



Spis treści

ARTYKUŁY

Piotr Mostowik

- 3 O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych”

Joanna Marczevska

- 30 Specyfika umów o zamówienia publiczne

Joanna Szachta

- 45 Doręczenie korespondencji pozwanemu przez komornika sądowego. Zagadnienia wybrane. Problemy praktyczne

Katarzyna Doroszevska

- 55 Sedacja paliatywna i kontrowersje związane z jej stosowaniem

Weronika Szafrńska

- 73 O postępowaniu przed Ministrem Finansów prowadzonym na podstawie Ustawy z 9 kwietnia 1968 r. o dokonywaniu w księgach wieczystych wpisów na rzecz Skarbu Państwa na podstawie międzynarodowych umów o uregulowaniu roszczeń finansowych

GŁOSA

Krzysztof Wala

- 90 Głos do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu – IV Wydział Karny Odwoławczy z dnia 29 stycznia 2019 r. IV Ka 1173/18

ARTYKUŁ RECYZYJNY

ks. Franciszek Longchamps de Brier

- 98 Prawo rzymskie jako wskaźnik otwartości środowiska prawniczego? Panorama głębokiej europejskiej prowincji intelektualnej

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – na tekst główny powinno się składać maksymalnie 70 000 znaków ze spacjami;
- 2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż na rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji; recenzje lub artykuły recenzyjne powinny mieć do 40 000 znaków ze spacjami;
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury; głosy powinny mieć do 30 000 znaków ze spacjami.

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem platformy:
https://journals.law.uj.edu.pl/index.php/forum_prawnicze/about/submissions

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.



Czasopismo jest wydawane na licencji Creative Commons – Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych 4.0 Międzynarodowe (CC BY-NC-ND 4.0). Przesłanie artykułu do recenzji oznacza zgodę na jego udostępnienie na tej licencji. „Forum Prawnicze” nie obciąża swoich Autorów opłatami za publikowanie artykułów.

W latach 2019–2020 czasopismo wydawane jest w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.



FORUM PRAWNICZE

Numer 6(56) | 2019
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Golebia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczącą: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius, Universität zu Köln
prof. Gerard Bradley, University of Notre Dame, USA
prof. Bartosz Brożek, Uniwersytet Jagielloński
prof. Gergel Deli, Széchenyi István Egyetem, Győr
prof. Federico Fernández de Buján, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid
prof. Tomasz Giaro, Uniwersytet Warszawski
prof. Philip Hellewege, Universität Augsburg
prof. Sang Yong Kim, 연세대학교 (Yonsei Daehakgyo)
prof. Hanna Knysiak-Sudyka, Uniwersytet Jagielloński
prof. Małgorzata Korzycka, Uniwersytet Warszawski
prof. Aurelia Nowicka, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Marko Petrak, Sveučilište u Zagrebu
prof. Jerzy Pisuński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafranski, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Daniil Tuzov, Санкт-Петербургский Государственный Университет (Sankt-Peterburgskij Gosudarstvennyj Universitet)
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Lihong Zhang, 華東政法大學 (Huadong Zhengfa Daxue)
prof. Mingzhe Zhu, 中國政法大學 (Zhongguo Zhengfa Daxue)

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Sekretarze redakcji:

Lucie Mrázková – Masarykova Univerzita, Brno
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Patrik Walczak – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:

prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
ks. prof. Franciszek Longchamps de Brier – historia prawa i prace interdyscyplinarne we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi – Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Monika Niedzwiedz – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr hab. Marta Soniewicka – teoria i filozofia prawa, teksty interdyscyplinarne z zakresu nauk humanistycznych i społecznych – Uniwersytet Jagielloński
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Ewa Popielarz
Skład: Janusz Świnarski
Korekta streszczeń: eCorrector
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright © 2019 Uniwersytet Jagielloński

O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych”



Piotr Mostowik

Profesor w Katedrze Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie – Sekcja Praw Podstawowych.

✉ piotr.mostowik@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-3548-1003>

On Demands for Entry into Polish Birth Records of Foreign Legal Fiction of a Child's Origin from 'Same-Sex Parents'

Polish administrative courts were in 2018 requested to register in Polish birth records the child's origin from "same-sex parents" (de facto – homosexual couples). The author discusses the national legal provisions. In the matters of civil status in question there is no harmonization of law at the international level, and the European Union has no competence in the field of substantive personal and family law. Such issues and – being their reflexes – the registration of civil status (filiation or marriage) are subject to the internal legislation of each state. Legal systems differ manifestly in the world. The author emphasizes that there is no possibility of transferring to the domestic register of civil status (birth records) a foreign document incompatible with the fundamental principles of forum's law, which is justified in particular by the need to protect the effectiveness of the principles of the Polish ordre public, which are declared in the Constitution (Art. 18). They include i.a. the understanding of the principle of filiation or marital status, and the registration system should be compatible with the legal fundamentals of the state. The proposed solution does not mean, however, that it is not possible to settle a detailed administrative case residing abroad, e.g. to obtain an identity card by the child living abroad. For the purpose of such separate administrative proceedings, a foreign document or a part of it may be treated as confirmation of the status of parents (i.e. a man and a woman who gave birth to a child) being Polish citizens.

Słowa kluczowe: prawo o aktach stanu cywilnego, akt urodzenia, klauzula porządku publicznego, prawo prywatne międzynarodowe, kolizja praw

Key words: civil status, birth records, order public clause, private international law, conflict of laws

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.206>

1. Doniosłość krajowej rejestracji

Kwestia zmiany krajowych założeń rejestracji stanu cywilnego wynikająca z żądania rejestracji urodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych” (w trybie transkrypcji za zawartością obcego dokumentu) była w ostatnim czasie przedmiotem interesujących rozważań sądów administracyjnych¹. Obejmuje ona kategorie zasadnicze w prawie publicznym i prywatnym, jakimi są: pochodzenie człowieka, pokrewieństwo (filiacja), macierzyństwo i ojcostwo. Zaistniała w judykaturze wątpliwość dotycząca treści polskiego rejestru została przesądzona w – wyznaczającej kierunek przyszłego orzecznictwa – Uchwale składu siedmiu sędziów Naczelnego Sąd Administracyjny z 2 grudnia 2019 r.² Interesujące dla doktryny są też wcześniejsze rozstrzygnięcia organów administracji i sądów oraz ich uzasadnienia, w tym rozbieżności w orzecznictwie zaistniałe w 2018 r. Celem poniższych uwag jest przedstawienie na tle tego orzecznictwa ogólniejszych problemów rejestracji stanu cywilnego w Polsce, też z perspektywy prawa konstytucyjnego, prawa rodzinnego i prawa prywatnego międzynarodowego, jak też kontekstu międzynarodowego.

Tytułem wstępu warto podkreślić, że skutki dokonania rejestracji w polskim rejestrze (tu: wytworzenia krajowego aktu urodzenia) są doniosłe nie tylko teoretycznie, ale i praktycznie. Zgodnie bowiem z art. 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego³ „akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym”. W doktrynie mówi się na jego tle o „preponderancji aktów stanu cywilnego”⁴. Tym samym np. rejestracja określonych

osób w akcie urodzenia dziecka jako jego rodziców wywołuje daleko idące konsekwencje w obrocie nie tylko publicznoprawnym (nie tylko w szczególności w sprawie administracyjnej, w której załatwieniu pokrewieństwo jest przesłanką) i prywatnoprawnym⁵. Prawna problematyka pochodzenia dziecka, jak swoisty „awers”, jest *de facto* tożsama ze – stanowiącym „rewers” – zagadnieniem rodzicielstwa (tj. macierzyństwa i ojcostwa).

Polska rejestracja stanu cywilnego, w tym urodzenia dziecka oraz osób o statusie matki i ojca, może być nie tylko pierwotna, ale – pod określonymi warunkami, o których będzie mowa poniżej – również pochodna od rejestracji zagranicznej. Możliwość swego rodzaju skopiowania zagranicznego wpisu przewidują art. 104 i in. p.a.s.c., a wcześniej podobny stan normatywny w tej ogólnej kwestii wynikał z art. 73 i n. ustawy z 1986 r.⁶ oraz ustaw szczególnych⁷. Zgodnie z art. 104 p.a.s.c. „zagraniczny dokument stanu cywilnego, będący dowodem zdarzenia i jego rejestracji, może zostać przeniesiony do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji”⁸. Zagraniczna rejestracja dokonywana

1 Problematykę dokumentów dotyczących stanu cywilnego w obrocie międzynarodowym, w tym dotychczasowe wypowiedzi piśmiennicze i orzecznice, przedstawia P. Kasprzyk (red.), *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego*, t. 2: *Obrót prawny w zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, Lublin 2019, s. 47–88.

2 Uchwała NSA z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0CB4DBF3D4>, 24.01.2020.

3 T.j. Dz.U. 2018 poz. 2224 ze zm. (dalej: p.a.s.c.).

4 Zob. J. Dobkowski, *Preponderancja aktów stanu cywilnego*, „Metryka” 2011, nr 2, s. 15–32, http://metryka.info/wp-content/uploads/2016/06/2_dobkowski.pdf, 24.01.2020.

5 Zob. A. Czajkowska (w:) I. Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów*, Warszawa 2015, s. 21 i n. Zob. też K. Michałowska, *Niemajtkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2017, s. 319 i n.

6 Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, t.j. Dz.U. 2011 nr 212 poz. 1264 ze zm.

7 Zob. P. Wypych, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, nr 1, s. 189 i n.

8 Wojewódzki Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu Wyroku z dnia 10 maja 2016 r. (III SA/Kr 1400/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/431B8D990D>, 24.01.2020) trafnie podkreślił, że „w wyniku transkrypcji powstaje polski akt stanu cywilnego, który nie różni się treścią od aktu transkrybowanego, a pod względem formy, mocy dowodowej oraz zasad korekty, nie różni się od aktów stanu cywilnego rejestrujących zdarzenia krajowe (tak też: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2007 r., III CSK 380/06 – opubl. LEX 457689, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2010 r., IV SA/Wa 270/10 – opubl. LEX 620136, postanowienie SN z dnia 3 czerwca 2011 r., III CSK 259/10 – opubl. LEX 1129120)”.

jest z istoty wcześniej na podstawie obcego prawa proceduralnego i materialnego (a dokładniej – na podstawie prawa rodzinnego, które zostaje wskazane jako właściwe normami kolizyjnymi w państwie rejestracji)⁹.

Żądania transkrypcji w trybie art. 104 i in. p.a.s.c. zagranicznego dokumentu, w którym jako rodzice dziecka zamiast matki i ojca widnieją dwie osoby tej samej płci (w praktyce – pary homoseksualne), tj. stworzenie krajowego aktu urodzenia o takiej powielonej treści, były przedmiotem kilku postępowań sądowo-administracyjnych. Z uwagi na powiązania faktyczne (sytuacji życiowych) i powiązanie kwestii prawnych orzecznictwo trzeba oceniać łącznie z rozstrzygnięciami w sprawach o wydanie dowodu tożsamości¹⁰ albo stwierdzenie obywatelstwa dziecka obywatela polskiego, który w zagranicznym akcie widnieje jako jeden z „rodziców jednopłciowych”.

Na marginesie można zauważyć, że w omawianym czasie Rzecznik Praw Obywatelskich nie tylko angażował się na rzecz niektórych stron postępowań, ale zwrócił się nawet do Ministra Spraw Wewnętrznych o zmianę rozporządzeń wykonawczych i zmianę obecnego sposobu sporządzenia aktów urodzeń przez odejście od rejestracji pochodzenia dziecka od matki będącej kobietą i ojca będącego mężczyzną¹¹. Wniosek ten nie znajdował oparcia w większości wyroków wyda-

wanych przez sądy administracyjne w ostatnich latach, a obecnie nie ma już żadnego uzasadnienia z orzecznictwa, w którym rozbieżności zostały przesądzone uchwałą wydaną w poszerzonym składzie. Podobne żądanie może zostać ponowione jako postulat *de lege ferenda* bądź jako kierunek wykładni postulowany trybunałom międzynarodowym, stąd poniższe uwagi mogą być przydatne również w przyszłym dyskursie.

2. Żądania rejestracji „rodziców jednopłciowych” w polskich aktach urodzenia na tle orzecznictwa sądowo-administracyjnego

2.1. Linia orzecnicza

Istotne znaczenie dla rozumienia w Polsce istoty stanu cywilnego i zakresu jego rejestracji ma – sygnalizowana na wstępie – Uchwała siedmiu sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r., jak też wcześniejsze wyroki NSA: z dnia 20 czerwca 2018 r.¹², z dnia 10 października 2018 r.¹³ i z dnia 30 listopada 2018 r.¹⁴, oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 r.¹⁵ Wzięcia pod uwagę wymaga także – niezauważona w kluczowym dla przyszłej praktyki wyroku NSA z 10 października 2018 r. – uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2012 r.¹⁶

9 Zob. M. Wojewoda, *Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego* (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2015, s. 535 i n., tenże, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2, s. 347–350.

10 Tj. postępowaniami w sprawach szczegółowych względem postępowania o transkrypcję: o wydanie dowodu osobistego lub nadanie numeru PESEL (art. 5 Ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych; t.j. Dz.U. 2017 poz. 1464 ze zm.) bądź o wydanie paszportu obywatelowi polskiemu (art. 3 Ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych; t.j. Dz.U. 2018 poz. 1919).

11 Zob. wystąpienie z 11 marca 2019 r. do Ministra Spraw Wewnętrznych o „udzielenie informacji, czy planowana jest zmiana przepisów rozporządzenia (...) w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego, tak aby wzór formularza – 4 – aktu urodzenia umożliwiał transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia dziecka pary jednopłciowej”; www.rpo.gov.pl/pl/content/

problemy-z-wykonaniem-wyroku-nsa-o-wpisie-do-akt-stanu-cywilnego-rodzicow-tej-samej-p%¹²C5%82ci, 31.12.2019.

12 Wyrok NSA z 20 czerwca 2018 r., II OSK 1808/16, LEX nr 2513922, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F1FEC11C03>, 24.01.2020; dalej: Wyrok NSA z 20 czerwca 2018 r.

13 Wyrok NSA z 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39>, 24.01.2020; dalej: Wyrok NSA z 10 października 2018 r.

14 Wyrok NSA z 30 października 2018 r., II OSK 1868/16, <http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-osk-1868-16-obywatelstwo/293ac30.html>, 24.01.2020; dalej: Wyrok NSA z 30 października 2018 r.

15 Wyrok WSA w Poznaniu z 5 września 2018 r., II SA/Po 1169/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7C7192478E>, 24.01.2020; dalej: Wyrok WSA w Poznaniu z 5 września 2018 r.

16 III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf, 24.01.2020; dalej: Uchwała SN z 20 listopada 2012 r.

Skargi do sądów administracyjnych w postępowaniach zakończonych wyrokami NSA z 20 czerwca 2018 r., 10 października 2018 r. oraz postępowaniu, w którym zwrócono się o uchwałę poszerzonego składu NSA, dotyczyły odmowy przez kierowników urzędów stanu cywilnego oraz wojewodów wnioskowanej rejestracji „urodzenia od osób tej samej płci”, która miała powielać fikcje prawne przewidziane

WSA w Krakowie. Wyrok ten, jak również wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 r., wywołały w 2018 r. niejednolitość orzecznictwa¹⁹.

Ponieważ w kontekście takich ogólnych postępowania o transkrypcję widzieć trzeba inne postępowania administracyjne, które dotyczą spraw szczegółowych powiązanych (a przynajmniej potencjalnie powiązanych w praktyce z uwagi na taką deklarację stron co



Do 2018 r. organy i sądy administracyjne konsekwentnie jednolicie odmawiały przerejestrowywania w trybie transkrypcji w polskim akcie urodzenia dwóch osób tej samej płci jako „matki” i „ojca”.

w niektórych prawach obcych. Odmowa była uzasadniona niemożnością przeniesienia zagranicznej rejestracji z uwagi na podstawowe zasady polskiego prawa o aktach stanu cywilnego oraz prawa osobowego i rodzinnego (art. 103 p.a.s.c.).

Do 2018 r. organy i sądy administracyjne konsekwentnie jednolicie odmawiały przerejestrowywania w trybie transkrypcji w polskim akcie urodzenia dwóch osób tej samej płci jako „matki” i „ojca”¹⁷. Tytułem przykładu można wskazać wyrok NSA z 20 czerwca 2018 r., a także wcześniejszy wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r.¹⁸ Stąd zaskoczeniem, o czym niżej, mogła być sentencja, a w szczególności uzasadnienie wyroku NSA z 10 października 2018 r. Mocą tego ostatniego uchylono decyzje kierownika Urzędu Stanu Cywilnego w Krakowie i Wojewody Małopolskiego o odmowie transkrypcji i podtrzymujący je wyrok

do wykorzystania transkrybowanego w Polsce aktu, np. w sprawie wydania dowodu tożsamości dziecka). Spośród nich należy wziąć pod uwagę wyrok NSA z 30 listopada 2018 r., który zapadł w sprawie o wydanie dziecku polskiego dowodu tożsamości. Konieczne jest przy tym rozróżnienie ogólnych spraw o transkrypcję zagranicznej treści do polskiego rejestru oraz innych spraw szczegółowych potencjalnie z nimi w praktyce powiązanych, tj. np. o stwierdzenie obywatelstwa²⁰, nadanie numeru PESEL lub wydanie dowodu tożsamości, o czym niżej. Trzeba też mieć na względzie, że – mimo iż wszystkie te sprawy rozpoznawane przez organy i sądy administracyjne – to dla ich oceny istotne znaczenie mają

17 Zob. E. Przyśliwska-Urbaneł, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci* (w:) J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, Warszawa 2019, s. 151–160.

18 Wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ADA943DFA1>, 24.01.2020.

19 Stanowisko odmienne od dotychczasowego orzecznictwa wyrażono też w Wyroku WSA z 5 kwietnia 2018 r. w sprawie, która jest obecnie rozpoznawana przez NSA w postępowaniu kasacyjnym.

20 Na podstawie art. 6 ust. 1 Ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (t.j. Dz.U. 2018 poz. 1829, dalej: u.obyw.pol.). Zob. P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobowane wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 I II OSK 2419/13)*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16, s. 55 i n.

nie tylko przepisy materialnego i procesowego prawa administracyjnego, ale również przepisy prawa rodzinnego i prawa prywatnego międzynarodowego²¹.

2.2. Wyłom w orzecznictwie

W sprawie rozpoznanej wyrokiem NSA z 10 października 2018 r. organy administracji wydały decyzje i wyrok, które odmawiały spełnienia żądania przeniesienia do polskich aktów stanu cywilnego z zagranicznego rejestru danych dwóch osób tej samej płci jako „rodziców”. Kierownik USC w Krakowie, Wojewoda Małopolski i WSA w Krakowie wskazali, że w świetle art. 55 Prawa prywatnego międzynarodowego²² ustalenie pochodzenia dziecka podlega prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia. Prawo polskie określa między innymi, kto w jego rozumieniu jest matką i ojcem, a także że rodzice to osoby różnej płci (tj. za prawdę biologiczną i genetyczną przyjmuje, że dziecko pochodzi od kobiety i mężczyzny). Z prawa polskiego nie wynika, że pierwotną matką może być kobieta inna niż ta, która dziecko urodziła, ani że drugim z rodziców w znaczeniu prawnym może być osoba tej samej płci²³. Podstawową zasadą prawa polskiego, wyrażoną w art. 61[9] Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 25 lutego 1964 r.²⁴, jest macierzyństwo (pochodzenie dziecka) kobiety, która dziecko urodziła. Natomiast – niezależnie od sposobu ustalenia ojcostwa – drugim z rodziców prócz matki, tj. ojcem dziecka, jest zgodnie z polskim prawem mężczyzna. Również w rozumieniu p.a.s.c. rodzicami są zawsze matka i ojciec. Z tych względów wpisanie do polskiego aktu urodzenia dru-

giej kobiety (co dotyczy też drugiego mężczyzny) jako ojca dziecka, a nie mężczyzny (matki), stanowiłoby nie tylko naruszenie obowiązującego w Polsce porządku prawnego, ale także wprowadzałoby w błąd. WSA w Krakowie w wyroku z 10 maja 2016 r. zauważył przy tym, że „sądy administracyjne związane są obowiązującymi przepisami prawa, tj. Konstytucją RP i ustawami, których konstytucyjności jednakże badać nie mogą. Poza kognicją sądów leżą też funkcje prawotwórcze”.

