności faktycznych²⁰. Istnieje natomiast dodatkowa kategoria, tzw. dyskryminacja pozytywna (lub „uprzywilejowanie wyrównawcze”), która stanowi wyjątek od równego traktowania obywateli poprzez wprowadzanie regulacji bardziej korzystnych dla grup uznanych za „słabsze”, np. rozwiązywanie problemu „niedoreprezentowania” kobiet i osób niepełnosprawnych przez wprowadzanie systemów kwotowych lub parytetowych w różnych dziedzinach w celu zwiększenia ich udziału w życiu publicznym²¹. Ponadto, istnieje szereg sytuacji, w których określone grupy traktowane są odmiennie, np. ze względu na wiek, lecz nie budzi to znaczącego sprzeciwu społecznego (np. ograniczenia wiekowe w kontekście praw wyborczych).

1. Życie społeczne i zawodowe

Mimo wielu zmian w mentalności społeczeństwa, również współcześnie uważa się, że „płeć może być miarodajna dla wskazywania praw i obowiązków”²². Przykładem kształtowania regulacji prawnych ze względu na pojmowanie ról społecznych według płci jest reforma niemieckiego prawa cywilnego rozpoczęta w pod koniec XX w. W jej wyniku z niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) do 1957 r. skreślono takie uprawnienia mężów jak np. prawo do podejmowania ostatecznych decyzji we wszystkich sprawach małżeńskich (*Letzentscheidungsrecht*), prawo do rozporządzania

¹⁸ Por. D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung...*, dz.cyt., s. 196-197

¹⁹ Tamże, s. 195.

²⁰ Sami autorzy, którzy opisują kwestie faworyzacji i dyskryminacji, posługują się tymi pojęciami niekonsekwentnie, pisząc w dalszej części, że „dyskryminacja ze względu na płeć ma miejsce, jeśli jedna osoba traktowana jest ze względu na płeć gorzej lub lepiej” – tamże, s. 194.

²¹ „(...) ustawodawca dążył w całym prawie pozytywnym w sposób konsekwentny do zapewnienia równości płci, a mając to na względzie przyznał nawet kobietom dodatkowe w porównaniu z mężczyznami uprawnienia celem zagwarantowania realizacji równouprawnienia (np. w prawie pracy – urlopy macierzyńskie, w prawie rodzinnym – alimentowanie kobiet samotnych). Takie uprawnienia uwzględniają uwarunkowania biologiczne i rodzinne, a także mają na celu przewyciężenie tradycyjnych poglądów panujących w społeczeństwie. Stanowią przeto pewną formę rozszerzenia i umocnienia statusu i roli kobiety – wyrażają więc tendencję mającą na względzie zagwarantowanie w praktyce poprzez równouprawnienie zasady równości.” (orzeczenie TK z dnia 3.03.1987, sygn. akt P 2/87).

²² Z tego powodu uprawnionym nastawieniem prawodawcy jest dążenie, by stan cywilny był kategorią możliwie jasną i ustalaną długotrwale oraz do unikania sprzeczności między biologiczną a prawną przynależnością do płci.

majątkiem kobiety, prerogatywy ojców w wychowanie dzieci (rozstrzygający głos w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej w razie braku porozumienia między rodzicami), pozostawanie wyłącznym przedstawicielem prawnym dziecka, prawo męża do wypowiedzenia stosunku pracy żony, jeśli sąd opiekuńczy go do tego umocni. Zreformowano także samą pozycję kobiet, które nie mogły pozostawić własnego nazwiska po ślubie (jako członu nazwiska lub zamiast nazwiska męża) oraz mogły być aktywne zawodowo tylko wówczas, gdy było to do pogodzenia z jej obowiązkami małżeńskimi i rodzinnymi. Zmiany te miały na celu fundamentalne zreformowanie obrazu rodziny oraz małżeństwa w niemieckim prawie – mężczyzny jako osoby finansowo utrzymującej rodzinę i aktywnej zawodowo, kobiety prowadzącej dom i wychowującej dzieci; zastąpiono go *Partnerschaftsprinzip* – nie ma dla małżeństwa żadnych założonych ról i podziałów zadań, a małżonkowie w równym stopniu muszą uwzględniać wzajemne potrzeby oraz potrzeby rodziny²³.

Podobnie w szeroko pojętym życiu zawodowym dostrzegane jest stereotypowe pojmowanie ról każdej z płci – począwszy od kwestii wykształcenia aż po problem świadczeń emerytalnych. Przykładowo w 1985 r. Trybunał Konstytucyjny zajmował się kwestią wprowadzonego limitu przyjęć studentek na Akademii Medycznej²⁴. W trakcie postępowania Minister Zdrowia i Opieki Społecznej wyjaśnił, że motywem „stosowania od wielu lat limitów 50% dla kobiet i 50% dla mężczyzn były następujące okoliczności: 1) niektóre kierunki lekarskie, w tym głównie chirurgiczne, wymagają specjalnych cech psychofizycznych, którymi dysponują mężczyźni (...); 2) wykonywanie zawodu w niektórych specjalnościach lekarskich jak np. radiologia, medycyna nuklearna jest przeciwskazaniem dla kobiet ze względu na ich funkcje macierzyńskie; 3) wykonywanie zawodu lekarza w szpitalach wymaga zapewnienia całodobowej opieki nad chorym, możliwość zaś podejmowania dyżurów nocnych przez kobiety jest ograniczona ze względu na ich funkcje macierzyńskie i rodzinne; 4) koniecznym jest zapewnienie odpowiedniej liczby lekarzy – mężczyzn zdolnych do służby wojskowej na wypadek mobilizacji”²⁵. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że decydującym kryterium przyjęcia na studia jest merytoryczna ocena wiadomości,

²³ J. Limbach, S. Willutzki, *Die Entwicklung des Familienrechts seit 1949*, [w:] Wandel und Kontinuität der Familie in der Bundesrepublik in Deutschland, R. Nave-Herz (red.), Stuttgart 2002, s. 7 i n.

²⁴ TK postanowił rozszerzyć przedmiot kontroli, a w konsekwencji badał dopuszczalność wprowadzonego limitu przyjęć mężczyzn i kobiet na wydziałach lekarskich (system parytetowy – po 50%) oraz limitu 30% dla mężczyzn i 70% dla kobiet na kierunku stomatologicznym.

²⁵ Pismo Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 14.02.1987 r. TK uznał tę argumentację jedynie za częściowo uzasadnioną, wskazując m.in., że „jak wiadomo w chirurgii pracuje również szereg kobiet, które są doskonałymi specjalistami. Sama chirurgia ma zresztą różne specjalizacje, wśród których jedynie niektóre działy np. chirurgia kostna, mogłyby sprawiać niektórym kobietom o słabszej budowie fizycznej pewne utrudnienie. [...] Kolejne argumenty przedstawiciela Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej zdają się wynikać z potrzeby ochrony kobiety, szczególnie w okresie ciąży i macierzyństwa (...). Należy jednak zauważyć, że w okresie ciąży i macierzyństwa we wszystkich zawodach kobiety korzystają ze szczególnego uprzywilejowania, które im zapewnia nasze ustawodawstwo po to, aby wyróżnić właściwości fizjologiczne i pomóc kobiecie - matce. [...] Kobiety są zatrudnione w Polsce, podobnie jak i wielu innych krajach, w różnym wymiarze i na różnych zmianach, a także nocnych. Nie jest to prawnie zabronione. Natomiast z przyczyn społecznych ustawodawstwo pracy stara się stworzyć wszystkim zmuszonym pracować w nocy możliwie korzystne warunki pracy, tak pod kątem zdrowotnym, jak i materialnym” (orzeczenie TK z dnia 3.03.1987, sygn. akt P 2/87).

a także umiejętności, uzdolnień artystycznych lub sprawności kandydata (zależnie od profilu studiów). Za przekroczenie granicy normy kompetencyjnej do wydania rozporządzenia uznano takie zinterpretowanie przepisów ustawy o szkolnictwie wyższym, że uprawnienie do określenia innych (obok wyników egzaminów) warunków „losowych lub środowiskowych przygotowania kandydatów” wpływających na dopuszczenie do odbywania studiów jako możliwość zróżnicowania ze względu na płeć. „W dziedzinie prawa zasada równości jest przestrzegana wtedy, gdy każdy obywatel może stać się adresatem każdej z norm przyznających określone prawo obywatelskie. Z punktu widzenia zasady równości niedopuszczalne więc jest różnicowanie obywateli ze względu na takie kryteria, które prowadzą do powstania zamkniętych kategorii obywateli o zróżnicowanym statusie prawnym. Przykładem tych kryteriów jest także właśnie płeć”²⁶. Kwestia parytetów i systemów kwotowych dotyczy także praw wyborczych. Przykładowo francuska Rada Konstytucyjna stwierdziła niezgodność ich wprowadzenia ze (ściśle pojmowaną) konstytucyjną zasadą równości, ponieważ – w jej przekonaniu – osoby ubiegające się o mandat powinny kandydować na równych zasadach, a uprzywilejowanie wyrównawcze jednej z grupy wymaga zmiany konstytucji²⁷. Również w polskiej literaturze wskazuje się, że „dążenie do osiągnięcia faktycznej równości [w sferze politycznej] np. poprzez wprowadzenie systemów kwotowych, budzi poważne wątpliwości natury konstytucyjnej”²⁸.

Za niezgodne z zasadą równości uznano także rozróżnienie wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn jedynie ze względu na różnice biologiczne, a nie czynniki społeczne („Konstytucyjne gwarancje równouprawnienia kobiet i mężczyzn – to także równość zawodowa, w tym równość szans. Oznacza to, że w odniesieniu do niektórych grup zawodowych (np. sądownictwo, prokuratura, nauka etc.) obniżenie wieku emerytalnego kobiet należy traktować jako szczególne uprawnienie do wcześniejszego przejścia na emeryturę, natomiast wprowadzenie w ustawie postanowienia skutkującego wcześniejsze niż dla mężczyzn i przymusowe rozwiązanie stosunku pracy – jako ograniczenie szans zawodowych kobiet”²⁹); rozwiązaniem dyskryminującym jest sytuacja, by wiek „został określony odmiennie w zależności od płci wnoszącego o wsparcie w przejściu na wcześniejszą emeryturę w rolnictwie, zaś w odniesieniu do wnioskodawców płci żeńskiej – w zależności od liczby wychowanych przez osobę zainteresowaną dzieci”³⁰.

²⁶ Orzeczenie TK z dnia 3.03.1987 r., sygn. akt P 2/87

²⁷ Wyrok Rady Konstytucyjnej z 18 listopada 1982 roku, sygn. 82-146.

²⁸ K. Urbaniak, *Parytety i kwoty wyborcze a Konstytucja RP* - cyt za: L. Garlicki, *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 10 i n. Prof. Garlicki dokonuje uprzednio interpretacji znaczenia zasady równości, wskazując, że ma odmiennie znaczenie na gruncie praw socjalnych oraz odmiennie – bardziej restrykcyjne – na gruncie praw i wolności osobistych i politycznych.

²⁹ Orzeczenie TK z dnia 24.09.1991 r., sygn. akt KW 5/91. Pojęcie równości kobiet i mężczyzn jako równości szans występuje także w literaturze, por. np. D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung...*, dz.cyt., s. 194.

³⁰ Wytok TS z 11.04.2013, sygn. akt C-401/11

Podsumowując, z konstytucyjnoprawnego punktu widzenia istnieje możliwość dokonywania wyjątków w jednolitej ochronie prawnej ze względu na płeć, ale pod warunkiem dokonywania ich z uwzględnieniem prawnych wymogów, przesądzających o legalności wprowadzanych rozróżnień.

2. Osoby inter- i transseksualne

Obecnie problematyka płci pojawia się najczęściej w kontekście osób interseksualnych (których zestaw chromosomów, hormony i/lub cechy anatomiczne nie pozwalają jednoznacznie przyporządkować je pod medyczną definicję kobiety lub mężczyzny³¹) oraz transseksualnych (posiadających przekonanie, że przynależą do innej płci niż wynika to z ich biologicznych cech). Obie kategorie są odrębne od problematyki orientacji seksualnej.

W przypadku osób interseksualnych wiele porządków prawnych dostrzegło niedostateczność dotychczasowych unormowań i fakt, że osoby, które z biologicznych powodów nie są w stanie jednoznacznie określić swojej płci jako kobieta lub mężczyzna, potrzebują własnej kategorii, określanej powszechnie jako tzw. trzecia płeć. W kilku krajach istnieje możliwość wyboru „trzeciej opcji” przy podawaniu swojej płci, np. od 2015 r. w Nepalu (jako „inna”), od 2014 r. w Australii (jako „nieokreślony”) czy w Wielkiej Brytanii (jako „płeć nieznana”)³². W ostatnim orzeczeniu niemieckiego trybunału konstytucyjnego (dalej: FTK) odnoszącym się do osób interseksualnych podkreślono, że wyróżnienie trzeciej kategorii jest roszczeniem wynikającym z podstawowych praw konstytucyjnych (z jednej strony chodzi o prawo do samookreślenia własnej tożsamości, z drugiej – dyskryminację polegającą na tym, że płeć pojmowana jest wyłącznie jako alternatywa kobieta-mężczyzna i wybór ogranicza się do przypisania pod jedną z nich) i polega na umożliwieniu wskazania owej trzeciej kategorii, lecz sam fakt stworzenia tej możliwości nie zmusza nikogo, aby przyporządkowywał się do tej kategorii³³.

Jeśli chodzi o osoby transseksualne, przykładowo w Niemczech prawnie możliwe – na podstawie Ustawy o zmianie imienia i ustalenia przynależności płciowej w szczególnych przypadkach (tzw. *Transsexuellengesetz*, dalej: TGS) z 10.09.1980 r. – są dwojaki „ingerencje”

³¹ <http://fra.europa.eu/de/press-release/2015/die-rechte-intersexueller-werden-allzu-haufig-nicht-zur-kenntnis-genommen>; 28.11.18.

³² <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-11/bundesverfassungsgericht-fuer-drittes-geschlecht-im-geburtenregister>; 28.11.18; innymi możliwościami jest określenie jako „neutralny płciowo” lub pozostawienie wolnego miejsca w rubryce „płeć” – por. <http://fra.europa.eu/de/press-release/2015/die-rechte-intersexueller-werden-allzu-haufig-nicht-zur-kenntnis-genommen>; 28.11.18.

³³ Na marginesie wskazać należy, że na problem ten UE zwracała uwagę już w 2015 r. przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej, która wskazywała, że powszechnym zjawiskiem w polityce i prawodawstwie krajów członkowskich jest ignorowanie lub niedostrzeganie istnienia osób interseksualnych, a w konsekwencji brak zagwarantowania dostatecznej ochrony prawnej. Zagrożenia dostrzeżono m.in. w kwestii zabiegów medycznych, którym poddawane są małoletnie osoby interseksualne – w co najmniej 21 krajach członkowskich UE dzieci poddawane są operacjom przyporządkowującym je jednej z płci, lecz nie we wszystkich krajach wymagana jest zgoda pacjenta; jeśli operacja nie nosi znamion konieczności i dokonywana jest bez zgody zainteresowanego podpada to pod „niehumanitarne i poniżające” traktowanie – por. <http://fra.europa.eu/de/press-release/2015/die-rechte-intersexueller-werden-allzu-haufig-nicht-zur-kenntnis-genommen>; 28.11.18.

w pierwotnie ustaloną płeć. Po pierwsze (tzw. „małe rozwiązanie”), możliwa jest zmiana samego imienia; materialnymi wymogami jest, by (i) osoba nie utożsamiała się z płcią podaną w akcie urodzenia, (ii) od co najmniej trzech lat odczuwała przymus, by żyć zgodnie ze swoim wyobrażeniem odnośnie płci oraz (iii) z wysokim prawdopodobieństwem można przyjąć, że nie zmieni więcej poczucia przynależności do danej płci (§ 1 ust. 1 pkt 1-2 TSG)³⁴. Po drugie (tzw. „duże rozwiązanie”) umożliwia się prawną zmianę płci. Obok wymaganych dla zmiany samego imienia przesłanek konieczne jest dodatkowo ustalenie (iv) trwałej bezpłodności oraz (v) poddanie się operacji zmieniającej jej zewnętrzne cechy płciowe, „wyraźnie zbliżających wyglądu danej osoby do wyglądu drugiej płci” (§ 8 ust. 1 TSG). Jednak w orzeczeniu z 2011 r.³⁵ FTK uznał, że ustawodawca musi umożliwić osobie transseksualnej o orientacji homoseksualnej możliwość zawarcia związku partnerskiego (dostępnego wyłącznie dla partnerów tej samej płci) z wybraną przez nią osobą, bez konieczności poddania się operacji zmiany płci. Wymaganie poddania się operacji w tym kontekście uznał za naruszające konstytucję, podpierając się nie tylko argumentacją *stricte* prawniczą, ale również podając szereg argumentów natury medycznej (akcentując ryzyka związane z operacją, w tym występującą w ok. 40% przypadkach konieczność poddawania się kolejnym zabiegom oraz dożywotnią konieczność stosowania środków hormonalnych). Przychylnono się tym samym do argumentacji skarżącej, wskazującej, iż wykluczenie wobec niej możliwości zawarcia związku partnerskiego (dostępnego dla par jednej płci) z jej partnerką „praktycznie zmusza ją” do zawarcia małżeństwa (w ówczesnym stanie prawnym dostępnego wyłącznie dla osób odmiennej płci), w konsekwencji czego „w świetle prawa została przez fakt [zawarcia małżeństwa] zakwalifikowana jako mężczyzna”. Wyklucza to, jej zdaniem, możliwość niewyróżniającego się (*unauffällig*) i wolnego od dyskryminacji życia w nowej roli. Za uprawnione uznano natomiast dążenia ustawodawcy, by uznać bezpłodność (niezdolność do reprodukcji) jako warunek uznania innej (odczuwalnej) płci niż wynika to z przesłanek biologicznych, uzasadnione chęcią wykluczenia sytuacji, że „osoba prawnie przynależąca do płci męskiej będzie rodziła dzieci lub osoba prawnie przynależąca do płci żeńskiej będzie płodziła dzieci”, ponieważ sprzeciwia się to powszechnemu pojmowaniu poszczególnych płci³⁶.

Dostrzeżenie niedostatecznego uwzględnienia praw osób inter- i transseksualnych doprowadziło do zmiany samego pojmowania płci w orzecznictwie. Po pierwsze, podkreśla się, że

³⁴ Uznanie spełnienia tych przesłanek wymaga opinii dwóch biegłych posiadających wykształcenie i doświadczenie zawodowe w problematyce transseksualności (§ 4 ust. 3 TSG). Sama zmiana imienia – bez prawnej zmiany płci – oznacza obowiązek „zwracania się [do osoby transseksualnej po zmianie imienia] stosownie do nowego pojmowania roli”, w tym stosowania przez organy państwowe w pismach odpowiednich zwrotów („pan” lub „pani”) – por. postanowienie FTK z 15.08.1996 r., 2 BvR 1833/95

³⁵ Postanowienie FTK z 11.01.2011 (1 BvR 3295/07)

³⁶ BTDrucks 8/2947, S. 12

samo prawo do określania własnej płci jest chronione prawnie³⁷. Po drugie, „jest naukowo udowodnione, że przynależność danej osoby do określonej płci nie opiera się wyłącznie na zewnętrznych cechach płciowych, które posiada w momencie urodzenia, lecz zależy w sposób istotny od jej psychicznej kondycji oraz własnego odczuwania płci”³⁸. Wynika stąd, że obowiązkiem ustawodawcy jest takie ukształtowanie porządku prawnego, by chronić prawo jednostki do określania własnej tożsamości płciowej, w szczególności aby możliwość prawne przyporządkowana do płci, z którą dana osoba się identyfikuje, nie była uzależniona od niemożliwych do zaakceptowania (*unzumutbar*) przesłanek³⁹.

C. Rola prawa w procesie utrzymywania i/lub przekształcania negatywnych postaw społecznych wobec określonych grup

Zgodnie z badaniami nad oceną moralną i prawną zachowań, te zachowania, które zostały przez ustawodawcę za naganne, uznawane są jednocześnie za naganne moralnie⁴⁰. Można więc twierdzić, iż prawo jest w stanie oddziaływać na postawy jednostek wobec określonych zjawisk czy osób. W ten sam sposób oddziaływać mogą nie tylko zmiany ustawodawcze (możliwy jest bowiem opór wobec pewnych nowelizacji – widoczny współcześnie, jeżeli chodzi o przebudowę systemu wymiaru sprawiedliwości), ale również akty stosowania prawa przez różnorakie agendy kontroli społecznej. W tym ostatnim przypadku szczególną rolę odgrywa orzecznictwo sądów, których zadaniem rozwiązywanie konfliktów między stronami w sposób ostateczny. Ze względu na tę właściwość wyroki i postanowienia organów wymiaru sprawiedliwości są w stanie tworzyć względnie trwałe ramy postaw (ograniczają w pewnym zakresie obszar możliwych „przeżyć” w ramach komponentu poznawczego), co może istotnie wpływać na zmiany zachowania wobec określonych zjawisk.

Świadomie stosowanym przez prawodawcę mechanizmem jest wprowadzanie tzw. uprzywilejowania wyrównawczego (dyskryminacji pozytywnej). Sygnalizowanym obecnie problemem jest przykładowo okoliczność, że niewielki odsetek opiekunów i nauczycieli płci męskiej oznacza, że chłopcom w wieku przedszkolnym i wczesnoszkolnym brakuje wzorców dla budowania własnej tożsamości⁴¹. Abstrahując od kwestii prawnych, sporne pozostaje natomiast, czy formy wprowadzanych zmian, np. systemy kwotowe w wyborach dla kobiet, są najodpowiedniejszym narzędziem zachęcania (aktywizacji) kobiet do udziału w życiu publicznym, czy raczej w dojrzałych demokracjach stosowne byłyby raczej bardziej subtelne metody, natomiast

³⁷ BVerfGE 121, 175

³⁸ BVerfG 115, 1

³⁹ Postanowienie FTK z 11.01.2011, sygn. akt 1 BvR 3295/07.

⁴⁰ A. Podgórecki, *Zarys Socjologii Prawa*, Warszawa 1971, s. 213.

⁴¹ D. Stahlberg, D. Dickenberger, U. Szillis, *Geschlechterdiskriminierung...*, dz.cyt., s. 194.

użyteczność systemów kwotowych lub parytetowych ograniczona jest do dokonywania fundamentalnych reform w światopoglądzie społeczeństwa. Argumentem za tym może być fakt, że gwarancja udziału określonego odsetka kobiet w parlamentach oprócz wcześniej wspomnianego przypadku Francji, zawarta jest w konstytucjach takich krajów jak Afganistan, Argentyna, Bangladesz, Burundi, Irak, Kenia, Nepal, Pakistan, Rwanda, Senegal, Serbia, Sierra Leone, Somalia, Tanzania i Uganda.

D. Podsumowanie

Kategoryzacje są procesami arbitralnymi – co prawda przebiegają na podstawie łatwiej do zauważenia (wyróżniającej daną grupę) cechy, lecz stanowią aprioryczne założenie, że fakt posiadania przez szereg jednostek danej cechy oznacza, że związane są one dalszymi, podobnymi właściwościami i/lub zachowaniami. Przy formułowaniu wszelkich sądów pamiętać należy, że „problem dyskryminacji i tolerancji nie zaczyna się dopiero od spektakularnych ataków. Jest to kwestia bardziej podstawowa i wszechstronna oraz nie zarezerwowana dla brutalnej przemocy”⁴².

Na ogół nasze postawy poznawcze kształtowane są w wyniku socjalizacji, a także własnego poznawania świata. Trzeba zwrócić również uwagę na potencjał, jaki tkwi w prawie, zarówno jeśli chodzi o kwestię formułowania postanowień ustawowych, jak i stosowanie prawa przez organy władzy publicznej w konkretnych decyzjach. W szczególności sędziowie niekiedy stają przed koniecznością nie samego zastosowania prawa, ale również rozstrzygnięcia problemów pobocznych, niezdeterminowanych wprost przez prawo lub objętych tak ogólnymi regulacjami, że prawie każda odpowiedź jest możliwa do obrony. Takim problemem jest kwestia statusu płci, który w konstytucjach podlega ochronie zasady równości („wszyscy” są równi w świetle prawa) lub ewentualnie w zakazach dyskryminacji ogólną formułą. Z perspektywy socjologicznej natomiast warto zapamiętać, że stereotypy w znacznym stopniu tworzą naszą rzeczywistość, ale również służą jej podtrzymywaniu i przekształcaniu. Regulacje prawne oraz instytucje stosujące prawo mogą przełamywać pewne postawy, a także kształtować rzeczywistość poprzez tworzenie nowego porządku aksjonormatywnego, który przez np. akty prawne czy orzeczenia sądowe przenoszony jest do przestrzeni społecznej.

⁴² A. Mummendey, T. Kessler, S. Otten, *Sozialpsychologische...*, dz.cyt., s. 44.

Dyskryminacja przez stereotypowe ujęcie ról społecznych płci

Magdalena Latacz, Dominik Wzorek

O autorze

Magdalena Latacz – doktorantka na WPiA Uniwersytetu Jagiellońskiego, studentka programu LL.M. na Uniwersytecie w Heidelbergu; <https://orcid.org/0000-0003-3265-8387>

Dominik Wzorek – doktorant na WPiA Uniwersytetu Jagiellońskiego, student socjologii i administracji na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz student programu LL.M. na Uniwersytecie w Heidelbergu; <https://orcid.org/0000-0001-5274-2784>

Streszczenie

Tekst skupia się na omówieniu problematyki stereotypów odnoszących się do ról społecznych. W pierwszej kolejności zdefiniowane zostało samo pojęcie stereotypu, a następnie odróżnione od innych procesów kategoryzacji oraz wyakcentowane zostały te czynniki, które składają się na kategorię stereotypów dotyczących ról społecznych (B.). Następnie wskazano, że zagadnienie to ma znaczenie dla analizy prawa – przytoczone zostaną przykładowe regulacje prawne i rozstrzygnięcia sądowe, w których kluczową kwestią był sposób pojmowania roli społecznej danej płci (C.). W ostatniej części tekstu podjęto próbę określenia, jaką rolę prawo pełni lub może pełnić w procesie utrzymywania lub przekształcania postaw społecznych, w szczególności tych o krzywdzącym charakterze (D.).

Słowa kluczowe

dyskryminacja, równość, role społeczne, płć

Discrimination through the stereotypical approach to gender social roles

Magdalena Latacz, Dominik Wzorek

Summary

The text focuses on the discussion of the problematics of stereotypes regarding social roles. First, the term stereotype is defined. Next, the factors that constitute the categorization of stereotypes regarding social roles (B.) were highlighted and differentiated from other categorization processes. Subsequently, it was pointed out that the issue is of importance for the analysis of law - the provided examples show sample legal regulations and judicial resolutions in which the way of understanding specific social roles of genders was of key importance (C.). In the last part of the text, there is an attempt to determine the role of law, or the role the law could play, in the process of maintaining or transforming social attitudes, especially those of harmful character (D.).

Key words

discrimination, equality, social roles, gender

Słowacki kształt przestępstwa mowy nienawiści

1. Wstęp

Kwestia mowy nienawiści pojawia się coraz częściej w dyskusji nad kształtem prawa karnego i wolności człowieka na całym świecie. Czym jednak jest sama mowa nienawiści? W tej chwili nie istnieje jej legalna definicja, jednak słowacka dogmatyka prawa karnego wypracowała wiele, dość podobnych do siebie wyjaśnień tego terminu. Według jednej z nich za „mowę nienawiści” należy uznać „każdy publiczny, dokonany w formie pisemnej, werbalnej, graficznej, słyszalnej lub audiowizualnej przejaw, który pobudza, rozwija, propaguje, usprawiedliwia nienawiść przeciwko osobie lub grupie osób z uwagi na ich płeć, narodowość, język, wyznawaną religię, rasę, przynależność etniczną, kolor skóry, pochodzenie, orientację seksualną, niepełnosprawność fizyczną lub z uwagi na inne podobne cechy”¹.

Podobną definicję zawiera także Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, zgodnie z którą za mowę nienawiści powinno uznawać się „każdą formę wypowiedzi rozpowszechniającą, podżegającą, propagującą lub usprawiedliwiającą nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów”².

Celem niniejszej pracy jest przyjrzenie się regulacjom słowackiego prawa karnego w tej tematyce. Autorka poddała analizie regulację tego przestępstwa w porządku prawnym naszego południowego sąsiada z uwagi na fakt, że uznaje ją za bardzo kompleksową.

2. Regulacje konstytucyjne

Przy analizie kształtu przestępstwa mowy nienawiści w słowackim prawie karnym, nie da się pominąć wzajemnych relacji między penalizacją tego typu zachowań, a regulacjami konstytucyjnymi.

Podstawowymi regulacjami Konstytucji Republiki Słowackiej w tej materii jest art. 12 ust. 1-2, a także art. 26 ust. 4. Pierwszy z nich zakłada wolność i równość ludzi w prawach i godności. Zgodnie z tym przepisem prawa człowieka są powszechne, niezbywalne i przyrodzone³.

¹ A. Erdősová, *Nenávistný prejav a status obeť z pohľadu rozhodovacej činnosti Európskeho súdu pre ľudské práva*, „Správni právo” nr 7/2018, s. 448.

² Rekomendacja nr R 97 (20) z 30 października 1997 r. Komitetu Rady Ministrów Rady Europy.

³ Ústava Slovenskej republiky z 1. septembra 1992 (zákon č. 460/1992 Zb.).

Podstawowe prawa i wolności przysługują każdemu, bez względu na jego płeć, rasę, kolor skóry, język, wiarę i wyznanie, polityczne czy inne poglądy, narodowe lub socjalne pochodzenie, przynależność do narodowej lub etnicznej grupy, majątek, rodzinę lub z innych powodów⁴.

Drugi z nich zezwala na ograniczanie wolności wypowiedzi oraz prawa do wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Jest to możliwe wyłącznie, gdy ograniczenie jest wprowadzane ustawą i gdy chodzi o wprowadzenie środków niezbędnych w demokratycznym społeczeństwie do ochrony praw i wolności innych osób, bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia publicznego i moralności⁵.

Wspomniany art. 12 słowackiej Konstytucji gwarantuje każdemu człowiekowi ochronę przed dyskryminacją, definiowaną jako ocenianie ludzi nie według ich indywidualnych właściwości, ale według ich przynależności do grupy społecznej⁶. Nakłada to na państwo obowiązek działań antydyskryminacyjnych, które to pozostają w ścisłym związku z art. 26 ust. 2 – wprowadzenie do kodeksu karnego przestępstwa mowy nienawiści należy uznać za środek niezbędny w demokratycznym społeczeństwie do ochrony praw i wolności innych osób.

3. Regulacje prawa międzynarodowego

Truizmem jest stwierdzenie, że na Słowacji, w związku z jej członkostwem w wielu organizacjach międzynarodowych istnieje obowiązek wprowadzenia penalizacji czynów, który to nałożony jest na państwo w myśl regulacji międzynarodowych.

Pierwszym z takich przykładów jest art. 19 ust. 3 oraz 20 ust. 2⁷ Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych tu przepisów prawo do posiadania przez jednostkę własnych poglądów i do wyrażania opinii może podlegać pewnym ograniczeniom, wyraźnie przewidzianym przez ustawę. Łącznie z tym konieczne jest spełnienie innych przesłanek, którymi są:

- a) poszanowanie praw i dobrego imienia innych;
- b) ochrona bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo zdrowia lub moralności publicznej⁸.

Zgodnie z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych mowa nienawiści powinna być ustawowo zakazana.⁹ Niewątpliwie, regulacja słowacka w pełni

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ N. Kučerová, *Analyza článkov 11, 12 a 13 Ústavy Slovenskej republiky*, <https://www.najpravo.sk/clanky/analyza-clankov-11-12-a-13-ustavy-slovenskej-republiky.html> [dostęp: 01.02.2019 r.].

⁷ Zob. Erdősová, *Nenávisťný prejav...*, *op. cit.*, s. 450.

⁸ *Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach*, dostępny na: <https://www.amnesty.sk/wp-content/uploads/2012/01/Medzin%C3%A1rodn%C3%BD-pakt-o-hospod%C3%A1rskych-soci%C3%A1lnych-a-kult%C3%BArnych-pr%C3%A1vach.pdf> [dostęp: 20.02.2019 r.]; polskie brzmienie: *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych* otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167).

spełnia powyższe wymogi, co szerzej zostało przedstawione w kontekście regulacji konstytucyjnych.

Także art. 4 Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej zgodnie z którym umawiające się państwa „potępiają wszelką propagandę i wszelkie organizacje, które wszelkie organizacje oparte na ideach lub teoriach o wyższości jednej rasy lub grupy osób określonego koloru skóry lub pochodzenia etnicznego bądź usiłujące usprawiedliwić czy popierać nienawiść i dyskryminację rasową w jakiegokolwiek postaci”¹⁰. Państwa zobowiązały się m.in. do uznania za przestępstwo rozpowszechniania wszelkich idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej, podżegania do dyskryminacji i podobnych¹¹.

4. Regulacje prawa karnego

Za penalizację mowy nienawiści w słowackim prawie karnym odpowiada § 424 słowackiego kodeksu karnego, czyli przepis wprowadzający przestępstwo nawoływania do narodowej, rasowej i etnicznej nienawiści¹². Według części słowackich prawników za „mowę nienawiści” należy także uznać typ przestępstwa opisany w § 423¹³, czyli przepis penalizujący zniesławianie narodu, rasy i poglądów – pogląd ten należy jednak uznać za nieuzasadniony. Za „mowę nienawiści” *sensu stricto* należy uznać wyłącznie czyny polegające na szeroko-pojętym nawoływaniu do nienawistnych czynów, co wynika choćby z wyżej przytoczonej definicji.

§ 424 słowackiego kodeksu karnego brzmi:

„(1) Kto publicznie nawołuje do przejawienia nienawiści lub do jej nasilenia przeciwko grupie osób lub członkowi takiej grupy z powodu ich rzeczywistej lub domniemanej przynależności do jakiejś rasy, narodu, narodowości, mniejszości etnicznej, z uwagi na ich rzeczywiste lub domniemane pochodzenie, kolor skóry, orientację seksualną, wyznanie lub bezwyznaniowość lub kto publicznie nawołuje do ograniczenia ich praw i swobód, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

(2) Tej samej karze podlega, kto zrzesza się lub gromadzi w celu popełnienia przestępstwa z ust. 1.

(3) Karze pozbawienia wolności od dwóch do sześciu lat podlega osoba, która popełniła czyn wskazany w ust. 1 lub 2:

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Vyhláška ministra zahraničných vecí z 15. augusta 1974 o Medzinárodnom dohovore o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie, č. 95/1974 Zb. Z.

¹¹ Pełny katalog w języku polskim: Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz. U. z dnia 6 września 1969 r.).

¹² Słowacki kodeks karny zawiera nazwy poszczególnych przepisów już w swojej pierwotnej, ustawowej wersji – przyp. i tłum. aut.

¹³ Tak np. <http://www.zadobe.sk/slovník-pojmov/>, [dostęp: 27.02.2019 r.].

- a) działając ze szczególnym motywem,
- b) będąc funkcjonariuszem publicznym,
- c) jako członek grupy ekstremistycznej,
- d) w stanie nadzwyczajnym¹⁴.

4.1. Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego Republiki Słowackiej

Do 19 lutego 2019 roku § 424 (1) słowackiego kodeksu karnego brzmiał: „(1) Kto publicznie nawołuje do przejawiania nienawiści lub do jej nasilenia przeciwko grupie osób lub członkowi takiej grupy z powodu ich rzeczywistej lub domniemanej przynależności do jakiejś rady, narodu, narodowości, mniejszości etnicznej, z uwagi na ich rzeczywiste lub domniemane pochodzenie, kolor skóry, orientację seksualną, poglądy polityczne, wyznanie lub bezwyznaniowość lub kto publicznie nawołuje do ograniczenia ich praw i swobód, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zmiana brzmienia tego przepisu jest konsekwencją orzeczenia słowackiego Sądu Konstytucyjnego.

W 2017 roku 30 deputowanych Rady Narodowej Republiki Słowackiej na mocy przysługujących im uprawnień zwróciło się do Sądu Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie czy użyte w brzmieniu § 424 (1) znamię „poglądy polityczne” zgodne jest z art. 26 ust. 4 słowackiej Konstytucji¹⁵.

9 stycznia 2019 roku Sąd Konstytucyjny Republiki Słowackiej uznał, że użyte w treści § 424 (1) słowackiego kodeksu karnego znamię „poglądy polityczne” nie jest zgodne z art. 26 ust. 4 słowackiej Konstytucji¹⁶.

W związku z powyższym, w dniu opublikowania tego orzeczenia w dzienniku ustaw Republiki Słowackiej fragment ten utracił skuteczność (słow. *účinnosť*)¹⁷.

W przypadku, gdy słowacka Rada Narodowa nie doprowadzi do zgodności tego znamienia z art. 26 ust. 4 słowackiej Konstytucji, po 6 miesiącach od opublikowania tego orzeczenia w dzienniku ustaw (tj. z dniem 20 sierpnia 2019 roku) fragment ten straci ważność (słow. *platnosť*)¹⁸.

¹⁴ Por. Trestný zakon, 300/2005 Z. z., Časová verzia predpisu účinná od 20.02.2019 do 30.06.2019, slov-lex.

¹⁵ <https://www.noveaspi.sk/products/lawText/1/91476/1/2>, [dostęp: 20.02.2019 r.].

¹⁶ Tlačová informácia č. 1/2019, 9. január 2019, https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/83735700/TI_1_2019/5aacc8dc-25ab-461f-b264-84b0ab37c337 [dostęp: 20.02.2019 r.], s. 1.

Art. 26 ust. 4 słowackiej Konstytucji opisywany jest wyżej.

¹⁷ Zob. <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2019/38/20190220.html> [dostęp: 20.02.2019 r.].

¹⁸ *Ibidem*.

4.2. Analiza regulacji zawartej w § 424 ust. 1 słowackiego kodeksu karnego

Każdy z wymienionych w tym przepisie czynów musi być popełniony „**publicznie**”. Wykładnia tego znamienia przedmiotowego nie jest w żadnym stopniu skomplikowana, ponieważ termin ten posiada definicję legalną w § 122 (2) słowackiego kodeksu karnego. Zgodnie z tym przepisem czyn popełniony jest publicznie, gdy:

- a) Za pomocą druku lub rozpowszechnienia pliku, filmu, radia, telewizji, sieci komputerowej lub w inny podobnie skuteczny sposób lub
- b) W obecności więcej niż dwóch osób¹⁹.

Należy przede wszystkim zauważyć fakt, że przytoczona tu definicja legalna bardzo dobrze wpisuje się w obecne czasy naznaczone coraz to szybszym rozwojem sieci i elektroniki. Ukształtowane w ten sposób przepisy, o szerokim znamieniu działania w sposób „publiczny” doskonale przeciwdziałają zjawisku tzw. *cyberhate*’u.

„**Nawoływanie**” to, zgodnie z wykładnią językową, wzywanie odbiorcy do czegoś.

„**Nienawiść**” powinna być rozumiana jako głęboko zakorzenione, intensywne uczucie człowieka do jakiegoś zjawiska (w tym wypadku odpowiednio do podmiotów wskazanych w treści tego przepisu) wyrażające wrogość i opór wobec niego. W rozumieniu słowackiego kodeksu karnego nienawiść silnie będzie wiązać się z chęcią wyrządzenia szkody i bóleści danym podmiotom²⁰.

Termin „**przejawianie**” należy odczytywać łącznie ze znamieniem „nienawiść” – może on przyjąć formę zarówno werbalną, jak i niewerbalną i spełniać dwa warunki. Po pierwsze, jego wydźwięk pokazuje dyskryminacyjny stosunek sprawcy do wymienionych podmiotów. Po drugie, przejaw ten nie jest związany z użyciem przemocy (nawet werbalnej)²¹.

„**Członek grupy**” to jakakolwiek osoba, którą można wyróżnić z uwagi na rzeczywistą lub domniemaną przynależność do wymienionych w tym przepisie grup. Mowa nienawiści skierowana przeciwko danej osobie, niewyszczególnionej przez te cechy jest prawnie-karnie irrelevantna.

W tym momencie trzeba jeszcze raz zwrócić uwagę na słowniczek wyrażeń ustawowych zawartych w § 129 słowackiego kodeksu karnego. § 129 (1) uznaje za „**grupę osób**” minimum trzy osoby²² – z racji definicji legalnej znamię to nie wiąże się z żadnymi kontrowersjami interpretacyjnymi.

¹⁹ Por. Trestný zákon, 300/2005 Z. z., Časová verzia..., *op. cit.*

²⁰ J. Kozolka, Trestné činy proti mieru, proti ľudskosti, trestné činy terorizmu, extrémizmu [w:] J. Čentes a kolektív, *Trestný zákon. Velký komentár*, Bratislava 2018, s. 937.

²¹ M. Kuna, *Sloboda prejavu verzus nenávisťný prejav*, „Studia Aloisiana” nr 2/2018, s. 51.

²² Por. Trestný zákon, 300/2005 Z. z., Časová verzia..., *op. cit.*

Nawoływanie do przejawiania nienawiści ma nastąpić w stosunku do członka grupy lub samej grupy z uwagi na ich rzeczywistą lub domniemaną przynależność do rasy, narodu, narodowości lub mniejszości etnicznej.

„**Naród**” w rozumieniu słowackiego prawa karnego nie jest tożsame z tym pojęciem w Polsce²³ - będzie to historycznie pojęta społeczność ludzi, wyróżniona z uwagi na własną kulturę, język czy tradycję²⁴. Z kolei „**narodowość**” ściśle powiązana jest z posiadaniem obywatelstwem²⁵.

„**Mniejszość etniczną**” należy rozumieć zgodnie z regułami wykładni językowej jako historycznie powstałą grupę osób, mającą wspólne pochodzenie, język, spuściznę kulturową i duchową²⁶.

Pozornie wydaje się, że trzy wyżej opisywane znamiona w całości wyczerpują zakres rozróżniania ludzi według ich genealogicznej przynależności. Tak jednak nie jest – jednostki można wyróżniać nie tylko z uwagi na powyższe zróżnicowania – poza tymi kryteriami istnieje także przesłanka wywodzenia się z mniejszej niż naród, narodowość czy grupa etniczna społeczności – takim z nich będzie np. konkretny region, wyróżniony z uwagi na dialekt, a nawet przynależność rodzinna. Głoszenie mowy nienawiści w tych przypadkach będzie spełniało znamię „**pochodzenia**”.

„**Kolor skóry**”, „**orientacja seksualna**”, „**wyznanie**”, „**bezwyznaniowość**” – znamiona te nie budzą najmniejszych wątpliwości, należy wyklądać je zgodnie z regułami wykładni językowej.

„**Ograniczenie praw i swobód**” – doktryna nie ma wątpliwości, że chodzi tu o prawa i swobody wymienione w art. 14 i art. 54 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁷. Oczywiście, relewantne nie będzie tu każde ograniczenie praw i swobód – słowacka Konstytucja w Rozdziale II dopuszcza możliwość ich ograniczania, musi być to jednak dokonane ustawą²⁸. Bezprawne ograniczenie jakichkolwiek praw lub swobód jest penalizowane na podstawie § 424 słowackiego kodeksu karnego.

4.3. Analiza regulacji zawartej w § 424 ust. 2 słowackiego kodeksu karnego

Czyn zabroniony przewidziany w § 424 ust. 2 słowackiego kodeksu karnego jest klasycznym przygotowaniem do przestępstwa z § 424 ust. 1. Regulacja ta pozostaje w ścisłym związku z § 13 ust. 1 i 2 słowackiego kodeksu karnego – zgodnie z nim penalizowane jest wyłącznie przygotowanie do popełnienia zbrodni w granicach, jakie ustawa przewiduje za jej dokonanie²⁹. *A contrario* – przygotowanie do występków nie jest karalne.

²³ Naród jako wspólnota ludzi, a narodowość jako przynależność do tej wspólnoty.

²⁴ J. Kozolka, *Trestné činy proti mieu...*, op. cit., s. 900.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ http://dai.fmph.uniba.sk/~filit/fvs/skupina_etnicka.html, [dostęp: 02.03.2019 r.].

²⁷ J. Kozolka, *Trestné činy proti mieu...*, op. cit., s. 938.

²⁸ Ústava Slovenskej republiky..., druhá hlava.

²⁹ Więcej na ten temat: W. Radecki, *Nowy słowacki kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo” nr 1/2007, s. 13.

Zgodnie z § 11 ust. 11 słowackiego kodeksu karnego: „Zbrodnią jest przestępstwo popełnione umyślnie, za którego popełnienie ustawa przewiduje karę pozbawienia wolności, której górna granica przekracza 5 lat”³⁰. § 424 ust. 1 słowackiego kodeksu karnego przewiduje karę pozbawienia wolności do 3 lat – przestępstwo to jest występkiem, nie jest więc penalizowane na mocy przepisów części ogólnej słowackiego kodeksu karnego.

W związku z powyższym, słowacki ustawodawca wprowadził do przepisów części szczególnej kodeksu karnego swoiste *lex specialis*, penalizując przygotowanie do przestępstwa z § 424 ust. 1, ale wyłącznie w postaci czynności sprawczych polegających się na „zrzeszaniu” oraz „gromadzeniu” się w celu jego popełnienia, co znacznie zawężyła definicję przygotowania z § 13 (1) słowackiego kodeksu karnego³¹.

4.4. Analiza § 424 ust. 3 słowackiego kodeksu karnego

W § 424 ust. 3 słowackiego kodeksu karnego przewidziany jest typ kwalifikowany przestępstwa z § 424 ust. 1 oraz 2 słowackiego kodeksu karnego. Znacznie wyższej karze pozbawienia wolności, bo od dwóch do sześciu lat, podlegają osoby, które popełniły jeden ze wskazanych powyżej czynów: działając ze szczególnym motywem; będąc funkcjonariuszem publicznym; jako członek grupy ekstremistycznej; w stanie nadzwyczajnym.

Znamie „szczególny motyw”

Przy analizie znamienia przedmiotowego „szczególny motyw” należy odnieść się do definicji ustawowej tego pojęcia w § 140. Zgodnie z nim znamie to spełnia popełnienie przestępstwa:

- a) na zamówienie,
- b) z zemsty,
- c) w zamiarze ukrycia lub ułatwienia innego przestępstwa,
- d) w zamiarze popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych,
- e) z nienawiści do grupy osób lub członka grupy z uwagi na ich prawdziwą lub domniemaną przynależność do rasy, narodu, narodowości, grupy etnicznej, z uwagi na ich prawdziwe lub domniemane pochodzenie, kolor skóry, płeć, orientację seksualną, przekonania polityczne lub wyznanie,
- f) z motywu seksualnego.

³⁰ Por. § 11 (1) Trestný zakon, 300/2005 Z. z., Časová verzia..., *op. cit.*

³¹ Słowacki kodeks karny w § 13 (1) statuuje, że przygotowaniem do zbrodni jest działanie polegające na umyślnym jej organizowaniu, załatwianiu lub przysposobianiu środków lub narzędzi do jego popełnienia, w porozumieniu, przez zbieranie się, przez udzielanie instrukcji, zamawianie lub udzielanie pomocy w takiej zbrodni albo na innym umyślnym stwarzaniu warunków do jego popełnienia, gdy nie doszło do usiłowania ani dokonania zbrodni (Trestný zakon, 300/2005 Z. z., Časová verzia..., *op. cit.*).

„Na zamówienie” w słowackim prawie karnym jest wykładane dość wąsko, jako popełnienie przestępstwa zleconego od innej osoby, w relacji „zlecający-przyjmujący zlecenie”³². Idzie tutaj o przekonanie sprawcy właściwego, że wcześniej popełnienie takiego czynu zamówiła od niego inna osoba³³.

Popełnienie przestępstwa „z zemsty” polega na chęci odpłaty za wcześniejsze postępowanie przyszłego poszkodowanego. W zakres tego pojęcia nie wchodzi przestępstwa popełnione w tzw. afekcie – sprawca popełnić je musi po wcześniejszym dłuższym przygotowaniu³⁴.

„Zamiar ukrycia lub ułatwienia innego przestępstwa” pozostawać musi w bezpośrednim związku z popełnieniem wcześniej innego przestępstwa – sprawca musi mieć jego świadomość i działać w zamiarze jego ukrycia.

Szczególne wątpliwości może budzić znamię „szczególny motyw” w kontekście nienawiści do określonych tu podmiotów z § 140 pkt e. Czy w związku z tym przepisem każde przestępstwo spełniające znamiona mowy nienawiści z § 424 ust. 1 będzie spełniało znamię określone w § 140 pkt e, czego konsekwencją będzie stwierdzenie, że tak naprawdę popełnić można wyłącznie przestępstwo z § 424 ust. 3 słowackiego kodeksu karnego, a § 424 ust. 1 jest przepisem pustym? Odpowiedź na to pytanie jest przecząca. Jest to konsekwencją tego, że popełnienie przestępstwa z § 424 ust. 3 ma miejsce w przypadku, gdy sprawca rzeczywiście żywi głęboko zakorzenione uczucia nienawiści do wymienionych tu podmiotów i z tego tytułu nawołuje do przejawów nienawiści. W przypadku § 424 ust. 1 słowackiego kodeksu karnego sprawca wie, że te podmioty mają jedną z wymienionych w tym przepisie cech i z tego tytułu też nawołuje do przejawów nienawiści, nie żywiąc jednak wysoce negatywnych uczuć.

Wydaje się, że popełnienie przestępstwa mowy nienawiści z „motywu seksualnego” będzie stosunkowo najrzadsze. Dla porządku należy jednak dodać, że chodzi tutaj o zaspokojenie seksualnych potrzeb sprawcy, co będzie wymagało dowodu biegłego³⁵.

Znamię „funkcjonariusz publiczny”

Jak wskazuje doktryna znamię to posiada zamknięty katalog podmiotów. Funkcjonariuszem publicznym jest: Prezydent Republiki Słowackiej, poseł słowackiego Parlamentu (Rady Narodowej), deputowany do Europarlamentu, członek rządu, sędzia Sądu Konstytucyjnego Republiki Słowackiej, sędzia, prokurator lub inna osoba zajmująca funkcje w organie władzy publicznej, burmistrz, przewodniczący wyższych urzędów terytorialnych, członek organu

³² Zob. *Prehľad ustanovení zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon*, s. 353, https://www.gjar-po.sk/~gajdos/treti_rocnik/nos/trestny_zakon_s_komentarom.pdf [dostęp: 27.02.2019 r.].

³³ J. Sánta, *Výklad pojmov* [w:] J. Čentes a kolektív, *Trestný zákon. Velký komentár*, Bratislava 2018, s. 282.

³⁴ *Prehľad ustanovení zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon...*, *op. cit.*, s. 353.

³⁵ J. Sánta, *Výklad pojmov...*, *op. cit.*, s. 283.

samorządowego, urzędnik służby cywilnej, pracownik organu administracji państwowej, terytorialnej lub innego państwowego organu, osoba wykonująca funkcję w osobie prawnej, której ustawa przyznaje prawa administracji publicznej, notariusz, komornik, członek straży leśnej, wodnej, rybackiej, łowieckiej, przyrody lub osoba, która ma uprawnienia strażnika przyrody, a także sędzia lub urzędnik międzynarodowego organu sądowego uznanego przez Republikę Słowacji, funkcjonariusz albo pracownik organu ścigania innego państwa, organu Unii Europejskiej lub organu wytworzonego wspólnie przez państwa członkowskie UE, gdy prowadzi postępowanie karne na terenie Republiki Słowackiej dla jego ochrony, w zgodzie z umowami międzynarodowymi i za zgodą organów tego państwa³⁶.

Znamię „członek grupy ekstremistycznej”

Przy wykładni tego pojęcia należy wyjść od terminu „grupa ekstremistyczna” za którą uznaje się grupę co najmniej 3 osób, których celem jest propagowanie idei zmierzających do ograniczenia praw i swobód obywatelskich³⁷. Jej członkiem, aby spełnić znamię określone w tym przepisie, trzeba być w momencie popełnienia czynu zabronionego.

Znamię „stan nadzwyczajny”

Analiza tego pojęcia musi odnosić się do ustawy o bezpieczeństwie państwa w stanie wojny, stanie wojennym, stanie wyjątkowym i stanie awaryjnym. Zgodnie z art. 1 ust. 4 tego aktu prawnego „Stanem nadzwyczajnym jest okres, podczas którego bezpośrednio zagrożone jest lub naruszone bezpieczeństwo państwa oraz gdy organ ustawodawczy może po spełnieniu dodatkowych przesłanek wskazanych przez tę ustawę wypowiedzieć wojnę, ogłosić stan wojenny, stan wyjątkowy lub stan awaryjny³⁸.

Należy także zauważyć, że zagrożenie ustawowe tego przepisu wynosi od dwóch do sześciu lat pozbawienia wolności – jest to zbrodnia, a więc przygotowanie do niej zawsze będzie karalne, co wynika z przytoczonego wyżej § 13 ust. 1 słowackiego kodeksu karnego.

4.5.Strona podmiotowa

Nie sposób w niniejszym opracowaniu opisać całokształtu regulacji strony podmiotowej słowackiego kodeksu karnego. Zgodnie z § 17 słowackiego kodeksu karnego w razie braku klauzuli nieumyślności – czyn zabroniony popełniony może być wyłącznie umyślnie³⁹.

³⁶ Por. <https://www.lewik.org/term/1122/verejny-cinitel-trestny-zakon/> [dostęp: 27.02.2019 r.].

³⁷ J. Kozolka, *Trestné činy proti mieu...*, *op. cit.*, s. 939.

³⁸ Ústavný zákon č. 227/2002 Z. z. o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu.

³⁹ Por. *Trestný zákon, 300/2005 Z. z., Časová verzia...*, *op. cit.*

W związku z powyższym – wszystkie opisywane tu typy czynów zabronionych popełnić można tylko umyślnie.

4.6.Sankcja karna

Zarówno za popełnienie przestępstwa opisywanego w § 424 ust. 1, jak i § 424 ust. 2 słowackiego kodeksu karnego grozi kara pozbawienia wolności do lat 3. Znacznie wyższą sankcją odznacza się § 424 ust. 3 – za popełnienie tego przestępstwa grozi od dwóch lat do sześciu pozbawienia wolności.

5. Podsumowanie

Słowacki kodeks karny odznacza się bardzo szeroką regulacją prawnokarną dotyczącą mowy nienawiści. Na szczególną uwagę zasługuje penalizacja przygotowań do popełnienia tego przestępstwa – znacznie rozszerza to odpowiedzialność karną, co w niektórych przypadkach może doprowadzić do zaniechania dalszych czynności przez sprawcę z obawy przed wykryciem samych działań przygotowawczych. Na uwagę zasługuje także duża ilość definicji zawartych w tzw. „słowniczku ustawowym” – dzięki temu słowackiemu ustawodawcy udało się uniknąć fundamentalnych sporów w doktrynie. Podsumowując niniejszą analizę nie sposób pominąć także pewnej nowoczesności słowackiego kodeksu karnego, co wyraża się w bardzo dobrej definicji znamienia „publicznie” odnoszącego się do szerokodostępnych zdobyczy techniki.

Słowacki kształt przestępstwa mowy nienawiści

Karolina Palka

O autorze

Karolina Palka - Aplikant adwokacki, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania naukowe: prawo karne, kryminalistyka.

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie słowackich regulacji dotyczących przestępstwa mowy nienawiści w kodeksie karnym Republiki Słowackiej z 2005 roku. Kwestia ta jest szczególnie istotna w kontekście coraz częstszych doniesień dotyczących tego rodzaju czynów. Niniejszy artykuł podzielony jest na 5 zasadniczych części. Pierwsza z nich jest krótkim wprowadzeniem w tematykę, następane trzy przedstawiają z kolei odpowiednio regulacje prawa konstytucyjnego, międzynarodowego oraz karnego. Ostatnia z nich przedstawia najważniejsze wnioski płynące z tekstu.

Słowa kluczowe

Kodeks karny Słowacji, prawo karne, mowa nienawiści

The shape of hate crime in Slovakia

Karolina Palka

Summary

The aim of this article is to present Slovak regulations on the crime of hate speech in the Penal Code of the Slovak Republic from 2005. This issue is especially important in the context of increasingly frequent reports regarding this type of acts. This article is divided into five main parts. The first one is a short introduction to the subject, the next three, in turn, present respectively the regulations of constitutional, international and criminal law. The last one presents the most important conclusions from the text.