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 10 października 2018 r. uchylił powyższe decyzje i wyrok WSA w Krakowie. To orzeczenie może, choć nie musi – z uwagi na zasadnicze wątpliwości co do jego uzasadnienia na tle dotychczasowego orzecznictwa, w tym wyroku NSA z 20 czerwca 2018 r., oraz na nieco zmieniony kontekst normatywny po jego wydaniu w związku z wyrokiem NSA z 30 listopada 2018 r., o czym niżej – prowadzić też do utrzymania w mocy przez NSA wyroku WSA w Poznaniu, a w konsekwencji do zmiany linii orzeczniczej w sprawach rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego pochodzenia dziecka od „rodziców jednopłciowych”. W dalszej perspektywie może to doprowadzić do sporządzania polskich aktów urodzenia, z których wynikać będzie, że dziecko pochodzi od „matki” i „ojca” będących osobami tej samej płci, co z kolei mieć będzie daleko idące skutki dla wszystkich gałęzi prawa z uwagi na dalekosiężne skutki rejestracji (art. 3 p.a.s.c.).

Trzeba od razu zauważyć, że skutki aktu stanu cywilnego – w tym tego, który może powstać w razie uchylenia dotychczasowej linii orzeczniczej kierowników urzędu stanu cywilnego, są generalnie daleko idące dla całego obrotu prawnego, w tym osób trzecich. Warto mieć w szczególności na względzie, że akt stanu cywilnego, w tym transkrybowany, zgodnie z art. 3 p.a.s.c. stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych, a jego niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Między innymi z tego powodu wyrok NSA z 10 października 2018 r. oraz tezy zawarte w jego uzasadnieniu rodzić mogą uwagi polemiczne.

2.3. Uchwała siedmiu sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w poszerzonym składzie odpowiadał na pytanie, zadanie przez skład NSA rozpoznający kolejną podobną sprawę. Skład siedmiu

21 Zob. P. Mostowik, *Pochodzenie dziecka* (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, dz. cyt., s. 308 i n.

22 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz.U. 2015 poz. 1792; dalej: p.p.m. Na temat wyznaczenia prawa właściwego, któremu w polskim obrocie podlega stosunek macierzyństwa i ojcostwa – zob. P. Mostowik, *Władza rodzicielska w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 27 i n., <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/63950/edition/63839?language=pl>, 24.01.2020; tenże (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, dz. cyt., s. 308 i n.

23 Na temat kluczowych rozwiązań polskiego prawa filiacyjnego – zob. T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 12: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 25–27.

24 T.j. Dz.U. 2017 poz. 682 ze zm.; dalej: k.r.o.

sędziów NSA przyjął uchwałę mówiącą, że „art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 p.a.s.c. w zw. z art. 7 p.p.m. nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci”. Nie jest możliwe wpisanie w polskim akcie stanu cywilnego zamiast ojca dziecka „rodzica”, który nie jest mężczyzną, gdyż taka transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego.

o dokumentach paszportowych²⁵ (a tym samym brak jest potrzeby ubiegania się o transkrypcję). Natomiast odnośnie do spraw o wydanie dowodu osobistego oraz nadanie numeru PESEL podkreślono, że są one przedmiotem rozstrzygnięć wydawanych w osobnych postępowaniach oraz zaskarżalnych. Zauważono przy tym, że przyjęta w uchwale z 2 grudnia 2019 r. wykładania art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu



Skład siedmiu sędziów NSA przyjął uchwałę mówiącą, że „art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 p.a.s.c. w zw. z art. 7 p.p.m. nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci”.

Sąd podkreślił przy tym, że obligatoryjność, o której mowa w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. (tj. sytuacja, w której polski obywatel posiada akt sporządzony na terytorium Polski i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL), nie wyłącza stosowania przesłanek transkrypcji określonych w art. 107 p.a.s.c. Odmowa powinna mieć miejsce w razie sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa forum, co jest konieczne dla eliminacji niespójności systemu, która by wystąpiła, jeżeliby funkcjonowały krajowe akty urodzenia z danymi niepodlegającymi zasadniczo rejestracji w Polsce.

Od razu trzeba zauważyć, że Sąd zauważył doniosłość w praktyce powiązania ogólnego postępowania o transkrypcję z innymi szczegółowymi postępowaniami administracyjnymi. W uzasadnieniu uchwały NSA z 2 grudnia 2019 r. zauważono przy tym, że co prawda wniosek o wydanie dokumentu paszportowego powinien zawierać numer PESEL, ale konsul może wydać małoletniemu obywatelowi polskiemu urodzonemu za granicą paszport tymczasowy bez zamieszczania w nim tego numeru art. 24 ust. 1 pkt 1 Ustawy

tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka podano zamiast danych ojca dane kobiety, która pozostaje w nieznanym polskiemu prawu związku partnerskim z matką dziecka będącą obywatelką polską.

3. Kluczowe problemy prawne w omawianym orzecznictwie administracyjnym i sądowoadministracyjnym

Zasadnicza linia orzecznicza sądów administracyjnych, w tym Uchwała siedmiu sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r., pozwala na poczynienie uwag ogólniejszych, jak też wskazanie dodatkowych argumentów za wydanymi rozstrzygnięciami. Jedynie rozumowanie zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 października 2018 r. zasługuje na uwagi krytyczne – zarówno z perspektyw *de lege lata* oraz *de lege ferenda*, jak i z uwagi na aktywizm interpretacyjny w wymiarze

²⁵ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych, t.j. Dz.U. 2018 poz. 1919.

nieproporcjonalnym dla osiągnięcia deklarowanego celu. Nie można bowiem burzyć ogólnych zasad rejestracji stanu cywilnego, dotyczących wszystkich osób, celem pozytywnego załatwienia kazuistycznej sprawy dziecka polskiego obywatela zamieszkałego w państwie o innej kulturze prawnej.

3.1. Potrzeba rozróżnienia postępowania o stworzenie polskiego aktu od wymagań dowodowych w postępowaniu o wydanie dowodu tożsamości

NSA w uchwale z 2 grudnia 2019 r. celnie zauważył, że na tle całości stanu faktycznego związanego z dzieckiem polskiego obywatela rodzą się dwie kategorie spraw administracyjnych, a nie tylko postępowanie o transkrypcję. Trudno zgodzić się natomiast z tezą zawartą w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 paździer-

zasadnienie kontrolowanego wyroku WSA w Krakowie z 10 maja 2016 r.²⁷, mówiące, że: „Sąd podkreśla, że o ile – jak wskazuje to Rzecznik Praw Obywatelskich – przepis art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego wprowadza obowiązek transkrypcji aktu urodzenia osoby, która ubiega się o polski dokument tożsamości – polski dokument paszportowy lub polski dowód osobisty, a dokumenty te są jedynymi przysługującymi obywatelowi polskiemu dokumentami, które poświadczają jego tożsamość i posiadanie polskiego obywatelstwa, to taki przepis mógłby rodzić wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją RP, nie mniej niniejsza sprawa nie dotyczy wydania polskiego dokumentu paszportowego ani polskiego dowodu osobistego, a zatem zarzut Rzecznik Praw Obywatelskich w tym zakresie wykracza poza ramy rozpoznawanej sprawy”. Trafne było w szczególności



NSA w uchwale z 2 grudnia 2019 r. celnie zauważył, że na tle całości stanu faktycznego związanego z dzieckiem polskiego obywatela rodzą się dwie kategorie spraw administracyjnych, a nie tylko postępowanie o transkrypcję.

nika 2018 r. mówiącą, że od transkrypcji całego zagranicznego aktu, w którym „rodzice to dwie osoby tej samej płci”, zależy (a co najmniej – musi zależeć) to, że dziecko obywatela polskiego uzyska np. dowód osobisty jako polski obywatel²⁶. Poprawniejsze wydaje się

spostrzeżenie o niepokrywaniu się zakresów spraw, a tym samym o pomieszaniu w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich argumentów dotyczących ogólnego postępowania o transkrypcję ze szczególnym postępowaniem o wydanie dowodu tożsamości. Rozpoznana wyrokiem NSA z 10 października 2018 r. sprawa nie dotyczyła wydania polskiego dowodu tożsamości, a zatem zarzuty w tym zakresie po prostu wykraczały poza formalne i materialne ramy rozpoznawanej sprawy.

Przed wszystkim trzeba mieć na względzie, że problem z udowodnieniem przez obywatela polskiego jego

26 Nie przekonuje w szczególności twierdzenie, że: „W aktualnym stanie prawnym dokumentami potwierdzającymi obywatelstwo polskie są paszport i dowód osobisty, a warunkiem wydania polskiego dokumentu tożsamości jest przedłożenie właściwemu organowi administracji polskiego aktu urodzenia. I ten aspekt sprawy, dotyczący obowiązkowej transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia obywatela Rzeczypospolitej Polskiej, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, a wbrew stanowisku WSA w Krakowie, jest kluczowy”.

27 Wyrok WSA w Krakowie z 10 maja 2016 r., III SA/Kr 1400/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/431B8D990D>.

macierzyństwa albo ojcostwa wynika z wymagania dowodowego w zupełnie innym postępowaniu administracyjnym (np. o stwierdzenie obywatelstwa lub o wydanie dowodu tożsamości), a nie – innym – postępowaniu o transkrypcję, o którym wypowiedział się Sąd. Z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. wynika wymaganie dowodowe w innym postępowaniu, podwyższone względem treści art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego²⁸ przyjętej w uchwale SN z 20 listopada 2012 r. (tj. możliwości posłużenia się w Polsce dla celów dowodowych zagranicznym dokumentem). Trudno natomiast ten przepis rozumieć jako bezwzględny obowiązek kierow-

3.2. Brak możliwości pominięcia przy orzekaniu podstawowych zasad krajowego prawa osobowego i rodzinnego

W uzasadnieniu wyroku z 10 października 2018 r. NSA nie zauważono wynikającej z prawa polskiego możliwości posłużenia się zagranicznym dokumentem stanu cywilnego (co by można odnieść też do jego części, np. dotyczącej polskiej obywatelki – kobiety, która dziecko urodziła i której prawny status macierzyństwa jest zgodny z podstawowymi zasadami polskiego prawa). W uchwale Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 20 listopada 2012 r.²⁹ stwierdzono, że



Problem z udowodnieniem przez obywatela polskiego jego macierzyństwa albo ojcostwa wynika z wymagania dowodowego w zupełnie innym postępowaniu administracyjnym.

nika urzędu stanu cywilnego „przejęstrowania” treści zagranicznego dokumentu nazwanego z określeniem „stan cywilny” z porzuceniem podstawowych zasad polskiego rejestru stanu cywilnego i prawa rodzinnego. Tym trudniej byłoby taki bezwzględny obowiązek uzasadniać tym, że wnioskodawca na potrzeby ogólnego postępowania o transkrypcję oświadcza, że w przyszłości będzie potrzebował posłużyć się tak pozyskanym aktem w osobnym postępowaniu o wydanie dowodu tożsamości.

Sąd bardziej przekonujące jest uzasadnienie uchwały NSA z 2 grudnia 2019 r., w którym zauważono, że każdy obywatel ma prawo do dowodu osobistego, a sądowej kontroli podlega zarówno odmowa, jak i bezczynność organu. To w tych postępowaniach można podnieść potrzebę rozwiązania problemu braku możliwości transkrypcji. Celne jest też spostrzeżenie, że w przepisach szczegółowych o nadaniu numeru PESEL nie ma przeciwwskazań do podania danych zagranicznego aktu stanu cywilnego.

„akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego”, a uchwałę tę *in extenso* przytaczał wcześniej NSA w podobnych sprawach jako uzasadnienie odmiennego rozstrzygnięcia (w tym w uzasadnieniu wyroku NSA z 20 czerwca 2018 r.) oraz WSA w Krakowie w uzasadnieniu kontrolowanego przez NSA orzeczenia z dnia 10 maja 2016 r.³⁰ Również w uza-

28 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2018 poz. 1360 ze zm.; dalej: k.p.c.

29 III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20CZP%2058-12.pdf, 24.01.2020; dalej: Uchwała SN z 20 listopada 2012 r.

30 „Za nieuzasadniony należy uznać zarzut, jakoby odmowa dokonania transkrypcji miała uniemożliwić małoletniemu A. skutecznie wykazać i ustalić przed polskimi organami i sądami podstawowego elementu swojej tożsamości w postaci relacji z jednym ze swoich rodziców. W tym względzie należy mieć bowiem na uwadze przepis art. 1138 k.p.c., który przyznaje zagranicznym dokumentom urzędowym moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi, nie wprowadzając w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych wymogów, w szczególności w postaci transkrypcji tych dokumentów. Niezależnie więc od tego, czy treść brytyj-

sadnieniu nowej ustawy z 2014 r., do którego sądy nie sięgnęły, podkreślono, iż:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia”³¹.

Nie przekonuje w szczególności teza, że akurat przy transkrypcji na potrzeby postępowań o wydanie dowodu tożsamości (w których toku trzeba obowiązkowo przedstawić transkrybowany zagraniczny akt stanu cywilnego) nie ma możliwości jej odmowy z powołaniem się na klauzulę porządku publicznego (*ordre public*). Z prawa polskiego wynika treść wręcz odwrotna, ponieważ klauzula została wyrażona w nim nawet wiele razy³². Warto podkreślić, że w nowej ustawie p.a.s.c., w porównaniu do starej, celowo dodano kilka przepisów, które klauzulę wyrażają. Na przykład:

Art. 103 p.a.s.c.: „Kierownik urzędu stanu cywilnego albo konsul odmawia rejestracji zdarzenia, jeżeli (...) rejestracja zdarzenia byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Art. 107 p.a.s.c.: „Kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli: 1) dokument w państwie wystawienia nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego (...) lub potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo (...) 3) transkrypcja

skiego aktu urodzenia A.Z. zostałyby «umiejscowiona» w polskich księgach stanu cywilnego, czy też nie, zarówno małoletni, jak i jego opiekun prawny ma możliwość skutecznego powoływania się na ten dokument w obrocie prawnym i jego dowodowego wykorzystania. Zagraniczne akty stanu cywilnego, identycznie jak ich polskie odpowiedniki stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych (art. 3 p.a.s.c., także wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 maja 2010 r., II SA/Gl 669/09, ONSA i WSA z 2011 r. poz. 114)”.

31 Zob. <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, s. 51, 24.01.2020.

32 Art. 7 p.p.m. „Prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Art. 1146 § 1 k.p.c. „Orzeczenie nie podlega uznaniu, jeżeli: 7) uznanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego)”.

byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”³³.

Takie rozwiązanie uzasadniano dążeniem do zagwarantowania efektywniejszej ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego oraz formalnego ułatwienia stosowania klauzuli (tj. możliwości wskazania przepisów bezpośrednio w p.a.s.c., a nie pośrednio w p.p.m. i k.p.c.). W uzasadnieniu ustawy podkreślono:

„Kierownik odmówi również dokonania czynności, która byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowo w przypadku transkrypcji zarejestrowanie zagranicznego dokumentu stanu cywilnego nie będzie możliwe, jeżeli (...) potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo”³⁴.

Natomiast za podejściem przyjętym w uchwale NSA z 2 grudnia 2019 r. przemawiają też inne (niż założenie efektywniejszej ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego) motywy ustawodawcy zawarte w uzasadnieniu nowej ustawy z 2014 r. W uzasadnieniu projektu p.a.s.c. podkreślono bowiem, że:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia (...). Jednak zagraniczne akty stanu cywilnego często nie zawierają wszystkich danych osoby, które wymagane są przepisami polskiego prawa (...) lub też przewidują odmienną od wcześniejszego polskiego aktu stanu cywilnego pisownię nazw własnych (...), lub nie zawierają polskich znaków diakrytycznych. Braki te muszą być uzupełniane, a dane prostowane, w przeciwnym razie nie jest możliwe w świetle polskiego prawa nadanie numeru PESEL lub wydanie dowodu osobistego. (...) Najprostszą drogą uzupełnienia braków w zagranicznych aktach stanu cywilnego jest – w zależności od ich rodzaju – złożenie wniosku lub oświadczenia przed

33 Podobne rozwiązanie zawierają jeszcze: art. 108 ust. 2 i art. 112 p.a.s.c.

34 Zob. Rządowy projekt ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, Sejm VII kadencji, druk nr 2620, s. 48, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, 24.01.2020; dalej: uzasadnienie p.a.s.c.

kierownikiem urzędu stanu cywilnego w związku z dokonaniem transkrypcji zagranicznego aktu³⁵.

Wprowadzenie obligatoryjnej transkrypcji w niektórych sytuacjach (wyliczonych w art. 104 ust. 5 p.a.s.c.) nie było więc nastawione na możliwość odejścia od podstawowych zasad polskiego porządku prawnego (które notabene miałyby być w nowej ustawie efektywniej chronione, o czym wyżej). Ustawodawcy przyświecał „techniczny” cel alokowania postępowania dowodowego i ułatwienia uzupełnienia braków infor-

stasy faktyczne, w których nie następuje przedłożenie w Polsce zagranicznego dokumentu, którego dane są niezbędne do wszczęcia postępowania o transkrypcję. Jednocześnie w tym fragmencie uzasadnienia ustawy celnie podkreślono, że:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia”.



Zastrzeżenia budzą pojawiające się w pismach stron postępowania, jak też w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich, twierdzenia mówiące, że za sporządzeniem polskich aktów urodzenia o treści mówiącej o pochodzeniu dziecka od dwóch osób homoseksualnych miałoby przemawiać „oczywiste orzecznictwo” Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości UE.

macji oraz prostowania danych osobowych nie na etapie wydawania dowodu tożsamości (w postępowaniu w tej sprawie), lecz w toku, „wymuszonego” niejako, postępowania o transkrypcję.

Na omawiane zagadnienie nie ma wpływu kolejne zdanie mówiące, że: „Rejestrowanie przez kierownika określonych danych w rejestrze PESEL nie może nastąpić w oparciu o zagraniczne akty stanu cywilnego. Rejestr zawierałby bowiem informacje z powyższego zakresu wyłącznie w odniesieniu do osób, które przedłożyłyby taki akt kierownikowi urzędu stanu cywilnego”. Na marginesie można zauważyć, że poza niniejszymi rozważaniami (a nawet poza zastosowaniem w praktyce polskiego prawa administracyjnego) są

To spostrzeżenie przemawia za, proponowanym niżej, przyjęciem wykładni art. 1138 k.p.c. wynikającej z uchwały SN z dnia 20 listopada 2012 r. też w sprawach o wydanie dowodu tożsamości dziecku, w które zgodnie z obcym dokumentem pochodzi od „rodziców jednopłciowych”, o czym niżej.

3.3. Nadużywane argumenty o „obowiązkach wynikających z prawa unijnego i międzynarodowego”

Zastrzeżenia budzą pojawiające się w pismach stron postępowania, jak też w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich, twierdzenia mówiące, że za sporządzeniem polskich aktów urodzenia o treści mówiącej o pochodzeniu dziecka od dwóch osób homoseksualnych miałoby przemawiać „oczywiste orzecznictwo” Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz

35 Zob. <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, s. 51, 24.01.2020.



Kilka lat temu Komisja UE ogólnie prezentowała pomysł uznawania między państwami członkowskimi wpisów do rejestrów stanu cywilnego, ale idea ta została zarzucona. Państwa członkowskie (w tym Niemcy i Holandia) podkreśliły, że te zagadnienia mieszczą się poza kompetencjami Unii.

Trybunału Sprawiedliwości UE. W szczególności w uzasadnieniu wyroku NSA z 20 października 2018 r. bezpodstawnie wskazano, że rozpoznawana sprawa została „wyjaśniona we wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości lub prawidłowa wykładnia przepisu prawa europejskiego jest tak oczywista, że nie budzi żadnych racjonalnych wątpliwości”.

Po pierwsze orzecznictwa TSUE na temat krajowych systemów rejestracji stanu cywilnego oraz prawa rodzinnego nie ma i być nie może, ponieważ Unia Europejska nie dysponuje kompetencjami w omawianym zakresie³⁶, a co za tym idzie – brak prawa unijnego. Artykuł 5 Traktatu o UE³⁷ wyraża zasadę kompetencji przyznanych (powierzonych) słowami „Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie do osiągnięcia celów określonych w traktatach, a wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich”³⁸.

Kilka lat temu Komisja UE ogólnie prezentowała pomysł uznawania między państwami członkowskimi wpisów do rejestrów stanu cywilnego, ale idea ta została zarzucona. Państwa członkowskie (w tym Niemcy i Holandia) podkreśliły, że te zagadnienia

Europejskiej (2007/C 303/01), Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U.2009.203.1569), ratyfikowanego przez Rzeczpospolitą Polską ustawą z dnia 1 kwietnia 2008 r. o ratyfikacji Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. nr 62, poz. 388). Zgodnie z art. 7 Karty każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Zgodnie zaś z art. 21 te same Karty zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (ustęp 1 art. 21), a ponadto w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla ich postanowień szczególnych zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową (ustęp 2 art. 21). Zarzut skarżący jest bezpodstawny również i z tego powodu, że art. 21 ust. 1 – jak to wynika z wyjaśnień dotyczących Karty Praw Podstawowych (2007/C 303/02) – dotyczy jedynie dyskryminacji ze strony instytucji i organów Unii w wykonywaniu kompetencji przyznanych im na mocy Traktatów oraz ze strony Państw Członkowskich, wówczas gdy wykonują prawo Unii”.