Key words

Criminal Code of the Slovak Republic (2005), penal law, hate speech

Zbycie nieruchomości w toku egzekucji i jego skutki w zakresie zarządu nieruchomości

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania są zagadnienia związane z zarządem nieruchomością zajęta w toku postępowania egzekucyjnego oraz zbyciem nieruchomości w trakcie egzekucji. Na szczególną uwagę zasługuje tu art. 931 kpc¹, który stanowi w §1, że zajęta nieruchomość pozostawia się w zarządzie dłużnika, do którego stosuje się wówczas przepisy o zarządcy. Przepis ten zasadniczo nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych, o ile mamy do czynienia z sytuacją, gdy właścicielem nieruchomości i dłużnikiem w postępowaniu egzekucyjnym przez cały czas jego trwania jest jedna i ta sama osoba. Problemy mogą powstać w sytuacji, gdy nastąpi zbycie nieruchomości w toku egzekucji, które jest dopuszczalne, jednak w myśl art. 930 §1 kpc nie ma ono wpływu na dalszy bieg postępowania. Mogą w tym przypadku pojawić się problemy z faktycznym wykonywaniem zarządu nieruchomością. Uprawnienia, które przysługują nabywcy z tytułu prawa własności, mogą bowiem kolidować z uprawnieniami zbywcy – dłużnika, w związku z prowadzonym przeciwko niemu postępowaniem egzekucyjnym. Kolejny problem może powstać w sytuacji, gdy po zbyciu nieruchomości postępowanie egzekucyjne zostanie wszczęte także przeciwko nabywcy nieruchomości i w związku z tym stanie się on dłużnikiem. Przepisy ustawy wyraźnie wskazują, że zarząd przysługuje dłużnikowi. W takiej sytuacji będziemy mieli jednak do czynienia z dwoma dłużnikami, zaś istniejące przepisy nie rozstrzygają jednoznacznie, który z nich z mocy ustawy powinien sprawować zarząd nieruchomością. W poniższych rozważaniach podjęto próbę analizy wymienionych problemów i wskazano różne warianty możliwych rozwiązań. W postępowaniu egzekucyjnym (zwłaszcza dotyczącym nieruchomości) bardzo ważne jest bowiem zapewnienie jego sprawnego i skutecznego przebiegu, a także ochrony interesów stron tego postępowania (zarówno wierzyciela, jak i dłużnika). Powstanie sporu o to, kto jest zarządcą może skomplikować zarówno przebieg postępowania, jak również spowodować, że powstaną trudności z utrzymaniem nieruchomości w stanie niepogorszonym do zakończenia egzekucji. Stąd też celowe wydaje się zwrócenie uwagi na praktyczne problemy z interpretacją wymienionych przepisów a także wskazanie możliwych rozwiązań.

¹Ustawa z dn.17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego Dz.U. 1964 nr 43 poz.296 z późn. zm.

2. Zarząd zajęta nieruchomością – uwagi ogólne

Instytucja zarządu jest uregulowana w art. 931 kpc, który stanowi między innymi, że zajęta nieruchomość pozostawia się w zarządzie dłużnika, do którego stosuje się wówczas przepisy o zarządcy. Powyższy przepis przewiduje także m.in. możliwość odjęcia dłużnikowi zarządu i ustanowienia przez sąd innego zarządcy w sytuacji, gdy wymaga tego prawidłowe sprawowanie zarządu. Ze względu jednak na cel i ramy niniejszych rozważań, przedmiotem naszego zainteresowania będzie zarząd, który z mocy ustawy przysługuje dłużnikowi.

Jak wynika z wymienionego przepisu, na nieruchomości z chwilą zajęcia powstaje z mocy prawa zarząd. Zasadą jest pozostawienie nieruchomości w zarządzie dłużnika - powstaje on z mocy prawa z chwilą zajęcia nieruchomości. Sam zatem fakt zajęcia nieruchomości skutkuje powstaniem obowiązku sprawowania zarządu nieruchomością przez dłużnika².

Art. 925 kpc określa chwilę, z którą następują skutki zajęcia nieruchomości. Ustawodawca nie oznaczył jednego takiego momentu, ale wskazał na trzy możliwe sytuacje, w których powstają skutki zajęcia w odniesieniu do różnie oznaczonych kategorii osób. W stosunku do dłużnika nieruchomość jest zajęta z chwilą doręczenia mu wezwania do zapłaty długu, a najpóźniej w dacie, w której nastąpi wpis do księgi wieczystej ostrzeżenia o wszczęciu egzekucji. Przez doręczenie dłużnikowi wezwania należy rozumieć zarówno moment faktycznego doręczenia wezwania do rąk dłużnika, jak i moment, w którym powstają skutki doręczeń zastępczych. Wpis ostrzeżenia o wszczęciu egzekucji z nieruchomości do księgi wieczystej wywołuje skutki erga omnes, a zatem także wobec osób trzecich, przy czym wpis ten ma moc wsteczną od daty złożenia wniosku o jego dokonanie. W stosunku do każdego, kto powziął wiadomość o wszczęciu egzekucji z nieruchomości, a zatem dłużnika, uczestników lub osób trzecich, skutki zajęcia powstają właśnie z tą chwilą, choćby nie nastąpiło jeszcze doręczenie dłużnikowi wezwania do zapłaty długu, ani też wpis ostrzeżenia do księgi wieczystej. Obojętne jest przy tym źródło, z którego pochodzi informacja o wszczęciu egzekucji z nieruchomości.³

Do obowiązków zarządcy należy prowadzenie bieżących spraw nieruchomości zgodnie z charakterem nieruchomości i zasadami prawidłowej gospodarki. Uprawnienia i obowiązki zarządcy zostały uregulowane w art.934-941 kpc. Obowiązkiem komornika jest pouczenie dłużnika o zakresie zarządu i związanych z zarządem uprawnieniach i obowiązkach.

Tym samym dłużnik już od chwili zajęcia musi zarządzać nieruchomością w sposób zgodny z przepisami. Nieruchomość pozostaje w zarządzie dłużnika do chwili prawomocnego postanowienia o przysądzenia własności, oddania nieruchomości nabywcy licytacyjnemu lub do chwili odebrania mu zarządu. Dłużnik nie może odmówić sprawowania zarządu nad

²G. Julke, Egzekucja z nieruchomości, Sopot 2006, s.135

³M.Romańska [w:] M. Romańska, O. Leśniak Postępowanie egzekucyjne i Zabezpieczające Komentarz pod red. J. Ignaczewskiego C.H. Beck Warszawa 2014 s. 321

nieruchomością, może jedynie wnioskować o zwolnienie go z tego obowiązku i powierzenie zarządu innej osobie.⁴ Dłużnik sprawuje jednak zarząd aż do czasu wyznaczenia innej osoby - nieruchomość nie może zostać pozostawiona bez zarządu.

Wprowadzenie instytucji zarządu zajętej nieruchomości jest jednym ze środków mających zapewnić sprawne i skuteczne przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego.⁵ Zarząd zajętej nieruchomości jest instytucją przejściową pomiędzy zajęciem nieruchomości a jej sprzedażą. Powstanie zarządu jest jedną z procesowych konsekwencji zajęcia nieruchomości. Jest skutkiem zajęcia nieruchomości zarówno w tym sensie, że stanowi jego dalsze, logiczne następstwo, jak również w tym znaczeniu, że powoduje powstanie określonych następstw w możliwości rozporządzania nieruchomością i związanymi z nią prawami przez dłużnika stającego się jej zarządcą.⁶

Celem ustanowienia zarządu nad nieruchomością po jej zajęciu jest zabezpieczenie prawidłowego toku egzekucji. Instytucja ta została wprowadzona po to, aby utrzymać nieruchomość w niepogorszonej formie, tym samym nie pokrzywdzić wierzycieli.⁷ Zarząd ten wykonywany jest nie tyle dla ochrony praw właściciela nieruchomości – dłużnika, co dla ochrony jego majątku w interesie oczekujących zaspokojenia wierzycieli.⁸ Jest jednym z narzędzi, które zabezpieczają prawidłowe prowadzenie egzekucji.

Zarządca działa w imieniu własnym i własnym interesie. Dłużnik sprawujący zarząd winien być bowiem zainteresowany prawidłowym zarządem nieruchomości w celu uniknięcia jej zubożenia, a także uzyskaniem dochodu z nieruchomości oraz uniknięciem odpowiedzialności odszkodowawczej.⁹ „Prawidłowe wykonywanie nadzoru przez dłużnika lub innego zarządcę jest niezmiernie ważne z punktu widzenia interesów uczestników postępowania egzekucyjnego. Wydaje się zatem, że wzmożona winna zostać kontrola nad tymi czynnościami.[...] Tylko bowiem zawczasu podjęte działania mogą doprowadzić do uniknięcia nieprawidłowości i zapewnić prawidłowy bieg postępowania egzekucyjnego.”¹⁰ Jednym ze środków (w praktyce niebył często stosowanych) mających zapewnić prawidłowy zarząd zajętej nieruchomości jest możliwość odjęcia dłużnikowi zarządu przez sąd i ustanowienie innego zarządcy. Jednak zdarzają się sytuacje, w których może powstać wątpliwość, kto jest zarządcą zajętej nieruchomości, co dodatkowo utrudni procedurę zmiany zarządcy. Problem taki może powstać w przypadku zbycia

⁴..P. Biezuński [w:] P. Biezuński, M. Biezuński. Egzekucja z nieruchomości. Zagadnienia teorii i praktyki. Warszawa 2010, s. 60

⁵J. Świeczkowski, Ustanowienie zarządcy po zajęciu wierzytelności i innych praw majątkowych w postępowaniu egzekucyjnym, PE 2000 r; nr 5 s.68

⁶R. Kowalkowski Zarząd zajętej nieruchomości, Problemy Egzekucji Sądowej nr 5, Sopot 1994, s. 52

⁷P. Biezuński [w:] P. Biezuński, M. Biezuński. Egzekucja z nieruchomości....s.60

⁸M. Romańska [w:] M. Romańska, O. Leśniak Postępowanie egzekucyjne..., dz. cyt. s. 773

⁹G. Julke Egzekucja ..., dz. cyt s. 133-134

¹⁰ G. Julke, Zarząd nieruchomością w toku postępowania egzekucyjnego, Przegląd Postępowania Egzekucyjnego 2007, nr 10-11, s.101

przedmiotowej nieruchomości, zwłaszcza, gdy w przeciwko nabywcy zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne.

3. Zbycie zajętej nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego

Należy podkreślić, że często pomiędzy chwilą powstania zarządu, aż do jego wygaśnięcia w wyniku uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności lub wydania nieruchomości nabywcy licytacyjnemu upływa sporo czasu, w którym może zajść wiele zmian w stanie prawnym nieruchomości. Zajęcie, wywołując doniosłe skutki dla stanu prawnego nieruchomości, zarówno w sferze prawa procesowego, jak i materialnego, w żadnym wypadku nie pozbawia dłużnika przysługującego mu prawa własności do przedmiotu egzekucji. Do momentu uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności nieruchomości dłużnik pozostaje jej właścicielem. Zajęcie wywiera jednak pewien wpływ na zakres uprawnień właścicielskich dłużnika. Kodeks postępowania cywilnego, mając na względzie ochronę interesów wierzyciela, zawiera uregulowania, których celem jest niedopuszczenie do sytuacji, kiedy dłużnik, wykorzystując przysługujące mu nadal prawo własności, podejmowałby wobec nieruchomości oraz rzeczy i praw razem z nią zajętych działania, które skutkowałyby uszczupleniem lub zupełnym udaremnieniem zaspokojenia wierzyciela.¹¹ Kwestia dopuszczalności zbycia lub obciążenia zajętej nieruchomości została uregulowana w art.930 kpc, który stanowi: „§ 1. Rozporządzenie nieruchomością po jej zajęciu nie ma wpływu na dalsze postępowanie. Nabywca może uczestniczyć w postępowaniu w charakterze dłużnika. W każdym razie czynności egzekucyjne są ważne tak w stosunku do dłużnika, jak i w stosunku do nabywcy. § 2. Rozporządzenia przedmiotami podlegającymi zajęciu razem z nieruchomością po ich zajęciu są nieważne. Nie dotyczy to rozporządzeń zarządcy nieruchomości w zakresie jego ustawowych uprawnień. § 3. Obciążenie nieruchomości przez dłużnika po jej zajęciu oraz rozporządzenie opróżnionym miejscem hipotecznym jest nieważne. W razie wpisania hipoteki przymusowej po zajęciu nieruchomości zabezpieczona nią wierzytelność nie korzysta z pierwszeństwa zaspokojenia przewidzianego dla należności zabezpieczonych hipotecznie.

§ 4. Oddanie zajętej nieruchomości w użyczenie, leasing, najem lub dzierżawę jest bezskuteczne wobec nabywcy nieruchomości w egzekucji.”

Na szczególną uwagę zasługuje §1 wymienionego przepisu, z którego wynika, że rozporządzenie nieruchomością po jej zajęciu nie ma wpływu na dalsze postępowanie.

Ze względu na treść §3 wymienionego przepisu można wnioskować, że ustawodawca pojęcie „rozporządzenie” rozumie wyłącznie jako zbycie zajętej nieruchomości, a więc przeniesienie jej

¹¹M. Pawlewska Zbycie i obciążenie nieruchomości zajętej w toku sądowego postępowania egzekucyjnego Rejent 2011 nr 11, s. 22

własności na inną osobę.¹² Interpretacja taka wydaje się właściwa, w związku z tym, że wspomniany przepis w brzmieniu obowiązującym przed jego zmianą, dokonaną ustawą z dnia 2 lipca 2004 r o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 5 lutego 2005 r, nie zawierał §3. Wcześniej, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, pod pojęciem „rozporządzenie” zawartym w tym przepisie rozumiano zarówno zbycie, jaki obciążenie nieruchomości.

Przedstawione uregulowanie stanowi mechanizm chroniący wierzyciela przed niewłaściwym postępowaniem dłużnika. Ten bowiem, będąc właścicielem nieruchomości aż do czasu uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu własności, może próbować dokonać jej zbycia czy też w inny sposób utrudnić egzekucję, bądź doprowadzić do sytuacji, w której pomimo jej skutecznego przeprowadzenia wierzyciel nie uzyska zaspokojenia w takim stopniu, w jakim mógłby, gdyby nie określone działania dłużnika podjęte już po zajęciu nieruchomości.¹³

Z drugiej zaś strony, przepis respektuje co do zasady ogólną regułę, według której właściciel może zbyć należącą do niego rzecz.¹⁴

Oznacza to, że właściciel nieruchomości, z której prowadzona jest egzekucja, może zbyć nieruchomość po jej zajęciu i czynność taka z punktu widzenia prawa materialnego będzie ważna. Nastąpi zatem skuteczne przeniesienie własności. Jednakże postępowanie egzekucyjne toczy się będzie dalej, tak jakby nie doszło do rozporządzenia nieruchomością, a zatem dla potrzeb postępowania egzekucyjnego przyjmuje się fikcję, iż to dłużnik, a nie nabywca nieruchomości jest właścicielem.¹⁵ Mamy tu zatem do czynienia z sytuacją, kiedy określone zdarzenie prawne wywołuje odmienne skutki w zakresie prawa materialnego i prawa procesowego. W przypadku zbycia nieruchomości w toku egzekucji postępowanie toczy się tak, jak gdyby zbycie nieruchomości nie nastąpiło. Egzekucja toczy się przeciwko dłużnikowi, który uważany jest za właściciela mimo ziszczenia się skutku rzeczowego umowy w postaci przejścia prawa własności na nabywcę¹⁶

Przewidziany w art. 930 §1 kpc materialnoprawny skutek dokonanego po zajęciu rozporządzenia rzeczą, wyrażający się bezskutecznością względną czynności prawnej oznacza tyle, że umowa przeniesienia własności zajętej nieruchomości między zbywcą (dłużnikiem) a osobą trzecią jest ważna, ale bezskuteczna w stosunku do wierzycieli, którzy wszczęli

¹²Tamże, s.23

¹³P. Borkowski Skuteczność orzeczeń sądowych przenoszących własność nieruchomości po jej zajęciu Przegląd Prawa Egzekucyjnego nr 3-6, 2012 s.69-70

¹⁴Tamże, s.70

¹⁵G. Julke Egzekucja..., dz.cyt., s. 126

¹⁶M. Romańska [w:] M. Romańska, O. Leśniak Postępowanie egzekucyjne..., dz. cyt s. 326

egzekucję.¹⁷ Wspomniany przepis jest wyrazem zasady stabilizacji postępowania, która obowiązuje także na etapie postępowania egzekucyjnego.¹⁸

Zbycie nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego nie jest czynnością nieważną, lecz bezskuteczną dla toczącej się egzekucji w tym znaczeniu, że nie wpływa na jej dalszy bieg, a na potrzeby tej egzekucji nabycie uważa się za niebyłe, co oczywiście nie znaczy, że skutek prawnorzeczowy się nie zrealizował. Owa fikcja prawna bezskuteczności zbycia dotyczy tylko toczącej się egzekucji i pozwala na dalsze jej prowadzenie mimo zmiany właściciela przedmiotu, do którego egzekucję skierowano. Powoduje też, że – o ile w stosunku do nabywcy prawa poddanego egzekucji zajęcie było skuteczne – nie może on skutecznie domagać się jego wyłączenia spod egzekucji. Skutki zajęcia rozciągając się na nabywcę sprawiają, że zgodnie z art. 930 § 1 kpc, egzekucję w dalszym ciągu można skutecznie prowadzić mimo zmiany właściciela prawa poddanego egzekucji i utraty przymiotu właściciela przez dłużnika egzekwowanego.¹⁹ Przyjęty w tym przepisie skutek rozporządzenia zajętej nieruchomości pozwala więc egzekwującemu wierzycielowi, w stosunku do którego rozporządzenie jest bezskuteczne na kontynuowanie egzekucji w taki sposób, jakby do rozporządzenia nie doszło. Nabywca zajętej nieruchomości ma więc obowiązek znoszenia prowadzonej przez wierzyciela zbywcy egzekucji, nie ma zaś obowiązku zaspokojenia tego wierzyciela, gdyż nie jest jego dłużnikiem.²⁰

Jak można zauważyć, treść art. 930 § 1 kpc może nasuwać wiele wątpliwości interpretacyjnych. Ustawodawca używając określenia „rozporządzenie nieruchomością po jej zajęciu nie ma wpływu na dalsze postępowanie” nie sprecyzował bowiem, co dokładnie należy rozumieć pod tym określeniem i jakie faktyczne skutki wywiera zbycie nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego. Nie ulega bowiem wątpliwości fakt, że takie zbycie musi wywołać pewne skutki dla tegoż postępowania, będziemy bowiem mieli do czynienia z co najmniej dwiema osobami, którym przysługuje prawo do tej nieruchomości. Zbywca nieruchomości, pomimo, że w sensie prawa materialnego nie będzie już właścicielem, pozostanie nim jednak z punktu widzenia prawa procesowego – na potrzeby postępowania egzekucyjnego przyjmuje się fikcję, że jest on nadal właścicielem. Nabywca nieruchomości będzie zaś właścicielem w sensie prawa materialnego. Co więcej, ustawodawca w dalszej części wspomnianego przepisu sam przyznał nabywcy prawo uczestniczenia w toczącym się postępowaniu w charakterze dłużnika, a czynności egzekucyjne są tak samo ważne w stosunku do dłużnika, jak i nabywcy.

Kwestia wzięcia udziału w egzekucji pozostawiona jest wyłącznie swobodnej decyzji nabywcy. Od jego woli zależy, czy wykorzysta przysługujące mu uprawnienie i będzie uczestniczył

¹⁷Wyr. SN z dn. 6 września 2013 r. V CSK 359/12 OSNC 2014/5/52

¹⁸Tak uchwała SN z dn. 16.12.2009 r., III CZP 80/09, OSNC 2010/6/84

¹⁹Wyr. SA w Gdańsku z d. 04.09. 2015 r. V Aca 937/14

²⁰Wyr. SN z dn. 06.09.2013 r. V CSK 359/12 OSNC 2014/5/52

w toczącym się postępowaniu, zmierzającym w istocie do pozbawienia go własności nieruchomości nabytej od dłużnika. Niewątpliwie nabywca jest osobą, która ma interes prawny w niedopuszczeniu do licytacji. Jego aktywny udział w sprawie ma znaczenie zwłaszcza w razie biernej postawy dłużnika, który po zbyciu nieruchomości może stracić zainteresowanie wynikiem prowadzonego postępowania.²¹

Wstąpienie przez nabywcę do egzekucji zależy od jego woli, co wynika wprost z art. 930 § 1 k.p.c. (nabywca "może uczestniczyć"). Komornik (sąd) nie ma zatem obowiązku wzywania nabywcy do udziału w postępowaniu w charakterze dłużnika, choćby powziął wiadomość o rozporządzeniu nieruchomością przez dłużnika na rzecz osoby trzeciej. Wstąpienie do postępowania nabywca zgłasza poprzez oświadczenie złożone komornikowi lub sądowi, w formie pisemnej lub ustnej (art. 760 § 1 k.p.c.). Nabywca, który wstąpił do postępowania, nie ma prawa do wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego o zwolnienie spod egzekucji ani też opozycyjnego, opartego na zarzucie potrącenia jego osobistej wierzytelności wobec wierzyciela egzekwującego.²²

„Nabywca nieruchomości od momentu złożenia oświadczenia o przystąpieniu, uczestniczy w postępowaniu w charakterze dłużnika. Należy zatem zawiadamiać go o czynnościach egzekucyjnych- jest on uprawniony do dokonywania wszelkich czynności, które może dokonywać dłużnik. Może wnosić środki zaskarżenia (skargę na czynności komornika, w tym na opis i oszacowanie, zarzuty przeciwko planowi podziału sumy uzyskanej z egzekucji), składać wnioski w toku prowadzonego postępowania, na przykład wnieść przed zakończeniem opisu i oszacowania o wystawienie na licytację wydzielonej części nieruchomości, której cena wywołania wystarcza na zaspokojenie wierzyciela egzekwującego (art. 946 kpc), lub wskazać podczas licytacji kolejność, w jakiej ma zostać przeprowadzony przetarg poszczególnych nieruchomości bądź ich części (art. 975 kpc). Generalnie sytuacja procesowa nabywcy jest pochodną sytuacji dłużnika. Ze sformułowania, że udział nabywcy w charakterze dłużnika nie wywiera żadnego wpływu na bieg egzekucji wynika wniosek, że nie może on przeciwstawiać się egzekucji, powołując się na własne osobiste prawa do wierzyciela – przykładowo nie będzie mógł skutecznie wytoczyć powództwa opozycyjnego opartego na potrąceniu jego osobistej wierzytelności wobec wierzyciela, nie może także korzystać ze środków obrony przysługujących osobie trzeciej w postępowaniu egzekucyjnymi. Niezależnie od tego, czy nabywca uczestniczy, czy nie w toczącym się postępowaniu, egzekucja z zajętej nieruchomości jest kontynuowana.”²³

²¹M. Pawlewska Zbycie... dz.cyt., s.28

²²G. Julke Egzekucja..., dz.cyt., s. 126

²³Tamże .s.29

4. Skutki zbycia zajętej nieruchomości w zakresie sprawowania zarządu

Jeżeli zatem nabywca wstępuje w sytuację dłużnika, to wymaga rozważenia, czy w zakresie praw dłużnika, w jakie wstępuje nabywca znajduje się również prawo zarządu zajętej nieruchomości. Art. 930 § 1 kpc daje nabywcy uprawnienie do uczestniczenia w postępowaniu w charakterze dłużnika. Można zatem wnioskować, że nabywcy, którego sytuacja jest pochodną uprawnień dłużnika, też może przysługiwać prawo zarządu nieruchomością. Nie jest to bowiem uprawnienie, które wynika z osobistego prawa nabywcy względem wierzyciela, lecz uprawnienie przysługujące z mocy ustawy dłużnikowi. Trudno jednak uznać takie rozwiązanie za właściwe. W takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia z dwiema osobami, którym przysługiwałoby prawo zarządu tą samą nieruchomością. Jak można wnioskować, taki stan rzeczy nie byłby sprzyjający dla toczącego się postępowania egzekucyjnego. Mogłoby dochodzić do sytuacji, w których zarządcy podejmowałiby w stosunku do zajętej nieruchomości czynności, które są ze sobą sprzeczne. Należy też podkreślić, że z reguły pomiędzy tymi dwiema osobami będzie zachodził konflikt interesów, ponadto sprawowanie zarządu przez dwie osoby jednocześnie z pewnością wywołałoby pewne komplikacje i nie przyczyniłoby się do usprawnienia postępowania, a przecież celem, dla którego ustawodawca ustanowił zarząd zajętej nieruchomości i przyznał go dłużnikowi było wszakże zabezpieczenie prawidłowego toku egzekucji i zachowanie nieruchomości w stanie niepogorszonym.

Art. 931 § 1 kpc stanowi, że zajęta nieruchomość pozostawia się w zarządzie dłużnika. Należy zatem uznać, że w sytuacji, gdy nastąpi zbycie zajętej nieruchomości, zarządcą pozostaje nadal jej zbywca – dłużnik. Przepis bowiem jednoznacznie uzależnia prawo do sprawowania zarządu od faktu bycia dłużnikiem, przeciwko któremu prowadzone jest postępowanie, a nie od tego, kto jest właścicielem zajętej nieruchomości. Biorąc pod uwagę cel, w jakim ustanowiono instytucję zarządu określenie: „rozporządzenie nieruchomością po jej zajęciu nie ma wpływu na dalsze postępowanie” należy interpretować w taki sposób, że zbycie nieruchomości nie ma również wpływu na zarząd zajętej nieruchomości. Skoro pierwotnie zarząd przysługiwał dłużnikowi – zbywcy nieruchomości, to pomimo zbycia nieruchomości to on powinien pozostać zarządcą z mocy ustawy, a nabywca nieruchomości winien umożliwić dłużnikowi sprawowanie zarządu. Wskazać również trzeba, że wprawdzie nabywca może uczestniczyć w postępowaniu w charakterze dłużnika, ale jednak nie jest dłużnikiem - nie ma obowiązku zaspokojenia wierzyciela, na rzecz którego prowadzone jest postępowanie, ma jedynie obowiązek znoszenia egzekucji. Wydaje się, że z uwagi na cel, w jakim ustanowiono instytucję zarządu określenie: „rozporządzenie nieruchomością po jej zajęciu nie ma wpływu na dalsze postępowanie” należy interpretować w taki sposób, że zbycie nieruchomości nie ma również wpływu na zarząd zajętej nieruchomości. Skoro pierwotnie zarząd przysługiwał dłużnikowi – zbywcy nieruchomości, to pomimo zbycia

nieruchomości to on powinien pozostać zarządcą z mocy ustawy, a nabywca nieruchomości winien umożliwić dłużnikowi sprawowanie zarządu.

Sytuacja, w której inna osoba jest właścicielem, a inna zarządcą zajętej nieruchomości niewątpliwie prowadzi do pewnego konfliktu interesów. Zakres uprawnień przysługujących nabywcy w stosunku do nieruchomości, jako właściciela wynika z art. 140 k.c.²⁴: „W granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą”. Przepisy ustawy to w omawianej sytuacji regulacje dotyczące zarządu zajętej nieruchomości. Celem zarządu jest utrzymanie substancji podlegającej zarządowi w stanie niepogorszonym, a zatem do obowiązków zarządcy należy prowadzenie bieżących spraw nieruchomości zgodnie z jej charakterem i zasadami prawidłowej gospodarki. Zarządca ma prawo i obowiązek prowadzenia spraw, które przy wykonywaniu zarządu okażą się konieczne. Skuteczność czynności zwykłego zarządu nie jest uzależniona od zgody stron postępowania, a sprzeciw stron nie wiąże zarządcy. W granicach zwykłego zarządu zarządca może pozywać i być pozywany. Samodzielność zarządcy w wykonywaniu obowiązków z art. 935 i 936 kpc wyłączona jest tylko w odniesieniu do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu²⁵. Wymienione uprawnienia zarządcy ograniczają prawo nabywcy do swobodnego dysponowania nieruchomością. Należy jednak mieć na uwadze, że nowy nabywca powinien wiedzieć, że do nieruchomości, którą nabywa prowadzona jest egzekucja i w związku z tym liczyć się z wynikającymi z tego konsekwencjami.

Jak widać pewna nieprecyzyjność w sformułowaniu przepisu art. 930 §1 kpc wywołuje wiele trudności w jego stosowaniu. Trudno określić zakres, w jakim rozporządzenie nieruchomości nie ma wpływu na dalsze postępowanie, a w jakim jednak wywołuje skutki dla toczącego się postępowania. Nie można bowiem, w żaden sposób uznać, że zbycie nieruchomości nie wywrze na nie żadnego skutku. Już sam przepis dopuszcza w takiej sytuacji udział innej osoby – nabywcy w charakterze dłużnika. Nie sposób założyć, że udział tej osoby nie będzie miał wpływu na egzekucję. Powstaje też problem określenia granic, w jakich nabywca może brać udział w postępowaniu. Przepis nie określa precyzyjnie uprawnień nabywcy w tym zakresie. Określenie: „może uczestniczyć w postępowaniu w charakterze dłużnika” daje duże pole do interpretacji (między innymi w zakresie wspomnianych przepisów dotyczących zarządu) Z natury rzeczy bowiem oczywiste jest, że nabywca nie będzie miał identycznych praw i obowiązków, jak dłużnik – nabywca nie jest bowiem dłużnikiem. Należy też zauważyć, że bezskuteczność względna rozporządzenia nieruchomości wywołuje ten skutek, że w toku egzekucji nieruchomości komornik

²⁴Ustawa z dn.23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny Dz.U. 1964 nr 16 poz.94 z późn. zm.

²⁵M. Romańska [w:] M. Romańska, O. Leśniak Postępowanie egzekucyjne..., dz. cyt s. 330

będzie podejmował czynności egzekucyjne tak, jakby nie doszło do rozporządzenia. Prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności nieruchomości przeniesie własność na nabywcę licytacyjnego i będzie stanowiło podstawę do wpisu w księdze wieczystej nowego właściciela w miejsce osoby, która nabyła od dłużnika nieruchomość po zajęciu. Można zatem przypuszczać, że nabywca będzie miał interes w niedopuszczeniu do licytacji nieruchomości. Ponieważ zaś będzie miał prawo uczestniczenia w postępowaniu, może je skutecznie utrudniać, szczególnie wtedy, gdyby uznać, że przysługuje mu prawo do zarządu nieruchomością.

5. Sprawowanie zarządu zajętej nieruchomości a zbycie nieruchomości w toku egzekucji i prowadzenie egzekucji przeciwko nabywcy

O ile jednak w sytuacji, gdy istnieje tylko jeden dłużnik – zbywca nieruchomości zasadniczo nie ma wątpliwości co do tego, że to on powinien sprawować zarząd zajętej nieruchomości, to poważne problemy z interpretacją omawianych przepisów mogą powstać w sytuacji, gdy po zbyciu przez dłużnika zajętej nieruchomości, jej nabywca także stanie się dłużnikiem, przeciwko któremu zostanie skierowana egzekucja do tej nieruchomości. Czy możliwe jest jednak wszczęcie kolejnej egzekucji z tej samej nieruchomości przeciwko nabywcy nieruchomości, skoro toczy się już ona przeciwko zbywcy, a w myśl art. 930 kpc zbycie nie ma wpływu na dalsze postępowanie? W pierwszej kolejności należy wskazać, że pomimo tego, że na potrzeby postępowania egzekucyjnego przyjmuje się fikcję, że do zbycia nie doszło, to nabywca staje się właścicielem nieruchomości w sensie prawa materialnego i przysługują mu wszelkie uprawnienia właścicielskie. Jedynym ograniczeniem związanym z wszczętym wcześniej postępowaniem przeciwko zbywcy, jest obowiązek znoszenia egzekucji z tej nieruchomości. Należy podkreślić jednak, że jest ona składnikiem majątku nabywcy i w sytuacji, gdy stanie się on dłużnikiem, wierzyciel może żądać zaspokojenia swoich roszczeń także z tej nieruchomości. Fakt, że jest ona zajęta w postępowaniu przeciwko innemu dłużnikowi w żaden sposób nie ogranicza tej możliwości. Bezskuteczność względna z art. 930 kpc dotyczy jedynie stron postępowania egzekucyjnego wszczętego po zajęciu nieruchomości, a przed jej zbyciem. Wymieniona regulacja ma na celu jedynie ochronę wierzycieli zbywcy – umożliwia zaspokojenie się z tej nieruchomości pomimo jej zbycia przez dłużnika i ma zapobiegać próbom udaremnienia egzekucji, natomiast w żaden inny sposób nie ogranicza uprawnień nabywcy jako właściciela, gdyż mogłoby to godzić choćby w interesy wierzycieli nabywcy. Przepis ten nie dotyczy innych postępowań egzekucyjnych, wszczętych po zbyciu tej nieruchomości przeciwko jej nabywcy. Brak też jest innych regulacji ograniczających prawo do prowadzenia egzekucji z nieruchomości przeciwko jej nabywcy jako dłużnikowi. Natomiast sytuację, gdy w stosunku do jednej nieruchomości prowadzone jest kolejne postępowanie reguluje art 927 kpc, który stanowi w § 1, że: „Wierzyciel, który skierował egzekucję do nieruchomości po

jej zajęciu przez innego wierzyciela, przyłącza się do postępowania wszczętego wcześniej i nie może żądać powtórzenia czynności już dokonanych; poza tym ma te same prawa co pierwszy wierzyciel.” W przepisie tym zawarty jest zakaz prowadzenia odrębnej egzekucji do już zajętej nieruchomości. Po zajęciu nieruchomości kolejny wierzyciel może się tylko przyłączyć do postępowania wszczętego wcześniej, także wtedy, gdy mamy, tak jak w naszej sytuacji, z postępowaniem przeciwko kolejnemu dłużnikowi – jego wierzyciel przyłącza się do już prowadzonego postępowania egzekucyjnego z nieruchomości. Zgodnie też z art. 927 kpc nie może on żądać powtórzenia czynności już dokonanych. Zakaz powtarzania czynności ma na celu sprawność postępowania, nie jest zaś wymierzony przeciwko przyłączającemu się wierzycielowi. Powtórzenie czynności byłoby zbędne, gdyż przyłączający się wierzyciel ma te same prawa co pierwszy wierzyciel. Wcześniejsze czynności dokonane na rzecz wierzyciela, który wszczął egzekucję, są skuteczne w stosunku do wierzyciela przyłączającego się.

Tak więc w sytuacji, gdy wobec nabywcy zajętej nieruchomości także zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne w stosunku do tej samej nieruchomości, jego wierzyciel przyłącza się do postępowania wszczętego wcześniej. Nabywca i zbywca zostają zatem dłużnikami w jednym postępowaniu skierowanym do tej samej nieruchomości. Powstaje pytanie, jaki będzie miało to wpływ na zarząd tą nieruchomością? Kto w tej sytuacji będzie z mocy prawa jej zarządcą? Brzmienie art. 931 kpc nie daje nam odpowiedzi na to pytanie. Mamy bowiem tu do czynienia z dwiema osobami, które są dłużnikami, z których jeden jest właścicielem nieruchomości, a drugi właśnie ją zbył. Skoro zbycie nie wywiera wpływu na dalsze postępowanie, to zbywca nadal pozostaje dłużnikiem i w związku z tym zarządcą, natomiast nabywcy, który uzyskał status dłużnika, także przysługuje prawo do sprawowania zarządu zajętej nieruchomości. Mamy tu jedną do czynienia z dwiema osobami, których interesy są sprzeczne. Powstaje problem, której z nich przysługuje prawo do sprawowania zarządu. Rozwiązanie tego problemu ma istotne znaczenie. Nie można bowiem liczyć jedynie na to, że żaden z dłużników, albo przynajmniej jeden z nich nie będzie zainteresowany sprawowaniem zarządu nad nieruchomością, którą najprawdopodobniej i tak utraci. Często zdarzają się bowiem dłużnicy bardzo aktywnie uczestniczący w postępowaniu, a jeżeli każdy z nich będzie rościł sobie prawo do bycia zarządcą tej samej nieruchomości, może to znacznie utrudnić prowadzenie postępowania egzekucyjnego.

Można zatem uznać, że zarządcą z mocy ustawy jest pierwotny właściciel nieruchomości (czyli pierwszy dłużnik). Argumentem za tym mógłby być fakt, że w stosunku do niego egzekucja z nieruchomości została wszczęta jako pierwsza i jako dłużnik uzyskał status zarządcy nieruchomości, a przepisy regulujące tą materię nie dają żadnych podstaw do „odbierania” mu tego statusu na rzecz nowego nabywcy, który jednocześnie jest dłużnikiem. Art. 930 kpc wyraźnie stanowi, że rozporządzenie nieruchomością w trakcie egzekucji nie ma wpływu na dalszy bieg

postępowania. W sensie procesowym, na użytek danego postępowania egzekucyjnego, przyjmuje się, że zbycie nie nastąpiło.

Kolejnym rozwiązaniem jest uznanie nabywcy nieruchomości (który jednocześnie jest dłużnikiem) za zarządcę nieruchomości. Argumentem za takim rozwiązaniem może być w tym wypadku wykładnia celowościowa przepisów o zarządzie. Instytucja ta została bowiem stworzona między innymi w celu ochrony interesów wierzyciela, a także potencjalnego nabywcy nieruchomości w drodze licytacji. Zarząd ma na celu zabezpieczenie prawidłowego biegu egzekucji i zabezpieczenie nieruchomości przed utratą wartości i atrakcyjności dla potencjalnych nabywców licytacyjnych, stąd każde działanie zmierzające do zapewnienia tego celu musi być uznane za właściwe.²⁶ Celem powołania zarządu jest między innymi prowadzenie bieżących spraw nieruchomości, w szczególności zaś czuwanie nad tym, aby jej stan nie uległ pogorszeniu.²⁷ Nie ulega wątpliwości, że dłużnik - zbywca jest w znacznie mniejszym stopniu niż aktualny właściciel zainteresowany tym, aby czynić jakiegokolwiek starania, by stan zajętej nieruchomości nie uległ pogorszeniu, nie wspominając już o możliwości podejmowania działań służących temu, by nieruchomość przynosiła dochody. Nie jest już właścicielem nieruchomości i pomimo faktu, że przyjmujemy fikcję, jakoby nadal nim był, pozostawienie mu zarządu przedmiotową nieruchomością można uznać za niecelowe i sprzeczne z zasadami racjonalności. Znacznie większe gwarancje prawidłowego sprawowania zarządu zapewnia tutaj nabywca, który w sensie materialnoprawnym jest właścicielem nieruchomości i jako taki posiada interes w tym, aby dbać o stan swojej nieruchomości.

Istnieje także możliwość uznania, że nieruchomość pozostanie we współzarządzie zbywcy oraz nabywcy. Przepisy nie dają nam jednak podstaw, aby w przedstawionej sytuacji nieruchomość była przedmiotem współzarządu. Jedynie w sytuacji, gdy nieruchomość stanowi własność kilku osób (kilku dłużników), z mocy prawa wszystkie te osoby stają się zarządcami nieruchomości.²⁸ Rozwiązania tego nie można uznać za celowe także z punktu widzenia zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Również dla ochrony interesów uczestników postępowania współzarząd mógłby okazać się niekorzystny. Interesy zbywcy nieruchomości i jej nabywcy mogą niejednokrotnie pozostawać w konflikcie. Należy też wskazać, że sprawowanie zarządu tą samą nieruchomością przez dwie różne osoby z całą pewnością nie wpływa korzystnie na jakość jego wykonywania, a przez to nie zabezpiecza w wystarczający sposób przed pogorszeniem się stanu zajętej nieruchomości.

²⁶G. Julke, Zarząd ..., dz. cyt., s.73

²⁷J. Łopatowska-Rynkowska, Zmiana zarządcy w toku sądowej egzekucji z nieruchomości, Przegląd Postępowania Egzekucyjnego 2006, nr 4-6, s.77

²⁸G. Julke, Egzekcja..., dz. cyt., s. 135

Można także zastanowić się nad przewidzianą w art. 931§2 kpc możliwością odjęcia przez sąd dłużnikowi zarządu i ustanowienia innego zarządcy, jeżeli wymaga tego prawidłowe sprawowanie zarządu - sąd ma obowiązek reagowania na nieprawidłowości postępowania egzekucyjnego, w tym na nieprawidłowości poczynania zarządcy nieruchomości.²⁹ Problem jednak polega na tym, że nie wiadomo, który z dłużników jest zarządcą nieruchomości - nabywca czy dłużnik - i w związku z tym, któremu dłużnikowi sąd miałby odjąć zarząd w ewentualnym postanowieniu. Ponadto należy zauważyć, że decyzję w przedmiocie odjęcia dłużnikowi zarządu pozostawiono swobodnemu uznaniu sądu - nie ma on zatem żadnego obowiązku podjęcia takiej decyzji. Jak pokazuje praktyka, działania zmierzające do zmiany zarządcy, w tym zwłaszcza odjęcie zarządu dłużnikowi, występują niezwykle rzadko.³⁰ Podkreślić też trzeba, że aby odjąć zarząd dłużnikowi (lub osobie trzeciej) należy wykazać, że wymaga tego prawidłowe sprawowanie zarządu, a fakt, że istnieje wątpliwość, kto jest zarządcą nie musi oznaczać, że zarząd sprawowany jest nieprawidłowo.

6. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy stwierdzić, że istnieją pewne wątpliwości interpretacyjne, jeśli chodzi o uregulowanie sytuacji zmiany właściciela w toku egzekucji z nieruchomości oraz zagadnień związanych z zarządem zajętej nieruchomości, w tym ustanowieniem zarządcy. Powyższa analiza pozwala na wyciągnięcie wniosku, że w sytuacji, gdy po zbyciu przez dłużnika zajętej nieruchomości nabywca staje się dłużnikiem, w stosunku do którego prowadzona jest egzekucja z tej nieruchomości, zarząd nią powinien sprawować nabywca. Co prawda nie wskazuje na to bezpośrednio brzmienie przepisów, lecz wykładnia celowościowa zdaje się przemawiać za tym rozwiązaniem. Nie ulega jednak wątpliwości, że istnieje potrzeba sprecyzowania przepisów w tym zakresie. Jeżeli bowiem w trakcie postępowania egzekucyjnego pojawi się wątpliwość, kto sprawuje zarząd zajętej nieruchomości, może to przedłużyć i utrudnić prowadzenie tego postępowania.

²⁹R. Kowalkowski [w:] R. Kowalkowski, H. Langa-Bieszki, Z. Szczurek, Egzekucja z nieruchomości, Sopot 1996, s. 66

³⁰G. Julke, Zarząd nieruchomości..., dz. cyt., s.101

Katarzyna Rozmus – Grzesiak

O autorze

Katarzyna Rozmus-Grzesiak – doktorantka w Katedrze Prawa Rolnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, magister prawa, magister psychologii, odbyła aplikację sądową w okręgu Sądu Okręgowego w Krakowie, zakończoną egzaminem sędziowskim, obecnie pracuje w Sądzie Rejonowym dla Krakowa – Podgórze w Krakowie, ORCID:0000-0003-2807-1380

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza wybranych zagadnień dotyczących zarządu nieruchomością zajęłą w toku postępowania egzekucyjnego. Szczególną uwagę poświęcono tutaj zagadnieniu zbycia nieruchomości w trakcie postępowania egzekucyjnego i jego skutkom w zakresie sprawowania zarządu. Autorka zwróciła uwagę na pewne wątpliwości interpretacyjne dotyczące niektórych przepisów regulujących tą materię. Wskazała także na problemy, jakie mogą zaistnieć w sytuacji, gdy po zbyciu nieruchomości w toku egzekucji, jej nabywca stanie się dłużnikiem, przeciwko któremu prowadzone jest postępowanie egzekucyjne w stosunku do tej nieruchomości. Ze względu na fakt, że przepisy dotyczące zarządu zajęłą nieruchomością nie precyzują jednoznacznie, kto w takiej sytuacji powinien sprawować zarząd nieruchomością, autorka podjęła próbę analizy tego zagadnienia i wskazała jej zdaniem najbardziej racjonalny sposób interpretacji tych przepisów, zaznaczając jednak konieczność ich doprecyzowania przez ustawodawcę.

Słowa kluczowe

zarząd zajęłą nieruchomością, egzekucja, zmiana właściciela, dłużnik, zbywca, nabywca

Disposal of real estate in the course of the execution and its consequences in the field of real estate management

Katarzyna Rozmus – Grzesiak

Summary

The subject of this study is the analysis of selected issues concerning the management of the real estate occupied during the enforcement proceedings. Particular attention is paid here to the issue of the sale of real estate during the enforcement proceedings and its effects in the area of management. The author drew attention to some interpretation doubts regarding some of the provisions regulating this matter. She also pointed to problems that may arise in a situation where after the sale of the property during the execution, the buyer becomes a debtor against whom enforcement proceedings are conducted in relation to this property. Due to the fact that the regulations concerning the management of the occupied property do not clearly specify who should manage the real estate in such a situation, the author has attempted to analyze this issue and indicated in its opinion the most rational way of interpreting these provisions, however, indicating the need for further clarification by the legislator.

Key words

management of the property seized by the execution, the change of owner, the debtor, the seller, the buyer

***Wspieranie działalności innowacyjnej w świetle aktów normatywnych
wydawanych przez instytucje unijne oraz aktów polityki unijnej,
z uwzględnieniem prawa polskiego***

Wprowadzenie

Nowym modelem rozwoju gospodarczego jest model odpowiedzialnego rozwoju opartego na trwałym wzroście gospodarczym¹. Wymusza on przejście z gospodarki postindustrialnej do gospodarki innowacyjnej, opartej na nowych technologiach, wiedzy i kreującej wysokopłatne miejsca pracy. Państwo przy tym, zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i unijnej musi podjąć aktywną politykę innowacyjną.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie ram prawnych, w jakich państwo prowadzi politykę innowacyjną. Przy tym, analiza nie ograniczy się wyłącznie do polskich i unijnych aktów prawnych powszechnie obowiązujących, lecz zwrócona zostanie uwaga na aspekt aktów polityki o charakterze *soft law*. Dotychczas prowadzone przez doktrynę prawa badania nie poruszały niniejszego aspektu w zakresie polityki innowacyjnej państwa.

Polityka innowacyjna jest to świadoma i celowa działalność organów państwa, służąca rozwojowi systemu innowacji, tzn. systemu instytucji, umiejętności i zachęt (podatkowych, kredytowych) w celu wprowadzenia innowacji zwiększających konkurencyjność gospodarki i polepszających jakość życia społeczeństwa oraz zwiększania wzajemnych powiązań między nauką, techniką, rynkiem, administracją i edukacją². Realizacja tego celu polityki innowacyjnej wymaga stworzenia systemu środków i instrumentów z bardzo różnych sfer aktywności³. Mowa tu o edukacji na różnych poziomach kształcenia, o rozwoju nauki poprzez programy badawcze, grantach, o budowie infrastruktury działalności innowacyjnej⁴.

Przy tym, polityka państwa musi zmierzać do zapewnienia wzrostu gospodarczego opartego w większym stopniu na wiedzy, cyfryzacji i innowacyjności, uwzględniając, że zaostrza się

¹ Ministerstwo Rozwoju, *Strategia Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, ss. 418, <https://www.muir.gov.pl/media/48672/SOR.pdf>, 15.03.2019; D. Standerski, *Ocena Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju jako nowego modelu rozwoju na tle wcześniejszych strategii gospodarczych*, „Studia z Polityki Publicznej” nr 4, Warszawa 2017, s. 42 i nast.

² K. Kokocińska, *Podniesienie poziomu innowacyjności przedsiębiorstw – nowe zadania państwa*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 12, Warszawa 2006, s. 20 i nast.

³ Tamże.

⁴ Tamże. Jak wskazuje autorka, dotyczy to w szczególności tworzenia ośrodków specjalizujących się w działaniu na rzecz przedsiębiorczości, transferu technologii, i informacji oraz poprawy konkurencyjności gospodarki, a w szczególności parki technologiczne, sieci pomocy technicznej i technologicznej, centra innowacji i centra transferu technologii.

konkurencja zagraniczna, gospodarka się w coraz większym stopniu globalizuje, a po okresie kryzysu gospodarczego nie nastąpił wyraźny okres ożywienia. W konsekwencji, bez bodźców w tym zakresie prawdopodobny jest scenariusz w którym w średnio- i długoterminowej perspektywie w gospodarce wystąpi szereg negatywnych tendencji (np. pułapka średniego dochodu, czy rozwoju)⁵.

Należy wobec tego założyć, że zarówno Polska, jak i Unia Europejska powinna dołożyć wszelkich starań zmierzających do wspierania działalności innowacyjnej przedsiębiorców. Mając na względzie to założenie, w artykule przeanalizowane zostaną podstawy prawne wspierania działalności innowacyjnej na gruncie prawa unijnego, z uwzględnieniem prawa polskiego.

Unijne podstawy prawne

Istotnym obszarem działania Unii Europejskiej jest wspieranie działalności innowacyjnej, co znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w TFUE⁶ (art. 173, 179-189)⁷. W celu wspierania działalności innowacyjnej Unia Europejska podejmuje szereg działań, polegających między innymi na wykonywaniu programów badań oraz popieraniu współpracy w zakresie rozwoju technologicznego (art. 180 TFUE)⁸. Na ten cel udzielana jest także pomoc publiczna w rozumieniu art. 107 TFUE⁹.

Konieczność wspierania działalności innowacyjnej wyraźnie zaakcentowano w aktach prawnych wydawanych przez instytucje UE, m. in. w Rozporządzeniu Rady (UE) nr 2015/1588 z dnia 13 lipca 2015 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa¹⁰.

⁵ Ministerstwo Rozwoju, *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju...*, dz. cyt., ss. 418.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83 z 2010 r., s. 47; Dz. U. z 2004, Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm., dalej: TFUE.

⁷ W TFUE działalność innowacyjna została wskazana w art. 173 ust. 1, zgodnie z którym Unia i Państwa Członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii. W tym celu, zgodnie z systemem wolnych i konkurencyjnych rynków, ich działania zmierzają m. in. do: sprzyjania lepszemu wykorzystaniu potencjału przemysłowego polityk innowacyjnych, badań i rozwoju technologicznego.

⁸ W dążeniu do osiągnięcia tych celów Unia prowadzi następujące działania, które stanowią uzupełnienie działań podejmowanych przez Państwa Członkowskie: a) wykonywanie programów badań, rozwoju technologicznego i pokazowych, wraz z promowaniem współpracy z przedsiębiorstwami, ośrodkami badawczymi i uniwersytetami oraz między nimi; b) popieranie współpracy w dziedzinie unijnych badań, rozwoju technologicznego i pokazów z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi; c) upowszechnianie i optymalizację wyników działań w dziedzinie unijnych badań, rozwoju technologicznego i demonstracji; d) stymulowanie kształcenia i mobilności naukowców w Unii.

⁹ Działalność innowacyjna może być wspierana przy zastosowaniu różnych działań. Są to czynności faktyczne, przykładowo promocyjne, organizacyjne itp., jak również czynności prawne; przede wszystkim udzielanie pomocy publicznej przedsiębiorcom. Pomoc publiczna jest szczególnie istotna dla przedsiębiorców, w tym mikro, małych i średnich, ponieważ uzyskana przez nich korzyść w postaci pomocy publicznej poprawia ich sytuację na konkurencyjnym rynku.

¹⁰ Dz. Urz. UE, L z 2015 r., 248.1; zob. także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 1291/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. ustanawiające "Horyzont 2020" - program ramowy w zakresie badań naukowych i innowacji (2014-2020) oraz uchylające decyzję nr 1982/2006/WE, Dz. Urz. UE, L. 2013.347.104 oraz Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 1290/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. ustanawiające zasady uczestnictwa i upowszechniania dla

Z kolei, w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu¹¹, wskazuje się, że pomoc publiczna na wspieranie innowacyjności może przyczynić się do zrównoważenia wzrostu gospodarczego, wzmocnienia konkurencyjności i zwiększenia zatrudnienia¹².

W komunikacie Strategia Europa 2020¹³ Komisja Europejska wytyczyła kierunki polityki unijnej w zakresie wspierania działalności innowacyjnej w ramach przewodniego projektu „Unia Innowacji”. Komunikaty instytucji unijnych, które ze swej natury prawnej nie mają charakteru wiążącego, oddziałują na kształt polityki wspierania działalności innowacyjnej¹⁴, w tym na stanowienie prawa unijnego oraz krajowego. W Strategii Europa 2020 zostały zamieszczone wytyczne odnoszące się do ustawodawstwa, między innymi dotyczące zmniejszania obciążeń administracyjnych oraz wspierania przedsiębiorczości¹⁵.

W świetle regulacji wskazanych powyżej, w szczególności zawartych w TFUE i w aktach instytucji unijnych, nie budzi wątpliwości twierdzenie, że wspieranie działalności innowacyjnej stanowi ważny obszar działalności Unii Europejskiej.

Wspieranie działalności innowacyjnej stanowi ważny obszar działalności Unii Europejskiej

Biorąc pod uwagę powyższe, zgodnie z zasadą lojalnej współpracy¹⁶, Polska powinna wprowadzić wszelkie środki prawa krajowego niezbędne do wypełnienia tego zobowiązania¹⁷ (art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁸).

Pojęcie działalności innowacyjnej w prawie polskim

W polskim systemie prawnym brak jest ustawy, która kompleksowo regulowałaby zagadnienia związane ze wspieraniem działalności innowacyjnej oraz z realizowaniem unijnych

programu „Horyzont 2020” – programu ramowego w zakresie badań naukowych i innowacji (2014–2020) oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1906/2006, Dz. Urz. UE. L. 2013.347.81.

¹¹ Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014 r., str. 1, dalej: Rozporządzenie 651/2014.

¹² Por. pkt 45 preambuły Rozporządzenia 651/2014.

¹³ Por. przyjętą przez Komisję Europejską strategię Europa 2020 – Komunikat Komisji, *Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela 2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:52010DC2020>, 11.02.2019.

¹⁴ Por. K. Kokocińska, *Polityka regionalna w Polsce i w Unii Europejskiej*, Poznań 2010, s. 28-29.

¹⁵ Komunikat Komisji, *Europa 2020, Strategia...*, dz. cyt., s. 25.

¹⁶ A. Sikora, *Zasada efektywności prawa unijnego* [w:] Taż, *Sankcje finansowe w razie niewykonania wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 33 i nast., s. 38 i nast.

¹⁷ Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Zob. też art. 291 ust. 1 TFUE: *Państwa Członkowskie przyjmują wszelkie środki prawa krajowego niezbędne do wprowadzenia w życie prawnie wiążących aktów Unii*.

¹⁸ Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30.

polityk w tym zakresie. Ustawodawca wprowadził jedynie ustawę z dnia 30 maja 2008 r. o **niektórych formach** wspierania działalności innowacyjnej (dalej: NFWDzIU)¹⁹.

Ustawa ta nie może pełnić roli przepisów ogólnych w zakresie wspierania innowacyjności, chociażby dlatego, że obejmuje tylko „niektóre” formy²⁰ wspierania działalności innowacyjnej, co wskazuje, że istnieją jakieś formy „inne”. Ustawodawca w tytule ustawy posłużył się co prawda zwrotem „formy”, ale należy go utożsamiać z każdym działaniem, które jest podejmowane przez administrację gospodarczą, a zatem ze środkami działania administracji gospodarczej.

W przeciwieństwie do obecnych na gruncie prawa unijnego polityk innowacyjnych, w prawie polskim działalność innowacyjna posiada definicję legalną, zawartą w NFWDzIU. Mianowicie, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 NFWDzIU, działalność innowacyjna to działalność polegająca na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług. Powyższa definicja legalna jest dość nieprecyzyjna i zawiera cały szereg zwrotów, które wymagają wyjaśnienia. Jedynie pojęcie „nowa technologia” posiada definicję legalną (art. 2 ust. 1 pkt 9 NFWDzIU), podczas gdy pozostałe pojęcia, takie jak: „nowe towary”, „znacząco ulepszone towary”, „nowe usługi” czy „znacząco ulepszone procesy” wymagają klaryfikacji w ramach procesu wykładni prawniczej.

Towary, usługi lub procesy mogą być zrozumiałe już na poziomie zastosowania reguł językowych. Mianowicie, zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego „towar” to *wytwór pracy ludzkiej zaspokajający jakąś potrzebę człowieka, produkowany na sprzedaż, mający wartość rzeczową i użytkową*²¹. Powyższa definicja towarów jest szeroka i nie wydaje się, by ustawodawca w NFWDzIU ją jakoś ograniczył. Z pewnością też można zaproponować, by towary traktować jako rzeczy oraz ich części, a także wszelkie postacie energii²². Zgodnie z art. 45 Kodeksu cywilnego²³, rzeczami są tylko przedmioty materialne. Natomiast energia jest zaliczana w doktrynie prawa cywilnego do przedmiotów niematerialnych²⁴.

¹⁹ T. j. 2018, poz. 141 z późn. zm.

²⁰ Jak podkreśla K. Strzyczkowski, pojęciowo prawne formy działania administracji publicznej są oddzielane od (środków) form działania administracji publicznej. W praktyce organy administracji gospodarczej podejmują bardzo wiele różnorodnych działań, spełniających zróżnicowane funkcje, które są wyodrębniane ze względu na ich treść, nie zaś ze względu na kryteria prawne (nakazy i zakazy, subwencje, dotacje, subsydia, zezwolenia, koncesje, kary pieniężne). Formą (środkiem) działania jest więc zasadniczo każde zachowanie, które można zarachować na rzecz administracji publicznej, w tym gospodarczej. Por. interesujący artykuł K. Strzyczkowskiego dotyczący prawnych form działania w publicznym prawie gospodarczym: K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej* [w:] B. Popowska (red.), K. Kokocińska (red.) *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, Poznań 2009, s. 35-63.

²¹ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1993, tom III, s. 517.

²² Por. art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2174 z późn. zm.

²³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm., dalej: k.c.

²⁴ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 128-129.

Z kolei, „usługa”, zgodnie z definicją słownikową, to *działalność służąca do zaspokajania potrzeb ludzkich*²⁵. Wreszcie, „proces” to „przebieg następujących po sobie i powiązanych przyczynowo określonych zmian, stanowiących stadia, fazy, etapy rozwoju czegoś; przebieg, rozwijanie się, przeobrażanie czegoś”²⁶.

Wyjaśnienia wymaga również definicja nowej technologii. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 NFWDzIU, przez nową technologię rozumie się technologię w postaci prawa własności przemysłowej²⁷ lub wyników prac rozwojowych, lub wyników badań aplikacyjnych, lub nieopatentowanej wiedzy technicznej, która umożliwia wytwarzanie nowych lub znacząco ulepszonych, w stosunku do dotychczas wytwarzanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, towarów, procesów lub usług²⁸.