- 36 Zob. R. Kownacki, *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanzja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?* (w:) A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 387, 390.
- 37 Dz.U. 2004 nr 90 poz. 864/30 ze zm.; wersja skonsolidowana w Dz.U. UE C 2010 nr 83.
- 38 Wojewódzki Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 maja 2016 r., kontrolowanego przez NSA omawianym wyrokiem, trafnie podkreślił: „Za niemający uzasadnienia w realiach niniejszej sprawy uznać należy zarzut naruszenia art. 7 i 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii

mieszczą się poza kompetencjami Unii³⁹. Od dnia 16 lutego 2019 r. jest stosowane rozporządzenie UE nr 1191/2016 w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej⁴⁰. Rozporządzenie reguluje zwolnienie z legalizacji lub podobnej czynności i uproszczenie innych formalności w odniesieniu do posługiwania się określonymi dokumentami urzędowymi wydanymi przez organy innego państwa członkowskiego. Ustanawia też wielojęzyczne standardowe formularze, które mają być stosowane jedynie jako tłumaczenie pomocnicze załączane do dokumentów urzędowych. Co istotne, w świetle art. 2 ust. 4 „rozporządzenie nie ma zastosowania do uznawania w państwie członkowskim skutków prawnych związanych z treścią dokumentów urzędowych wydawanych przez organy innego państwa członkowskiego”. Ten wyraźny przepis podkreślający właśnie, że zagraniczne akty nie wywołują w innych państwach rezultatu materialnoprawnego, został dodany w następstwie sprzeciwu państw wobec pierwotnych planów legislacyjnych Komisji UE, co zostało uzasadnione m.in. brakiem kompetencji UE⁴¹. Ostatecznie w rozporządzeniu UE 2016/1191 przewidziano tylko „formalną” problematykę posługiwania się dokumentami wydanymi na bazie zagranicznego rejestru, a pominięto regułę wzajemnego uznawania. Zgodnie z art. 2 ust. 4 nie ma ono zastosowania do uznawania w państwie członkowskim skutków prawnych związanych z treścią

dokumentów urzędowych wydawanych przez organy innego państwa.

Wyłączne znaczenie prawa krajowego podkreśla się w ostatnim orzecznictwie TSUE, w tym w wyroku TSUE z 5 czerwca 2018 r.⁴² (sprawa Coman), o dziwo przytaczanym w pismach Rzecznika Praw Obywatelskich i uzasadnieniu krytykowanych wyroków na rzecz odwrotnego stanowiska. W punkcie 37 uzasadnienia tego wyroku TS UE wskazano: „Oczywiście kwestie stanu cywilnego (...) są materią należącą do kompetencji państw członkowskich i prawo Unii tej kompetencji nie narusza”, natomiast w punkcie 43: „Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”⁴³.

Po drugie z omawianą problematyką ściśle wiąże się zagadnienie nabywania stanu cywilnego drogą kontraktu z tzw. *surrogate mother*, co dotyczy w szczególności „rodziców jedнопłciowych” (w praktyce osób homoseksualnych) płci męskiej, którzy w Polsce legitymować się będą zagranicznym aktem urodzenia z ich danymi (np. w stanie faktycznym leżącym u podstaw wyroków NSA z 6 maja 2015 r.)⁴⁴. Dla homoseksualnych par mężczyzn jest to w niektórych państwach prawny sposób uzyskania statusu pierwotnych rodziców tego samego dziecka.

W europejskich instytucjach politycznych pojawiają się ostatnio wyrazy niechęci odnośnie do praktyk *surrogate motherhood*, których rezultatem są zagraniczne

39 Zob. więcej: P. Mostowik, *Legislative Activities of European Union versus Fundamental Principles of Paternity and Maternity in Member States*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2017, t. 8, s. 79–94, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3224049, 24.01.2020.

40 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej i zmieniające Rozporządzenie (UE) nr 1024/2012, Dz.U. UE L nr 200, s. 1.

41 Zob. więcej: P. Mostowik, *Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 37, s. 97 i n., <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/37262>, 24.01.2020.

42 Wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie C-673/16 (sprawa *Coman v. Rumunia*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=202542&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PL&cid=301542#Footnote>, 24.01.2020.

43 Zob. podobnie wyroki: z dnia 2 października 2003 r., Garcia Avello, C-148/02, EU:C: 2003: 539, pkt 25; z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko, C-267/06, EU:C: 2008: 179, pkt 59; z dnia 14 października 2008 r., Grunkin Paul, C-353/06, EU:C: 2008: 559, pkt 16; państwa członkowskie mają zatem swobodę (a nie obowiązek – przyp. P.M.) w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci (Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris, C-443/15, EU:C: 2016:897, pkt 59).

44 Wyrok NSA z 6 maja 2015 r., II OSK 2372/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/12EBFE1F1E>; Wyrok NSA z 6 maja 2015 r., II OSK 2419/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A7BCB1D1A8>, 24.01.2020.

dokumenty o treści, która może nie podlegać uznaniu w innych państwach (np. w Polsce). Na przykład Parlament Unii Europejskiej w raporcie na temat praw człowieka i demokracji w świecie z 2014 r. i polityki Unii Europejskiej w tej dziedzinie zdecydowanie kry-

umowę międzynarodową celem uznawania zagranicznego statusu prawnego rodziców (filiacji) nabytego za granicą na podstawie kontraktu z *surrogate mother*. Tę krytykę oparto na tezie, że możliwość takiego kontraktowania narusza godność kobiety⁴⁶.



W europejskich instytucjach politycznych pojawiają się ostatnio wyrazy niechęci odnośnie do praktyk *surrogate motherhood*, których rezultatem są zagraniczne dokumenty o treści, która może nie podlegać uznaniu w innych państwach (np. w Polsce).

tycznie odniósł się do praktyk tzw. macierzyństwa zastępczego. W ust. 114 raportu potępiono „praktykę macierzyństwa zastępczego, które podważa ludzką godność kobiety, ponieważ jej ciało i jej funkcje rodzicielskie są używane jako towar”⁴⁵.

W ostatnim czasie europejskie feministyczne organizacje społeczne wyraziły daleko idącą krytykę w stosunku do pomysłu w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, by opracować

Po trzecie warto przybliżyć rzeczywistą treść wiążącego Polskę prawa międzynarodowego, w tym Konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.⁴⁷ Celnie WSA w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2018 r. zauważyła szczególnie, że „[c]o również istotne, Polska miała znaczący udział w tworzeniu Konwencji – składając propozycje do tekstu Konwencji i będąc w pierwszej grupie państw, które ją podpisały (...)”. Za tą obserwacją idzie jednak interpretacja przez WSA treści normatywnej, której z pewnością państwa tworzące konwencję nie akceptowały ani nie przewidywały. Nie idzie natomiast zastosowanie międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego, które

45 Zob. Report of 30 November 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter, 2015/2229(INI), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_EN.html?redirect, 24.01.2020. Zob. też dokumenty autorstwa Rady Europy zawarte w aneksie publikacji P. Mostowik (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019, s. 787 i n. Ewolucję zjawiska zwanego *surrogate motherhood* w kierunku sposobu dostarczania dzieci, w tym z dookreśleniem cech fizycznych (np. koloru oczu i włosów) i prawdopodobnych osobowych (za pośrednictwem wykształcenia genetycznych rodziców), mogą obrazować oferta ukraińskiego ośrodka: <http://biotextcom.com/information/brief-explanation-surrogacy-process> (24.01.2020) oraz zbiórka społeczna na pomoc parze homoseksualnych młodzieńców w sfinansowaniu nabycia dziecka w Republice Południowej Afryki: www.babyrainbow.nl (24.01.2020).

46 Zob. Contribution of Feminist and Human Rights Organizations to the Work of The Hague Conference on Private International Law Regarding Legal Issues Concerning International Surrogacy Conventions (“Parentage/Surrogacy project”). Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015, https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf, 24.01.2020.

47 Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526 ze zm.; dalej: Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. Na temat genezy zob. T. Smoczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 10 i n.

jest kluczowe dla rozpoznawanych przez organy i sądy administracyjne – w istocie cywilnych spraw.

W świetle art. 7 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.: „1. Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. 2. Państwa-Strony zapewnią, aby te prawa stały się zgodne z ich prawem wewnętrznym oraz z ich międzynarodowymi zobowiązaniami w tej dziedzinie, w szczególności w przypadkach, gdyby brak tych uregulowań spowodował, iż dziecko zostałoby bezpaństwowcem”. Przepis ten mówi wyraźnie o prawie do poznania swoich rodziców, przez których umawiające się państwa z pewnością nie rozumiały drugiej osoby tej samej płci (tj. nie wyrażały konsensu na takie rozumienie konwencji, decydując o przystąpieniu do niej).

Zgodnie zaś art. 8 Konwencji o prawach dziecka Państwa-Strony winny okazać właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości w wypadku, gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości. Za takie pozbawienie tożsamości uznać by można generalne zignorowanie w akcie urodzenia faktu stosunków rodzinnych, tj. faktu, od kogo dane dziecko pochodzi (a nawet szerzej – może pochodzić). Ponadto w postanowieniach umów międzynarodowych wyrażane są zakazy handlu dziećmi oraz negatywne nastawienie do nabywania stanu cywilnego rodziców drogą odpłatnej czynności prawnej, w efekcie których powstają właśnie zagraniczne dokumenty stanu cywilnego z dwoma „rodzicami” tej samej płci⁴⁸.

Natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego orzeczenia – nie zawsze na temat, a niekiedy bez związku ze sprawą – zostały w pismach powołane w toku postępowania (co jest współczesną manierą w działalności niektórych podmiotów), nie zajmował się dotychczas identyczną sprawą.

Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Paradiso i Campanelli v. Włochy*⁴⁹, który to wyrok powinien zostać dokładniej zbadany przez sąd, sprecyzowała wcześniejsze wypowiedzi na temat pieczy nad dzieckiem (a nie prawnego określenia stosunków filiacyjnych). Zmodyfikowano wcześniejsze orzeczenie w tej sprawie wydane w mniejszym składzie. Ostatecznie stwierdzono brak naruszenia art. 8 EKPC w stosunku do dziecka, które nie było związane genetycznie z jego „nabywcą” od *surrogate mother*. Podkreślono, że art. 8 EKPC nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do „otrzymania” adoptowanego dziecka. W uzasadnieniu, odchodząc od tego orzeczenia zapadłego w węższym składzie, podkreślono, że nad subiektywną indywidualną wolą posiadania dziecka przeważają pewne ogólnie uzasadnione dobra. W szczególności za konieczne uznano wzięcie pod uwagę więzi biologicznej z uwagi na krótki okres wzajemnej osobistej styczności. W wypadku dwóch osób tej samej płci więź biologiczna z dzieckiem odnosi się z istoty tylko do jednej z nich, co na tle szeregu systemów prawnych, w tym polskiego, rzutuje na podstawowe kategorie materialnoprawne. Sąd Administracyjny celnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. podkreślił, że „organy administracji publicznej obowiązane są przestrzegać Konstytucji RP i obowiązujących ustaw. Do takich ustaw należy m.in. kodeks rodzinny i opiekuńczy”⁵⁰.

Natomiast w najnowszej opinii ETPC z 10 kwietnia 2019 r.⁵¹, która została wydana po omawianym orzeczeniu

48 Np. wymaganie nieodpłatności adopcji na tle Konwencji o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzonej w Hadze dnia 29 maja 1993 r., Dz.U. 2000 nr 39 poz. 448 ze sprost.

49 Wyrok ETPC z 24 stycznia 2017 r., skarga nr 25358/12. Zob. więcej Ł. Mirocha, *Tzw. macierzyństwo zastępcze (surrogacy, Leihmutterschaft) w bieżącym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Prawo w Działaniu” 2018, t. 34, s. 164, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS-Mirocha-Ł.-Tzw.-macierzyństwo-zastępcze-surrogacy-Leihmutterschaft-w-bieżącym-orzecznictwie-Europejskiego-Trybunału-Praw-Człowieka-w-Strasburgu.pdf>, 24.01.2020.

50 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2018 r., II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

51 Opinia doradcza z 10 kwietnia 2019 r. dotycząca uznania w prawie krajowym stosunku prawnego rodzic-dziecko między dzieckiem urodzonym w ramach surrogacji za granicą a matką intencyjną. Wniosek francuskiego sądu kasacyjnego (wniosek nr P16-2018-001).

nictwie NSA i WSA, stwierdzono wręcz odwrotnie niż w uzasadnieniach polskich wyroków (pkt 2 zd. 1). Trybunał wyraźnie stwierdził m.in., że „prawo dziecka do poszanowania życia prywatnego w rozumieniu art. 8 EKPC nie wymaga, aby takie uznanie [jakieś relacji między dzieckiem a małżeństwem, które dziecko pozyskało – przyp. P.M.] przybrało formę wpisu do rejestru urodzeń, małżeństw i zgonów szczególnej treści aktu urodzenia sporządzonego za granicą zgodnie z prawem obcym”. Tym bardziej taki brak obowiązku akceptacji zagranicznej treści rejestru stanu cywilnego dotyczy sytuacji dalej idących różnic między systemami prawnymi, tj. dodatkowo (prócz kwestii handlowej surogacji) odmienności polegającej na tym, że obce prawo przewiduje diametralnie inne ujęcie prawnego pochodzenia dziecka (homoseksualne).

ETPC w żadnym z wyroków nie wskazywał, że należy zmieniać krajowy system rejestracji stanu cywilnego celem „importowania” doń jakiegokolwiek tak nazywanej zagranicznej działalności. Nawet gdyby Trybunał zajmował się sprawami podobnymi do spraw rozpoznanych przez NSA wyrokami z 20 czerwca 2018 r. i 10 października 2018 r., to prawdopodobnie skoncentrowałby się na tym, czy dziecko rzeczywiście pochodzi od obywatela skarżonego państwa, oraz na tym, że nie należy zbyttno (nie znaczy wcale) utrudniać korzystania z prawnych konsekwencji tego faktu. Do tego ostatniego wystarczałoby przełamanie obowiązku posłużenia się dowodem z aktu transkrybowanego w Polsce na rzecz dopuszczenia możliwości posłużenia się innym dowodem (np. bezpośrednio dokumentem zagranicznym częściowo uznawanym zgodnie z art. 1138 k.p.c.).

Trzeba też wskazać, że nawet na tle – mniej powiązanych z pierwotnym pochodzeniem dziecka (stanem cywilnym) – spraw adopcji dzieci oraz kwestii poszerzenia tej konstrukcji prawnej na osoby tej samej płci w rejestrowanych związkach partnerskich, ETPC w wyroku z 15 marca 2012 r.⁵² stwierdził, że kwestia naruszenia art. 14 Konwencji i zarzut dyskryminacji może być ewentualnie rozpatrywany, jeżeli zachodzi różnica w traktowaniu osób znajdujących się w porównywalnych położeniach. Różnica taka jest dyskrymi-

nująca, gdy nie posiada obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia. Trybunał podkreślił, że państwu konwencyjnemu przysługuje margines uznania przy rozstrzyganiu, czy i w jakim zakresie różnice w położeniach, pod niektórymi tylko względami podobnych, uzasadniają różne traktowanie, włącznie z różnicami w traktowaniu w świetle prawa. Trybunał w tej sprawie nie stwierdził naruszenia art. 14 w związku z art. 8 Konwencji.

Warto zwrócić też uwagę na wyrok niemieckiego sądu najwyższej instancji z 2019 r., w którym – odmienne od części tez, które pojawiły się w polskiej judykaturze – przesądzone, że nie podlega przerejestrowaniu w kraju zagraniczny akt urodzenia (ukraiński), którego treść jest sprzeczna z prawem państwa rejestru⁵³. Stan rzeczy w tej sprawie był podobny do stanów sprawy sygnalizowanych powyżej z uwagi na właściwość prawa rodzinnego państwa sądu oraz sprzeczność obcego prawa i aktu stanu cywilnego z podstawowymi zasadami porządku prawnego forum.

4. Kwestia rozumienia zasady dobra dziecka *in concreto* oraz *in genere*

Omawiane orzecznictwo stwarza też pole do wypowiedzi na temat rozumienia zasady dobra dziecka. Odwołanie się do generalnej zasady dobra dziecka w omawianych kazuistycznych sprawach ma bardzo specyficzną treść. Otóż z uzasadnień tych wyroków zdaje się płynąć myśl, że prawne rozumienie pochodzenia dziecka (macierzyństwo i ojcostwo) nie powinno być rozumiane za biologicznymi okolicznościami urodzenia dziecka, które leżą u podstaw prawa krajowego, ale że te ostatnie miałyby in casu ustępować innym regułom, w tym generalnym fikcjom prawnym w obcych systemach prawnych.

Nie przekonuje przy tym na przykład ogólne założenie możliwości wywodzenia z zasady dobra dziecka rozwiązania, które miałyby polegać na tym, że kazuistyczne okoliczności sprawy (w tym aktualna osobista styczność dziecka z określonymi osobami) powinny być okolicznościami decydującymi o tym,

52 Wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., skarga 25951/07; LEX nr 1130706.

53 Zob. więcej E. Figura-Góralczyk, *Uwagi dotyczące orzeczenia Niemieckiego Sądu Związkowego z 20 marca 2019 (BGH XII ZB 530/17)* (w:) P. Mostowik (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood...*, dz. cyt., s. 521 i n.

od kogo to dziecko generalnie pochodzi. W dotychczasowym rozwoju prawa ocena pochodzenia dziecka (w tym na potrzeby sporządzenia aktu urodzenia z danymi rodziców) była dokonywana na podstawie faktów z momentu urodzenia, a nie późniejszych okoliczności (np. po kilku latach w chwili rozpatrywania sprawy o wydanie dowodu tożsamości). Co ważniejsze, w polskim stanie prawnym, składającym się z norm o genezie krajowej i międzynarodowej, dobro dziecka rozpatrywane jest w znaczeniu generalnym oraz przy uwzględnieniu całego systemu prawnego.

Wykładni art. 72 Konstytucji RP z 1997 r., w którym jest mowa o „ochronie praw dziecka”, oraz przepisów umów międzynarodowych i ustaw krajowych trzeba dokonywać w zgodzie z podstawowymi zasadami ustrojowymi i kodeksowymi⁵⁴. Dobro dziecka ustawodawca polski na gruncie przepisów o jego pochodzeniu, o których mowa, rozumie i gwarantuje w ten sposób, że oddają one naturalne (biologiczne) macierzyństwo i ojcostwo, do czego jest dopasowany sposób prowadzenia krajowego systemu rejestracji stanu cywilnego (w tym transkrypcji)⁵⁵. Początek XXI w.

przyniósł niespotykane w dotychczasowym rozwoju prawa różnice między założeniami prawa rodzinnego i systemów rejestracji stanu cywilnego w poszczególnych państwach. Nie znajduje uzasadnienia podejście, które jest widoczne w krytykowanych wyrokach, polegające na dostosowaniu polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego do obcych reguł prawa materialnego, których treść nie jest zgodna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego⁵⁶.

Trzeba mieć też na względzie, że w świetle art. 16 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. dziecko nie może podlegać arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego lub rodzinnego, dziecko ma prawo do ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju ingerencji lub zamachom. Z perspektywy podstawowych zasad prawa polskiego – kluczowego z uwagi na regułę *lex fori processualis* – zasadę tę naruszać może nie odmowa rejestracji w Polsce, ale właśnie obce rozwiązanie, którego treść miałaby zostać powielona w polskim rejestrze urodzeń, ponieważ polega ono na tym, że treść zagranicznego dokumentu „odziera” dziecko z biologicznej i genetycznej tożsamości pochodzenia (na rzecz fikcji prawnej filiacji od dwóch osób tej samej płci). Dodać trzeba, że prawne reguły pochodzenia dziecka są w większości systemów prawnych na świecie powiązane z ogólnymi regułami biologii poczęcia dziecka, a nie z orientacją seksualną rodziców. Oczywiście dziecko może pochodzić biologicznie również od osób homoseksualnych, tyle że dwie osoby tej samej płci nie mogą być rodzicami tego samego (wspólnego) dziecka. Perspektywa prawna zagranicznego urzędu stanu cywilnego może być inna, np. w uwagi na fikcje prawne w obcym prawie

54 Zob. więcej W. Borysiak (w.): M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Art. 1–86. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 478 i n.

55 Inaczej odnośnie do rozumienia zasady dobra dziecka – choć nie na tle postępowania o transkrypcję, lecz postępowania w sprawie szczegółowej (stwierdzenia obywatelstwa dziecka) – M. Pilich, *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16, s. 7–35 oraz A. Wysocka-Bar, *Nabycie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16, s. 38–54. Stanowiska tych autorów nie przekonują właśnie z zasadniczych powodów opisanych wyżej w ramach zastrzeżeń do krytykowanych orzeczeń z 2018 r. oraz z uwagi na brak wzięcia przez autorów pod uwagę kompleksowych skutków proponowanego przez nich „przymknienia oka” na podstawowe zasady polskiego prawa osobowego i rodzinnego celem załatwienia kazuistycznej sprawy wydania dowodu tożsamości dziecka, którą można załatwić w – postulowany niżej – inny, proporcjonalny sposób. Ponadto wskazani autorzy *de facto* pomijają w swej argu-

mentacji podstawową okoliczność, że na tle prawa polskiego, które jest właściwe w sprawie (art. 55 p.p.m.) – podobnie jak na tle szeregu systemów prawnych na świecie – nadal *mater semper certa est*. Nieważne jest zaś kontraktowanie z tzw. surogatką, które rodziłoby alternatywną i konkurencyjną zasadę prawną odnośnie do prawego pochodzenia dziecka. Zob. więcej C. Martinez de Aguirre, *Umowy o międzynarodowe macierzyństwo zastępcze: globalna. Opowieść podręcznej?* (w:) P. Mostowik (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood...*, dz. cyt., s. 289 i n.

56 Tak P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdziwie podobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother...*, dz. cyt., s. 67–70.

stosowanym przez niego z urzędu, ale nie ma to znaczenia dla oceny rozumienia i podstawowych zasad stanu cywilnego w innym państwie, w tym w Polsce⁵⁷.

5. Wartość spójności krajowego systemu prawa osobowego i rodzinnego oraz rejestracji stanu cywilnego

Istotnym argumentem za utrzymaniem dotychczasowej linii orzeczniczej wyrażonej np. w wyroku NSA z 20 czerwca 2018 r. oraz w uchwale NSA z 2 grudnia 2019 r. jest obserwacja, że krytykowany wyrok został wydany celem rozwiązywania problemów zidentyfikowanych nie na tle ogólnego postępowania o transkrypcję, ale na tle innych postępowań administracyjnych. Ponadto trzeba zaakcentować, że może on w przyszłości nieproporcjonalnie doprowadzić do generalnego zburzenia „od środka” polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, a nawet naruszyć fundamenty prawa ustrojowego i rodzinnego w polskim porządku prawnym⁵⁸.

Na tle omawianych stanów faktycznych trzeba się najpierw zastanowić, czy poprawne jest rozważanie zastosowania klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. 107 pkt 3 p.a.s.c., czy też kwestia, która się wyłania, podlega ogólniejszym zasadom

prawa o aktach stanu cywilnego i prawa rodzinnego. Wydaje się, że za załatwieniem sprawy w sposób przyjmowany dotychczas, w tym w sposób opisany w wyroku NSA z 20 czerwca 2018 r., przemawiają względy ogólniejsze niż podstawowe zasady transkrypcji, tj. bardziej generalne zasady krajowej rejestracji stanu cywilnego wyrażone w art. 103 i 104 oraz ust. 2 art. 105 p.a.s.c. W art. 2 ust. 3 p.a.s.c. jest mowa o tym, że „[a]ktem stanu cywilnego jest wpis o urodzeniu, małżeństwie albo zgonie w rejestrze stanu cywilnego”, przy czym z art. 60 pkt 4 wynika, że treścią aktu urodzenia są też dane na temat pochodzenia dziecka, tj. nazwiska, imiona oraz nazwiska rodowe matki i ojca. Tym samym rejestr obejmuje też prawną problematykę macierzyństwa i ojcostwa w rozumieniu działu Ia („Rodzice i dzieci”) rozdziału I („Pochodzenie dziecka”) k.r.o.

Pojęcie „akt stanu cywilnego”, także na potrzeby art. 104 i n. dotyczących transkrypcji, trzeba rozumieć zgodnie z prawem państwa rejestracji (tu: transkrypcji), w tym zgodnie z podstawowymi konstrukcjami prawa polskiego dotyczącymi pochodzenia dziecka i małżeństwa. Z tych zasad, co zostało trafnie wskazane w aprobowanej części orzecznictwa sądów administracyjnych, wynika, że na tle prawa polskiego rodzicami dziecka są – za biologią – kobieta i mężczyzna. Tym samym stan cywilny z jednej strony pochodzenia dziecka, a z drugiej strony – macierzyństwa i ojcostwa, obejmuje relację (filiację) między dzieckiem a kobietą i mężczyzną. Inne konfiguracje osobowe, w tym relacja dziecka z więcej niż dwoma osobami albo z osobami tej samej płci, nie wypełniają znamion krajowego rozumienia stanu cywilnego. Tym samym zagraniczny dokument w części zaświadczałej taką odmienną relację nie oddaje stanu cywilnego w krajowym rozumieniu (co najmniej w jego części dotyczącej posiadania dziecka z drugą osobą tej samej płci). Decydujący winien być materialnoprawny charakter zaświadczonej relacji, a nie nazwa zagranicznego dokumentu „akt stanu cywilnego” lub podobna. Notabene niektóre zagraniczne dokumenty są inaczej nazywane (np. certyfikat porodu), ale podlegają transkrypcji w Polsce z uwagi na ich treść odpowiadającą atrybutom krajowego rozmiennia rodzicielstwa.

Z tych powodów z art. 103 i 104 p.a.s.c. można wywieść, że kierownik odmawia rejestracji zdarze-

57 Stąd trudno jako niepoprawną ocenić tezę WSA w Krakowie z uzasadnienia kontrolowanego przez NSA wyroku z dnia 10 maja 2016 r., mówiącą, że: „W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki dziecka jako drugiego rodzica wymienia kobietę, w konsekwencji czego rodzicami dziecka są osoby tej samej płci, stanowiłoby pogwałcenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Zdaniem Sądu, nie zmieniają tego powołane przez skarżącą przepisy szeroko pojętego prawa międzynarodowego, jak i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, czy też Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Przepisy te nie nakazują stanowienia w krajowym porządku prawnym regulacji innego kraju dotyczących związków jednopłciowych czy regulacji uwzględniających jako rodziców dziecka dwóch osób tej samej płci”.

58 Zob. M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2, s. 53 i n.; tenże, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, dz. cyt., s. 347–350.

nia, jeżeli dokument lub jego część (np. pochodzenie od drugiej osoby tej samej płci) nie obejmuje *de facto* stanu cywilnego, który podlega rozumieniu zgodnie z prawem państwa transkrypcji. Prawo polskie materialne nie zna bowiem konstrukcji „rodziców tej samej płci” ani „pochodzenia dziecka od osób tej samej płci”, nazwanych celnie z tej perspektywy przez NSA w uzasadnieniu wyroku z 20 czerwca 2018 r. *con-*

ważnością kontraktowego nabycia stanu cywilnego rodzica drogą umowy z *surrogate mother* albo drogą adopcji, która *naturam non imitatur*. Z art. 107 p.a.s.c. można więc wyinterpretować, że kierownik odmawia rejestracji, jeżeli zgodnie z własnym prawem (państwa transkrypcji, czyli polskim) przedstawiony dokument – też częściowo – nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego, bo jest w nim np. mowa o pochodzeniu



Prawo polskie materialne nie zna konstrukcji „rodzice tej samej płci” ani „pochodzenie dziecka od osób tej samej płci”, nazwanych celnie z tej perspektywy przez NSA w uzasadnieniu wyroku z 20 czerwca 2018 r. *contradictio in se*.

tradictio in se. Stąd zagraniczny dokument w części wyrażającej taką treść (podobnie jak obejmujący dwie osoby tej samej płci w akcie małżeństwa) nie musi być traktowany jako dokument dotyczący stanu cywilnego. Stan cywilny, w tym macierzyństwo i ojcostwo oraz małżeństwo, powinien bowiem, dla utrzymania konsekwencji p.a.s.c. oraz k.r.o. i poszanowania reguł konstytucyjnych, być rozumiany spójnie.

Natomiast w świetle art. 107 pkt 3 p.a.s.c. kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli przedłożony dokument potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie lub małżeństwo. W omawianych wypadkach część treści zagranicznego dokumentu potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie oraz, powiązane z nim, macierzyństwo i ojcostwo. Część zagranicznego dokumentu nie potwierdza urodzenia dziecka od określonej kobiety i mężczyzny, co jest zasadą prawa polskiego, a wręcz odwrotnie – statuuje fikcję prawną pochodzenia dziecka od drugiej osoby tej samej płci. Dodatkowo w niektórych sytuacjach („pochodzenia dziecka od dwóch mężczyzn”) dokument ten wyraża obce rozwiązanie prawne, które nie podlega uznaniu z uwagi na sprzeczność z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, tj. z nie-

dziecka od dwóch mężczyzn. Druga osoba tej samej płci wpisana obok pierwszej na pewno w świetle krajowych podstawowych zasad nie jest prawnie uznawana jako małżonek (czyli nie ma wówczas aktu małżeństwa w rozumieniu p.a.s.c.) ani drugi z rodziców (czyli co najmniej częściowo nie ma aktu urodzenia według p.a.s.c.). Wówczas kierownik urzędu stanu cywilnego, z uwagi na dyspozycję art. 107 pkt 1 i 2 p.a.s.c., odmawia dokonania transkrypcji bez potrzeby zastosowania klauzuli, ponieważ zagraniczny dokument potwierdza zdarzenie w samej konstrukcji inne niż urodzenie, małżeństwo w rozumieniu legis fori. Te ostatnie zdarzenia trzeba bowiem rozumieć jako pochodzenie dziecka lub urodzenie według prawa polskiego, bo to prawo obowiązuje urzędników oraz jest właściwe zgodnie z prawem prywatnym międzynarodowym (prawo właściwe zgodnie z art. 55 p.p.m.).

Nie do obrony jest przy tym teza, którą można wywieść z uzasadnienia wyroku NSA z 10 października 2018 r., mówiąca, że art. 107 p.a.s.c. nie ma zastosowania w niektórych sprawach o transkrypcję z uwagi na to, że w art. 104 ust. 5 p.a.s.c., który rozpoczyna się słowami „[t]ranskrypcja jest obligatoryjna”. Odnoszą się one do wymagania dowodowego (obowią-

kowego przedłożenia dowodu w postaci aktu transkrybowanego do polskiego rejestru), które zostało podwyższone odnośnie do niektórych postępowań szczególnych (*de facto* przyszłych), a nie ogólnego postępowania o transkrypcję. Tej ostatniej dotyczy zaś bez wątplenia, co podkreślił NSA w uchwale z 2 grudnia 2019 r., art. 107 p.a.s.c., którego celem jest m.in. zablokowanie przeniesienia do polskiego rejestru zagranicznego wpisu, jeżeli „dokument (...) potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie (...) lub transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”. Jeżeli w zagranicznym dokumencie widnieją dwaj mężczyźni (np. nabywcy statusu rodziców w drodze kontraktu z tzw. surogatką), trudno traktować go jako dokument potwierdzający urodzenie. Zawsze, w razie zamieszczenia w nim osób tej samej płci jako rodziców, co celnie w dotychczasowym orzecznictwie określano jako sprzeczność samą w sobie (*contradictio in se*), wytworzenie krajowego dokumentu o skutkach opisanych w art. 3 p.a.s.c. byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego.

6. Wątpliwości dotyczące postulatu tzw. częściowej transkrypcji oraz rejestracji wzmianki

Nie przekonują przy tym propozycje „połówkowych” rozstrzygnięć w uzasadnieniu wyroku WSA w Poznaniu z 5 kwietnia 2018 r., w tym sugerowanego sposobu wykładni p.a.s.c., polegającej na dokonywaniu tzw. częściowej transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego w drodze zastosowania klauzuli porządku publicznego opisanej w ust. 3 art. 104 p.a.s.c. odnośnie do części treści zagranicznego dokumentu (odrzućcie części treści zagranicznej rejestracji, tj. drugiej kobiety zamiast ojca dziecka, jako sprzecznej z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego). Wydaje się, że wprowadzenie takiej możliwości wywoływałoby więcej negatywnych konsekwencji niż skutków pozytywnych. Po pierwsze takie rozwiązanie mogłoby u osób mieszkających za granicą (a takiego rodzica w praktyce będzie dotyczyć) rodzić pretensję, że w transkrybowanym akcie został dopisany fikcyjnie mężczyzna (dane kryjące), albo pretensję o pominięcie drugiej z osób zarejestrowanych za granicą. Pod drugie odstąpienie od dopisania danych fikcyjnego ojca

i pozostawienie pustego miejsca oznaczałoby wyłom w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, dla którego przekonującym argumentem mogłaby jednak nie być specyfika transkrypcji.

Niepożądane wydaje się więc przyjęcie jako rozwiązania częściowej (połówkowej) transkrypcji, tj. automatycznego przepisania, bez dodatkowych działań wyjaśniających stan faktyczny, do polskiego rejestru stanu cywilnego (aktu urodzenia) danych jednej z dwóch kobiet wpisanych do zagranicznego systemu rejestracji. W szczególności nie można by zaakceptować rozwiązania polegającego na tym, że jeżeli o taką transkrypcję wnosi obywatelka polska wpisana za granicą jako jedna z – dwóch w obcym rozumieniu – matek, to należy dokonać transkrypcji aktu urodzenia z jej danymi. Takie automatyczne działanie naruszałoby podstawową zasadę polskiego porządku prawnego, jaką jest macierzyństwo kobiety, która dziecko urodziła. Tym samym groziłoby to naruszeniem art. 105 ust. 1–3 i art. 107 p.a.s.c. W obcych systemach prawnych oraz systemach rejestracji obywatelka (obywatel) polski może być bowiem wpisana jako jedna z dwóch „matek” („ojców”) nie z uwagi na naturalne (biologiczne) pochodzenie dziecka, ale na skutek domniemania pochodzenia od drugiej kobiety (drugiego mężczyzny), która (który) z matką rodzicielką (ojcem) pozostaje pod rządami obcego prawa w związku małżeńskim, w tym na skutek nabycia statusu rodzica drogą umowy z tzw. matką zastępczą. Stąd w razie akceptacji rozwiązania polegającego na częściowej transkrypcji potrzebne byłoby uregulowanie takich sytuacji szczególnych.

Wątpliwości natury jurystycznej budziłyby też postulat rozwiązania omawianego problemu przez wprowadzenie do ustawy możliwości odnotowywania w formie przypisku (art. 25 ust. 1 p.a.s.c.) danych drugiej osoby tej samej płci, która za granicą została zarejestrowana zamiast ojca dziecka. Dokonywanie takiego przypisku w powiązaniu z transkrypcją do aktu urodzenia danych pierwszej osoby tej samej płci oceniane łącznie, naruszałoby krajowy porządek prawny. W istocie następuje bowiem przeniesienie do polskiego rejestru całości treści zagranicznej rejestracji (jako akt urodzenia i przypisek), mimo że częściowo jej treść (tj. prawne pochodzenie dziecka od dwóch osób tej samej płci) jest sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku praw-

nego. Brak możliwości takiego przeniesienia treści zagranicznej rejestracji wynika wprost z art. 108 ust. 2 p.a.s.c., w którego świetle kierownik może dołączyć wzmiankę dodatkową do aktu stanu cywilnego lub zamieścić przypisek przy tym akcie na podstawie innego dokumentu pochodzącego od organu państwa obcego, jeżeli nie jest to sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Poza tym „adnotacja” w polskim rejestrze poza właściwym aktem urodzenia rozumianym ściśle to też część krajowej rejestracji sensu largo. Ponadto trzeba mieć na względzie, że taka – wątpliwa z perspektywy krajowych zasad prawa osobowego i rodzinnego – treść już w nim zostanie na przyszłość, a jej praktyczne znaczenie może w dalszym orzecznictwie ewoluować (np. prowokować postulaty przyznania pełnych skutków dla całego obrotu prawnego, jakie wynikają dla właściwej treści aktu z art. 3 p.a.s.c.). Taka tzw. częściowa (w istocie: powielenie całościowej obcej treści z modyfikacją formalną) transkrypcja z adnotacją w rejestrze drugiego z „rodziców” to *de facto* nie transkrypcja częściowa (w znaczeniu – połówkowa), tylko całościowa zmodyfikowana, ponieważ dane osobowe „drugiej matki” też zostają przepisane.

Dodatkowo trzeba mieć na względzie, że przypisek zawiera informacje o innych aktach stanu cywilnego dotyczących tej samej osoby oraz informacje wpływające na stan cywilny tej osoby. Tym samym dotyczy on dokumentowania szeroko rozumianej problematyki stanu cywilnego, a po drugie – przede wszystkim – jest on częścią składową polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego. Informacja wprowadzana do rejestru w formie przypisku jest zamieszczana przy akcie stanu cywilnego. Polski system rejestracji stanu cywilnego, postrzegany całościowo, musi być konsekwencją podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, w tym zasad ustrojowych (art. 18 Konstytucji). Nazwę „akty stanu cywilnego” trzeba bowiem w tym kontekście rozumieć jako „polską rejestrację stanu cywilnego”, a nie wyłącznie jako akty urodzenia, małżeństwa lub zgonu, które zakresu przedmiotowego tejże rejestracji nie wyczerpują⁵⁹.

59 Na temat prawnego ujęcia macierzyństwa i ojcostwa, które składają się na pochodzenie dziecka – zob. T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 12, dz. cyt., s. 8–18, 93–229.

7. Załatwianie spraw o wydanie dowodu tożsamości dziecka bez potrzeby naruszenia zasad krajowej rejestracji stanu cywilnego

Trudność dowodowa w wykazaniu przesłanki pochodzenia dziecka od obywatela polskiego, która to przesłanka rzutuje na nabycie przez nie obywatelstwa potrzebnego do uzyskania dowodu tożsamości, wynika co prawda z przepisów ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego (ust. 5 art. 104 p.a.s.c.), zamieszczonych w niej w sąsiedztwie przepisów o transkrypcji zagranicznych aktów (ust. 1–3 art. 104 prawa o a.s.c.). Jednak w istocie nie dotyczy ona problematyki transkrypcji zagranicznych aktów jako takiej. Wynika *de facto* z wymagań dowodowych w sprawie o wydanie paszportu lub dowodu osobistego, która to sprawa nie była przedmiotem postępowania, w którym zapadł omawiany wyrok. Zgodnie z art. 104 ust. 5 prawa o a.s.c. transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Gdyby tego przepisu nie było, w tych postępowaniach szczególnych okoliczność pochodzenia dziecka od polskiego obywatela (czyli macierzyństwa lub ojcostwa) można by wykazywać też drogą inną niż transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego. Praktyczne niedogodności, które NSA chciał wyrokiem z 10 października 2018 r. wyeliminować, nie należą więc do sprawy i postępowania o transkrypcję, ale do postępowania w sprawach, które wymienia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. Załatwianie tych spraw jest regulowane w innych aktach normatywnych, a przede wszystkim są one przedmiotem innych postępowania administracyjnych. Pojęcie sprawy administracyjnej (sądowoadministracyjnej) jest wyznaczone pojęciem stosunku administracyjnoprawnego, a ta sprawa, którą Sąd chciał pozytywnie załatwić (wydanie dowodu tożsamości), powinna zostać załatwiona w innym postępowaniu.

Można stanąć na stanowisku, że już po wydaniu wyroku NSA z 10 października 2018 r. zmienił się nieco kontekst normatywny rozstrzyganej sprawy. NSA w sentencji kolejnego (ze spraw na wniosek „rodzica jedнопłciowego” w 2018 r.) wyroku z 30 października 2018 r.⁶⁰ stwierdził w istocie, że ewentualne problemy

60 II OSK 1868/16.

ze stwierdzeniem obywatelstwa (co można by odnieść odpowiednio do wydania dowodu tożsamości) mogą zostać wyeliminowane w szczegółowych postępowaniach w tych sprawach. Wobec faktycznej możliwości załatwienia spraw dzieci polskich obywateli nie jest konieczne – nieproporcjonalne – zmienianie podstawowych zasad prowadzenia aktów urodzenia oraz rozumienia rodzicielstwa (pochodzenia dziecka) w polskim porządku prawnym. Nie jest w takim razie konieczne w szczególności zmienianie ogólnych zasad polskiej rejestracji stanu cywilnego w kierunku rozwiązań przyjmowanych w niektórych tylko obcych systemach prawnych, do czego w praktyce mógłby prowadzić wyrok NSA z 10 października 2018 r.

Można by obecnie prezentować stanowisko, że powody (kontekst normatywny), dla których NSA przyjął w wyroku z 10 października 2018 r. określoną wykładnię prawa o aktach stanu cywilnego, się zdezaktualizowały. Dla ułatwienia określenia statusu osobowego dzieci pochodzących od polskich obywateli można wykorzystać obecnie – wspomnianą na wstępie – uchwałę Izby Cywilnej SN z 20 listopada 2012 r. oraz zmieniony kontekst normatywny po wyroku NSA z 30 października 2018 r., wydanym nie na tle postępowania o transkrypcję, ale w szczegółowej sprawie administracyjnej.