Definicja legalna niedostatecznie wyjaśnia pojęcie nowej technologii, ponieważ ustawodawca również w tym wypadku tłumaczy nieznaną przez nieznaną, posługując się przykładowo sformułowaniem „nowe lub znacząco ulepszone towary”. Zatem, w przypadku definicji nowej technologii ustawodawca dopuszcza się pewnego błędu w definiowaniu *ignotum per ignotum*²⁹.

Nowelizacją NFWDzIU, która weszła w życie 5 września 2015 r. zmieniono brzmienie definicji nowej technologii poprzez zastąpienie pojęcia *usługi badawczo-rozwojowej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług* pojęciem *wyników prac rozwojowych i wyników badań przemysłowych*³⁰. Zgodnie z uzasadnieniem do nowelizacji³¹, dotychczasowe pojęcie usługi badawczo-rozwojowej³² zawężyło katalog możliwych do wdrożenia technologii, jedynie do opracowanych technologii, jako usługi na zlecenie innego podmiotu przez podmiot statutowo

²⁵ M. Szymczak, *Słownik...*, dz. cyt., tom III, s. 623.

²⁶ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1993, tom II, s. 926.

²⁷ Zgodnie z ustawą z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 776 z późn. zm., do praw własności przemysłowej należy zaliczyć m. in. wynalazki, znaki towarowe, wzory użytkowe, wzory przemysłowe, topografie układów scalonych i projekty racjonalizatorskie (por. art. 1 pkt 1 i 2 przedmiotowej ustawy).

²⁸ Według znowelizowanej ustawy NFWDzIU (zmienionej ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej oraz ustawy o Krajowym Funduszu Kapitałowym, Dz. U. z 2015 r., poz. 1308. Nowelizacja weszła w życie 5 września 2015 r. Następnie przedmiotowa definicja została zmieniona z dniem 1 października 2018 r. art. 111 ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz. U. z 2018 r., poz. 1669 poprzez zastąpienie „wyników badań przemysłowych” wynikami badań aplikacyjnych.

²⁹ Szerzej na temat błędów w definiowaniu por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2004, s. 52 i nast.

³⁰ *W związku ze zmianą definicji „badań przemysłowych” i „prac rozwojowych”, a także faktem, że przedmiotem dofinansowania niektórych działań PO IG (np. działania 1.4) były projekty obejmujące prowadzenie zarówno prac rozwojowych, jak i badań przemysłowych, proponuje się dodanie do definicji „nowej technologii” również „wyników badań przemysłowych”* (Uzasadnienie do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej oraz ustawy o Krajowym Funduszu Kapitałowym, s. 4, por. druk sejmowy nr 3658).

³¹ Por. *Uzasadnienie...*, dz. cyt., druk sejmowy nr 3658, s. 3 i nast.

³² Warto w tym miejscu wskazać niekonsekwencję ustawodawcy. W uzasadnieniu do pierwotnej wersji NFWDzIU (Sejm VI kadencji, nr druku 140) wskazano, że: *zmiana polegająca na zastąpieniu sformułowania „wyniki badań i prac badawczo-rozwojowych” pojęciem „usługi badawczo-rozwojowe”, które jest już używane w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, ma na celu uniknięcie dwuznaczności interpretacyjnych.*

świadczący usługi badawczo-rozwojowe³³. Nie uwzględniała wyników prac własnych jednostek naukowych³⁴. Zmianą z dnia 1 października 2018 r. zastąpiono w definicji nowej technologii wyniki badań przemysłowych wynikami prac aplikacyjnych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce³⁵, badania aplikacyjne należy rozumieć jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń. Z kolei, prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń (art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 10 NFWDzIU).

W znowelizowanym w 2015 r. brzemieniu definicji wykreślono sformułowanie, że za nową technologię uważa się technologię, która nie jest stosowana na świecie dłużej niż 5 lat. Dodano zaś fragment *w stosunku do dotychczas wytwarzanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*. Powyższą zmianę należały ocenić pozytywnie. Przy dzisiejszym postępie technicznym i globalizacji gospodarki, w niektórych branżach (np. informatycznej, zbrojeniowej, czy farmaceutycznej) okres 5 lat wydawał okresem się zbyt długim. Konsekwencją powyższego unormowania mogło być nabywanie i opracowywanie przez przedsiębiorców teoretycznie innowacyjnych (w rozumieniu ustawy), a faktycznie przestarzałych technologii.

Unijna i krajowa polityka w zakresie wspierania działalności innowacyjnej

Podjęcie i prowadzenie działalności innowacyjnej jest istotnym obszarem działania Unii Europejskiej. Na powyższe wskazują przepisy TFUE, jak również rozporządzeń unijnych. Zgodnie z art. 173 ust. 1 TFUE, Unia i Państwa Członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii. W tym celu, zgodnie z systemem wolnych i konkurencyjnych rynków, ich działania zmierzają m. in. do: sprzyjania lepszemu wykorzystaniu potencjału przemysłowego polityk innowacyjnych, badań i rozwoju technologicznego. Na podstawie art. 173 TFUE, Rada wydała Rozporządzenie 1291/2013. Zgodnie z art. 5 ust. 1 Rozporządzenie 1291/2013, celem ogólnym programu „Horyzont 2020” jest przyczynianie się do zbudowania społeczeństwa i gospodarki opartych na wiedzy i innowacjach w Unii poprzez pozyskanie dodatkowych nakładów na badania, rozwój i innowacje, wnosząc w ten

³³ *Uzasadnienie...*, dz. cyt., s. 3.

³⁴ Tamże.

³⁵ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. 2018, poz. 1668).

sposób wkład w osiągnięcie celów w zakresie badań i rozwoju, w tym założonego celu wydatkowania 3 % PKB na finansowanie badań naukowych i rozwoju w całej Unii do 2020 r.

Polityka innowacyjna znalazła się również w przyjętej przez Komisję Europejską strategii Europa 2020, której celem jest stworzenie i rozwój konkurencyjnej i innowacyjnej gospodarki w ramach przewodniego projektu „Unia Innowacji”³⁶. Z kolei, w pkt 8 preambuły do Rozporządzenia Rady (UE) 2015/1588 z dnia 13 lipca 2015 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa wskazano, że w kontekście „Unii Innowacji”, jednej z inicjatyw przewodnich strategii Europa 2020, działalność innowacyjna stała się jednym z priorytetów polityki unijnej.

W Rozporządzeniu 651/2014 w pkt 45 preambuły wskazano, że pomoc na działalność badawczą i rozwojową oraz pomoc na wspieranie innowacyjności może przyczynić się do zrównoważenia wzrostu gospodarczego, wzmocnienia konkurencyjności i zwiększenia zatrudnienia. Rozporządzenie 651/2014 w kontekście działalności badawczej, rozwojowej i innowacyjnej wyróżnia następujące rodzaje pomocy: pomoc inwestycyjna na infrastrukturę badawczą (art. 26 Rozporządzenia), pomoc dla klastrów innowacyjnych (art. 27 Rozporządzenia), pomoc dla MŚP³⁷ na wspieranie innowacyjności (art. 28 Rozporządzenia), pomoc na innowacje procesowe i organizacyjne (art. 29 Rozporządzenia).

Działalność innowacyjna odgrywa znaczącą rolę w nowoczesnej gospodarce opartej na wiedzy. Taka działalność wpływa na konkurencyjność gospodarki. Przy tym, nie można działalności innowacyjnej utożsamiać z konkurencyjnością, ponieważ na konkurencyjność gospodarki ma wpływ wiele innych czynników. Należy jednak podkreślić, że działalność innowacyjna wymaga znacznych nakładów finansowych oraz wiąże się z wysokim ryzykiem inwestycyjnym. Ryzyko to może zniechęcać potencjalnych przedsiębiorców do podejmowania tego rodzaju działalności, pomimo że stopa zwrotu takiej inwestycji może być niezwykle wysoka. Powyższe powody, jak również konieczność wdrażania przez Polskę Strategii Europa 2020, uzasadnia podjęcie przez państwo działań poprzez udzielanie wsparcia na działalność innowacyjną przedsiębiorców³⁸.

Powyżej wskazane udzielanie wsparcia można uznać za realizację polityki innowacyjności. Można zaryzykować twierdzenie, że prowadzenie polityki innowacyjności stanowi istotny element prowadzenia polityki gospodarczej państwa. Jak wskazuje K. Kokocińska, powyższe pojęcie nie

³⁶ Por. przyjętą przez Komisję Europejską strategię Europa 2020, gdzie położono nacisk na stworzenie i rozwój konkurencyjnej i innowacyjnej gospodarki w ramach przewodniego projektu „Unia Innowacji” - Komunikat Komisji, *Europa 2020, Strategia...*, dz. cyt., s. 1 i nast.

³⁷ Mikroprzedsiębiorstwo, małe przedsiębiorstwo lub średnie przedsiębiorstwo w rozumieniu Załącznika I do rozporządzenia 651/2014.

³⁸ Na temat ingerencji państwa w gospodarkę por. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł konkurencji*, Poznań 2007, s. 10-11.

doczekało się definicji legalnej, ponadto żadnemu podmiotowi administracji gospodarczej nie została przyznana kompetencja do realizacji takiej polityki³⁹. K. Kokocińska podjęła próbę zdefiniowania polityki innowacyjnej, wskazując, że polityka innowacyjna jest to świadoma i celowa działalność organów państwa, służąca rozwojowi systemu innowacji, tzn. systemu instytucji, umiejętności i zachęt (podatkowych, kredytowych) w celu wprowadzenia innowacji zwiększających konkurencyjność gospodarki i polepszających jakość życia społeczeństwa oraz zwiększania wzajemnych powiązań między nauką, techniką, rynkiem, administracją i edukacją⁴⁰. Realizacja tego celu polityki innowacyjnej wymaga stworzenia systemu środków i instrumentów z bardzo różnych sfer aktywności⁴¹. Jak już wspomniano na wstępie, mowa tu o edukacji na różnych poziomach kształcenia, o rozwoju nauki poprzez programy badawcze, grantach, o budowie infrastruktury działalności innowacyjnej⁴².

Samo pojęcie innowacyjności, podobnie jak polityka innowacyjna, również nie posiada definicji legalnej, jednakże często występuje w aktach programowania o różnym charakterze prawnym, np. strategii rozwoju, programy. Zgodnie z jedną ze strategii rządowych, przez innowacyjność gospodarki należy rozumieć zdolność i motywację podmiotów gospodarczych do ustawicznego poszukiwania i wykorzystywania w praktyce wyników prac badawczych i rozwojowych, nowych koncepcji, pomysłów i wynalazków⁴³.

Wspieranie działalności innowacyjnej pełni istotną rolę w polityce państwa. W Krajowym Programie Reform na rzecz realizacji strategii „Europa 2020”⁴⁴ wskazuje się w wielu miejscach na konieczność zwiększenia innowacyjności⁴⁵. Podobnie, nacisk na działalność innowacyjną położono w Strategii Polska 2030⁴⁶.

Ramy proceduralne wspierania działalności innowacyjnej

Państwa członkowskie samodzielnie regulują normatywnie procedury, formy prawne oraz środki przyznawania pomocy publicznej na działalność innowacyjną. Jednakże, w aktach unijnych

³⁹ Por. K. Kokocińska, *Podniesienie...*, dz. cyt., s. 20 i nast.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Tamże.

⁴² Tamże. Jak wskazuje autorka, dotyczy to w szczególności tworzenia ośrodków specjalizujących się w działaniu na rzecz przedsiębiorczości, transferu technologii, i informacji oraz poprawy konkurencyjności gospodarki, a w szczególności parki technologiczne, sieci pomocy technicznej i technologicznej, centra innowacji i centra transferu technologii.

⁴³ Uchwała nr 7 Rady Ministrów w sprawie Strategii Innowacyjności i Efektywności Gospodarki. „Dynamiczna Polska 2020”, Monitor Polski 2013, poz. 73, s. 4-9 i nast.

⁴⁴ Aktualizacja 2018/2019 przyjęta przez Radę Ministrów 23 kwietnia 2018 r.

⁴⁵ Por. w Krajowym Programie Reform na rzecz realizacji strategii „Europa 2020”, Aktualizacja 2018/2019, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-national-reform-programme-poland-pl_1.pdf, 12.02.2019, s. 9 i nast.

⁴⁶ Uchwała nr 16 Rady Ministrów z dnia 5 lutego 2013 r. w sprawie przyjęcia Długookresowej Strategii Rozwoju Kraju. Polska 2030. Trzecia Fala Nowoczesności, Monitor Polski 2013, poz. 121.

z zakresu *soft law*⁴⁷ zawarto istotne wytyczne, jakie powinny być ramy proceduralne wspierania działalności innowacyjnej. Przykładowo, Parlament Europejski postuluje *uproszczenie procedur składania wniosków i zawierania umów oraz większą swobodę dla uczestników w zakresie organizacji projektów, zarządzania nimi i wyboru partnerów*⁴⁸. Z kolei, Komisja Europejska stoi na stanowisku, że: *Do warunków wstępnych atrakcyjności i przystępności [finansowania z funduszy publicznych inicjatyw dotyczących badań naukowych i innowacji] należy przejrzystość celów i narzędzi; ogólne zorientowanie inicjatyw i metod ich wykonania na uczestników; spójność i stałość obowiązujących reguł i warunków; a także lekki i sprawny przebieg procedur i procesów administracyjnych – od złożenia wniosku poczynając, a na sprawozdawczości i kontroli kończąc*⁴⁹. Ponadto KE wskazuje, że narastająca różnorodność środków wspierania działalności innowacyjnej może rodzić utrudnienia dla beneficjentów, a także powodować brak przejrzystości⁵⁰.

W związku z koniecznością wykonywania przez Rzeczpospolitą Polską jako Państwo Członkowskie Unii Europejskiej zobowiązań wynikających z realizacji polityki na rzecz wzrostu, niezbędne stało się podjęcie aktywności państwa w obszarze wspierania działalności innowacyjnej

Podsumowanie

Z powyżej przeanalizowanych unijnych polskich i unijnych aktów normatywnych wynika, że wspierania działalności innowacyjnej stanowi istotne zadanie nie tylko Unii Europejskiej, ale także wszystkich Państw Członkowskich, w tym także Polski. W związku z koniecznością wykonywania przez Rzeczpospolitą Polską jako Państwo Członkowskie Unii Europejskiej zobowiązań wynikających z realizacji polityki na rzecz wzrostu, niezbędne stało się podjęcie aktywności państwa w obszarze wspierania działalności innowacyjnej.

⁴⁷ Do *soft law* w działalności innowacyjnej można zliczyć komunikaty, opinie i zalecenia, które choć ze swej natury prawnej nie mają charakteru wiążącego, oddziałują na kształt polityk unijnych (por. K. Kokocińska, *Polityka regionalna...*, dz. cyt., s. 28-29). Por. też Komunikat KE Inwestycje w badania naukowe – Plan działań dla Europy COM (2003) 226 z dnia 4 czerwca 2003 r., jak również Komunikat KE do Rady, parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów Wykorzystanie wiedzy w praktyce: Szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE COM (2006) 502, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0502&from=BG>, 11.02.2019.

⁴⁸ Pkt 58 Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 27 września 2011 r. w sprawie zielonej księgi: Jak zmienić wyzwania w możliwości: wspólne ramy strategiczne dla finansowania unijnego na rzecz badań naukowych i innowacji (2011/2107 INI), P7_TA(2011)0401, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011IP0401&from=DE>, 11.02.2019.

⁴⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów - O uproszczeniach w realizacji programów ramowych w zakresie badań naukowych, COM/2010/0187 z dnia 29 kwietnia 2010 r., <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0187:FIN:PL:PDF>, 11.02.2019.

⁵⁰ *Ibidem*. Warto wskazać, że istnieją inne dokumenty unijne dotyczące wspierania działalności innowacyjnej [Badania i innowacje]. Pełny ich wykaz został opublikowany: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/research_innovation.html?root_default=SUM_1_CODED%3D27,SUM_2_CODED%3D2701&locale=pl, 11.02.2019.

Z kolei, z niewiążących dokumentów o charakterze *soft law* wynika, że stosowane procedury powinny być sprawne i uproszczone, a środki i prawne formy jak najmniej różnorodne i nieskomplikowane. Środki wspierania działalności innowacyjnej powinny tworzyć zwartą, jednorodną grupę środków, którą charakteryzuje spójność.

Z unijnych i z polskich regulacji prawnych wyłaniają się bardzo skomplikowane, choć w miarę spójne ramy prawne wspierania działalności innowacyjnej. Intensyfikacja instrumentów wsparcia ma umożliwić Unii Europejskiej i jej Państwom Członkowskim zwiększenie konkurencyjności, adaptacyjności i elastyczności gospodarki wobec wyzwań dynamicznie zmieniającego się świata.

Wspieranie działalności innowacyjnej w świetle aktów normatywnych wydawanych przez instytucje unijne oraz aktów polityki unijnej, z uwzględnieniem prawa polskiego

Paweł Sancewicz

O autorze

Paweł Sancewicz jest doktorem nauk prawnych i doradcą podatkowym. Realizuje projekt badawczy w Katedrze Prawa Publicznego i Komunalwissenschaftliches Institut na Uniwersytecie w Poczdamie w ramach stypendium Fritz Thyssen Stiftung. Obronił pracę doktorską dotyczącą prawnych form wspierania działalności innowacyjnej.

Streszczenie

Nowym modelem rozwoju gospodarczego jest model odpowiedzialnego rozwoju opartego na trwałym wzroście gospodarczym. Wymusza on przejście z gospodarki postindustrialnej do gospodarki innowacyjnej, opartej na nowych technologiach, wiedzy i kreującej wysokopłatne miejsca pracy. Państwo przy tym, zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i unijnej musi podjąć aktywną politykę innowacyjną. Polityka państwa musi zmierzać do zapewnienia wzrostu gospodarczego opartego w większym stopniu na wiedzy, cyfryzacji i innowacyjności, uwzględniając, że zaostrza się konkurencja zagraniczna, gospodarka się w coraz większym stopniu globalizuje, a po okresie kryzysu gospodarczego nie nastąpił wyraźny okres ożywienia. W konsekwencji, bez bodźców w tym zakresie prawdopodobny jest scenariusz w którym w średnio- i długoterminowej perspektywie w gospodarce wystąpi szereg negatywnych tendencji (np. pułapka średniego dochodu, czy rozwoju).

W niniejszym artykule wykazano, że zarówno Polska, jak i Unia Europejska prowadzi politykę innowacyjną przy zastosowaniu różnorodnych środków prawnych, w tym środków z zakresu soft law.

Z przeanalizowanych w artykule unijnych polskich i unijnych podstaw normatywnych wynika, że wspierania działalności innowacyjnej stanowi istotne zadanie nie tylko Unii Europejskiej, ale także wszystkich Państw Członkowskich, w tym także Polski. Z unijnych i z polskich regulacji prawnych wyłaniają się bardzo skomplikowane, choć w miarę spójne ramy prawne wspierania działalności innowacyjnej. Ramy proceduralne natomiast wymagają ciągłych prac w tym zakresie.

Słowa kluczowe

działalność innowacyjna, polityki innowacyjne, soft law, pomoc publiczna

Dodatkowe informacje

Niniejszy artykuł powstał w ramach stypendium ufundowanego przez fundację Fritz Thyssen Stiftung, w ramach postępowania o sygn. 40.18.0.011RE na pobyt badawczy w Kommunalwissenschaftliches Institut (KWI) der Universität Potsdam.

Supporting innovative activity in the light of the normative acts issued by EU institutions and EU soft law with overview on Polish law

Paweł Sancewicz

Summary

The model of sustainable development based on sustainable economic growth is a new model of an economic development. It forces the transition from a post-industrial economy to an innovative economy, based on new technologies, knowledge and which creates high-paid jobs. At the same time, the state, both at the national and EU level, must pursue an active innovation policy. State policy must aim to ensure growth based more on knowledge, digitization and innovation, taking into account that foreign competition is intensifying, the economy is increasingly globalizing, and after the economic crisis there has been no clear period of economic recovery. Consequently, without stimulation in this respect, a scenario is likely in which, in the medium and long-term perspective, a number of negative trends will appear in the economy (eg. medium income trap or development trap). The analyze in the article confirmed that supporting innovative activity is an important task not only for the European Union, but also for all Member States, including Poland. From the EU and Polish legal regulations emerges a very complicated, though coherent legal framework for supporting innovative activity. The procedural framework, however, requires constant development in this area. Hence, innovation policy is conducted not only with help of legal regulation, but also with use of various measurements, which should be deemed as soft law.

Key words

innovative activity, innovation policies, soft law, state aid

Zagraniczne dowody na wyciągnięcie ręki? Wybrane problemy związane ze stosowaniem Europejskiego Nakazu Dochodzeniowego

Europejski Nakaz Dochodzeniowy (dalej: nakaz, END) został transponowany do polskiego porządku prawnego¹ na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 3 kwietnia 2014 r. nr 2014/41/UE w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych². Nakaz łączy koncepcje wzajemnego uznawania orzeczeń z tradycyjnym modelem współpracy międzynarodowej, opartej na zasadzie wnioskowej oraz wprowadza daleko idące ułatwienia w podejmowaniu czynności dowodowych za granicą oraz przekazywaniu dowodów już istniejących. Nakaz to w istocie orzeczenie sądowe wydane lub zatwierdzone przez organ wymiaru sprawiedliwości jednego państwa członkowskiego w celu wezwania innego państwa do przeprowadzenia czynności dochodzeniowych na potrzeby uzyskania materiału dowodowego w sprawach karnych. Znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy powstanie konieczność przeprowadzenia czynności dowodowej w innym państwie bądź przekazania z tego państwa już istniejącego dowodu. Jego celem jest również zabezpieczenie dowodów przed zniekształceniem, utratą bądź zniszczeniem. Wydanie END jest możliwe jeżeli prawo krajowe dopuszcza przeprowadzenie lub uzyskanie takiego dowodu, jak również gdy jego zastosowanie jest proporcjonalne i konieczne dla celów toczącego się postępowania.

Niniejszy artykuł podejmuje problematykę jednego z najważniejszych elementów współpracy sądowej w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych, jakim jest transgraniczne gromadzenie materiału dowodowego. Z uwagi na swobodę podróżowania, osiedlania się i podejmowania pracy, zagadnienie to zyskało szczególne znaczenie w Unii Europejskiej. Transgraniczna współpraca na etapie postępowania dowodowego ma charakter dynamiczny i rozwojowy, a Europejski Nakaz Dochodzeniowy stanowi jeden z ważniejszych, ale zapewne nie ostatni krok na drodze do skuteczniejszej współpracy wewnątrzspółnotowej w ramach gromadzenia dowodów, a w konsekwencji do efektywnego zwalczania przestępczości transgranicznej.

¹ Europejski Nakaz Dochodzeniowy został wprowadzony do polskiego kodeksu postępowania karnego na podstawie Ustawy z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 201).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 130, str. 1 z późn. zm.).

1. Wstęp

Rozdziały 62c i 62d ustawy z dnia 6 czerwca 1997 Kodeks postępowania karnego³ (dalej: k.p.k.) są wynikiem transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 3 kwietnia 2014 r. nr 2014/41/UE w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (dalej: dyrektywa 2014/41/UE), która opiera się na zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych w zakresie pozyskiwania materiału dowodowego na potrzeby postępowania karnego. Zastępuje obowiązujące systemy wzajemnej pomocy prawnej w zakresie gromadzenia dowodów, mianowicie konwencję UE o wzajemnej pomocy prawnej z 2000 r. oraz decyzję ramową 2003/577/WSiSW w sprawie zabezpieczenia mienia.

Dyrektywa 2014/41/UE stanowi odpowiedź na nieefektywną jak dotąd współpracę w ramach postępowania dowodowego na obszarze Unii Europejskiej⁴. Wprowadza przede wszystkim możliwość gromadzenia i transferowania dowodów nie tylko na podstawie klasycznej pomocy⁵ prawnej, ale przede wszystkim za pomocą END czyli orzeczenia sądowego wydanego lub zatwierdzonego przez organ wymiaru sprawiedliwości jednego państwa członkowskiego (państwa wydającego) w celu wezwania innego państwa członkowskiego (państwa wykonującego) do przeprowadzenia jednej lub kilku określonych czynności dochodzeniowych w celu, uzyskania materiału dowodowego zgodnie z dyrektywą 2014/41/UE.

Z przedstawionej definicji *prima facie* wynika, że END jest przede wszystkim wnioskiem o przeprowadzenie czynności dochodzeniowej – istoty nakazu, który jest skoncentrowany nie tylko na samym dowodzie ale również na sposobie jego uzyskania⁶. Podkreślenie znaczenia sposobu uzyskania dowodu ma być kryterium odróżniającym nakaz od tradycyjnego wniosku o pomoc prawną⁷. Dyrektywa 2014/41/UE pomimo, że odwołuje się często do czynności dochodzeniowej nie wprowadza jej definicji legalnej, a i sam nakaz co prawda różni się od klasycznej pomocy prawnej, niemniej nie wprowadza rewolucyjnych zmian w zakresie transgranicznego postępowania przygotowawczego. Te ostatnie miałyby miejsce dopiero wówczas, gdyby państwo wykonujące było bezwarunkowo związane END w zakresie sposobu pozyskania bądź uznania dowodu. Niniejsza praca jest próbą analizy wybranych wątków związanych ze stosowaniem END, w szczególności, w zakresie odmowy wykonania nakazu. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na szczegółową analizę wszystkich elementów nakazu, a konieczność analizy przesłanek odmowy wykonania nakazu jest szczególnie ważna w kontekście ułatwienia transgranicznej współpracy na

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 z późn. zm.).

⁴ M. Kusak, *Europejski Nakaz Dochodzeniowy w praktyce*, System Informacji Prawnej LEX, Warszawa 2018.

⁵ Klasyczna pomoc prawna nie została całkowicie wyłączona przez END. Będzie ona obowiązywać przy współpracy z państwami spoza UE oraz tymi w ramach UE, które nie ratyfikowały dyrektywy 2014/41/UE.

⁶ G. Krysztofiuk, *Europejski nakaz dochodzeniowy*, „Prokuratura i Prawo”, 2015, nr 12. s. 74 i n.

⁷ A. Farries, *The European Investigation Order: Stepping Forward with Care*, „New Journal of European Criminal Law”, 2010, nr 4, s. 432

etapie postępowania dowodowego i w konsekwencji pełnej realizacji zasady wzajemnego uznawania w sprawach karnych⁸.

Można domniemywać, że END ma szanse na odniesienie sukcesu porównywalnego z Europejskim Nakazem Aresztowania (dalej ENA)⁹, zwłaszcza że można odnieść wrażenie, iż prawodawcy unijni nie powielili błędów, które pojawiły się w decyzji ramowej dotyczącej ENA. Przykładowo, END akcentuje równość oskarżonego i oskarżyciela publicznego (art. 1 ust. dyrektywy 2014/41/UE), czego w pierwotnej wersji nie czynił ENA. Jednakże, należy mieć na uwadze, że transgraniczne gromadzenie materiału dowodowego, jest procesem dynamicznym i rozwojowym. Zatem, w przyszłości zapewne konieczne będzie zmodyfikowanie END w celu jego dostosowania do zmieniającej się rzeczywistości zarówno prawnej, jak również politycznej i społecznej.

2. Wzajemne uznawanie dowodów w ramach END

Transgraniczne postępowanie dowodowe jest newralgicznym obszarem współpracy europejskiej, bowiem dowody są wypadkową tradycji i porządku prawnego każdego państwa, a sposób ich pozyskiwania może utrudniać późniejsze wykorzystanie w procesach innych państw¹⁰. Ponadto, państwa nie są skłonne do wdrażania działań ukierunkowanych na ujednoczenie reguł pozyskiwania dowodów na potrzeby postępowań międzynarodowych. Świadczy o tym choćby fakt, że na etapie prac legislacyjnych nad dyrektywą ws. END nie brały udziału Dania i Irlandia. Co więcej na etapie implementacji, niektóre państwa miały problemy z efektywnym wdrożeniem przepisów o END. Artykuł 33 dyrektywy 2014/41/UE wskazuje, że do 22 maja 2017 r., państwa członkowskie miały czas na implementację przepisów w niej zawartych. Tymczasem, polski Sejm przyjął nowelizację w sprawie END dopiero 8 grudnia 2017 r., a przepisy kodeksu postępowania karnego, zawierające rozwiązania wprowadzające w życie END¹¹ zaczęły obowiązywać 28 lutego 2018 r. Poza pracami legislacyjnymi, problemy występują także na płaszczyźnie praktycznego stosowania nakazu. Przykładowo, polska prokuratura w kwietniu 2018 r. wystąpiła do strony chorwackiej o wydanie END w sprawie Stanisława Gawłockiego i jak wynika z doniesień

⁸ Wzajemne uznawanie polega na akceptacji przez państwo uznające faktu obowiązywania czynności procesowej dokonanej przez organ innego państwa oraz dopuszczeniu do wywoływania przez tę czynność określonych skutków w państwie uznającym (por. Z. Barwina, *Zasada wzajemnego uznawania w sprawach karnych*, System informacji prawnej Lex, Warszawa 2012).