NSA w tym ostatnim orzeczeniu wskazała, że „Dla statusu prawnego dziecka, w tym możliwości potwierdzenia posiadania polskiego obywatelstwa w oparciu o art. 4 ustawy z 1962 r., nie ma znaczenia to, czy urodziła je matka zastępcza, ale to, że rodzi się istota ludzka obdarzona przyrodzoną i niezbywalną godnością, która ma prawo do obywatelstwa, jeśli jedno z rodziców jest polskim obywatelem”. Teza ta jest oczywista, z tym że pojęcie „rodzice” trzeba oczywiście traktować jako pojęcie prawne związane z filiacją i oceniane z perspektywy forum (o czym była mowa wyżej na tle podstawowych zasad prawa krajowego), a nie jako jakiegokolwiek rozumienie (np. dotyczące faktycznej osobistej styczności z dzieckiem i wychowywania go albo prawne fikcje pochodzenia dziecka w prawie obcym, których nie uznaje *lex fori*)⁶¹. Z obu

orzeczeń można by bowiem wywodzić możliwość udowodnienia pochodzenia dziecka od polskiego obywatela bez konieczności transkrypcji. Te możliwości dezaktualizują – ocenione wyżej jako nieproporcjonalne – konieczność dokonania wpisu obcej treści do polskiego rejestru stanu cywilnego w trybie art. 104 i in. p.a.s.c.

Mając na względzie ogólną tezę zawartą w uchwale NSA z 2 grudnia 2019 r. oraz możliwe sposoby załatwienia spraw szczegółowych podane w uzasadnieniu tej uchwały, można by nawet postulować, by w postępowaniach szczególnych (o stwierdzenie obywatelstwa, o wydanie dowodu tożsamości, o nadanie PESEL) organy administracji – idąc za uchwałą SN z 20 listopada 2012 r., nie stymulując żądań odejścia od podstawowych zasad rejestracji stanu cywilnego w Polsce – przyjmowały, że zagraniczny akt stanu cywilnego może służyć bezpośrednio jako dowód pochodzenia dziecka od polskiego obywatela. Sprawi to, że żądanie – niemożliwe w niektórych wypadkach – transkrypcji nie będzie konieczne. Oczywiście zagraniczny dokument nie może być dowodem na to, że dziecko pochodzi od drugiej osoby tej samej płci, ale to osobne zagadnienie. Przyjęcie proponowanej wykładni spowodowałoby, że i bez zmiany przepisów polski obywatel, który jest matką lub ojcem dziecka, mógłby w praktyce w miarę łatwo wykazać, że dziecko od niego pochodzi, a tym samym bez większych trudności praktycznych korzystałoby ono z uprawnień przysługujących polskiemu obywatelowi. Ewentualne problemy dowodowe mogłyby powstać w razie braku klarownej informacji w przedkładanym zagranicznym dokumencie, od kogo z dwóch odnotowanych w nim

Nie będą miały zastosowania w sprawie normy prawno-rodzinne, które wskazują na sposoby potwierdzenia biologicznego pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a jego rodzicami. W sprawie nie będzie miała też zastosowania, wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 80, poz. 432 ze zm.), klauzula porządku publicznego⁶². Notabene jest on wewnętrznie sprzeczny z – poprawnym na tle polskiego stanu prawnego – twierdzeniem w innym fragmencie uzasadnienia: „Sąd bierze przy tym pod uwagę, że polskie przepisy nie przewidują uznania, jako rodziców, dwóch osób tej samej płci, jak to uczyniono w amerykańskim akcie urodzenia dziecka”.

61 Stąd na krytykę zasługuje następujący fragment uzasadnienia tego orzeczenia („[...] [Z]agadnienie nabycia obywatelstwa podlega wyłącznie reżimowi publicznoprawnemu.

osób tej samej płci dziecko rzeczywiście pochodzi⁶². Informację tę można jednak w postępowaniu uzupełnić przy wykorzystaniu innych zagranicznych dokumentów (np. na temat faktu urodzenia dziecka przez kobietę albo potwierdzenia przekazania tzw. *surrogate mother* materiału genetycznego przez danego mężczyznę będącego polskim obywatelem). Pomi-

bowiem sposobem na naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego państwa prowadzącego rejestr⁶³.

8. Uwagi końcowe

Bieżące orzecznictwo administracyjne i sądowo-administracyjne zasługują na pozytywną ocenę. Podkreślić trzeba przy tym prawnicze kompetencje kierow-



Bieżące orzecznictwo administracyjne i sądowo-administracyjne zasługują na pozytywną ocenę. Podkreślić trzeba prawnicze kompetencje kierowników urzędów stanu cywilnego, którym przyszło się zmierzyć ze skomplikowanymi jurydycznie sprawami.

nięcie ustalenia tej ostatniej okoliczności, tj. pochodzenia dziecka, zgodnie z podstawowymi zasadami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (właściwego na tle art. 55 p.p.m.) jest konieczne w szczególności celem zabezpieczenia polskiego porządku prawnego przed nieakceptowanymi z perspektywy polskiego *ordre public* – skutkami obcego prawa lub orzeczenia (np. przyjmującego domniemanie pochodzenia dziecka od drugiej osoby tej samej płci, która pozostaje z matką dziecka w rejestrowanym związku partnerskim, albo od drugiego mężczyzny, który wraz z ojcem dziecka nabył podobny stan cywilny w drodze kontraktu z *surrogate mother*). Tryb transkrypcji nie może być

ników urzędów stanu cywilnego, którym przyszło się zmierzyć ze skomplikowanymi jurydycznie sprawami. Przekonują uzasadnienia uchwały z 2 grudnia 2019 r., wyroku NSA z 20 czerwca 2018 r. i – powołanego w nim – wcześniejszego orzecznictwa (w tym wyroku

62 Na marginesie warto zauważyć, że to prawo obce i państwo, które przewiduje nietypowe rozwiązania prawne, powinno troszczyć się, by podmioty tychże rozwiązań mogły w jakiś sposób (choćby częściowy) z nich skorzystać w innym państwie, którego prawo rodzinne może się różnić (np. w Polsce). Mogłoby to polegać na wystawianiu na tyle szczegółowych dokumentów związanych z pochodzeniem dziecka (np. adnotacja, że to ona je urodziła), żeby można było za granicą sprawnie udowodnić, że określone dziecko pochodzi biologicznie od określonej kobiety będącej obywatelką innego państwa.

63 Zob. więcej A. Czajkowska, *Postępowanie urzędów stanu cywilnego w przypadkach, gdy fakt urodzenia, małżeństwa lub zgonu nastąpił za granicą* (w: Obrót prawny z zagranicą w sprawach stanu cywilnego, Lublin 1997, s. 56–62; P. Kasprzyk, *Sporządzanie aktów stanu cywilnego na podstawie dokumentów zagranicznych. Uwagi na tle art. 73 ust. 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2010, t. 20, nr 2, s. 215–245; P. Wypych, *Zakres badania obcego aktu w ramach postępowania transkrypcyjnego*, „Niezbędnik USC. Forum Pracowników Urzędów Stanu Cywilnego przy Małopolskim Instytucie Samorządu Terytorialnego i Administracji” 2014, nr 1, s. 6–7; K. Gładych, *Wpisanie zagranicznego aktu stanu cywilnego do rejestru stanu cywilnego*, „Technika i USC” 2015, nr 2–3, s. 29–32 i cyt. tam literatura; P. Kasprzyk, *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, „Metryka” 2016, nr 1, s. 147–159.

NSA z 17 grudnia 2014 r.⁶⁴). Podstawowe zasady prawa polskiego, w tym rozumienie stanu cywilnego oraz zasady filiacji, skutkują brakiem możliwości transkrypcji kobiety jako „ojca” lub mężczyzny jako „matki”. Państwo dokonujące rejestracji stanu cywilnego, na przykład Polska, może (a nawet musi) dbać o to, by system ten był kompatybilny z podstawowymi zasadami ustrojowymi i prawa rodzinnego forum⁶⁵, w szczególności jeżeli krajowe akta mają daleko idące skutki (art. 3 p.a.s.c.), a załatwienie poszczególnych spraw polskiego obywatela możliwe jest też bez dokonywania transkrypcji obcych dokumentów.

Brak możliwości przeniesienia do polskiego rejestru stanu cywilnego z obcego dokumentu treści niezgodnej z podstawowymi zasadami prawa krajowego jest uzasadniony w szczególności koniecznością ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego (*legis fori*), które nie uległy zmianie w ostatnich latach, a ponadto są zakorzenione konstytucyjnie. Argumentacja zawarta w uzasadnieniach wyroków NSA z 17 grudnia 2014 r. oraz z 20 czerwca 2018 r. zasługuje na aprobatę i – inaczej niż to przyjął WSA w Poznaniu w wyroku z 5 kwietnia 2018 r. – jest nadal aktualna wobec braku zmiany stanu normatywnego w Polsce. Do zmiany mógłby natomiast *de facto* doprowadzić (nad)aktywizm sędziowski zaprezentowany w krytykowanych wyżej uzasadnieniach. W szczególności aktualne pozostają tezy uzasadnień wyroków NSA z 17 grudnia 2014 r. oraz z 20 czerwca 2018 r. na temat polskich ustrojowych zasad konstytucyjnych oraz

podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego, a ponadto odnośnie do odrębności ogólnego postępowania (sprawy) o transkrypcję oraz szczególnego postępowania (sprawy) np. o wydanie dowodu tożsamości lub o potwierdzenie obywatelstwa. Aktualność zachowują także dokładne uwagi zawarte w uzasadnieniach tych wyroków na temat nietrafności powoływanych obficie przez wnioskodawców argumentów mówiących o naruszeniu przez polskie organy prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. Do tych ostatnich warto dodać, że podejście zaprezentowane w krytykowanych orzeczeniach może co prawda ułatwić załatwienie sprawy o wydanie dziecku dowodu osobistego, ale jednocześnie oznaczać będzie zburzenie „od środka” polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego⁶⁶, a nawet naruszyć może fundamenty prawa ustrojowego i rodzinnego w polskim porządku prawnym.

Dla klaryfikacji stanu normatywnego rozważać można by również zmianę ust. 5 art. 104 p.a.s.c. polegającą na rezygnacji z obowiązku transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, jeżeli polski obywatel ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Na tle poprzedniej ustawy dokonywanie transkrypcji było fakultatywne i takie rozwiązanie w obecnej rzeczywistości, w której pojawiły się zagraniczne dokumenty o niespodziewanej treści, można widzieć jako optymalne. Celem wykazania obywatelstwa, bazującego na macierzyństwie lub ojcostwie zgodnie z zasadami polskiego prawa rodzinnego, można by wówczas nadal dokonywać transkrypcji zagranicznego aktu, o ile jego treść nadaje się do przeniesienia w tym trybie. W sytuacjach, w których tryb transkrypcji nie może znaleźć zastosowania – na przykład w stanie faktycznym u podstawy wyroku NSA z 10 października 2018 r. – wykazanie pochodzenia dziecka od polskiego obywatela mogłoby nastąpić też innymi środkami, w tym w prostym trybie opisanym w art. 1138 k.p.c. Warto mieć przy tym na względzie, że w uzasadnieniu nowej ustawy p.a.s.c. wskazano, że: „Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych

64 II OSK 1298/13.

65 Zasady dotyczące rodzicielstwa i dziecka ustrojodawca wysunął na czoło Konstytucji RP z 1997 r., a art. 18 został wpisany w treść działu I pt. Rzeczpospolita, który określa podstawy ustroju Polski. Na temat konstytucyjnego ujęcia podstawowych zagadnień prawa rodzinnego, w tym rodzicielstwa – zob. W. Borysiak (w.): M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Art. 1–86. Komentarz*, dz. cyt., s. 478 i n. Zob. też M. Nazar, *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Rejent” 1997, nr 5, s. 109–110; T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11, s. 188; S. Kalus, *Konstytucyjne źródła zasad polskiego prawa rodzinnego* (w.): I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 105–106.

66 Tak M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, dz. cyt., s. 53 i n.; tenże, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, dz. cyt., s. 347–350.

aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia”⁶⁷.

Mając na względzie Uchwałę siedmiu sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r., wydaje się, że nawet i bez nowelizacji p.a.s.c., a przy wykorzystaniu wykładni art. 1138 k.p.c. przyjętej przez SN w uchwale z dnia 20 listopada 2012 r., możliwe jest już obecnie odejście

Państwa, w których systemach prawnych wprowadzono daleko idące zmiany (np. odejście od rozumienia prawnego rodzicielstwa jako sumy macierzyństwa i ojcostwa, które jest fundamentem prawa polskiego) nie mogą i nie „wymagają” od pozostałych (tu nawet większości państw na świecie, przy czym proporcja nie jest istotna, lecz *lex fori*), by te ostatnie uznawały, nawet pośrednio, takie zmodyfikowane zagranicą ujęcie. Logicznie rzecz biorąc, postulat uznawania skutków



Dla klaryfikacji stanu normatywnego warto rozważyć rezygnację z obowiązku transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, jeżeli polski obywatel ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL.

od praktyki wymagania wcześniejszej transkrypcji przez postępowaniem o wydanie dowodu tożsamości, z uwagi na przyjęcie istnienia aktu (tj. części zagranicznej rejestracji mówiącej o pochodzeniu dziecka od kobiety, która je urodziła) w rozumieniu art. 3 p.a.s.c. W uzasadnieniu projektu p.a.s.c. – prócz sygnalizowanych wyżej: dodania czterech przepisów wyrażających klauzule porządku publicznego oraz wyjaśnienia, że wprowadzenie obligatoryjnej transkrypcji w kilku sytuacjach było uzasadnione specyfiką systemu teleinformatycznego i dążeniem do uzupełniania danych osobowych potrzebnych do nadania PESEL w postępowaniu o transkrypcję, a nie w postępowaniu np. o wydanie dowodu tożsamości – zauważono, że:

„Polska nie będzie jedynym krajem w Europie, w którym transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego jest obowiązkowa. Obligatoryjną transkrypcję wprowadzono m.in. w Szwajcarii czy Słowacji”. Z powyższego wynika, że wprowadzone rozwiązanie prawne nie jest powszechne.

zastosowania jakiegokolwiek (każdego) obcego prawa nie byłby możliwy do realizacji, ponieważ poszczególne systemy prawne (prawodawstwa) na świecie niekiedy są ze sobą sprzeczne (np. odnośnie do tożsamości małżeństwa lub – w istocie faktu – filiacji, czyli rodzicielstwa jako macierzyństwa powiązanego z ojcostwem) i nie da się ich wszystkich pogodzić. Stąd kluczowe znaczenie na danym terytorium muszą mieć podstawowe zasady prawa osobowego i rodzinnego państwa, które prowadzi dany rejestr. Można nawet bronić twierdzenia, że stąd część zarzutów wyrażonych w toku postępowań przez wnioskodawców i Rzecznika Praw Obywatelskich powinno zostać skierowanych nie przeciwko prawu polskiemu oraz polskim organom i sądom, ale przeciw np. państwu wprowadzającemu nietypowe rozwiązania dotyczące pochodzenia dziecka (np. organizującemu procedury *surrogate motherhood*). Z perspektywy zagranicznej, która jest przedmiotem niniejszych uwag, to właśnie państwo, przez nieinformowanie w dokumentach dotyczących urodzenia dziecka o jego matce, *de facto* utrudnia wywołanie niektórych skutków prawnych w Polsce i w licznych państwach o podobnym prawie

67 Zob. więcej: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, s. 51 (dostęp 24.01.2020).

(np. udowodnienia na potrzeby załatwienia sprawy administracyjnej, który z dwóch mężczyzn nabywających pod rządami obcego prawa status „rodziców” jest rzeczywiście ojcem dziecka w rozumieniu prawa państwa żądanej rejestracji)⁶⁸.

Bibliografia

- Borysiak W. (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Art. 1–86. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Czajkowska A. (w:) I. Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów*, Warszawa 2015.
- Czajkowska A., *Postępowanie urzędów stanu cywilnego w przypadkach, gdy fakt urodzenia, małżeństwa lub zgonu nastąpił za granicą* (w:) *Obrót prawny z zagranicą w sprawach stanu cywilnego*, Lublin 1997.
- Dobkowski J., *Preponderancja aktów stanu cywilnego*, „Metryka” 2011, nr 2, s. 15–32, http://metryka.info/wp-content/uploads/2016/06/2_dobkowski.pdf, 24.01.2020.
- Figura-Góralczyk E., *Uwagi dotyczące orzeczenia Niemieckiego Sądu Związkowego z 20 marca 2019 (BGH XII ZB 530/17)* (w:) P. Mostowik (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.
- Gładych K., *Wpisanie zagranicznego aktu stanu cywilnego do rejestru stanu cywilnego*, „Technika i USC” 2015, nr 2–3.
- Kalus S., *Konstytucyjne źródła zasad polskiego prawa rodzinnego* (w:) I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003.
- Kasprzyk P. (red.), *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego*, t. 2: *Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, Lublin 2019.
- Kasprzyk P., *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, „Metryka” 2016, nr 1.
- Kasprzyk P., *Sporządzanie aktów stanu cywilnego na podstawie dokumentów zagranicznych. Uwagi na tle art. 73 ust. 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2010, t. 20, nr 2.
- Kownacki R., *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakresie realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?* (w:) A. Wróbel (red.), *Karta*
- Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009.
- Martinez de Aguirre C., *Umowy o międzynarodowe macierzyństwo zastępcze: globalna Opowieść podręcznej?* (w:) P. Mostowik (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.
- Michałowska K., *Niemąjątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2017.
- Mirocha Ł., *Tzw. macierzyństwo zastępcze (surrogacy, Leihmutterschaft) w bieżącym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Prawo w Działaniu” 2018, t. 34, s. 164, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS-Mirocha-L.-Tzw.-macierzyństwo-zastępcze-surrogacy-Leihmutterschaft-w-bieżącym-orzecznictwie-Europejskiego-Trybunału-Praw-Człowieka-w-Strasburgu.pdf>, 24.01.2020.
- Mostowik P. (red.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.
- Mostowik P., *Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 37, s. 97 i n., <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/37262>, 24.01.2020.
- Mostowik P., *Legislative Activities of European Union versus Fundamental Principles of Paternity and Maternity in Member States*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2017, t. 8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3224049, 24.01.2020.
- Mostowik P., *Pochodzenie dziecka* (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2015.
- Mostowik P., *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobowujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 i II OSK 2419/13)*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16.
- Mostowik P., *Władza rodzicielska w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014.
- Nazar M., *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Rejent” 1997, nr 5.
- Pilich M., *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16.

68 Zob. więcej P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother...*, dz. cyt., s. 70 i n.

- Przyśliwska-Urbaneck E., *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci* (w:) J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, Warszawa 2019.
- Smyczyński T. (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999.
- Smyczyński T. (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 12: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011.
- Smyczyński T., *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11.
- Wojewoda M., *Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego* (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2015.
- Wojewoda M., *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2.
- Wojewoda M., *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2.
- Wypych P., *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, nr 1.
- Wypych P., *Zakres badania obcego aktu w ramach postępowania transkrypcyjnego*, „Niezbędnik USC. Forum Pracowników Urzędów Stanu Cywilnego przy Małopolskim Instytucie Samorządu Terytorialnego i Administracji” 2014, nr 1.
- Wysocka-Bar A., *Nabywanie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, t. 16.

Akty prawne

- Konwencja o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przyśposobienia międzynarodowego, sporządzona w Hadze dnia 29 maja 1993 r., Dz.U. 2000 nr 39 poz. 448 ze sprost.
- Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526 ze zm.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej i zmieniające Rozporządzenie (UE) nr 1024/2012, Dz.U. UE L nr 200.
- Rządowy projekt ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, Sejm VII kadencji, druk nr 2620, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, 24.01.2020.
- Traktat o UE, Dz.U. 2004 nr 90 poz. 864/30 ze zm.; wersja skonsolidowana w Dz.U. UE C 2010 nr 83.
- Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych, t.j. Dz.U. 2018 poz. 1919.
- Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych; t.j. Dz.U. 2018 poz. 1919.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2018 poz. 1360 ze zm.
- Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim, t.j. Dz.U. 2018 poz. 1829.
- Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, t.j. Dz.U. 2011 nr 212 poz. 1264 ze zm.
- Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz.U. 2015 poz. 1792.
- Ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych; t.j. Dz.U. 2017 poz. 1464 ze zm.