⁹ Decyzję ramową nr 2002/584/WSiSW z dnia 25 września 2001 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania pomiędzy państwami członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190 z dnia 18 lipca 2002 r

¹⁰ M. Kusak, *Postępowanie karne w sprawach międzynarodowych. Podręcznik praktyczny*, Warszawa 2017, s. 44 i n.

¹¹ Ustawa z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 201).

prasowych¹² musiała czekać ponad 4 miesiące na jakiegokolwiek decyzje w sprawie, bowiem Chorwacja nie implementowała skutecznie nakazu. Niechęć państw członkowskich do ujednoczenia reguł postępowania dowodowego, ilustrują również prace nad powołaniem Prokuratury Europejskiej¹³. W październiku 2017 r. państwa członkowskie przyjęły Rozporządzenie Rady (UE) 2017/1939 z dnia 12 października 2017 r.¹⁴ wdrażające wzmocnioną współpracę w zakresie ustanowienia Prokuratury Europejskiej. Niestety, współpracy w tym zakresie nie zadeklarowała Polska, Holandia, Irlandia, Malta, Węgry oraz Szwecja, twierdząc min. że kompetencje Prokuratora Europejskiego (tj. możliwość dochodzenia, ścigania i stawiania przed sądem sprawców i współsprawców przestępstw naruszających interesy finansowe Unii) są za szerokie i zbyt ingerują w krajowe postępowania karne.

W efekcie gromadzenie, jak i wykorzystanie dowodów pozyskanych w postępowaniu transgranicznym rodzi wiele problemów zarówno praktycznych jak i teoretycznych. Wątpliwości mogą powstać w sytuacji gdy czynność wnioskowana przez państwo wzywające nie jest dopuszczalna na takich samych warunkach w państwie wezwanym. Poza tym problemy związane z wykorzystaniem dowodów mogą wynikać z różnic w zakresie organów uprawnionych do dokonywania poszczególnych czynności w różnych państwach członkowskich.

Odpowiedzią na zasygnalizowane problemy ma być szeroki zakres przedmiotowy nakazu, obejmujący nie tylko przekazywanie dowodów rzeczowych posiadanych przez Państwo członkowskie, ale wprowadzający również regulacje dotyczące czynności dochodzeniowych. Zgodnie z art. 3 dyrektywy 2014/41/UE, nakazowi podlega każda czynność dochodzeniowa, poza utworzeniem wspólnego zespołu dochodzeniowo-śledczego oraz gromadzeniem materiału dowodowego w jego ramach (chyba że zespół potrzebuje pomocy ze strony państwa członkowskiego innego niż państwa, które go ustanowiły)¹⁵ oraz poza obserwacją transgraniczną¹⁶. Szerokie zastosowanie obejmujące niemal wszystkie czynności dowodowe jest podstawową zaletą nakazu i daje możliwości do pogłębionej współpracy państw członkowskich¹⁷.

¹² K. Zasada, *Chorwaci wciąż nie zrealizowali nakazu dochodzeniowego ws. Stanisława Gawłowskiego*, https://www.rmfm24.pl/fakty/polska/news-chorwaci-wciaz-nie-zrealizowali-nakazu-dochodzeniowego-ws-st,nId,2615810#utm_source=paste&utm_medium=paste&utm_campaign=chrome, 22.04.2019.

¹³ Prokuratura Europejska – jest to organ UE powołany do prowadzenia dochodzeń w przestępstwach przeciwko budżetowi UE i oszustw w zakresie podatku VAT. Jego kompetencje wynikają z art. 86 TFUE, a przewidywany początek działalności powyższej jednostki datuje się na 2020 r. (por. G. Krzysztofiuk, *Projekt ustanowienia Prokuratury Europejskiej*, „Prokuratura i Prawo 2015”, nr 9, s. 135-156.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (UE) 2017/1939 z dnia 12 października 2017 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w zakresie ustanowienia Prokuratury Europejskiej (OJ L 283, 31.10.2017, p. 1–71)

¹⁵ Wspólne zespoły dochodzeniowo-śledcze są uregulowane w art. 13 konwencji z 2000 r. oraz decyzji ramowej nr 2002/465/WSiSW z dnia 1 czerwca 2002 r. w sprawie wspólnych zespołów dochodzeniowo-śledczych, Dz. Urz. UE L 162 z dnia 20 czerwca 2002 r.

¹⁶ G. Krzysztofiuk, *Europejski...*, dz. cyt., s.82 i n.

¹⁷ Dla porównania, poprzedni instrument prawny, tj. Europejski nakaz dowodowy dotyczy jedynie dowodów, które znajdują się w posiadaniu organu wykonującego. Przy pomocy nakazu dowodowego można tym samym wnosić o

Jednakże konstrukcja END nie jest pozbawiona wad. Tak jak wskazałam powyżej, dyrektywa 2014/41/UE nie definiuje pojęcia *czynność dochodzeniowa*. W konsekwencji zakres zastosowania END odnośnie do tych czynności jest niedookreślony, co może powodować niepewność prawa i naruszać jego jednolitość. Co więcej, nakaz faktycznie jest oparty na zasadzie *forum regit actum* zgodnie z którą czynności procesowe w ramach współpracy międzynarodowej podejmowane są przez organ wydający, pod warunkiem, że czynności te nie są sprzeczne z podstawowymi zasadami państwa wykonującego. Dlatego, nakaz tylko pozornie opiera się na zasadzie wzajemnego uznawania dowodów, bowiem każdorazowej ich oceny dokonuje organ wydający (art. 6 ust 2 Dyrektywy 2014/41/UE). Nadto, organ wykonujący nie ma pewności czy wnioskowane dowody zostaną wykorzystane w ewentualnym postępowaniu sądowym.

Istotną kwestią, a pominiętą w END jest problem gromadzenia oraz wzajemnego uznawania dowodów. Nakaz ułatwia pozyskiwanie dowodów w ramach współpracy transgranicznej, ale nie dąży do ich wzajemnej dopuszczalności¹⁸. Dlatego, *de lege ferenda* należy zastanowić się nad następującymi kwestiami:

1. wprowadzeniem norm minimalnych (a taką możliwość otwiera art. 82 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁹) dotyczących wzajemnego dopuszczania dowodów między państwami członkowskimi;
2. stworzenie listy dowodów, które powinny być dopuszczalne z urzędu w każdym z państw UE, bez konieczności ponownego badania w zakresie dopuszczalności w państwie wykonania nakazu. Takie rozwiązanie, niewątpliwie ułatwiłoby współpracę międzynarodową, bowiem każde państwo członkowskie, musiałoby niejako automatycznie akceptować dowody wskazane na liście.

Zaproponowane działania zbliżyłyby procedury karne państw członkowskich, wzmocniły gwarancje procesowe stron postępowania oraz wprowadziły większe poczucie pewności i stabilności prawa wewnątrzspółnotowego.

3. Gwarancje procesowe przewidziane przez END oraz wybrane podstawy odmowy jego uznania bądź wykonania

Niewątpliwą zaletą END jest możliwość złożenia wniosku o jego wydanie przez prawnika działającego w imieniu podejrzanego albo oskarżonego. W czasie prac legislacyjnych nad projektem dyrektywy 2014/41/UE wiele uwagi poświęcono wprowadzeniu zapisów postulowanych przez zrzeszenia adwokatów oraz organizacji stojących na straży praw i wolności obywatelskich.

przekazanie protokołu oględzin, które zostały przeprowadzone w innym państwie, a nie o dokonanie samych oględzin. Dla praktyki nakaz dowodowy ma więc niewielkie znaczenie z uwagi na bardzo wąski zakres zastosowania

¹⁸ M. Kusak, *Postępowanie...*, dz. cyt., s.241

¹⁹ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.).

W efekcie, w art. 1 ust. 3 dyrektywy 2014/41/UE wskazano, że podejrzany lub oskarżony bądź prawnik działający w imieniu takiej osoby, w ramach mającego zastosowanie prawa do obrony wynikającego z przepisów krajowych oraz zgodnie z krajową procedurą karną, ma prawo wnioskować o wydanie END.

Możliwość wnioskowania o END przez profesjonalnego pełnomocnika, jest ważnym zagadnieniem, bowiem zasada prawa do obrony jest powszechnie przyjętą zasadą procesową, w myśl której oskarżony ma prawo do obrony swoich interesów w procesie i może korzystać z pomocy obrońcy. Już Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (dalej: Konwencja)²⁰ uczyniła z prawa do obrony gwarancję procesową o randze międzynarodowej. Zgodnie z art. 6 ust. 3 Konwencji każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony - do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości. Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.²¹, w art. 14 ust. 3 wskazuje, że osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony oraz porozumiewania się z obrońcą z własnego wyboru. Ponadto, oskarżony bądź podejrzany ma prawo do obecności obrońcy na rozprawie, a w przypadku braku obrońcy, ma prawo do uzyskania informacji o możliwości korzystania z jego usług.

Niestety, END nie przyznaje oskarżonym oraz obrońcom prawa do samodzielnego poszukiwania dowodów za granicą w drodze nakazu. Jak wskazuje G. Krzysztofiuk²², mogą oni jedynie wnioskować o jego wydanie. Rodzi to wątpliwości w tych państwach członkowskich, w których obrońcy mają uprawnienia do samodzielnego i niezależnego od organów państwowych poszukiwania i gromadzenia dowodów, jak np. Włochy²³. Co więcej, z niezrozumiałych przyczyn o wydanie nakazu nie może wnioskować pokrzywdzony ani jego pełnomocnik.

Poza prawem do obrony, gwarancją uprawnień procesowych dla oskarżonych bądź podejrzanych jest możliwość odmowy uznania lub wykonania END, jeżeli wykonanie lub uznanie czynności dochodzeniowej wskazanej w nakazie byłoby nie do pogodzenia między innymi z prawami podstawowymi oraz zasadą *ne bis in idem*. Przesłanki te nie zostały wybrane

²⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

²¹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

²² G. Krzysztofiuk, *Europejski...*, dz. cyt., s.95.

²³ A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenerio in the Gathering of Evidence At the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, „Utrecht Law Review 2014”, nr 1, s. 116.

przypadkowo, bowiem budzą one największe wątpliwości w zakresie odmowy uznania bądź wykonania END.

Kwestia możliwości powołania naruszenia praw podstawowych jako przesłanki odmowy podjęcia współpracy wewnątrzspółnotowej budzi od lat kontrowersje w praktyce obrotu prawnego²⁴. Dyrektywa 2014/41/UE w art. 11 ust. 1 lit. f wskazuje, że podstawą odmowy wykonania nakazu, może być również ustalenie, że wykonanie czynności dochodzeniowej wskazanej w END byłoby nie do pogodzenia ze spoczywającymi na państwie wykonania obowiązkami wynikającymi z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej²⁵ i z Karty praw podstawowych²⁶. Zatem, kontrola zgodności z prawami podstawowymi została ograniczona tylko do wykonania nakazu, a nie do okoliczności poprzedzających jego wydanie. Do naruszenia praw w trakcie postępowania dochodzi najczęściej na etapie postępowania poprzedzającego wystąpienie o wydanie nakazu, zatem prowadzonego w państwie wydającym, podczas gdy powyższa przesłanka wskazuje na naruszenie grożące wskutek uznania i wykonania nakazu w państwie wykonującym.

Inną problematyczną kwestią, jest odmowa uznania lub wykonania END w państwie wykonującym, jeżeli państwo wydające posiada takie rozwiązania systemowe i standardy, które w znaczny sposób mogą godzić w prawa podstawowe. Nie jest to problem czysto hipotetyczny, co widać na przykładzie ENA i wyroku w sprawie C-216/18 PPU Celmer²⁷. Jak wynika ze wskazanego powyżej orzeczenia oraz zasady wzajemnego uznawania odmowa uznania lub wykonania nakazu powinna być związana z naruszeniami rozwiązań i standardów, które zostały udowodnione w danej sprawie. Przy czym, owo udowodnienie powinno być oficjalnie ustalone choćby przez sąd wspólnotowy czy międzynarodowe trybunały²⁸, a naruszenie wolności i praw obywatelskich powinno być oparte na konkretnych faktach, i okolicznościach potwierdzonych przez sąd²⁹.

Kolejną przesłanką budzącą wątpliwości w zakresie odmowy uznania lub wykonania END jest zasada *ne bis in idem*³⁰ będąca przeszkodą ponownego karania za ten sam czyn. Niniejsza zasada nie została sprecyzowana w dyrektywie 2014/41/UE ani w zakresie znamion, ani w zakresie

²⁴ S.R. Buczma, R. Kierzyńska, *Europejski nakaz dochodzeniowy. Nowy model współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, System Informacji Prawnej Legalis, Warszawa 2018

²⁵ Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE.C 2012 Nr 326, str. 13)

²⁶ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).

²⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 25 lipca 2018 r., w sprawie C-216/18 PPU Artur Clemer, ECLI:EU:C:2018:586.

²⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-404/15 Pál Aranyosi/ Robert Căldăraru, ECLI:EU:C:2016:198.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 12 września 2012, sygn. V K 238/12, OSNKW 2013 nr 1, poz. 4, str. 19

³⁰ Zgodnie z tą zasadą prawomocny wyrok w danej sprawie, stanowi przeszkodę do ponownego sądenia bądź karania w postępowaniu karnym o ten sam czyn (por. np. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 26 lutego 2013 w sprawie C-617/10, Åkerberg Fransson, LEX nr 1276262)

przesłanek. Jak wskazuje art. 54 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen³¹ osoba, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednej Umawiającej się Strony, nie może być ścigana na obszarze innej Umawiającej się Strony za ten sam czyn, pod warunkiem że została nałożona i wykonana kara lub jest ona w trakcie wykonywania, lub nie może być już wykonana.

Z uwagi na różnorodność decyzji wydawanych w poszczególnych państwach członkowskich, wątpliwości budzą w szczególności formalne granice zakazu *ne bis in idem*, czyli rozstrzygnięcie czy sprawa zakończona w innym państwie członkowskim, została prawomocnie rozstrzygnięta, jeżeli prawo krajowe nie precyzuje takiej formy zakończenia postępowania³². Dyrektywa 2014/41/UE w żaden sposób nie wskazuje czy powyższa zasada powinna być stosowana nie tylko w stosunku do sądów, ale również prokuratorów lub innych organów sądowych uprawnionych do wydawania takich orzeczeń w prawie krajowym³³. Dlatego, w praktyce stosowania nakazu wątpliwości może budzić ustalenie czy dane orzeczenie stanowi ostateczne rozstrzygnięcie co do istoty sprawy. Przy czym ocena prawomocności charakteru rozpatrywanego orzeczenia musi być oparta na prawie państwa członkowskiego, w którym je wydano. Z uwagi na znaczenie zasady *ne bis in idem* w obrocie międzynarodowym oraz różnorodności systemów prawnych UE odmiennie ujmujących zakończenie postępowania, można oczekiwać że UE wypracuje wspólne podejście do omawianej zasady. Niestety, przy okazji prac legislacyjnych nad END to się nie stało.

4. Wnioski

Jak wskazano na początku niniejszej pracy, END jest jednym ale zapewne nie ostatnim krokiem na drodze do skutecznego zwalczania przestępczości transgranicznej. Aby osiągnąć ten cel koniecznym jest wzmocnienie współpracy europejskiej w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania (zwłaszcza, w kontekście dopuszczalności dowodów) oraz ograniczenia podstaw odmowy uznania lub wykonania czynności dochodzeniowych w ramach współpracy transgranicznej. Dlatego ważnym jest aby państwa członkowskie chętniej współpracowały ze sobą na etapie postępowania przygotowawczego, a także z większym zaufaniem podchodziły do unijnych prób zbliżania ustawodawstw w zakresie dawnego trzeciego filaru. Niestety, niechętnie podejście państw członkowskich do zacieśniania współpracy, widać na etapie prac nad kształtem Prokuratury

³¹ Konwencja Wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku między Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz.Urz.UE.L 2000 Nr 239, str. 19)

³² M. Kusak, *Postępowanie...*, dz. cyt., s. 44 i n.

³³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 marca 2005 r., w sprawie C-469/03 Miraglia, Legalis nr 69066.

Europejskiej czy problemami z terminową implementacją oraz stosowaniem END w codziennej praktyce organów ścigania.

Nakaz ze względu na szeroki zakres przedmiotowy, ma szansę wpłynąć pozytywnie na współpracę w zakresie gromadzenia dowodów. Co więcej, END wprowadza szeroki wachlarz postępowań, w których skorzystanie z niego jest dopuszczalne, a także zawiera otwarty katalog dowodów gromadzonych i przekazywanych na podstawie nakazu. Ponadto, daje możliwość zarówno gromadzenia, jak i transferu dowodów już istniejących. Niestety, negatywnie należy ocenić braki definicyjne w zakresie czynności dochodzeniowych, a także wielość klauzul generalnych, które mogą powodować naruszenie pewności i jednolitości stanowionego prawa, a w efekcie czego utrudniać przyszłą współpracę. Ponadto, nakaz w swej istocie jest oparty nie na zasadzie wzajemnego uznania, ale na zasadzie *forum regit actum*, zgodnie z którą organ wydający musi każdorazowo ocenić czy przeprowadzenie danego dowodu nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami państwa wykonującego. Co więcej, nakaz nie daje możliwości samodzielnego pozyskiwania dowodów przez strony postępowania, a także konstruuje szeroki i momentami niedookreślony katalog podstaw odmowy uznania lub wykonania END (min.: powoływanie się na zasadę *ne bis in idem*, żywotnie interesy w zakresie bezpieczeństwa narodowego czy niemożność wykonania czynności dochodzeniowej ze względu na obowiązki wynikające z art. 6 TUE czy Karty Praw Podstawowych).

Jak już wskazano, END nie uniknie porównań do ENA, ale aby mógł odnieść podobny sukces należy dążyć do ujednoczenia postępowań przygotowawczych w państwach członkowskich, zwłaszcza w kontekście wykorzystywania dowodów. Ze względu na zróżnicowanie przepisów wewnętrznych w państwach członkowskich, często zdarza się że dowód dopuszczalny w jednym państwie, nie jest dopuszczalny w drugim, bądź jest dopuszczalny w ograniczonym zakresie. Dlatego, *de lege ferenda*, należy zastanowić się nad wprowadzeniem norm minimalnych w zakresie dopuszczalności dowodów oraz stworzeniem listy dowodów, które powinny być uznawane z urzędu w każdym z państw UE, bez konieczności ponownego badania w zakresie możliwości ich przeprowadzenia w państwie wykonania nakazu.

Pomimo tych wad, END należy ocenić pozytywnie, choć nietrudno odnieść wrażenie że w przyszłości będzie wymagał dopracowania. Należy mieć nadzieję, że END ma szansę wpłynąć na ułatwienie współpracy w gromadzeniu i przekazywaniu dowodów z państwami UE, a jego stosowanie będzie tak powszechne jak ma to miejsce w przypadku ENA.

Zagraniczne dowody na wyciągnięcie ręki? Wybrane problemy związane ze stosowaniem Europejskiego Nakazu Dochodzeniowego

Katarzyna Stokłosa

Streszczenie

Europejski Nakaz Dochodzeniowy to orzeczenie sądowe wydane lub zatwierdzone przez organ wymiaru sprawiedliwości jednego państwa członkowskiego w celu wezwania innego państwa członkowskiego do przeprowadzenia jednej lub kilku określonych czynności dochodzeniowych w celu uzyskania materiału dowodowego zgodnie z niniejszą dyrektywą. Jest to kolejny etap intensyfikowania międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, obejmujący min. przekazywanie dowodów, ich wzajemne dopuszczanie oraz regulacje w zakresie czynności dochodzeniowych. Regulacja nie jest jednak pozbawiona wad. Przykładowo, END nie definiuje zakresu czynności dochodzeniowej, nie wprowadza reguł wzajemnego uznawania dowodów, a także w szeroki sposób ujmuje podstawy odmowy uznania lub wykonania nakazu. Otwartym pozostaje pytanie czy END podoła zasygnalizowanym problemom. Jednakże, nie ulega wątpliwości, że END jest jednym, ale nie może być ostatnim krokiem w procesie integracji w zakresie międzynarodowej współpracy w sprawach karnych. W niniejszym artykule wykazano, że zarówno Polska, jak i Unia Europejska prowadzi politykę innowacyjną przy zastosowaniu różnorodnych środków prawnych, w tym środków z zakresu soft law.

Z przeanalizowanych w artykule unijnych polskich i unijnych podstaw normatywnych wynika, że wspierania działalności innowacyjnej stanowi istotne zadanie nie tylko Unii Europejskiej, ale także wszystkich Państw Członkowskich, w tym także Polski. Z unijnych i z polskich regulacji prawnych wyłaniają się bardzo skomplikowane, choć w miarę spójne ramy prawne wspierania działalności innowacyjnej. Ramy proceduralne natomiast wymagają ciągłych prac w tym zakresie.

Słowa kluczowe

międzynarodowe postępowanie karne, europejski nakaz dochodzeniowy, dowody, postępowanie przygotowawcze

Foreign evidence at your fingertips? Analysis of selected elements of the European Investigation Order

Katarzyna Stokłosa

Summary

The European Investigation Order is a judicial decision issued or approved by a judicial authority in one Member State to request another Member State to carry out one or more specific investigative measures to obtain evidence in accordance with this Directive. This is another step in intensifying international cooperation in criminal matters, covering min. transfer of evidence, their mutual admission and regulations in the scope of investigative activities. The regulation is not free of defects. For example, European Investigation Order does not define the scope of the investigative measure, does not introduce rules for the mutual recognition of evidence, and also broadly covers the grounds for refusing recognition or execution of the order. The question remains whether European Investigation Order will cope with the problems that have been pointed out. However, there is no doubt that the European Investigation Order is one, but it can not be the last step in the process of integration in the field of international cooperation in criminal matters.

Key words

international criminal proceedings, European investigation order, evidence, preparatory proceedings

Koncepcja intencji dzieła Umberto Eco wobec dominującego w polskiej teorii prawa paradygmatu interpretacyjnego

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie pewnej postmodernistycznej¹ koncepcji interpretacji², koncepcji intencji dzieła (*intentio operis*), której twórcą jest znany pisarz, wybitny filozof i semiolog Umberto Eco. Stanowi ona część nurtu, który możemy nazwać interpretacjonizmem, a za którego przedstawicieli uznaje się tak różnych myślicieli jak Jacques Derrida, Hans-Georg Gadamer. Zaliczyć do niego można także Ronalda Dworkina, którego rola jest w tym zestawieniu niebagatelna – jest on bowiem jedynym tutaj prawnikiem. Pracę niniejszą można w związku z tym postrzegać jako rozwinięcie ujęcia, które Dworkin zaprezentował w cyklu artykułów, z których najważniejszy jest *Law as Interpretation*³, oraz w książce pt. *Imperium prawa*⁴; ujmując skrótowo, głosi ono, że prawo jest przedsięwzięciem interpretacyjnym, a zatem z jednej strony nie posiada ustalonej raz na zawsze semantyki, a z drugiej – celem wykładni prawa jest znalezienie najbardziej adekwatnego rozumienia przepisu w danym kontekście społeczno-kulturowym.

Zanim zaczniemy właściwe rozważania zdecydowanie trzeba zaznaczyć, że *intentio operis* nie jest koncepcją zupełną ani skończoną. Eco nie przedstawił wyczerpującej analizy swojego projektu, nie skonfrontował go z innymi strategiami interpretacyjnymi ani nie zastosował go do problematyki prawa. Nie to bowiem było jego celem. Zadanie, jakie przed sobą postawił, było znacznie skromniejsze. Dążył do tego, żeby nadać interpretacji charakter zdecydowanie semiotyczny, chciał przeciwstawić tak pojmowaną interpretację wcześniejszym podejściom do tej materii. Żeby jednak koncepcja *intentio operis* stała się pełnowartościową strategią interpretacyjną, pozwalającą nam tym samym na zastosowanie jej do prawa, trzeba zaopatrzyć ją w te cechy, których jej najbardziej brakuje. Lukę tę wypełniliśmy w tym miejscu, po pierwsze wpisując intencję dzieła w szerszy, postmodernistyczny kontekst, a po drugie syntezując ją z innymi, aczkolwiek

¹ Nie miejsce tutaj na dokładne zbadanie, czym postmodernizm jest i jakie są jego cechy charakterystyczne. Na użytek tego artykułu wystarczy stwierdzić, że postmodernizm jest bardzo ogólną i pojemną nazwą denotującą szereg zjawisk właściwych dla współczesnej kultury. Zwykle pojmowany bywa on jako zaprzeczenie prądów myślowych, które związane są z równie ogólnym pojęciem modernizmu. Stosunek postmodernizmu do modernizmu jest więc antyetyczny; postmodernizm przedstawia się jako wyraz sprzeciwu wobec fundamentalnego korpusu poglądów modernistycznych. Por. B. Baran, *Postmodernizm*, Kraków: Inter Esse 1992 oraz A. Szahaj, *Co to jest postmodernizm?* [w:] M. A. Potocka (red.), *Postmodernizm. Teksty polskich autorów*, Kraków 2003.

² Jeśli zaś chodzi o bardziej wyczerpującą analizę postmodernizmu w kontekście prawa, zob. L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

³ R. Dworkin, *Law as Interpretation*, „Texas Law Review”, nr 60, 1982, s. 527-550.

⁴ R. Dworkin, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Warszawa 2006.

pokrewnymi koncepcjami. Otrzymaliśmy dzięki temu wyczerpującą i całościową koncepcję mogącą posłużyć jako podstawa do przedsięwzięcia dalszej analizy, w której odpowiemy na pytania: jakie implikacje dla teorii wykładni prawa ma koncepcja *intentio operis*?

Intencja dzieła

Painterpretacjonizm

Painterpretacjonizm to stanowisko, według którego wszystko jest interpretacją, a każde znaczenie jest kontekstowe. Oznacza to, że wszystkie kategorie języka, wszystkie znaczenia są konwencjonalne, a nie esencjonalne. Stwierdzić trzeba, że coś będzie miało takie znaczenie, jakie sugerują nam nasze „założenia interpretacyjne”. Tekst jest ustalany właśnie przez nasze pojmowanie kontekstu, nasze usytuowanie we wspólnocie interpretacyjnej, która jest właśnie tą wspólnotą, której członkowie dzielą wspólne – przyjmowane *implicite* – założenia interpretacyjne. Nie sposób postrzegać czegokolwiek niezależnie od kontekstu, bo samo to postrzeganie już znajduje się w jakimś kontekście, już narzuca nam ten kontekst. Oznacza to, że nie tylko wypowiedzenie jakiegoś zdania poza kontekstem jest niemożliwe; niemożliwe jest samo pomyślenie o czymś poza kontekstem, poza jakimś punktem odniesienia. „Ponieważ zawsze jesteśmy we władaniu jakiejś interpretacji, nie jest możliwe osiągnięcie poziomu znaczenia poniżej interpretacji czy też ponad nią”¹⁶.

W związku z tym, każde znaczenie będzie dosłowne, stałe, jako że jest ono zarezerwowane dla konkretnego przypadku interpretacyjnego, lecz nie zawsze będzie dosłowne w ten sam sposób. Dosłowność oznacza tutaj oczywistość w danej sytuacji, a nie „nieusuwalność treści”¹⁷; jeśli dane znaczenie będzie wydawać się nam tak oczywiste, że trudno nam pojąć, jak można zrozumieć je inaczej, będziemy mówić o dosłowności. Ujmując inaczej, znaczenie jest stałe „na więcej niż jeden sposób, jako że różnorodność założeń interpretacyjnych wytwarza różnorodność stałych kształtów”¹⁸. Z powyższego wynika, że żaden znak nie jest ani jednoznaczny, ani wieloznaczny. Wielo- czy jednoznaczność nie jest bowiem cechą języka, a oczekiwań, z jakimi podchodzimy do danego znaku. Owo znaczenie narzucane jest nam przez kontekst, a sam kontekst jest zmienny.

Można w tym punkcie spytać się: czy interpretacja jest nieograniczona? Odpowiedź na to pytanie będzie negatywna. Interpretacja ograniczona jest instytucjonalnie, tzn. przez strukturę interesów i założeń, w ramach której jest podejmowana, czyli przez założenia przyjmowane w ramach wspólnoty interpretacyjnej. Można by wręcz stwierdzić, że sama interpretacja jest strukturą ograniczeń. Zawsze mamy więc prawo do wykluczenia pewnych odczytań. Dane interpretacje zostaną odrzucone np. przez wzgląd na brak atrakcyjności, nieprzekonującą

¹⁶ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*. Eseje wybrane, przeł. K. Abriszewski i in., Kraków 2002, s. 39.

¹⁷ Tamże, s. 40.

¹⁸ Tamże, s. 36.

argumentację lub niesprzyjające okoliczności. Jednakże, źródłem tego odrzucenia „nie jest tekst, lecz wytwarzające tekst strategie interpretacyjne uznawane w danej chwili”¹⁹.

Śmierć autora?

Wydawać by się mogło, że koncepcja intencji dzieła w formie, w jakiej ją przedstawiliśmy, abstrahuje całkowicie od istotnej, przynajmniej w teorii wykładni prawa, kategorii autora. Jest w tym trochę prawdy, lecz takie ujęcie w żadnym razie nie oddaje istoty sprawy. Jakkolwiek intencja dzieła zrywa z podejściem scentralizowanym na autorze, nie można powiedzieć, że kategoria autora została całkowicie porzucona. Autor nie jest z jednej strony bogiem, którego intencję czytelnik ma odczytywać; w związku z tym pytania w stylu „Co autor miał na myśli?”, „Kto to mówi?”, „Co autor chciał przekazać?” itd. są bezużyteczne, gdyż w żaden sposób nie zwiększają naszej wiedzy. Pisarz nie jest twórcą, tworzącym coś z nicności, niczym bóg. Zadaniem interpretatora nie jest więc ustalenie tego, co myślał autor empiryczny; nie chodzi o „rozszyfrowanie” tekstu, o odczytanie kodu za nim stojącego ani o znalezienie klucza do odczytania tekstu. Wynika to z faktu, że tekst nie posiada ustalonego, ponadczasowego znaczenia, a już na pewno jego wyznacznikiem nie jest osoba autora. Tekst nie zna granic; jedyną jego granicą jest czytelnik. Dzieło, odjęte od ręki autora, zaczyna żyć własnym życiem.

Nie możemy jednak definitywnie i bezapelacyjnie usunąć autora ze sceny. Autora musimy pozostawić, co prawda w mocno ograniczonej i okrojonej formie, bo nie może być on podstawą, na której buduje się interpretację tekstu. „W momencie ukończenia pracy nad dziełem autor traci do niego wszelkie szczególne prawa”²⁰. Nie zmienia to jednak faktu, że autor nie wyrzeka się całkowicie swojego (choć nie do końca swojego) tekstu. Występują bowiem przypadki, w których uwzględnienie osoby autora w naszym odczytaniu dzieła może przyczynić się do umiejscowienia go w odpowiednim kontekście. I faktycznie, autor może służyć za swego rodzaju wskazówkę ukazującą słownik, jaki był dostępny autorowi w momencie publikacji dzieła. Bierzymy więc pod uwagę kontekst wypowiedzenia – pomocne będą w tej mierze dane biograficzne o autorze, epoka, w jakiej żył, ale również wszystkie czynniki wpływające na słownik (zaplecze kulturowe, środowisko, znajomość języków obcych, itd.). Co więcej, żeby w ogóle móc mówić o dziele, trzeba odwołać się do autora empirycznego, tj. autor jest nieodłącznym składnikiem definicji dzieła jako tego, co napisał autor.

Intencja dzieła w prawie

Jakkolwiek sam Umberto Eco „specjalnie nie [interesował] się problematyką filozofii [i

¹⁹ Tamże, s. 109.

²⁰ M. Sieńko, *Interpretacja i nadinterpretacja, czyli o uprawnieniach czytelnika*, <http://simon.hell.pl/eco1.html>, 2.02.2019.

teorii] prawa”²¹, koncepcję intencji dzieła można – i warto – zastosować do zagadnienia interpretacji prawa, która za swój przedmiot bierze tekst prawny²². Naszym celem będzie zestawienie jej z dwoma przeważającymi (i konkurencyjnymi) podejściami do wykładni prawa, mianowicie koncepcją klaryfikacyjną i koncepcją derywacyjną. Nie będziemy podejmować ich głębszej analizy; przyjrzymy się im wyłącznie wybiórczo; za przedmiot naszych rozważań weźmiemy dwa aspekty, niezmiernie istotne dla teorii wykładni prawa: sytuację wykładni (a więc kwestię tego, kiedy dochodzi o wykładni) oraz zagadnienie dyrektyw wykładni.

„Sunt” czy nie „sunt”

Jednym z punktów zapalnych między koncepcjami klaryfikacyjną i derywacyjną jest zagadnienie tego, kiedy przeprowadzamy wykładnię tekstu prawnego, czy też kiedy w ogóle dochodzi do wykładni. Według koncepcji klaryfikacyjnej Jerzego Wróblewskiego w procesie stosowania prawa prawnik może natknąć się na dwa przypadki: izomorfii i wykładni. Pierwsza polega na tym, że tekst prawny jest jasny i zrozumiały (tj. nie ma w stosunku do niego żadnych wątpliwości), w którym to przypadku nie zostaje poddany procesowi wykładni. Dochodzi tutaj do tzw. „rozumienia bezpośredniego”. „Rozumienie bezpośrednie występuje, gdy w kontekście użycia języka prawnego nie ma wątpliwości, że rozpatrywany stan faktyczny [...] mieści się w zakresie wyznaczonym przez przepis [...] albo się w nim nie mieści”²³. Przekłada się to na podejście, zgodnie z którym wykładnia jest niedopuszczalna, jeśli dany podmiot za sprawą swojej kompetencji językowej „bezpośrednio” rozumie dane wyrażenie. Stanowisko to określić można przy użyciu paremii: *clara non sunt interpretanda*. Wykładnia z kolei ma miejsce wtedy, gdy przepis prawny jest z jakiegoś powodu niejasny. Ostatecznym więc celem wykładni jest osiągnięcie jasności przepisu prawa, co oznacza, że „wykładnia trwa tak długo, aż osiągnie się jej cel, czyli jasność przepisu prawa. *Claritas* stanowi nieprzekraczalny koniec procesu wykładniczego”²⁴.

Alternatywą wobec koncepcji klaryfikacyjnej jest zaproponowana przez Macieja Zielińskiego teoria derywacyjna. Uznaje ona, że wykładnię prawa należy przeprowadzać zawsze, bez względu na to, czy tekst prawny jest zrozumiały czy nie. Interpretować tekst prawny to dążyć do zrozumienia każdego ze składających się nań wyrażań, a więc przepisów prawnych. Aspekt ten możemy określić mianem sensualności; polega on bowiem na stanowczym odrzuceniu „rozumienia bezpośredniego”. Wykładnia ma bowiem miejsce zawsze, gdy stosujemy przepis do danego stanu

²¹ L. Morawski, dz. cyt., s. 8.

²² Zob. K. Płaszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, *Prace prawnicze*, z. 20, 1984, s. 17 oraz M. Romanowicz, *Wykładnia prawa w polskiej myśli prawnej – spór kluczowych teorii i próba opisu zjawiska*, „Przegląd prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”, t. 1-2, 2010, s. 96.

²³ J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Warszawa 1990, s. 58.

²⁴ Tamże, s. 87.

faktycznego, bez względu na to, czy mamy do czynienia z tekstem jasnym, czy niejasnym. Podejście to wyrazić można w postaci paremii *omnia sunt interpretanda*. Mamy zatem nie tylko odczytać samo znaczenie słów zastosowanych w tekście prawnym, ale także wyprowadzić normę prawną z przepisu prawnego. Celem zaś wykładni jest zrekonstruowanie (derywowanie) jednoznacznej normy wyrażającej zakaz lub nakaz.

Zdecydowanie bardziej stanowczo i radykalnie do podniesionej powyżej kwestii podchodzi koncepcja intencji dzieła. Sprowadza się ona bowiem do stwierdzenia, że wykładni nie tyle powinniśmy dokonywać zawsze, gdy wyrażenie jest niejasne, lub że wykładnia jest konieczna do zrozumienia danego przepisu, lecz że do interpretacji (wykładni) dochodzi zawsze. Interpretacja jest bowiem nieodłączną cechą, jakby mógł ująć to Gadamer, ludzkiego bycia. Człowiek interpretuje zawsze. Zawsze znajdujemy się bowiem w jakiejś sytuacji i w jakimś kontekście, co przekłada się na to, że zawsze usensowniamy rzeczywistość, której doświadczamy. Odnosi się to także do tekstu prawnego; w tym przypadku tekst prawny jest właśnie jednym z tych kontekstów, które wyznaczają ramy, w jakich możemy przeprowadzać wykładnię. Nie jest więc tak, że interpretacja jest czymś, do czego powinniśmy dążyć lub co powinniśmy robić (lub czego robić nie powinniśmy); interpretacja, ujmując najprościej, jest czymś, co robimy, zaś od samej interpretacji uciec się nie da. Zatem podział na *clara non sunt interpretanda* oraz *omnia sunt interpretanda* jest na gruncie koncepcji intencji dzieła pozbawiony sensu. Ujmując w skrócie, interpretacja „jest”, a nie „powinna być”.

Dalsze argumenty krytyczne wysunąć można wobec postulowanej przez koncepcję derywacyjną jednoznaczności normy prawnej. Zgodnie z duchem koncepcji intencji dzieła, to czy wyraz, zdanie czy wyrażenie są wielo- czy jednoznaczne, nie jest cechą języka ani nawet samego wyrazu, zdania czy wyrażenia; są to cechy oczekiwań, z jakimi podchodzimy do języka. „Jeśli po tekście spodziewamy się wieloznaczności, czytając go, będziemy wyobrażać sobie sytuacje, w których będzie on oznaczać różne rzeczy [...] i te wielorakie znaczenia będą składały się [...] na dosłowne rozumienie tekstu”²⁵. Oznacza to, że to nasze presupozycje determinują, czy analizowane wyrażenie będzie wieloznaczne; albo ściślej – kontekst, w jakim umieszczamy tekst będzie określał to, czy tekst ten ukaże się nam jako jedno- czy wieloznaczny²⁶.

Wynika z tego wnioski, że interpretacja tekstu, również tekstu prawnego, według koncepcji intencji dzieła nie będzie dowolna. Interpretacja sama stanowi bowiem strukturę ograniczeń, sama wyznacza interpretatorowi obszar, jaki interpretacja może obejmować, i granice, których nie może przekroczyć. Znaczenie nie jest arbitralne, nie możemy uznać, że tekst może znaczyć wszystko. „Każda interpretacja jest ściśle uzależniona od instytucjonalnego otoczenia, narzędzi rozumienia,

²⁵ S. Fish, dz. cyt., s. 40.

²⁶ Równie zasadnie można by zastosować w tym miejscu pojęcie „przedsądów”.

w jakie wyposaża nas kultura. [...] Każda wspólnota interpretacyjna konstryuuje nie tylko swoje własne znaczenie tekstu, ale i coś więcej – tekst jako taki”²⁷. Nie można więc mówić o arbitralności, gdyż dowolność jest stanowczo i zdecydowanie ograniczana przez moce takiej właśnie wspólnoty, zbiorowości dzielącej jedną kulturę.

Dyrektywy wykładni

Kolejnym interesującym nas zagadnieniem w kontekście teorii wykładni prawa jest problem dyrektyw wykładni, a dokładniej – schematu postępowania interpretatora w sytuacji wykładni prawa. Według Jerzego Wróblewskiego żeby osiągnąć cel procesu wykładni, którym jest, jak już powiedziano, jasność przepisu prawnego, dokonuje się interpretacji przepisu poprzez zastosowanie dwóch rodzajów dyrektyw: dyrektyw pierwszego stopnia (dyrektyw procedury) oraz dyrektyw drugiego stopnia (dyrektyw preferencji). Dyrektywy procedury opisują konteksty, w jakich znajduje się przepis prawny. „Wydzielam trzy takie konteksty: język, w którym wyrażony jest przepis prawny; system, do którego należą przepisy formułowane w tekstach prawnych; funkcjonalny kontekst genezy lub działania przepisu prawa, obejmujący złożone zjawiska ekonomiczne, polityczne i kulturowe”²⁸. Wyróżniamy więc trzy takie dyrektywy: 1) wykładni językowej; 2) wykładni systemowej; i 3) wykładni funkcjonalnej.

Również w koncepcji derywacyjnej interpretator potrzebuje pewnego schematu czynności, jakie musi podjąć, żeby osiągnąć cel wykładni. Maciej Zieliński wyróżnia dwa rodzaje dyrektyw wykładniczych: apragmatyczne reguły interpretacyjne i pragmatyczne reguły interpretacyjne. Jak zauważa M. Romanowicz²⁹, reguły pragmatyczne pełnią funkcję analogiczną do dyrektyw drugiego stopnia w koncepcji klaryfikacyjnej, tzn. wskazują schemat postępowania interpretatora w momencie wykładni, zaś reguły apragmatyczne „wskazują, jak należy postąpić w danym przypadku, a więc [...] wedle której z apragmatycznych reguł interpretacyjnych należy zrozumieć dany, interesujący kogoś wyraz”³⁰. Również w koncepcji derywacyjnej sekwencja postępowania wychodzi od reguł językowych, przechodząc do reguł systemowych, które uwzględniają usytuowanie normy w danym systemie prawnym, „natomiast trzeci etap widzi się jako obejmujący realizację dyrektyw funkcjonalnych, odwołujących się do szczególnych założeń o racjonalności prawodawcy”³¹.

Jak widać, w obu teoriach wykładni prawa występuje trójdzielny podział na dyrektywy czy też reguły językowe, systemowe i funkcjonalne. Za takim pojmowaniem stoi założenie, że różne

²⁷ S. Fish, dz. cyt., s. 15.

²⁸ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 120.

²⁹ M. Romanowicz, dz. cyt., s. 9.

³⁰ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 273.

³¹ M. Zieliński, dz. cyt., s. 296.

rodzaje wykładni, tj. wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna, znajdują zastosowanie w odrębnych kontekstach i że można stosować je kolejno, żeby osiągnąć stan całkowitej jasności znaczeniowej tekstu prawnego. Upraszczając ów podział, można sprowadzić go do dychotomii: wykładnia językowa i wykładnia pozajęzykowa³².

Koncepcja intencji dzieła stoi na zupełnie innym stanowisku aniżeli wspomniane powyżej teorie wykładni prawa. Uznaje ona, że wykładnia językowa i wykładnia pozajęzykowa nie stanowią oddzielnych kategorii ani odrębnych etapów dokonywania wykładni, lecz że można (czy wręcz trzeba) pojmować je jako jeden byt. Interpretacja definiowana jest bowiem jako struktura założeń i interesów, które determinują nie tylko same znaczenia w tekście, lecz także cały kontekst pozajęzykowy. Interpretacja, jak ujmuje to Fish, jest strukturą ograniczeń, a żeby owej interpretacji dokonać, przyjmujemy pewną strategię. Dodatkowo, interpretację przeprowadza się zawsze w pewnych ramach, w pewnym kontekście, który nie jest raz na zawsze określony ani dany, a więc sam przez się również musi zostać poddany interpretacji. Ma to bardzo konkretne implikacje dla wykładni prawa. Po pierwsze, interpretator nie jest w stanie „przeskakiwać” między kontekstami z tego względu, że granice między nimi nie są wcale wyraźne. Po drugie, znaczenie tekstu nie jest w żaden sposób temu tekstowi dane, a więc koncepcja intencji dzieła odrzuca tezę, zgodnie z którą „znaczenia są własnościami języka jako abstrakcyjnego systemu, apriorycznego wobec jakichkolwiek sposobów użycia”³³. Po trzecie, znaczenia jako takie nie mogą posłużyć jako „ograniczenie dla interpretacyjnych pragnień, które mogą i muszą być odsunięte na bok, gdy w grę wchodzi poważne sprawy publiczne”³⁴.

Innymi słowy, wybór między różnymi dyrektywami wykładni jest w najlepszym razie pozorny, a w najgorszym niemożliwy do dokonania przez wzgląd na iluzoryczność samego podziału. Nie można bowiem odczytywać dyrektyw wykładni jako pewnej koncepcji o charakterze linearnym lub rozłącznym, ustalającej kolejność czynności podejmowanych przez interpretatora, gdyż „nie ma czegoś takiego jak pierwszy etap [...] słyzy się wyrażenie w obrębie jakiejś wiedzy co do jego celów i zamierzeń, a nie jako coś, co ma zostać dopiero określone [...] to, co jest słyszane ma już przypisany kształt i nadane znaczenie”³⁵. Ujęcie to podważa całkowicie sens wyróżniania i formułowania dyrektyw wykładni – nie ma bowiem możliwości, żeby tekst, w tym tekst prawny, interpretowany był wyłącznie przez pryzmat jakiegoś słownika; wyłącznie w kontekście umiejscowienia wśród innych przepisów; wyłącznie w świetle założeń dotyczących funkcji, jakie przepis ma spełniać.

Zaznaczyć trzeba w tym punkcie, że założenia, o których mowa powyżej, nie muszą być

³² Za: J. Leszczyński, *O charakterze dyrektyw wykładni prawa*, „Państwo i Prawo”, nr 3/2007, s. 28.

³³ Tamże, s. 37.

³⁴ Tamże.

³⁵ S. Fish, dz. cyt., s. 68.

przyjmowane *explicite*, lecz są *implicite* zawarte w samej praktyce wykładni. Przepis jest interpretowany w świetle pewnych, bardzo konkretnych założeń dotyczących chociażby tego, jakim skutkom ustawa powinna sprzyjać. Innymi słowy, w tekst, również tekst prawny, wpisana jest konkretna struktura interesów. „Dlatego, jeśli interpretator twierdzi, że odczytał tekst dosłownie i jest dla niego jasny, zawsze oznacza to, że rozumie go w określonym kontekście, a zatem rozróżnienie znaczenia językowego i znaczenia ustalanego ze względu na kontekst pozajęzykowy nie ma podstaw”³⁶.

Podsumowanie

Postmodernizm jest bez wątpienia jednym z najważniejszych prądów myśli współczesnej. W ten właśnie nurt wpisuje się opisywana w niniejszej pracy koncepcji intencji dzieła. Jest ona oryginalna pod tym względem, że stanowi nowe podejście do zagadnienia interpretacji, podejście w duchu postmodernizmu. Z jednej bowiem strony, autor zostaje zepchnięty na dalszy plan; zdecydowanie przestaje być centralną postacią w interpretacji, choć jego rola nie przestaje być istotna. Autor zapewnia nam jedynie kontekst wypowiedzenia, który, jednakże, jest często konieczny do tego, żeby dane odczytanie stało się przekonujące. Z drugiej strony, interpretacji dokonuje odbiorca, czytelnik i to on jest najważniejszą dla nas figurą. Jak ujmuje to Eco, związek między dziełem a czytelnikiem jest dialektyczny. Interpretacja czytelnicza nie jest jednak nieograniczona. Sama interpretacja jest strukturą ograniczeń, a dodatkowym elementem ograniczającym w koncepcji intencji dzieła jest kod pozostawiony w tekście przez autora oraz fakt, że sama interpretacja dokonywana jest w konkretnej wspólnocie interpretacyjnej.

Trzeba spytać, za Lechem Morawskim, co może dać teorii wykładni prawa postmodernizm³⁷; czy też: dlaczego warto przyrzeć się prawu z perspektywy koncepcji intencji dzieła? Odpowiedź na te pytania jest bez wątpienia wielowątkowa i zdecydowanie przekracza ramy tego artykułu; zadowolić się więc musimy jedynie zarysowaniem pewnych tematów, które znacznie szerszej zostały omówione gdzie indziej³⁸. Po pierwsze, modernizm nie jest w stanie uwzględnić przemian, jakich doświadcza współczesny świat, a które wyrażają się w powstaniu tzw. społeczeństwa ponowoczesnego – społeczeństwo ponowoczesne jawi się jako chmura, „skomplikowany i chaotyczny układ cząstek, których ruchu nie jesteśmy z reguły w stanie ani określić, ani przewidzieć”³⁹. Po drugie, prawoznawstwo w Polsce odwołuje się często do przestarzałych i dawno przebrzmiałych prądów filozofii modernistycznej (analitycznej); jako

³⁶ J. Leszczyński, dz. cyt., s. 39.

³⁷ L. Morawski, dz. cyt.

³⁸ Por. np. A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo”, nr 12, Warszawa 2010 oraz L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*.

³⁹ L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo”, nr 11, Warszawa 2000, s. 30.

przedsięwzięcie, które esencjonalnie jest filozoficzne w tym sensie, że działalność naukowa prawników uwikłana jest w filozofię, opiera się na konkretnych założeniach natury filozoficznej, które nie były aktualizowane od długiego czasu. Po trzecie, „postmodernizuje się bezpośrednio otoczenie intelektualne [teorii prawa]”⁴⁰: najbardziej widoczny wpływ postmodernizmu zauważyć można na takich kierunkach uniwersyteckich i w takich dziedzinach naukowych, jak językoznawstwo, filozofia społeczna i polityczna, kulturoznawstwo czy teoria literatury. Dlatego też koncepcja intencji dzieła może zapewnić nie tyle nową jakość, co przynieść powiew świeżego powietrza dla dość hermetycznego środowiska, jakim bezsprzecznie jest wspólnota interpretacyjna teoretyków prawa.

Co oczywiście, omawianej koncepcji można zarzucać radykalizm. Chociaż opinia Artura Kozaka, że „[p]ostmodernizm przyniósł ze sobą [...] klimat intelektualnej anarchii”⁴¹ wydaje się przesadzona, nie można zaprzeczyć, że w porównaniu z modernistycznym dążeniem do pewności postmodernizm jawi się jako zdecydowanie bardziej nonszalancki. Wielu, co więcej, będzie mieć wątpliwości czy teoria, która pierwotnie przeznaczona była do literatury, znajduje zastosowanie w prawie. Niemniej jednak, można by dowodzić, że z jednej strony prawo w innych państwach bywa odczytywane w świetle osiągnięć postmodernizmu i nie ma żadnego powodu, żeby Polska na tym polu odstawała. Wszędzie tam, gdzie skorzystano z teorii, których proveniencja jest postmodernistyczna, system prawny nadal funkcjonuje i w żadnym razie nie upadł. Z drugiej zaś strony postmodernizm, pełnymi garściami czerpie z dorobku dość rozpowszechnionych w prawie nurtów, np. filozofii hermeneutycznej, które zajmują dość poczesne miejsce nawet w rodzimej wykładni prawa, a hermeneutykę od postmodernizmu dzieli stosunkowo niewiele. Można mieć więc nadzieję, że dyskusja w teorii prawa zmierzać będzie właśnie w kierunku otwarcia się na dokonania i wpływy postmodernizmu.

⁴⁰ A. Sulikowski, dz. cyt., s. 6.

⁴¹ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010.

*Koncepcja intencji dzieła Umberto Eco wobec dominującego w polskiej teorii prawa
paradygmatu interpretacyjnego*

Krzysztof Śledziński

O autorze

Krzysztof Śledziński jest doktorantem z tzw. wolnej stopy na Uniwersytecie Warszawskim w Katedrze Filozofii Prawa i Nauki o Państwie. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji na Uniwersytecie Warszawskim.

Zainteresowania naukowe: postmodernizm, interpretacja, teoria prawa

Identyfikator ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6590-4295>

Streszczenie

Artykuł przedstawia koncepcję intencji dzieła opracowaną przez włoskiego filozofa, Umberto Eco, i zestawia ją z paradygmatem interpretacyjnym w prawie. Jako że koncepcja intencji dzieła nie jest wyczerpująca ani skończona, uzupełniona została pokrewnymi stanowiskami (paninterpretacjonizm Stanleya Fisha czy idea śmierci autora Rolanda Barthesa) tak, żeby otrzymać w miarę usystematyzowany zbiór poglądów, który może stanowić podstawę nie tylko do zaprezentowania nowego podejścia do interpretacji, ale również do ukazania różnic między omawianą koncepcją a teorią klaryfikacyjną i teorią derywacyjną. Porównanie przeprowadzone będzie w dwóch aspektach: po pierwsze, sytuacji wykładni (tj. kiedy dochodzi do wykładni) oraz, po drugie, dyrektyw wykładni (tj. jak wygląda procedura wykładni).

Słowa kluczowe

Teoria prawa, Umberto Eco, interpretacja, intencja dzieła

Umberto Eco's intention of the text theory in relation to the dominant interpretative paradigm in the Polish theory of law

Krzysztof Śledziński

Summary

The article presents a conception of the intention of the text, as developed by an Italian philosopher, Umberto Eco, and collates it with the interpretative paradigm in law. Since the conception of the intention of the text is neither complete, nor comprehensive, it has been supplemented with similar stances (Stanley Fish's paninterpretationism and Roland Barthes' idea of the death of the author) in order to attain a fairly systematic collection of thoughts that may provide the basis not only for presenting a new approach to interpretation, but also for showing the differences between the described conception and clarificative theory as well as derivative theory. The comparison is conducted in two aspects: firstly, situation of interpretation (i.e. when the interpretation is performed), and secondly – directives of interpretation (i.e. the procedure of interpretation).

Key words

Theory of law, Umberto Eco, interpretation, intention of the text

Glosa częściowo krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14

1. Wstęp

Celem niniejszej publikacji jest analiza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14. Wyrok ten dotyczył dopuszczalności orzeczenia na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, odszkodowania za naruszenie autorskich praw majątkowych w wysokości dwukrotności należnej uprawnionemu opłaty.

Autor poddaje analizie ww. orzeczenie Sądu Najwyższego porównując wnioski w nim zawarte do poglądów przedstawicieli doktryny polskiego prawa własności intelektualnej.

Sąd Najwyższy (dalej SN) w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14¹ orzekł, iż dokonując wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b² ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych³ (dalej u.p.a.p.p.) należy uznać, iż odszkodowanie w wysokości dwukrotności należnej uprawnionemu opłaty stanowi nieproporcjonalną sankcję, która może prowadzić do naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej, równej ochrony praw majątkowych, którą gwarantuje Konstytucja⁴ i jest ona nadmierna w stosunku do celu, jakim jest należyte zabezpieczenie twórców przed naruszeniem ich praw majątkowych.

2. Stan faktyczny

Stan faktyczny owej sprawy wyglądał następująco. Stowarzyszenie F. zawarło w dniu 4 października 1995 roku umowę licencyjną ze Stowarzyszeniem O., w której określono zasady wynagrodzenia powoda. Umowę tę wypowiedziano 30 grudnia 1998 roku. W latach 2005-2007 strony postępowania prowadziły rokowania w celu zawarcia stosownej umowy licencyjnej, które zakończyły się niepowodzeniem ze względu na rozbieżności dot. wysokości opłaty licencyjnej. Powód żądał bowiem wynagrodzenia miesięcznego w wysokości 2,8% rzeczywistych wpływów netto z odliczeniem jednorazowych opłat przyłączeniowych bez podatku VAT, wskazując przy tym

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14, Legalis, nr 1715439.

² Treść ww. artykułu brzmi: „, Uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa:

...

3) naprawienia wyrządzonej szkody:

a) na zasadach ogólnych albo

b) poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności, a w przypadku gdy naruszenie jest zawinione – trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu; ...”

³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t. j. Dz. U. 2018, poz. 650.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 2009, nr 114, poz. 946.

na akceptację owej stawki przez Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej. Pozwany natomiast złożył w dniu 17 kwietnia 2008 wniosek do Komisji Prawa Autorskiego (dalej KPA) o rozstrzygnięcie sporu w zakresie umowy licencyjnej. Po wydaniu przez KPA postanowienia w dniu 6 marca 2009 roku, z którego wynikało, że wynagrodzenie z tytułu udzielonej licencji powinno wynosić 1,6% wpływów netto bez podatku VAT uzyskiwanych przez pozwanego z tytułu reemisji kablowej, które nie obejmuje opłat instalacyjnych i przyłączeniowych, uiszczył on na rzecz powoda kwotę w wysokości 34 312,69 zł, stanowiącą 1,6% przychodów z ww. tytułu za lata 2006-2008.

3. Droga sądowa

Stowarzyszenie F. postanowiło skierować sprawę na drogę sądową. W pozwie z dnia 17 lutego 2009 roku domagało się ono zakazania pozwanemu Stowarzyszeniu O. dokonywania reemisji w sieci telewizji kablowej utworów audiowizualnych nadawanych w programach telewizyjnych do czasu zawarcia z powodem umowy licencyjnej oraz zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kwoty 390 337,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem trzykrotności należnego powodowi wynagrodzenia za zawinione w latach 2006 - 2008 naruszenie autorskich praw majątkowych, którymi powód, jako organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskim, zarządzał w imieniu uprawnionych z tych praw.

Sąd Okręgowy (dalej SO) wyrokiem z dnia 11 sierpnia 2009 roku:

- 1) umorzył postępowanie w zakresie kwoty 84 120,51 zł,
- 2) zakazał pozwanemu dokonywania reemisji w sieci telewizji kablowej utworów audiowizualnych nadawanych w programach telewizyjnych do czasu zawarcia z powodem umowy licencyjnej,
- 3) zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 160 275,69 zł z ustawowymi odsetkami,
- 4) dalej idące żądanie oddalił oraz orzekł o kosztach procesu.