Orzecznictwo

- Contribution of Feminist and Human Rights Organizations to the Work of The Hague Conference on Private International Law Regarding Legal Issues Concerning International Surrogacy Conventions (“Parentage/Surrogacyproject”). Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015, https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf, 24.01.2020.
- Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j. Dz.U. 2017 poz. 682 ze zm.
- Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 listopada 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, t.j. Dz.U. 2018 poz. 2224 ze zm.
- Uchwała NSA z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0CB4DBF3D4>, 24.01.2020.
- Uchwała SN z 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf, 24.01.2020.
- Uchwała SN z 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf, 24.01.2020.
- Wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., skarga 25951/07; LEX nr 1130706.

Wyrok ETPC z 24 stycznia 2017 r., skarga nr 25358/12.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2018 r., II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

Wyrok NSA z 10 października 2018 r., II OSK 2552/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39>, 24.01.2020.

Wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ADA943DFA1>, 24.01.2020.

Wyrok NSA z 20 czerwca 2018 r., II OSK 1808/16, LEX nr 2513922, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F1FEC11C03>, 24.01.2020.

Wyrok NSA z 30 października 2018 r., II OSK 1868/16, <http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-osk-1868-16/obywatelstwo/293ac30.html>, 24.01.2020.

Wyrok NSA z 6 maja 2015 r., II OSK 2372/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/12EBFE1F1E>, 24.01.2020.

Wyrok NSA z 6 maja 2015 r., II OSK 2419/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A7BCB1D1A8>, 24.01.2020.

Wyrok WSA w Krakowie z 10 maja 2016 r., III SA/Kr 1400/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/431B8D990D>, 24.01.2020.

Wyrok WSA w Poznaniu z 5 września 2018 r., II SA/Po 1169/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7C7192478E>, 24.01.2020.

Wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 59.

Wyrok z dnia 14 października 2008 r., Grunkini Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, pkt 16.

Wyrok z dnia 2 października 2003 r., Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, pkt 25.

Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 59.

Wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie C-673/16 (sprawa Coman v. Rumunia), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=202542&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PL&cid=301542#Footnote>, 24.01.2020.

Inne

Opinia doradcza z 10 kwietnia 2019 r. dotycząca uznania w prawie krajowym stosunku prawnego rodzic-dziecko między dzieckiem urodzonym w ramach surogacji za granicą a matką intencyjną. Wniosek francuskiego sądu kasacyjnego (wniosek nr P16-2018-001).

Report of 30 November 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter, 2015/2229(INI), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_EN.html?redirect, 24.01.2020.

Specyfika umów o zamówienia publiczne



Joanna Marczevska

Prawnik, specjalistka w dziedzinie zamówień publicznych z kilkunastoletnim doświadczeniem, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Wydziału Prawa Uniwersytetu SWPS oraz podyplomowego studium zamówień publicznych Szkoły Głównej Handlowej. Członek Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych.

✉ joanna@marczevska.com.pl

<https://orcid.org/0000-0002-7447-1337>

Public Procurement Contracts

The article presents public procurement contracts by describing their key aspects: the form and procedure for concluding the contract and the period for which it can be concluded. The author points out that the characteristic feature of public procurement contracts is primarily the fact that they can only be concluded after the procedure specified in the public procurement rules has been carried out. In addition, the issue of statutory changes in the content of the public procurement contract in the light of applicable provisions is discussed, and the grounds for the nullification of the contract are analysed. It is emphasised that, as a rule, changes to the contract are prohibited and the statutory conditions for the amendment of the contract are prearranged. In addition, issues related to the invalidity of the contract are analysed. Finally, the article considers whether public procurement contracts implement the principle of contract freedom and to what restrictions they are subject under the provisions of the Polish Public Procurement Law. The study raises even the issue of whether public procurement contracts fall within the class of binding contracts.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, swoboda umów, unieważnienie umowy, zmiana umowy o zamówienie publiczne, umowy adhezyjne, zamawiający, wykonawca

Key words: public procurement, freedom of contracts, annulment of the contract, amendment of the public contract, adhesive contracts, contracting authority, contractor

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.361>

1. Wstęp

Zamówienia publiczne, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹, to odpłatne umowy zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Oszacowana przez Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych (UZP) wartość rynku zamówień publicznych stanowiła w 2018 r. 9,55% produktu krajowego brutto. Wartość udzielonych zamówień publicznych rośnie z roku na rok – w 2018 r. wynosiła ponad 202 mld zł. Kwestie związane z umowami o zamówienia publiczne są więc istotne, choć pozostawiają pewne wątpliwości. Umowy zawarte w wyniku procedury określonej w ustawie Pzp

1 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1843 (dalej: Pzp).

cechuje kilka zasadniczych różnic w stosunku do klasycznych umów zawieranych w obrocie cywilnoprawnym. Po pierwsze, istotne jest, jaki charakter mają zawierane przez zamawiających umowy. Z jednej bowiem strony proces dojścia do zawarcia umowy jest sformalizowany i wynika ze szczegółowych unormowań ustawy Pzp. Z drugiej strony regulacje dotyczące umów o zamówienia publiczne są poddane przepisom Kodeksu cywilnego, co wynika wprost z ustawy Pzp. Kodeks cywilny² posługuje się dla określenia stron stosunku zobowiązaniowego pojęciami „dłużnik”

Po trzecie, umowy o zamówienia publiczne są szczególnym zobowiązaniem, w którym ograniczeń doznaje kodeksowa zasada swobody umów. Można wskazać na wiele przejawów ograniczeń tej zasady. Należą do nich: niemożność swobodnego wyboru kontrahenta, ograniczony wpływ wykonawcy na określenie przedmiotu zamówienia i warunków realizacji, niemożność dowolnej zmiany zawartej umowy oraz specyficzne zasady odstąpienia od umowy. W orzecznictwie oraz doktrynie wskazuje się niejednokrotnie, że umowy o zamówienia publiczne, z uwagi na powyższe uwa-

Charakterystyczne dla umów o zamówienia publiczne są tryb i forma ich zawarcia, okres, na jaki umowa może być zawarta, możliwość zmiany umowy czy też wyjątkowy katalog przesłanek nieważności umowy.

i „wierzyciel”. Stosownie do art. 353 ust. 1 Kodeksu cywilnego zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje specyficzny stosunek zobowiązaniowy istniejący pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, jednak jak wskazano w dalszej części, nie podlega wątpliwości, że umowy o zamówienia publiczne pomimo administracyjnoprawnego procesu dojścia do zawarcia umowy są poddane regulacjom cywilnoprawnym.

Po drugie, umowy o zamówienia publiczne są specyficzne ze względu na szczególne regulacje właściwe tylko dla tego typu umów, jak tryb i forma zawarcia umowy, okres, na jaki umowa może być zawarta, możliwość zmiany umowy, przesłanki nieważności umowy. Powyższe, szczególne uregulowania, właściwe jedynie dla umów o zamówienia publiczne, wyróżniają tego typu umowy spośród innych umów określonych w Kodeksie cywilnym.

runkowania, mają charakter adhezyjny, co zostanie wykazane w ostatniej części opracowania.

Umowy o zamówienia publiczne jako szczególne zobowiązania charakteryzują się określoną specyfiką, pomimo iż nie stanowią odrębnej umowy nienazwanej. Zagadnienie zostało przeanalizowane z zastosowaniem metodyki dogmatyczno-prawnej, z powołaniem się na literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

2. Charakterystyka umowy o zamówienie publiczne i forma jej zawarcia

2.1. Ogólna charakterystyka

Mówiąc o zamówieniach publicznych, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 13 ustawy Pzp, należy pod tym pojęciem rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Umowy o zamówienia publiczne są więc szczególnymi zobowiązaniami, których stroną są każdorazowo podmioty mające status zamawiającego, wedle powołanej ustawy.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się prze-

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1145, 1495 (dalej: k.c.).

pisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przepisy Kodeksu cywilnego zastosowanie znajdują przede wszystkim w zakresie wad oświadczenia woli, zasad reprezentacji, działania w cudzym imieniu, terminów, jak przepisy księgi III dotyczące zobowiązań³. Stosowanie przepisów k.c. nie następuje odpowiednio, lecz wprost, a wyłączenie przepisów kodeksowych uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie Pzp⁴. W odniesieniu do wielu instytucji cywilistycznych adaptacja ogólnych

umów nazwanych. Możliwe jest również zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie miała charakter umowy nienazwanej lub charakter mieszany. Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, co oznacza, że nie było wolą ustawodawcy wyodrębnienie samodzielnego typu umowy nazwanej i do umów o zamówienie publiczne powinno się stosować poszczególne typy umów nazwanych, przewidzianych w k.c., oraz przepisy ogólne



Adaptacja ogólnych reguł Kodeksu cywilnego na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku powołanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

nych reguł na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku powołanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zawsze bowiem reguły kodeksowe przystają do sytuacji wyznaczonych rygoryzmem formalnym prawa zamówień publicznych⁵.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej⁶. Umowy nazwane to te, których *essentialia negotii* określają przepisy prawa, np. sprzedaż, dostawa, umowa o dzieło, zlecenie, umowa o roboty budowlane i in. Ustawa Pzp nie określa elementów przedmiotowo istotnych umowy o zamówienie publiczne, lecz odsyła do poszczegól-

dotyczące zobowiązań, z uwzględnieniem jednak uregulowań przyjętych w ustawie Pzp⁷.

Kontynuując rozważania na temat charakterystyki umów o zamówienia publiczne, należy wskazać, że zasadniczą kwestią jest wzajemność świadczeń. Obie strony umowy zobowiązane są w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Świadczenia są zatem – w przekonaniu stron – równoważnościowe i wymienne w tym znaczeniu, że celem świadczenia każdej ze stron jest uzyskanie odpowiadającego mu świadczenia kontrahenta⁸. Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem – świadczenie wykonawcy polega na wykonaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, a świadczenie zamawiającego na ich opłaceniu. Wzajemny charak-

3 P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1147.

4 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Lex*, Warszawa 2014, s. 767.

5 Tamże.

6 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1148.

7 Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, Lex nr 1713249.

8 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 769.

ter umowy o zamówienie publiczne należy uznać za jej cechę konstytutywną⁹.

Ważną cechą umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą jest ich jawność, która wynika z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Umowy te podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej¹⁰.

2.2. Wymóg formy pisemnej pod rygorem nieważności oraz możliwość podpisania umowy elektronicznie

Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej, co stanowi ograniczenie swobody wyboru formy zawarcia umowy. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje bezwzględną nieważnością umowy. W kon-

Zamawiający zobowiązani są w obecnym stanie prawnym prowadzić postępowania o wartości przekraczającej progi unijne za pomocą komunikacji elektronicznej, co sukcesywnie zostanie rozszerzone również na postępowania o mniejszej wartości. Wydaje się więc, że skoro elektroniczność ma na celu usprawnianie procedur, to pomimo iż ustawa wskazuje formę pisemną pod rygorem nieważności, dopuszczalne jest również zastosowanie elektronicznych podpisów do zawierania umowy o zamówienie publiczne. Przemawia za tym fakt, iż stosownie do art. 78¹ ust. 2 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Skoro więc ustawa Pzp (ani projekt ustawy Pzp) nie wyłącza zastosowania tego przepisu, to przez odesłanie do Kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Pzp oraz art. 8 projektu nowego Pzp) należy go stosować.



Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej.

sekwencji czynność ta nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych i jest nieważna od początku z mocy prawa. Nie jest jednak tak, że czynność taka nie wywołuje żadnych skutków, w przypadku bowiem wykonania umowy powstaje kwestia zwrotu świadczeń czy odszkodowania¹¹.

W obliczu zmian związanych z elektroniczną zamówień publicznych można postawić pytanie, czy podpisanie umowy o zamówienie publiczne w świetle art. 139 ust. 2 ustawy Pzp (którego treść powtórzono w art. 432 nowej ustawy Pzp¹², która wejdzie w życie w styczniu 2021) możliwe jest jedynie poprzez złożenie odrębnego podpisu, czy też dopuszczalne jest podpisanie umowy elektronicznie.

Jeśli więc ustawa ustanawia formę pisemną pod rygorem nieważności, a strony podpiszą tę umowę za pomocą podpisu elektronicznego, należy uznać, że dochowana zostanie ustawowa forma czynności prawnej.

2.3. Zakres świadczenia umowy musi być tożsamy z zakresem wynikającym z oferty

Ponieważ do zawarcia umowy o zamówienie publiczne prowadzi formalistyczna procedura wyłonienia wykonawcy, ogromne znaczenie ma regulacja zawarta w art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stosownie zaś do art. 140 ust. 3 ww. ustawy umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 ustawy Pzp. Sformułowanie, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, oznacza, że zakres świadczenia powinien *de facto* odpowiadać

⁹ Tamże.

¹⁰ J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1051.

¹¹ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1154.

¹² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2019 poz. 2019.

opisowi przedmiotu zamówienia¹³. Zakres świadczenia wykonawcy to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary (np. sztukach, metrach, tonach, krotnościach). Niedopuszczalne są więc w świetle ww. regulacji czynności stron skutku-

Pzp w art. 94 precyzyjnie reguluje termin, w którym zamawiający powinien zawrzeć umowę z wyłonionym wykonawcą. Powyższy przepis ustanawia tzw. instytucję *standstill*, czyli minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu



Niedopuszczalne są czynności stron skutkujące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego.

jące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia¹⁴. Odnosi się to zarówno do zawarcia umowy w szerszym zakresie, jak i do zmian umowy, które mogłyby doprowadzić do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy¹⁵.

3. Tryb zawarcia umowy o zamówienie publiczne i okres, na jaki może ona być zawarta

3.1. Tryb zawarcia umowy

Bezpośrednim celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, który zaoferował najkorzystniejsze warunki jej wykonania. Jednocześnie przepisy Pzp chronią zarówno interes publiczny (dążąc do efektywnego wydatkowania środków publicznych), jak i interes wykonawcy, regulując to, w jakim momencie zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, by umożliwić wykonawcom i organom ocenę, czy interesy te nie zostały naruszone¹⁶. Ustawa

wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Celem wprowadzenia powyższej regulacji jest zagwarantowanie wykonawcom możliwości skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej¹⁷. Zamawiający może zawrzeć umowę, co do zasady, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, ewentualnie w terminie co do zasady nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Ustawodawca przewidział również pewne sytuacje, w których utrzymywanie zawieszenia możliwości zawarcia umowy nie jest celowe, jak np. w sytuacji, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę. Jak wskazano wyżej, termin upływający od wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest okresem, w którym wykonawcy mogą wnieść środki ochrony prawnej na czynności lub zaniechania zamawiającego, jakie miały miejsce podczas postępowania. Stosownie do art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy zamawiający poinformował

13 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1161.

14 S. Mosur-Blezel, *Różnice pomiędzy określeniem przedmiotu zamówienia a opisem przedmiotu zamówienia*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 7, s. 64.

15 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 774.

16 Tamże, s. 527.

17 P. Soszyńska-Purtak, *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*, LEX Publikacje Elektroniczne ABC.

wykonawców o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania i wynosi: gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, co do zasady 10 dni od dnia przesłania informacji drogą elektroniczną lub faksem, zaś gdy wartość zamówienia jest mniejsza od progów unijnych – 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem.

Jak wynika z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zawarcie umowy wbrew powyższym regulacjom stanowi przesłankę do żądania unieważnienia umowy. Na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 unieważnieniu podlega bowiem umowa w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy zamawiający zawarł ją z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Umowa co do zasady powinna być zawarta przed upływem terminu związania ofertą. W tym bowiem okresie zamawiającemu przysługują środki, poprzez które może oddziaływać na wykonawcę, aby nakłonić go do zawarcia umowy, np. prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami. Po upływie terminu związania ofertą umowa może być jednak zawarta, jeśli taka będzie wola stron¹⁸. Po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie może odstąpić od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, o ile nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania. Jeśli zamawiający uchyla się od zawarcia umowy, wykonawcy przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, dochodzone w trybie art. 64 k.c., a także możliwość żądania podwójnego wadium albo naprawienia szkody, co wynika z art. 70⁴ § 2 k.c.¹⁹ Na mocy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli to wykonawca, którego

oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Niezwłocznie po zawarciu umowy zamawiający jest obowiązany do zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub do przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

3.2. Okres trwania umowy

W zamówieniach publicznych obowiązuje zasada zawierania umów na czas oznaczony, co wynika z art. 142 ustawy Pzp. Zamawiający co do zasady może zawrzeć umowę na dowolny okres, o ile jest on precyzyjnie określony. Powodem zastosowania ww. zasady, w sposób bardziej restrykcyjny, niż przewidują to Dyrektywy UE, jest przekonanie, że umowy długoterminowe ograniczają konkurencję, utrudniając dostęp do uzyskania zamówienia²⁰. Ustawa Pzp nie ogranicza sposobu określenia terminu realizacji umowy – może być on wskazany za pomocą liczby dni, miesięcy lub lat, konkretnej daty, jak też przysłego zdarzenia o charakterze pewnym²¹. Termin ten musi być określony już na etapie wszczęcia postępowania (w ogłoszeniu i w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – SIWZ), aby dać wykonawcom możliwość złożenia porównywalnych ofert. Warto jednocześnie zwrócić uwagę, że, jak wynika z praktyki, termin realizacji zamówienia, tj. czas trwania umowy, może stanowić kryterium oceny ofert – wówczas wykonawca, składając ofertę, będzie miał pewność co do czasu trwania umowy, jeśli jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2012 r.: „Z postanowień art. 142 i 143 Prawa zamówień publicznych wynika, że do *essentialia negotii* umowy o zamów-

18 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, OTK-A 2010/2/18.

19 P. Soszyńska-Purtak, *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*, LEX Publikacje Elektroniczne ABC oraz J. Rajski, *Aukcja*

i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5, s. 6.

20 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 779.

21 J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1062.

wienie publiczne należy określić terminu realizacji zamówienia. Art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy wskazują, że termin wykonania zamówienia jest obligatoryjnym elementem tak ogłoszenia o zamówieniu publicznym jak i SIWZ. Określenie tego terminu ma bezpośrednie przełożenie na kalkulację ceny oferty, ma zatem wpływ na porównywalność złożonych ofert. Termin może być także elementem konkurencyjnym pomiędzy wykonawcami, w sytuacji, gdy stanowi kryterium oceny ofert. Termin wykonania zamówienia ma zatem istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób pozwalający wykonawcom określić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji”.

Jako szczególną regulację o charakterze wyjątku należy potraktować zapis art. 142 ust. 2 ustawy Pzp. Umowa dla świadczeń okresowych lub ciągłych, co do zasady, nie może trwać dłużej niż 4 lata, chyba że zachodzi jedna z poniższych przesłanek: wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego; jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego; jest to uzasadnione zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

W ustawie Pzp brak definicji świadczeń okresowych i świadczeń ciągłych, stąd niezbędne jest odniesienie się do regulacji Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym świadczenia okresowe to te, których cechą jest cykliczna powtarzalność, w określonych odstępach czasu – przy czym każde z tych świadczeń jest odrębne, samoistne²². Świadczenia ciągłe zaś to stałe zachowanie, bez możliwości wyróżnienia samodzielnych, odrębnych czynności²³.

Co do zasady, w przypadku zamiaru zawarcia umowy na świadczenia okresowe lub ciągłe na czas dłuższy niż 4 lata, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza tzw. progi unijne, zamawiający na mocy art. 142 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązany jest zawiadomić o tym fakcie Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych, chyba że dotyczy to umowy: kredytu i pożyczki, rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat; ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat; o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, partnerstwa publiczno-prywatnego. W przypadku zaś, gdy w wyniku postępowania ma być zawarta umowa długoterminowa, tj. na czas dłuższy niż 12 miesięcy, ustawa Pzp przewiduje w art. 142 ust. 5 w określonych sytuacjach obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w zakresie zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Ustawa Pzp określa w art. 143 szczególne sytuacje, w których zamawiający może zawrzeć umowę na czas nieoznaczony. Na czas nieoznaczony mogą być jedynie zawarte umowy w zakresie dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej, dostawy licencji na oprogramowanie komputerowe, usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

4. Zmiany umowy o zamówienie publiczne

Zasadą, zgodnie z art. 144 ustawy Pzp, jest zakaz istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne. Jest on głęboko osadzony w systemie prawa zamówień publicznych. Właściwie niezmienna na przestrzeni lat pozostaje regulacja wyrażona w ww. przepisie, zgodnie z którą zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy²⁴. Celem tego zakazu jest zapobieżenie wstecznemu wypaczaniu wyniku konkurencyjnego postępowania²⁵. Zmianom podlega zaś katalog wyjątków od tej zasady.

Przepisy dotyczące zmian umowy nie są obecnie tak bardzo restrykcyjne, jak te sprzed nowelizacji

22 M. Gutowski (red.) *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz*. Art. 1–449¹, Warszawa 2016, s. 746.

23 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 51.