SO stwierdził, że żądanie powoda znajduje podstawę w przepisie art. 79 u.p.a.p.p., a ze względu na fakt, iż strona pozwana naruszała prawa autorskie w sposób zawiniony, powodowi należy się trzykrotność stosownego wynagrodzenia.

Obie strony wniosły apelacje od ww. wyroku, które zostały oddalone przez Sąd Apelacyjny (dalej SA) w wyroku z dnia 12 marca 2010 r.

Po wniesionych skargach kasacyjnych SN wyrokiem z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. V CSK 373/10⁵ uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania SA. SA po ponownym rozpatrzeniu sprawy w wyroku z dnia 19 grudnia 2011 roku zasądził od pozwanego na rzecz powoda dalszą kwotę 145 941,30 zł z ustawowymi odsetkami, oddalił apelację pozwanego i orzekł o kosztach postępowania. Po wniesieniu przez stronę pozwaną skargi kasacyjnej, SN

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. V CSK 373/10, Legalis, nr 442148.

wyrokiem z dnia 27 marca 2013 r., sygn. V CSK 203/12⁶ uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. SA rozstrzygając ww. sprawę po raz trzeci, podkreślił, że strona powodowa ma prawo żądać trzykrotności stosownego wynagrodzenia za naruszenie swoich praw, ponieważ Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r.⁷ (dalej dyrektywa 2004/48/WE), przewiduje jedynie minimalny standard ochrony praw autorskich. Wprawdzie regulacja zawarta w art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. znacząco odbiega od regulacji zawartej w ww. dyrektywie, dalej idąca ochrona przewidziana w prawie polskim jest dopuszczalna. Pozwany po raz trzeci wniósł skargę kasacyjną od ww. orzeczenia.

4. Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Sąd Najwyższy rozpatrując ww. sprawę, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) z pytaniem prawnym o następującej treści: „Czy art. 13⁸ dyrektywy 2004/48 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania prawa własności intelektualnej (Dz. Urz. UE.L. 2004, nr 157.45), może być interpretowany w ten sposób, że uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać naprawienia wyrządzonej mu szkody na zasadach ogólnych, albo bez konieczności wykazywania szkody i związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem naruszającym jego prawa a szkodą domagać się zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności, a w przypadku zawinionego naruszenia - trzykrotności stosownego wynagrodzenia, skoro art. 13 dyrektywy 2004/48 przewiduje, że o odszkodowaniu decyduje sąd, który bierze pod uwagę okoliczności wymienione w art. 13 ust. 1 pkt a, a tylko alternatywnie w niektórych przypadkach może ustanowić odszkodowanie ryczałtowe, uwzględniając elementy wymienione w art. 13 ust. 1 pkt b dyrektywy? Czy przyznanie, na żądanie strony, określonego z góry odszkodowania ryczałtowego, które stanowi dwukrotność lub

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., sygn. V CSK 203/12, Legalis, nr 797113.

⁷ Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej, Dz. Urz. UE L 157/45.

⁸ Treść ww. artykułu brzmi: „1. Państwa Członkowskie zapewniają, że na wniosek poszkodowanej strony właściwe organy sądowe nakazują naruszającemu, który świadomie lub mając rozsądne podstawy do posiadania takiej wiedzy zaangażował się w naruszającą działalność, wypłacenie podmiotowi uprawnionemu odszkodowań odpowiednich do rzeczywistego uszczerbku, jaki ten poniósł w wyniku naruszenia. Ustanawiając wysokość odszkodowań, organy sądowe:

a) biorą pod uwagę wszystkie właściwe aspekty, także poniesione przez poszkodowaną stronę negatywne skutki gospodarcze z utraconymi zyskami włącznie, wszelkie nieuczciwe zyski uzyskane przez naruszającego oraz, we właściwych przypadkach, elementy inne niż czynniki ekonomiczne, w rodzaju np. uszczerbku moralnego, jaki naruszenie spowodowało dla właściciela praw; lub

b) jako alternatywa dla lit. a) mogą one, we właściwych przypadkach, ustanowić odszkodowania ryczałtowe na podstawie elementów takich, jak przynajmniej suma opłat licencyjnych, honorariów autorskich lub opłat należnych w razie poproszenia przez naruszającego o zgodę na wykorzystywanie praw własności intelektualnej, o którą chodzi.

2. Jeśli naruszający zaangażował się w działanie naruszające bez swojej wiedzy lub nie mając rozsądnych podstaw do posiadania takiej wiedzy, Państwa Członkowskie mogą stanowić, że organy sądowe mogą zarządzać albo zwrot zysków, albo wypłacenie odszkodowań, zależnie od ustalenia.

trzykrotność stosownego wynagrodzenia jest dopuszczalne na podstawie art. 13 dyrektywy, zważywszy, że w pkt 26⁹ jej preambuły przewiduje się, iż celem dyrektywy nie jest wprowadzenie odszkodowań o charakterze kary?”¹⁰.

5. Rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego

Po wystąpieniu z ww. pytaniem prawnym do TSUE, Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) wyrokiem z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14¹¹ stwierdził niezgodność art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. z art. 64 ust. 1 i 2¹², w związku z art. 31 ust. 3¹³ w związku z art. 2¹⁴ Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie dopuszczalności żądania przez uprawnionego, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej w przypadku, gdy naruszenie jest zawinione - trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu¹⁵.

⁹ Treść pkt 26 preambuły dyrektywy 2004/48/WE brzmi: „W celu naprawy szkody, jaką właściciel prawa poniósł w wyniku naruszenia, którego dopuścił się naruszający wiedząc, że wchodząc w tę działalność dopuszcza się naruszenia, lub istnieją rozsądne podstawy domniemania, że wiedział o możliwości powstania takiego naruszenia, suma odszkodowań przyznanych właścicielowi praw powinna uwzględniać wszystkie właściwe aspekty, takie jak utrata przez właściciela dochodów lub nieuczciwy zysk uzyskany przez naruszającego oraz, gdzie właściwe, wszelki uszczerbek moralny, które posiadacz praw poniósł. Jako alternatywa, tam np., gdzie ustalenie sumy poniesionego uszczerbku byłoby trudne, sumę odszkodowań można oprzeć na elementach takich, jak opłaty licencyjne, honoraria autorskie lub opłaty, jakie byłyby należne, gdyby naruszający poprosił o zgodę na wykorzystanie wchodzących w grę praw własności intelektualnej. Nie jest celem wprowadzenie obowiązku zastosowania odszkodowań o charakterze kary, ale dopuszczenie rekompensaty opartej na obiektywnym kryterium przy uwzględnieniu wydatków poniesionych przez właściciela praw, takich jak koszty identyfikacji i badań”.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2015 roku, sygn. V CSK 41/14, Legalis, nr 1281618.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. SK 32/14, OTK Seria A 2015 nr 6, poz. 84.

¹² Treść ww. artykułu brzmi: „1. Każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia.

2. Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej”.

¹³ Treść ww. artykułu brzmi: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

¹⁴ Treść ww. artykułu brzmi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

¹⁵ Stanowisko w sprawie rozpatrywanej przez TK zajął także Rzecznik Praw Obywatelskich, który również postulował uznanie za niezgodny z Konstytucją art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b w zakresie, w jakim nakłada obowiązek zapłaty trzykrotności stosownego wynagrodzenia na rzecz podmiotu uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich. Według RPO: „Naruszenie praw podmiotowych nie powinno powodować wzbogacenia poszkodowanego, a samo wzbogacenie dzięki uzyskaniu korzyści finansowych przekraczających rozmiar poniesionej szkody nie może odbywać się kosztem naruszonego autorskich praw majątkowych”.

Prokurator Generalny natomiast nie dopatrywał się niezgodności ww. przepisu z ustawą zasadniczą.

Zob. także: Komentarz do art. 79 u.p.a.p.p. [w]: E. Ferenc-Szydełko (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2016, Legalis.

6. Rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ws. pytania prejudycjalnego.

TSUE wyrokiem z dnia 25 stycznia 2017 r., w sprawie C-367/15¹⁶ orzekł, iż artykuł 13 dyrektywy 2004/48/WE nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, w myśl którego uprawniony, którego prawo własności intelektualnej zostało naruszone, może żądać albo odszkodowania za poniesioną przez niego szkodę, przy uwzględnieniu wszystkich właściwych aspektów danej sprawy albo, bez wykazywania przez tego uprawnionego rzeczywistej szkody, domagać się zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, które byłoby należne tytułem udzielenia zgody na korzystanie z danego utworu¹⁷.

7. Ostateczne rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

SN rozpatrując ową sprawę, stwierdził, że ze względu na ww. orzeczenie TK, wyrok SA zasądający trzykrotność należnego powodowi wynagrodzenia nie może być utrzymany w mocy. Ponadto SA dokonując sprostowania wyroku w kwestii dot. zmiany wysokości zasądanego roszczenia i zasądzonych kosztów postępowania naruszył art. 350 k.p.c.¹⁸, ponieważ tego rodzaju modyfikacja nie jest dopuszczalna na podstawie tegoż przepisu.

Według SN przy rozpatrywaniu owej sprawy należy poddać analizie wnioski wynikające z wyroku TSUE. Co prawda TSUE dopuścił możliwość żądania przez poszkodowanego, którego prawo własności intelektualnej zostało naruszone albo odszkodowania na zasadach ogólnych albo zapłaty sumy pieniężnej odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, które byłoby należne tytułem udzielenia zgody na korzystanie z danego utworu, jednak w wyjątkowych wypadkach odszkodowanie za szkodę, obliczone na podstawie dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej, może na tyle wyraźnie i znacząco wykraczać poza rzeczywiście poniesioną szkodę, że

¹⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 stycznia 2017 r., sygn. C-367/15, Legalis, nr 1556044.

¹⁷ Natomiast Europejski Rzecznik Generalny Eleonora Sharpston w opinii z dnia 24 listopada 2016 r., postulowała, aby TSUE orzekł, iż artykuł 3 i art. 13 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/48 należy interpretować w ten sposób..., że przepisy te sprzeciwiają się przepisowi prawa krajowego na mocy, którego uprawniony może żądać ustalonej kwoty stanowiącej dwukrotność lub trzykrotność wysokości opłaty, która byłaby należna, gdyby uprawniony wyraził zgodę na korzystanie z utworu.

¹⁸ Ustawa z dnia z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz. U. 2018 poz. 5 z późn. zm..

Treść ww. artykułu brzmi: „ § 1. Sąd może z urzędu sprostować w wyroku niedokładności, błędy pisarskie albo rachunkowe lub inne oczywiste omyłki.

§ 2. Sprostowanie sąd może postanowić na posiedzeniu niejawnym; o sprostowaniu umieszcza się wzmiankę na oryginale wyroku, a na żądanie stron także na udzielonych im wypisach. Dalsze odpisy i wypisy powinny być zredagowane w brzmieniu uwzględniającym postanowienie o sprostowaniu.

§ 3. Jeżeli sprawa toczy się przed sądem drugiej instancji, sąd ten może z urzędu sprostować wyrok pierwszej instancji”.

tego rodzaju żądanie stanowiłoby zakazane w art. 3 ust. 2 dyrektywy¹⁹ 2004/48/WE nadużycie prawa. W takiej sytuacji sądy polskie nie są związane żądaniem uprawnionego²⁰.

W rozpoznawanej sprawie SN stwierdził, że przyznanie poszkodowanemu odszkodowania obliczonego na podstawie dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej, wyraźnie i znacząco wykraczałoby poza rzeczywiście poniesioną szkodę. Uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich reprezentował bowiem wyspecjalizowany podmiot (organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi), który ułatwiał zarówno ochronę majątkowych praw autorskich, jak i dochodzenie roszczeń naruszających takie prawa. Świadczy o tym m.in. wynegocjowanie przez SFP stawki znacznie wyższej niż tej, którą zaproponowała KPA²¹. Ponadto poszkodowanemu przysługiwałyby dodatkowo odsetki. Z drugiej strony natomiast szkoda związana z naruszeniem praw powoda sprowadza się przede wszystkim do utraconej opłaty za lata 2006-2008, której to stawka przewyższała honorarium proponowane przez KPA. Tym samym zgodnie z orzeczeniem TSUE przyznanie tak wysokiego odszkodowania prowadziłoby do nadużycia prawa wynikającego z art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. W takiej sytuacji sąd polski nie jest związany żądaniem powoda przyznania mu wynagrodzenia w postaci zryczałtowanej w wysokości dwukrotności należnego wynagrodzenia.

Wykładnia literalna art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. wskazuje, co prawda, że poszkodowany ma prawo żądać dwukrotności należnej opłaty bez wykazywania podstawowych przesłanek warunkujących roszczenie odszkodowawcze, jednakowoż ukształtowanie tegoż odszkodowania w formie tzw. common law civil punity (kary cywilnej), miało swoje racjonalne uzasadnienie w chwili uchwalania u.p.a.p.p. ze względu na m.in. problem identyfikacji naruszcyciela, trudności związane z ustaleniem należnej stawki czy wykazania poniesionej szkody. Obecnie natomiast argumenty te tracą swoją aktualność.

W rozpatrywanym przez SN stanie faktycznym nie zachodzą przesłanki uzasadniające przyznanie poszkodowanemu w ramach odszkodowania dwukrotności należnej opłaty. Uprawniony z tytułu praw autorskich był bowiem reprezentowany przez profesjonalny podmiot, dla którego zidentyfikowanie zarówno korzystających z utworów autorów, jak i naruszcycieli nie stanowiło problemu. Ponadto podmiot naruszający ww. prawa, korzystał z nich wcześniej na podstawie

¹⁹ Treść ww. artykułu brzmi: „Powyższe środki, procedury i środki naprawcze są również skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające i stosowane w taki sposób, aby zapobiec tworzeniu ograniczeń handlu prowadzonego zgodnie z prawem i zapewnić zabezpieczenia przed ich nadużywaniem”.

²⁰ Ww. wniosek wynika z pkt 31 orzeczenia TSUE, który brzmi: „ Nie można z pewnością wykluczyć, że w wyjątkowych wypadkach odszkodowanie za szkodę obliczone na podstawie dwukrotności hipotetycznej opłaty licencyjnej mogłoby na tyle wyraźnie i znacząco wykraczać poza rzeczywiście poniesioną szkodę, że tego rodzaju żądanie stanowiłoby zakazane w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/48 nadużycie prawa. Z uwag sformułowanych przez rząd polski w trakcie rozprawy wynika jednak, że zgodnie z mającym zastosowanie w postępowaniu głównym uregulowaniem sąd polski nie jest w takim wypadku związany żądaniem uprawnionego, którego prawo zostało naruszone”.

²¹ KPA proponowała stawkę na poziomie 1,6% przychodów, a powód żądał stawki znacznie wyższej tj. 2,8%.

zawartej z poszkodowanym umowy, zatem należną stawkę można ustalić bez większych problemów.

Podstawową funkcją odszkodowania jest, zgodnie z rzymską maksymą *ne quis ex damno suo lucrum faciat*²², kompensacja doznanego uszczerbku, a nie represja wobec sprawcy. Biorąc pod uwagę także pozostałe roszczenia, które przysługują poszkodowanemu, a które wynikają z art. 79 ust. 1 pkt 2 i 4 u.p.a.p.p. tj. żądanie usunięcia skutków naruszenia i wydania utraconych korzyści, a także odpowiedzialność karną naruszcyciela²³, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia represyjny charakter przepisów dot. odszkodowania za naruszenia autorskich praw majątkowych.

Prokonstytucyjna wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. prowadzi do wniosku, iż odszkodowanie w wysokości dwukrotności należnej uprawnionemu opłaty stanowi nieproporcjonalną sankcję, która może prowadzić do naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej, równej ochrony praw majątkowych, którą gwarantuje Konstytucja i jest ona nadmierna w stosunku do celu, jakim jest należyte zabezpieczenie twórców przed naruszeniem ich praw majątkowych. Art. 64 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP przewiduje bowiem równą ochronę zarówno dla praw majątkowych autora, jak i naruszających te prawa. Ponadto art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP zabrania dyskryminacji w ochronie także praw majątkowych z jakiegokolwiek przyczyny. Wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw konstytucyjnych są dopuszczalne jedynie w przypadkach wskazanych przez Konstytucję²⁴. Nie mogą one ponadto naruszać istoty wolności i praw²⁵. Taka interpretacja przepisów dot. ochrony praw autorskich, która prowadzi do uzyskania przez poszkodowanego znacznie więcej kwoty, niż wynosi doznana przez niego szkoda, nie znajduje uzasadnienia w Konstytucji RP i stanowi wyjątek w prawie polskim²⁶. Natomiast nie budzi najmniejszej wątpliwości żądanie zapłaty jednokrotności należnej opłaty, jako odszkodowania.

8. Stanowisko glosatora

Stanowisko SN w niniejszej sprawie może wzbudzać pewne kontrowersje. Z tekstu orzeczenia wynika, iż żądanie dwukrotności należnej uprawnionemu opłaty przybiera postać znanej w systemie *common law* tzw. kary cywilnej (*civil punity*), co miało racjonalne uzasadnienie wtedy, gdy ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych była uchwalana. Tymczasem wedle

²² Nikt nie może wzbogacić się na swojej szkodzi.

²³ Odpowiedzialność karna w przypadku naruszenia praw wynikających z u.p.a.p.p. uregulowana jest w art. 115-123 tejże ustawy.

²⁴ Ww. ograniczenia mogą być ustanawiane gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

²⁵ Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

²⁶ O wyjątkowym charakterze ww. przepisu świadczy fakt, iż w polskim prawie nie istnieje podobna konstrukcja. W innych regulacjach prawnych np. art. 18 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego czy art. 287 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej naruszający odpowiada jedynie za utratę tego, co uprawniony zyskałby, gdyby korzystano z jego praw legalnie.

doktryny zasady odpowiedzialności są w prawie autorskim uregulowane *na podstawie modelu odpowiedzialności cywilnoprawnej*²⁷. Szczególne modyfikacje i rozwiązania potraktować należy jako modyfikację zasad ogólnych²⁸. Systemowi prawa kontynentalnego obce jest pojęcie kary cywilnej. U.p.a.p.p. przewidywała w przeszłości dodatkowe sankcje o charakterze penalnym²⁹. Art. 79 ust. 2 pkt 2 stanowił, iż niezależnie od roszczeń wynikających z ust. 1 uprawniony mógł żądać „zapłaty przez osobę, która naruszyła autorskie prawa majątkowe, odpowiedniej sumy pieniężnej, nie niższej niż dwukrotna wysokość uprawdopodobnionych korzyści odniesionych przez sprawcę z dokonanego naruszenia, na rzecz Funduszu, o którym mowa w art. 111, gdy naruszenie jest zawinione i zostało dokonane w ramach działalności gospodarczej wykonywanej w cudzym albo we własnym imieniu, choćby na cudzy rachunek”³⁰. Natomiast w przedwojennej ustawie z dnia 29 marca 1926 r. o prawie autorskim³¹ przewidywano w art. 62 możliwość przyznania twórcy, którego prawa naruszono tzw. pokutnego, czyli odpowiedniej kwoty, oznaczonej stosownie do zachodzących okoliczności według swobodnego uznania. Jednakże regulacja zawarta w art. 79 ust. 2 pkt 2 została uchylona³². Ustawodawca tym samym podkreślił odejście od ww. modelu.

Niemniej jednak rozstrzygnięcie SN w niniejszej sprawie należy uznać za słuszne. Roszczenia odszkodowawcze w prawie autorskim mają bowiem na celu naprawienie szkody i przywrócenie stanu sprzed naruszenia³³. Regulacja art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. wprowadza natomiast na grunt prawa prywatnego środek o charakterze represyjnym, co wywołuje wiele wątpliwości w doktrynie³⁴. Podkreśla się również, iż implementacja przepisów dyrektywy 2004/48/WE w kwestii dot. odszkodowania została dokonana w sposób niewłaściwy³⁵, gdyż według unijnej regulacji trzeba unikać tzw. *punitive damages*, czyli odszkodowania o charakterze karnym³⁶. Podobna regulacja o charakterze represyjnym nieznana jest innym ustawodawstwom³⁷. Także poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim³⁸ nie przewidywała tego typu norm. Zgodnie z art. 56 tejże ustawy osoba, której prawa zostały naruszone

²⁷ Komentarz do art. 79 [w]: D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX.

²⁸ Tamże.

²⁹ Tamże.

³⁰ Ustawa z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, (Dz. U. Nr 99, poz. 662).

³¹ Ustawa z dnia 29 marca 1926 r. o prawie autorskim (Dz.U. 1926 nr 48 poz. 286).

³² Brzmienie art. 79 ust. 2 u.p.a.p.p zostało zmienione na mocy ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych (Dz.U. 2015 poz. 1639).

³³ Komentarz do art. 79 u.p.a.p.p. [w]: P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, 2017, Legalis.

³⁴ Tamże.

³⁵ Komentarz do art. 79 u.p.a.p.p. [w]: E. Ferenc-Szydełko (red.), dz. cyt.: „Podkreśla się zwłaszcza, że przyjęte na gruncie ustawy autorskiej rozwiązania są zbyt surowe i prowadzą do nadmiernej kompensacji poszkodowanego”. Zob. także J. Barta (red.) *Prawo autorskie System Prawa Prywatnego tom 13*, 2017, s. 953-954, Legalis

³⁶ Komentarz do art. 79 u.p.a.p.p. [w]: J. Barta (red.), R. Markiewicz (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2011, LEX.

³⁷ Tamże.

³⁸ Ustawa z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim (Dz. U. Dz.U. 1952 nr 34 poz. 234).

mogła żądać zaniechania naruszenia, wydania uzyskanych korzyści i w razie winy wynagrodzenia szkody. Budzi zastrzeżenia także wyznacznik wysokości roszczenia, którym według ustawodawcy jest opłata stosowana nie w chwili naruszenia, a w chwili dochodzenia roszczenia³⁹. Według niektórych przedstawicieli doktryny konstrukcję przewidzianą w art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. nie można porównywać nawet z sankcjami karnymi, ponieważ te uzależnione są od winy sprawcy⁴⁰.

Trafnie orzekł SN w drodze wykładni subiektywnej, iż możliwości, jakie przewidywał ww. przepis były w pełni uzasadnione w chwili ich wprowadzania do prawa polskiego. Jednakże biorąc pod uwagę znaczny postęp techniczny, a także regulacje unijne, które weszły w życie po uchwaleniu u.p.a.p.p.⁴¹, z uwagi na reguły wykładni dynamicznej i porównawczej, wykładnia subiektywna ww. przepisu traci swój sens. Nie uwzględnia ona bowiem wynikającej z unijnej dyrektywy tendencji do unikania zastosowania odszkodowań o charakterze kary, a w odniesieniu do postępu technicznego, znacznie łatwiejszej obecnie niż kilkanaście lat temu, możliwości identyfikacji potencjalnego naruszcyciela czy oszacowania wyrządzonej szkody.

Dokonując wykładni celowościowej art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p., w szczególności zważywszy na charakter kompensacyjny tegoż roszczenia, a także wykładni systemowej, można wysunąć jednoznaczny wniosek, iż zastosowanie odszkodowania w formie represyjnej w prawie cywilnym nie znajduje uzasadnienia. Tego typu regulacja „łamie zasady prawa odszkodowawczego, w szczególności zasadę pełnego wynagrodzenia szkód oraz regułę *ne quis ex damno suo lucrum faciat*”⁴². „Żadna z podstaw odpowiedzialności nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego kosztem sprawcy, czy – inaczej to ujmując – nie może prowadzić do wyjścia poza kompensacyjny charakter odpowiedzialności i to zarówno odszkodowawczej, jak i w zakresie wydania uzyskanych bezprawnie korzyści”⁴³. Funkcja represyjno-prewencyjna nie jest celem roszczeń z prawa cywilnego. Ich celem jest przywrócenie równowagi⁴⁴.

Ponadto dyrektywa 2004/48/WE w pkt 26 preambuły stanowi jasno, iż celem tychże regulacji jest naprawienie szkody a nie wprowadzenie obowiązku zastosowania odszkodowań o charakterze kary, co potwierdza prawidłowość dokonanej przez SN wykładni.

Niektórzy przedstawiciele doktryny wysuwają słuszne twierdzenia odnośnie tego, iż ww. orzeczenia nie można stosować do każdej sprawy, w której podmiot będzie dochodził roszczeń

³⁹ Komentarz do art. 79 u.p.a.p.p. [w]: J. Barta (red.), R. Markiewicz (red.), *dz. cyt.*

⁴⁰ Komentarz do art. 79 [w]: T. Targosz, A. Tischner, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw*, 2008, LEX.

⁴¹ M.in. dyrektywa 2004/48/WE.

⁴² Komentarz do art. 79 [w]: T. Targosz, A. Tischner, *dz. cyt.*

⁴³ J. Barta, *Prawo autorskie System Prawa Prywatnego tom 13*, 2017, s. 953-954, Legalis.

⁴⁴ M. Poźniak-Niedzielska, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, 2007, s. 168.

z art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p.⁴⁵ Niemniej jednak nie zasługuję na aprobatę pogląd o możliwych zbyt daleko idących konsekwencjach ww. orzeczenia dla praktyki⁴⁶. Zadaniem SN jest dbanie o jednolitość orzecznictwa, jednakowoż sąd powszechny, rozpoznający sprawę, nie jest związany uchwałami Sądu Najwyższego, nawet o mocy zasady prawnej, jeżeli nie zostały wydane w tej samej sprawie⁴⁷. Dokonana przez SN wykładnia zmierzająca do odejścia od modelu odszkodowania ryczałtowego w wysokości dwukrotności nie powoduje utraty mocy obowiązującej tego przepisu. Domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją może być obalone jedynie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, a przewidziane w art. 178 ust. 1 Konstytucji związanie sędziego ustawą obowiązuje dopóty, dopóki ustawie tej przysługuje moc obowiązująca⁴⁸. Kontrowersje może wzbudzać także zarzut braku zasadności rozważań SN w ww. stanie faktycznym ze względu na niestwierdzenie przez TSUE kolizji pomiędzy art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. B u.p.a.p.p., a regulacjami prawa unijnego⁴⁹. SN ma bowiem przede wszystkim obowiązek dokonywania wykładni prokonstytucyjnej. Konstytucja RP stanowi bowiem najwyższy akt prawny w Polsce. Tym samym należy odrębnie rozpatrywać problem zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, w szczególności zaś właściwą implementację przepisów unijnych i nie należy utożsamiać tej procedury z wykładnią prokonstytucyjną.

⁴⁵ P. F. Piesiewicz, *Prawo autorskie, autorskie prawa majątkowe, ochrona autorskich praw majątkowych, stosowne wynagrodzenie, naprawienie wyrządzonej szkody. Glosa do wyroku SN z dnia 10 listopada 2017 r., V CSK 41/14. Orzecznictwo Sądów Polskich*, 2018/11/110.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2017, sygn. V CSK 466/16, Lex, nr 2321903.*

⁴⁸ *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. IV CSK 485/08, LEX nr 550930, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2016 r., sygn. V CSK 377/15, OSNC 2016 nr 12, poz. 148, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2017, sygn. I UK 325/16, LEX nr 2389585, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. II GSK 1208/10, LEX nr 746078.*

⁴⁹ P. F. Piesiewicz, *dz. cyt.*

Glosa częściowo krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14

Krzysztof Świąteczak

O autorze

Krzysztof Świąteczak, student IV roku prawa w Wyższej Szkole Bankowej w Poznaniu, dwukrotny zdobywca Nagrody Dziekańskiej I stopnia za aktywność społeczną i naukową na rzecz Uczelni, finalista XX Ogólnopolskiego Konkursu na Głosę organizowanego przez ELSA Poland i ELSA Kraków, finalista IV Ogólnopolskiego Konkursu z Publicznego Prawa Gospodarczego organizowanego przez ELSA Poland i ELSA Lublin, autor kilkunastu artykułów naukowych o tematyce prawnej i historycznej, stypendysta rektora za osiągnięcia naukowe, z zamiłowania historyk.

Streszczenie

Celem niniejszej publikacji jest analiza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. V CSK 41/14. Wyrok ten dotyczył dopuszczalności orzeczenia na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, odszkodowania za naruszenie autorskich praw majątkowych w wysokości dwukrotności należnej uprawnionemu opłaty.

Autor poddaje analizie ww. orzeczenie Sądu Najwyższego porównując wnioski w nim zawarte do poglądów części przedstawicieli doktryny polskiego prawa własności intelektualnej.

Słowa kluczowe

wyrok, Sąd Najwyższy, odszkodowanie

Krzysztof Świąteczak

Summary

The purpose of the article is analysis of the Supreme Court's Judgment of November 10, 2017 (Ref. No. V CSK 41/14). The verdict concerned the admissibility of the judgment on the basis of art. 79 paragraph 1 point 3 lit. b of the Act of February 4, 1994 on copyright and related rights, compensation for infringement of proprietary copyrights in the amount of twice the amount due to the entitled party.

The author analyzes the abovementioned decision of the Supreme Court comparing the conclusions contained therein to the views of representatives of the doctrine of Polish intellectual property law.

Key words

judgement, Supreme Court, compensation