24 A. Szyszkowski, *Umowy po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w 2016 roku*, Poznań 2016, s. 7.

25 Wyrok Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 26 czerwca 2009 r., sygn. akt II C 465/08, Lex nr 1732868.

ustawy Pzp, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r.²⁶ Wykładnia przepisów obowiązujących do tej daty była bardzo formalistyczna. W ówczesnym stanie prawnym liberalna interpretacja przepisów dotyczących zmiany umowy była niedopuszczalna²⁷.

Obecnie ustawa Pzp przewiduje odmienną regulację w zakresie wyjątków co do zakazu zmiany zawartej umowy. Zgodnie bowiem z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zach-

w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego; zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego; wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Ustawa przewiduje również możliwość zmian umowy w sytuacjach wyjątkowych i zaskakujących, o ile zostały spełnione łącznie następujące warunki: konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spo-



Ustawa zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że wystąpiły ustawowe okoliczności uzasadniające zmianę.

dzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. I tak, zmiany umowy są możliwe przede wszystkim w sytuacji, gdy zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Ponadto możliwe są zmiany umowy, które dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych ani technicznych,

wodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, i wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Wreszcie uregulowana jest również sytuacja zmiany umowy, kiedy wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca. Jest to przesłanka oczywista i pożądana, która jednak na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów nie była możliwa do zastosowania z mocy ustawy. Obecnie można zamienić wykonawcę w stosunku do tego, który złożył ofertę przede wszystkim na podstawie postanowień umownych, przewidzianych w SIWZ, w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy oraz w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców.

26 Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U 2016 poz. 1020.

27 J. Pieróg, K. Pieróg, *Zmiana umowy o zamówienie publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11, s. 21.

Przesłanką zmiany umowy jedynie o charakterze matematycznym jest ostatnia z wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Na mocy ww. przepisu możliwe są zmiany umowy, o ile łączna wartość tych zmian jest mniejsza niż progi unijne i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

nia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ustawie Pzp.

Należy zauważyć, że ww. katalog sytuacji dopuszczalnych zmian umowy w połączeniu z przepisem doprecyzowującym pojęcie istotności zmiany umowy jest katalogiem zamkniętym, choć określonym dość elastycznie. Obecna regulację w tym zakresie ocenia się pozytywnie i wskazuje się, iż ma ona znacznie lepszy wpływ na system zamówień publicznych niż poprzednio obowiązująca. Wskazuje się między innymi, że ure-



Sąd Najwyższy uznał, że Kodeks cywilny zezwala na wystąpienie z żądaniem unieważnienia umowy zawartej w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami także uczestnikowi przetargu, jeżeli naruszenie miało wpływ na wynik procedury.

Zmiany umowy są również możliwe zawsze, o ile nie są istotne. W art. 144 ust. 1e ustawy Pzp sprecyzowano pojęcie istotności zmiany umowy. Zgodnie z tym przepisem zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu. Ponadto istotna jest zmiana, która nawet nie zmieniając ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, powoduje co najmniej jedną z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści; zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej; lub też zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówie-

ni, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ustawie Pzp. Należy zauważyć, że ww. katalog sytuacji dopuszczalnych zmian umowy w połączeniu z przepisem doprecyzowującym pojęcie istotności zmiany umowy jest katalogiem zamkniętym, choć określonym dość elastycznie. Obecna regulację w tym zakresie ocenia się pozytywnie i wskazuje się, iż ma ona znacznie lepszy wpływ na system zamówień publicznych niż poprzednio obowiązująca. Wskazuje się między innymi, że ure-

gulowanie pojęcia istotnej zmiany wzmacnia istniejącą zasadę trwałości stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne²⁸. Wskazuje się, że dzięki obecnie funkcjonującym przepisom trudno wyobrazić sobie sytuację, w której dopuszczalne byłyby zmiany umowy, o ile są one korzystne dla zamawiającego, co możliwe było w poprzednim stanie prawnym i przyczyniało się do powstawania możliwości naruszania zasady równości w postępowaniu²⁹.

Na gruncie poprzednio obowiązującego art. 144 ustawy Pzp wyrażano pogląd aktualny co do zasady w obecnym stanie prawnym, że „do dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne, jak i każdej innej umowy, niezbędna jest zgodna wola stron umowy. Przy czym po stronie wykonawcy ta wola jest wystarczająca do przystąpienia do zmiany, natomiast zamawiający oprócz woli musi jeszcze wykazać zaistnienie szczegól-

28 J. Rokicki, M. Zastrzeżyński, *Zmiany istotne i nieistotne*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 10, s. 43.

29 Tamże.

nych okoliczności, które wcześniej przewidział w ogłoszeniu lub w SIWZ³⁰. Na gruncie ustawy Pzp zgodna wola stron nie jest więc warunkiem wystarczającym do dokonania zmiany umowy, gdyż zamawiającego w tym zakresie wiąży granice określone w ustawie Pzp. Zachowanie sprzeczne z tymi zasadami nieodmiennie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wiąże się z sankcjami wobec osób, które takiego naruszenia się dopuściły, przewidzianymi w przepisach dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³¹.

5. Procedura i przesłanki nieważności umowy

W ustawie Pzp pojęcie nieważności umowy uregulowane zostało w art. 146, jednak sankcja nieważności pojawia się także w innych przepisach, o których była już po części mowa. I tak do nieważności umowy odnosi się art. 139 ust. 2 ww. ustawy, który stanowi, że umowa o zamówienie publiczne pod rygorem nieważności powinna mieć zachowaną formę pisemną. Ponadto z art. 140 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do nieważności odnosi się wreszcie art. 144 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym postanowienie umowne zmienione niezgodnie z ustawą podlega unieważnieniu.

Podstawowym przepisem regulującym problem nieważności umowy o zamówienie publiczne jest jednak art. 146 ustawy Pzp ustanawiający katalog przesłanek nieważności umowy. Umowa podlega unieważnieniu w następujących sytuacjach: gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; gdy nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; gdy zamawiający zawarł umowę z naruszeniem terminów 5 lub 10 dni od wyboru oferty najkorzystniejszej

lub zawarł umowę w przypadku wniesienia odwołania, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Umowa podlega ponadto unieważnieniu, jeśli zamawiający uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem, uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej, zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę oraz gdy zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu 14 dni od dnia zamieszczenia informacji o zamiarze zawarcia umowy w wyniku przeprowadzonego zamówienia z wolnej ręki. Niezależnie od ww. przesłanek z treści art. 146 ust. 6 ustawy Pzp wynika ponadto, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do ww. przepisów umowa podlega unieważnieniu przy zaistnieniu ww. przesłanek, zaś zgodnie z art. 146 ust. 3 ustawy Pzp unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, wobec czego należy przyjąć, iż w tym zakresie mamy do czynienia „z względną nieważnością” umów o udzielenie zamówienia publicznego³². Charakteryzuje się ona tym, iż o unieważnienie umowy wystąpić mogą wyłącznie podmioty, którym zostało przyznane przez przepisy takie uprawnienie, i unieważnienie następuje ze skutkiem *ex tunc*, tj. od dnia zawarcia umowy, a decydujące znaczenie ma w tej kwestii wyrok Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu stwierdzający ową nieważność (ma on charakter konstytutywny)³³. W myśl

30 J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 451.

31 M. Bielikow-Kucharska, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 165 i n.

32 P. Granecki, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 1198.

33 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 846.

art. 146 ust. 3 ustawy Pzp unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, może unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest

6. Zasada swobody umów w umowach o zamówienia publiczne

Analiza charakteru umów o zamówienie publiczne byłaby niepełna bez rozważenia, czy do tego rodzaju umów obowiązuje jedna z naczelnych zasad zobowiązań, tj. zasada swobody umów. Wydaje się, że w ramach stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy



Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych swoboda kontraktowa jest znacząco ograniczona, a więc niezbędne jest przyjęcie dla tego typu zobowiązań również zasady równowagi kontraktowej.

możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu. Wynika z tego, że unieważnienie w tym przypadku nie nastąpi w zakresie zobowiązań już wykonanych, a zatem *a contrario* nieważna będzie tylko niezrealizowana część umowy³⁴.

Dopuszczalność żądania unieważnienia w trybie regulowanym przez ustawę Pzp nie wyklucza możliwości żądania przez zamawiającego jej unieważnienia w drodze powództwa sądowego, którą to możliwość daje art. 146 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 70⁵ k.c. Uprawnienie to na gruncie Prawa zamówień publicznych niesłusznie jednak ograniczono podmiotowo względem rozwiązań kodeksowych³⁵. Pozbawiono bowiem takiej legitymacji drugą stronę umowy, tj. wykonawcę. Tymczasem Kodeks cywilny zezwala na wystąpienie z żądaniem unieważnienia umowy zawartej w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami także uczestnikowi przetargu, jeżeli naruszenie miało wpływ na wynik procedury³⁶.

o zamówienie publiczne należy przyjąć definicję zasady swobody umów *sensu largo*. Definicja opisowa (*sensu largo*) zasady swobody umów przewiduje bowiem, iż jest to ukształtowanie systemu prawa cywilnego, w którym podmioty tego prawa mogą tworzyć i kształtować łączące je stosunki prawne. Podmioty publiczne – jako jedna strona stosunku zobowiązaniowego – wprawdzie uczestniczą w obrocie cywilnym, jednak ponad ich kompetencją do kształtowania swobodnie treści umowy jest ustawowy obowiązek działania w interesie publicznym. Z drugiej zaś strony dla podmiotów prywatnych, tj. ubiegających się o udzielenie im zamówienia publicznego, ponad kompetencją do kształtowania treści stosunku prawnego pozostaje konieczność podporządkowania się reżimowi ustawy Pzp. Na przyjęcie definicji opisowej zasady swobody umów na gruncie zamówień publicznych wskazuje ponadto fakt, iż z szerszego ujęcia tej zasady wyłącza się w doktrynie i orzecznictwie element formy zawieranej umowy. Z przepisów o zamówieniach publicznych wynika, że jedyną formą zawarcia umowy może być forma pisemna.

Na gruncie ustawy Pzp swoboda kontraktowa jest znacząco ograniczona, a więc niezbędne jest przyjęcie dla tego typu zobowiązań również zasady równowagi kontraktowej, której celem jest przede wszystkim przeciwdziałanie nadmiernym zakłóceniom ekwiwalentności tych zobowiązań.

34 Tamże, s. 855.

35 A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, dz. cyt., s. 856.

36 Wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r., sygn. akt V CK 12/2003, Lex nr 106593 z aprobowaną glosą R. Szostaka.

Do podstawowych ograniczeń zasady swobody umów w ustawie Pzp należą przede wszystkim te związane z narzuconym przez ustawę obowiązkiem zamawiającego opracowania opisu przedmiotu zamówienia oraz zapisów umowy oświadczenie. Z jednej strony zrozumiałe jest, że zamawiający udziela zamówienia publicznego w celu określonym przez siebie bezpośrednio i pośrednio przez obowiązujące przepisy. W związku z tym, zgodnie z zasadami logiki, to zamawiający kreuje zakres świadczenia, które chce uzyskać od wykonawcy w wyniku przeprowadzonej procedury. Z drugiej jednak strony sposób realizacji tego świadczenia co do zasady również określa arbitralnie zamawiający poprzez opracowanie wzoru umowy z wykonawcą. Pożądane byłoby, aby zamawiający, kierując się zasadą swobody umów, brali pod uwagę w tym zakresie sugestie wykonawców. Wynika to po pierwsze z konieczności zapewnienia choćby w podstawowym wymiarze możliwości realizacji zasady swobody umów. Po drugie poddanie pod rozagę opinii wykonawców miałoby pragmatyczne znaczenie. Wykonawca, będąc bowiem profesjonalistą w danym sektorze, często posiada większe niż zamawiający doświadczenie w realizacji danych inwestycji i projektów, a co za tym idzie – część regulacji dotyczących sposobu spełnienia świadczenia mogłaby być i powinna być ustalana po rozważeniu opinii tego podmiotu.

Kolejnym, oczywistym ograniczeniem jest kwestia niemożności swobodnego wyboru kontrahenta na gruncie ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem obowiązek dokonać wyboru wykonawcy nie w sposób dowolny, oceniając subiektywnie, który podmiot będzie najlepiej przygotowany do realizacji zamówienia, lecz musi ustalić warunki udziału w postępowaniu, opierając się na jednoznacznych zapisach pozwalających na wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować umowę o zamówienie publiczne. Ponadto zamawiający poza weryfikacją podmiotową wykonawcy ma również obowiązek dokonać opisu kryteriów oceny ofert. Ustawa narzuca pewne regulacje z tym związane, np. konieczność zastosowania kryterium ceny, o wadze co do zasady nie wyższej niż 60%. Zamawiający jest więc związany po pierwsze regulacjami ustawy co do sposobu ustalania kryteriów, jak i jest zobligowany dokonać oceny ofert na podstawie uprzednio ustalonych kryteriów. Ograniczenie zasady swobody umów

polega więc w tym aspekcie na tym, że zamawiający nie może finalnie dokonać wyboru wykonawcy wedle uznania, lecz na podstawie ustawowych wytycznych, przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy Pzp, np. zasady równości wykonawców.

Niekiedy słusznie wskazuje się, że biorąc pod uwagę dwie strony umowy o zamówienie publiczne, brak możliwości wyboru kontrahenta, jako ograniczenie po stronie zamawiającego, niejako rekompensowany jest przez ograniczenie po stronie wykonawcy, tj. brak jego wpływu na opis przedmiotu zamówienia i zapisy umowne. Po pierwsze bowiem ustawodawca, ustanawiając formalistyczną procedurę wyboru wykonawcy, kierował się zapewne zasadami transparentności i przejrzystości z uwagi na dbałość o wydatkowanie środków publicznych. Nie sposób więc wyobrazić sobie, że zamawiający samodzielnie decydowałiby o tym, komu powierzyć realizację zamówienia, bez ustalenia podstawowych zasad w tym zakresie, gdyż mogłoby dochodzić do negatywnych praktyk i naruszeń. Po drugie zasadne wydaje się, aby to zamawiający jako gospodarz postępowania mógł dokonać opisu wymaganego świadczenia i warunków jego uzyskania. Ingerencja wykonawcy, choć w niektórych aspektach pożądana, co wskazywano powyżej, co do zasady w stopniu nadmiernym również mogłaby stanąć na przeszkodzie transparentności procedury przetargowej i zasadzie uczciwej konkurencji.

Ponadto wiele ograniczeń ustawa Pzp ustanawia wprost w przepisach dotyczących umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – umowa nie może być zawarta na dowolny okres, musi być zawarta w formie pisemnej, jak również może zostać unieważniona w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp.

Podsumowując, aby zachować funkcje zasady swobody umów, muszą być spełnione różne przesłanki, takie jak równa prawna i faktyczna pozycja kontraktowa oraz swobodna i uczciwa konkurencja rynkowa. Z uwagi na dużą skalę ograniczeń zasady swobody umów w ustawie Pzp oraz wynikającą z nich poniekąd dominującą pozycję zamawiającego zasada swobody umów na gruncie ustawy Pzp ma raczej wymiar formalny, a umowy o zamówienia publiczne należy uznać za *quasi*-umowy adhezyjne.

Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą, przejawiające się m.in. w możliwości samodzieln-

nej konstrukcji umowy, wynika oczywiście z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym, a rekompensatą ryzyk dla wykonawcy jest właściwa wycena oferty, na co wskazał m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r.³⁷ Z tej właśnie przyczyny Sąd wskazał, że umowy o zamówienia publiczne mają charakter adhezyjny, tj. przez przystąpienie.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 r. wskazał, że zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego i dlatego zakwalifikował ten typ umowy jako umowę adhezyjną³⁹. Sąd wskazał ponadto, że na gruncie ustawy Pzp zasada wolności kontraktowej doznaje ograniczeń, gdyż treść umowy nie podlega w tym przypadku negocjacjom.



Sąd Najwyższy uznał, że zasada wolności kontraktowej w przypadku umów o zamówienia publiczne doznaje ograniczeń, gdyż treść umowy nie podlega negocjacjom, a co za tym idzie – umowy te mają charakter adhezyjny.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. wyraźnie stwierdził, że uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania³⁸. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z ustawy Pzp, która zastrzega określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia kreowanej przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. W związku z tym, jak zauważył Sąd w powołanym wyżej wyroku, przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym, powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów przystąpienia.

Podobnie orzeka Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 10 września 2014 r. Krajowa Izba wskazała, że zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa, a takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Izba podkreśliła, że zamawiający ma prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia. Izba wskazała na ograniczenia co do zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. Izba stwierdziła, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to w ocenie Izby, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej zamawiającego, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Skład orzekający powołał się ponadto na fakt, że podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający

37 Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt sygn. akt X Ga 67/08, www.uzp.gov.pl.

38 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. XXIII Ga 924/14, Lex 1564924.

39 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15, Lex nr 2019505.

określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Analogicznie w wyroku z dnia 20 czerwca 2012 r. Izba uznała, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową o charakterze adhezyjnym, a warunki stosunku zobowiązaniowego przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów. Izba w odpowiedzi na wykazywaną przez wykonawcę pozycję zamawiającego narzucającego konkretne zapisy umowy upatrywała w tym właśnie względzie szczególnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁰.

Wydaje się, że ustalanie przez organizatora warunków przetargu jest ogólną regułą prowadzenia przetargu, co wynika również z art. 70¹ Kodeksu cywilnego i należy wskazać, że jest ona uzasadniona. Jest to konieczność organizacyjna, gdyż nie sposób wyobrazić sobie sytuację, w której występuje wiele podmiotów składających ofertę, z których każdy miałby własną koncepcję brzmienia umowy. Takie postępowanie byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

Choć w orzecznictwie wskazuje się na szczególny charakter i tryb zawierania umów w ramach zamówień publicznych i kwalifikuje się te umowy jako umowy adhezyjne, to należy również mieć na uwadze, że szczególny charakter tych umów nie daje podstaw, aby interpretować tego typu umowy wyłącznie przez pryzmat interesów zamawiających podmiotów publicznych, wręcz przeciwnie – przy wykładni tych umów należy odwoływać się również do słusznych interesów obu stron umowy⁴¹.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające również z innej zasady prawa cywilnego, tj. art. 5 k.c. Zgodnie z ww. przepisem nie można czynić ze swego prawa użytku,

który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego⁴². Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie może być uważane za wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony.

7. Uwagi końcowe

Podsumowując, umowy o zamówienia publiczne nie stanowią odrębnej kategorii umów nienazwanych, lecz z uwagi na szczególne uregulowania wynikające z ustawy Pzp charakteryzują się określoną specyfiką. Niemniej każda umowa zawarta w wyniku procedury określonej w ustawie Pzp może być konkretnie stypizowaną w Kodeksie cywilnym umową, np. umową o roboty budowlane, umową sprzedaży czy też umową leasingu.

Zobowiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą mają szczególny charakter z wielu powodów, ale przede wszystkim z uwagi na administracyjnoprawny proces udzielania zamówienia publicznego, szczególne zasady zmiany umowy, unieważnienia umowy i odstąpienia od niej. Umowy o zamówienia publiczne bywają również określane jako umowy adhezyjne z powodu licznych ograniczeń zasady swobody umów w stosunku do tego typu kontraktów.

Bibliografia

- Bielikow-Kucharska M., *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
- Gawrońska-Baran A., *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449¹*, Warszawa 2016.
- Mosur-Blezel S., *Różnice pomiędzy określeniem przedmiotu zamówienia a opisem przedmiotu zamówienia*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 7.
- Nowicki J.E., Bazan A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Pieróg J., Pieróg K., *Zmiana umowy o zamówienie publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11.

40 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1183/12, Lex nr 1211620.

41 Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt II Ca 450/14, www.uzp.gov.pl.

42 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 487/14, Lex nr 1455085.

- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014.
- Rajski J., *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5.
- Rokicki J., Zastrzeżyński M., *Zmiany istotne i nieistotne*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 10.
- Soszyńska-Purtak P., *Zawarcie umowy o zamówienie publiczne*. LEX Publikacje Elektroniczne ABC.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych Komentarz Lex*, Warszawa 2014.
- Szyszkowski A., *Umowy po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w 2016 roku*, Poznań 2016.

Doręczenie korespondencji pozwanemu przez komornika sądowego. Zagadnienia wybrane. Problemy praktyczne



Joanna Szachta

Doktorantka w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, prawnik w kancelarii komorniczej, autorka publikacji z zakresu prawa cywilnego.

✉ j.szachta@doktorant.inp.pan.pl

<https://orcid.org/0000-0002-8042-8212>

Servicing of Court Correspondence to the Defendant by the Court Bailiff. Selected Issues and Practical Problems

Introduced in 2019 art. 139¹ of the Polish Code of Civil Procedure is a significant novelty, since such a solution has never been applied in a civil procedure before. The article points out how the regulation would affect the delivery of a document by a court bailiff. Attention is drawn to the amount of the fee and the contradiction between the statutory deadline for delivery by the enforcement authority and the statutory deadline for payment. The regulation determines the performance of service by the bailiff and the activities in the event of an unsuccessful service of documents to the defendant's address. The proposal raises problems resulting from the new regulation, including a wide group of persons who may be authorised by the bailiff to perform the service. The regulation sets requirements which should be met by those to be authorised by the bailiff to perform the service. Attention is paid to the circumstances where it is not possible for the bailiff to determine the whereabouts of the defendant; the article also considers whether the bailiff may obtain information on the defendant's address from other proceedings in progress. It points out that the new regulation would lead to the extension of the examination procedure. The proposed wording of the provisions on service is formulated. The proposal includes establishing a database of correspondence addresses of adult citizens in order to accelerate proceedings and to eliminate the cause of failures of service.

Słowa kluczowe: postępowanie cywilne, doręczenia, komornik sądowy, postępowanie rozpoznawcze

Key words: civil procedure, delivery, bailiff, fact-finding proceedings

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.250>

1. Wprowadzenie

Na gruncie dotychczasowej regulacji sąd dokonuje doręczeń przez operatora pocztowego w rozumieniu Ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe¹: osoby zatrudnione w sądzie, komornika lub sądową służbę doręzeniową (art. 131 k.p.c.). Osobie fizycznej pisma doręcza się osobiście lub – jeżeli nie ma zdolności procesowej – jej przedstawicielowi ustawowemu. Osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej pisma doręcza się

w placówce pocztowej tego operatora, a pismo doręczane w inny sposób – w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem, gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. Jest to regulacja wyjątkowa³, którą można zastosować jedynie w sytuacji nieskuteczności doręczenia w inny wskazany w ustawie sposób. W przypadku bezskutecznego



Doręczenie *per aviso* oparte jest na domniemaniu zapoznania się przez adresata z pismem, czego gwarancją są warunki ustawowe.

organowi uprawnionemu do reprezentowania ich przed sądem lub do rąk pracownika upoważnionego do odbioru pisma. Doręczenia dokonuje się w miejscu zamieszkania, w miejscu pracy lub wszędzie tam, gdzie się adresata zastanie. Możliwe jest tzw. doręczenie zastępcze polegające na doręczeniu pisma dorosłemu domownikowi albo dozorczy domu, administratorowi, sołtysowi pod warunkiem spełnienia kumulatywnie dwóch przesłanek: 1) osoby te nie mogą być przeciwnikami procesowymi adresata, 2) podejmą się przekazać pismo adresatowi. W literaturze² słusznie podnosi się, że regulacja ta obarczona jest błędem, bowiem doręczający nie ma możliwości zweryfikowania, czy osoba odbierająca przesyłkę nie jest przeciwnikiem procesowym adresata. Doręczyciel nie dysponuje danymi stron postępowania, a jedynie informacjami wskazanymi na kopercie, takimi jak dane adresata, nadawcy, sygnatura sprawy, ewentualnie informacje o zawartości przesyłki.

W przypadku niemożności doręczenia adresatowi przesyłki w sposób wskazany wyżej pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego należy złożyć

upływu tego terminu czynność zawiadomienia należy powtórzyć⁴, co oznacza konieczność powtórnej próby doręczenia i pozostawienia zawiadomienia. Doręczenie *per aviso* oparte jest na domniemaniu zapoznania się przez adresata z pismem, czego gwarancją są warunki ustawowe⁵. Dwukrotne awizowanie przesyłki to element konstytucyjnego prawa do sądu⁶ i dotyczy również pierwszego pisma w sprawie⁷.

Sąd dokonuje również doręczeń elektronicznych, tj. za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, jeżeli adresat wniósł pismo za pośrednictwem systemu teleinformatycznego albo dokonał wyboru wnoszenia pism za pośrednictwem tego systemu. Adresat może zrezygnować z doręczenia elektronicznego.

1 Dz.U. 2018, poz. 2188; 2019, poz. 1051.

2 J. Świeczkowski, *Doręczenie zastępcze w postępowaniu cywilnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 36, s. 467.

3 J. Sewerynik, *Pisz do mnie na Berdyczów, czyli o doręczeniu per aviso*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2012, nr 10, s. 26.

4 M. Domagalski, *Sądową przesyłkę trzeba awizować dwa razy*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2014, nr 2, s. 20.

5 M. Uliasz, Z. Woźniak, *Doręczenia per aviso. Niezasłużona krytyka*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2012, nr 11, s. 20.

6 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009 r., II UZ 20/09, LEX nr 468589. Podobne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 października 2002 r., SK 6/02.

7 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r., III CZP 105/10, LEX nr 694257.

Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie doręczeń są wzorowane na Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. Kodeks postępowania cywilnego (d.k.p.c.). Zgodnie z art. 143 d.k.p.c. sąd dokonywał doręczeń przez woźnych, komorników lub pocztę, a w miejscowościach, w których nie wprowadzono stałego dostarczania korespondencji pocztowej, również przez organy gminy. Strony i ich pełnomocnicy zobowiązani byli do zawiadomienia sądu o każdej zmianie miejsca zamieszkania pod rygorem skuteczności doręczenia pod znany sądowi adres wskazany uprzednio. W przypadku niezastania adresata w miejscu zamieszkania doręczyć można było do rąk dorosłego domownika, a jeżeli go nie było – sąsiadowi albo dozorczy domu, jeżeli osoby te nie były przeciwnikami adresata i podjęły się oddania korespondencji adresatowi (art. 151 § 1 d.k.p.c.). W razie niemożności doręczenia w inny sposób korespondencji pismo należało złożyć w urzędzie pocztowym lub gminnym, a zawiadomienie należało przybić na drzwiach mieszkania (art. 153 §1 d.k.p.c.).

2. Regulacja obowiązująca od 7 listopada 2019 r.

Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁸, która weszła w życie 7 listopada 2019 r. (art. 17 ww. ustawy), wprowadza nową regulację dotyczącą doręczeń. Nadal obowiązuje zasada uregulowana w art. 139 § 1 k.p.c. Oznacza to, że pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego, które nie zostało skutecznie doręczone, należy złożyć w placówce pocztowej tego operatora, a doręczane w inny sposób – w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem, gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu należy powtórzyć czynność, tj. podjąć ponowną próbę doręczenia, a w przypadku nieskuteczności – umieścić zawiadomienie z pouczeniem, że należy odebrać je w terminie siedmiu dni od daty tego zawiadomienia.

Istotnym *novum* jest wprowadzenie art. 139¹ k.p.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli pozew lub inne pismo wywołujące potrzebę podjęcia ochrony praw pozwanego nie zostanie odebrane przez pozwanego zgodnie z regułą wskazaną w art. 139 § 1 k.p.c. – tj. pomimo dwukrotnego zawiadomienia o konieczności odbioru pisma w placówce pocztowej lub w urzędzie gminy – przewodniczący zobowiązany jest zawiadomić o tym powoda, jednocześnie przesyłając mu odpis pisma dla pozwanego i zobowiązując do doręczenia odpisu pozwanemu za pośrednictwem komornika.

Artykuł 139¹ k.p.c. nie ma zastosowania do sytuacji określonych w art. 139 § 2–3¹ k.p.c. i innych przepisów szczególnych, które przewidują skutek doręczenia. Oznacza to, że jeżeli adresat odmówi przyjęcia pisma, doręczenie uznane jest za dokonane (art. 139 § 2 k.p.c.). Ponadto jeżeli stronie podlegającej wpisaniu do rejestru sądowego nie można doręczyć pisma w sposób wskazany w Kodeksie postępowania cywilnego ze względu na nieujawnienie w tym rejestrze zmiany adresu, pismo to pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że nowy adres jest sądowi znany (art. 139 § 3 k.p.c.). Korespondencję dla osób reprezentujących podmiot wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego, likwidatorów, prokurentów, członków organów lub osób uprawnionych do powołania zarządu, w razie niemożności doręczenia zgodnie z ogólnymi regułami wskazanymi w Kodeksie postępowania cywilnego z uwagi na niezgłoszenie oświadczenia o zmianie adresu do doręczeń, pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że inny adres do doręczeń lub miejsce zamieszkania i adres są sądowi znane (art. 139 § 3¹ k.p.c.). Innym przepisem przewidującym skutek doręczenia jest np. art. 143 k.p.c. – doręczenie możliwe jest do rąk kuratora ustanowionego na wniosek osoby zainteresowanej (powoda) do chwili zgłoszenia się strony albo jej przedstawiciela lub pełnomocnika.

Powód w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia mu zawiadomienia przez przewodniczącego o nieodebraniu przez powoda pisma w trybie art. 139 § 1 k.p.c. zobowiązany jest do złożenia do akt postępowania potwierdzenia doręczenia pisma przez komornika sądowego. Może również zwrócić pismo i wskazać aktualny adres pozwanego lub dowód, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie pod

8 Dz.U. 2019, poz. 1469.

rygorem zawieszenia przez sąd postępowania z urzędu (art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c.), a jeżeli wniosek o podjęcie postępowania nie zostanie zgłoszony w ciągu trzech miesięcy od daty postanowienia o zawieszeniu postępowania – sąd umorzy postępowanie (art. 182 § 1 pkt 1 k.p.c.).

3. Doręczenie za pośrednictwem komornika sądowego

Komornik dokonuje doręczenia w trybie art. 139⁹ k.p.c. w terminie 14 dni od otrzymania zlecenia. Regulacja ta nacechowana jest niekonsekwencją, bowiem zgodnie z art. 22 Ustawy o kosztach komorniczych⁹ opłata, o której mowa w art. 41 u.k.k. powinna być uiszczona wraz z wnioskiem. Jeżeli jednak wnioskodawca nie uiścił opłaty, komornik wzywa do jej uiszczenia w terminie 7 dni od doręczenia wezwania, pouczając jednocześnie, że nie podejmie czynności na skutek wniosku, od którego nie uiszczono należnej opłaty. Zatem jeżeli zlecający doręczenie nie uiścił opłaty jednocześnie z wnioskiem, komornik rejestruje sprawę w repertorium i wzywa wnioskodawcę do uiszczenia opłaty w terminie 7 dni. Wnioskodawca może odebrać korespondencję od komornika nawet w ostatnim dniu terminu (tj. po 14 dniach od pierwszego awizo), a następnie – w terminie 7 dni uiścić opłatę. Do realnego uiszczenia opłaty może minąć ponad 20 dni od wysłania wezwania przez komornika. Jest to założenie optymistyczne, bowiem przyjęto, że rejestracja sprawy nastąpiła w dniu jej wpływu do kancelarii i tego samego dnia zostało wysłane wezwanie. Należy liczyć się z możliwością wpływu wniosku przed zamknięciem kancelarii, co uniemożliwi zarówno podjęcie czynności kancelaryjnych w danym dniu, jak i wysyłkę korespondencji. Ponadto w kontekście czasu podjęcia wskazanych czynności istotne są również czynniki niezależne od komornika – nagły wzrost wpływu wniosku do kancelarii, ewentualne urlopy pracowników kancelarii, przebywanie na zwolnieniach lekarskich. Termin, który został komornikowi zakreślony w art. 3a ust. 1 ustawy o komornikach sądowych¹⁰,

stoi w sprzeczności z art. 22 ust. 3 u.k.k. Z jednej strony art. 3a ust. 1 u.k.s. nakłada na komornika obowiązek dokonania doręczenia w terminie 14 dni od otrzymania zlecenia, a z drugiej art. 22 ust. 3 u.k.k. zobowiązuje organ egzekucyjny do niepodjęcia czynności bez opłaty. Niejednolite uregulowanie wskazanej powyżej kwestii stanowić może w efekcie punkt sporny pomiędzy komornikiem sądowym a wnioskodawcą, bowiem treść przepisu 3a ust. 1 u.k.s. jasno stanowi, iż komornik powinien dokonać doręczenia w terminie 14 dni od otrzymania zlecenia – a zatem – niekiedy nawet pomimo braku opłaty. *De lege ferenda* art. 3a ust. 1 u.k.s. powinien uzyskać następującą treść: „Doręczenia, o którym mowa w art. 3 ust. 4 pkt 1, komornik dokonuje w terminie 14 dni od dnia uiszczenia opłaty, o której mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2018 r. o kosztach komorniczych”.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 u.k.k. komornik za doręczenie w trybie art. 3 ust. 4 pkt 1 u.k.s. pobiera opłatę stałą w wysokości 60 zł. Opłatę pobiera się za doręczenie na jeden adres oznaczonego pisma w sprawie, niezależnie od liczby adresatów tego pisma tam zamieszkałych i liczby podjętych prób doręczenia. Od wniosku o podjęcie czynności zmierzających do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania adresata pobiera się opłatę stałą w wysokości 40 zł (art. 41 ust. 2 u.k.k.). Ponadto, zgodnie z art. 15 ust. 2a u.k.k., komornikowi przysługuje zwrot zryczałtowanych kosztów dojazdu w granicach miejscowości będącej siedzibą kancelarii komornika w wysokości 20 zł, jeżeli odległość między siedzibą kancelarii a miejscem czynności przekracza 10 km. Zatem jeżeli komornik w wyniku czynności zmierzających do ustalenia adresu zamieszkania ustali inny adres niż ten, na który wcześniej podjął próbę doręczenia, wezwie wnioskodawcę o uiszczenie kolejnej opłaty w wysokości 60 zł oraz ewentualnych kosztów dojazdu.

Komornik ustala, czy adresat zamieszkuje pod wskazanym adresem, jeżeli go nie zostanie przy próbie doręczenia. Komornik może żądać informacji dotyczących danych adresowych od podmiotów wskazanych w art. 761 § 1¹ pkt 13 k.p.c., tj. innych instytucji i osób nieuczestniczących w postępowaniu. W doktrynie¹¹

9 Ustawa z dnia 28 lutego 2018 r. o kosztach komorniczych, Dz.U. 2018, poz. 770 (dalej: u.k.k.).

10 Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych, Dz.U. 2018, poz. 771 (dalej: u.k.s.).

11 J. Jankowski, *Uczestnicy sądowego postępowania egzekucyjnego*, Łódź 1992, s. 32.

ugruntowany jest podział podmiotów postępowania na strony i uczestników postępowania. Stroną w znaczeniu materialnym jest wierzyciel i dłużnik, a zatem podmioty określone w tytule wykonawczym (jako wyjątek od wskazanej zasady należy wskazać podmiot, na który przeszło uprawnienie – art. 804¹ k.p.c. i art. 804² k.p.c.). Uczestnikami postępowania są zarówno strony, jak i inne podmioty, które mogą zgłosić swoje uczestnictwo w toku postępowania (np. art. 930 § 1 k.p.c.).

na zrozumienie czynności doręczenia. W przypadku bezskutecznego upływu terminu do odbioru pisma pismo uważa się za doręczone w ostatnim dniu tego terminu, a komornik zwraca pismo podmiotowi zlecającemu doręczenie, informując go o dokonanych ustaleniach oraz o dacie doręczenia. Z kolei jeżeli próba doręczenia okaże się bezskuteczna, a zgodnie z ustaleniami komornika adresat nie zamieszkuje pod wskazanym adresem, komornik zwraca pismo

„Dorosły domownik” nie musi być pełnoletni, ale o odpowiednim stopniu rozwoju intelektualnego dla zrozumienia czynności doręczenia.

Zatem do kategorii osób nieuczestniczących w postępowaniu – w aspekcie dokonania doręczenia przez komornika – można zaliczyć chociażby osoby mieszkające w sąsiedztwie osoby, do której adresowana jest korespondencja. Za nieuzasadnioną odmowę udzielenia informacji lub udzielenie informacji świadomie fałszywych organ egzekucyjny może nałożyć grzywnę do 2 tysięcy złotych (art. 762 k.p.c.).

Zgodnie z art. 3a ust. 3 u.k.s., jeżeli próba doręczenia okaże się bezskuteczna, a wedle ustaleń komornika adresat zamieszkuje pod podanym adresem, w oddawczej skrzynce pocztowej adresata umieszcza się zawiadomienie o podjętej próbie doręczenia wraz z informacją o możliwości odbioru pisma w kancelarii komornika oraz pouczeniem, że należy je odebrać w terminie 14 dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. Jeżeli pod wskazanym adresem zastano dorosłego domownika adresata, o możliwości odbioru pisma poucza się dodatkowo tego domownika. W doktrynie¹² ugruntowany jest pogląd, iż „dorosły domownik” nie musi być pełnoletni w rozumieniu Kodeksu cywilnego, jednak powinien posiadać odpowiedni stopień rozwoju intelektualnego, który pozwala mu

podmiotowi zlecającemu doręczenie, informując go o dokonanych ustaleniach. Podobnie gdy komornikowi mimo podjęcia wymaganych czynności nie udało się ustalić, czy adresat zamieszkuje pod wskazanym adresem. Treść ustaleń stwierdzana jest przez komornika protokołem, którego kserokopia jest następnie przesyłana zlecającemu doręczenie.

W przypadku zwrotu pisma przez komornika podmiot zlecający może wystąpić do tego komornika z wnioskiem o podjęcie czynności zmierzających do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania adresata. Komornik może wówczas żądać niezbędnych informacji od podmiotów wymienionych w art. 761 § 1¹ pkt 3–6 k.p.c., czyli od: organów podatkowych, organów rentowych, banków oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Ograniczenie katalogu podmiotów wydaje się nie mieć uzasadnienia¹³, bowiem inne podmioty wskazane w tym przepisie mogłyby posiadać informację o danych kontaktowych adresata – chociażby wspólnoty mieszkaniowe, które zostały wykluczone z grona podmiotów, od których komornik może żądać informacji.

12 K. Weitz, Czy „dorosły” domownik w rozumieniu art. 138 § 1 k.p.c. musi być osobą pełnoletnią?, *„Polski Proces Cywilny”* 2010, nr 1, s. 111–117.

13 M. Świtkowski, *Nowe zasady doręczania pism procesowych po reformie postępowania cywilnego z lipca 2019 r.*, LEX/el. 2019.

4. Problemy nowej regulacji

4.1. Podmioty uprawnione do doręczenia w trybie art. 139¹ k.p.c.

Doręczenie w trybie art. 139¹ k.p.c. może być dokonane przez komornika osobiście albo przez asesora, który pełni funkcję zastępcy (art. 43 ust. 1 i 3 u.k.s.). Z uwagi na zmniejszające się zainteresowanie¹⁴ wykonywaniem zawodu komornika sądowego, wprowadzony został art. 153 ust. 1a–1b u.k.s. Komornik może upoważnić pracownika do samodzielnego dokonywania doręczeń, przy czym nie może wiązać się ze stosowaniem środków przymusu. Wskazana regulacja ma na pewno ułatwić dokonywanie przez komorników czynności, a także zagwarantować szybkość doręczenia, co przyczyni się do sprawności postępowania rozpoznawczego, jednak z uwagi na brak konkretnych wymogów dotyczących pracownika, którego organ egzekucyjny może upoważnić, naraża się na krytykę.

Ustawodawca, wskazując przymioty pracownika, którego upoważnić będzie mógł komornik w celu dokonania czynności, o których mowa w art. 3 ust. 4 pkt 1 u.k.s., nie postawił wysoko poprzeczki. Upoważniony pracownik:

- a) nie może być skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe,
- b) powinien posiadać staż pracy co najmniej 6 miesięcy (umowa o pracę).

Konkludując, pracownik zatrudniony w kancelarii komorniczej przez pół roku, nie będąc skazanym za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, ma prawo do legitymowania osób celem ustalenia ich tożsamości. Przepis nie odnosi się do wymiaru czasu pracy, stąd, na jakim powinien być zatrudniony pracownik, ani jego wykształcenia. Oznacza to, że zatrudniony w kancelarii mężczyzna do prac technicznych (tzw. „złota rączka”) czy sprzątaczką, jeżeli spełnią ustawowy wymóg stażu pracy i niekaralności, będą mogli dokonać czynności w ramach upoważnienia komornika – zgodnie z przepisami ustawy – legitymować podmioty. Nadto te osoby będą sporządzały protokół z dokonanej czynności.

Nie należy wykluczać – w szczególności w większych miastach – stworzenia komorniczej służby doręczeniowej. W doktrynie¹⁵ wskazuje się, że pisma pochodzące od organu egzekucyjnego mogą być doręczane przez pracownika specjalnie zatrudnionego w tym celu lub pracownika, któremu powierzono takie obowiązki. Grupa komorników sądowych mogłaby zatrudnić jedną osobę w celu dokonywania doręczeń – przy czym każdy z nich zatrudniłby go na część etatu (np. 1/10 etatu). W związku z tym ten pracownik pełniłby funkcję prywatnego doręczyciela (*quasi-listonosza*).

Założenie ustawodawcy jest słuszne, bowiem upoważnienie pracownika kancelarii do doręczania korespondencji pozwoli przyspieszyć czas doręczenia – w szczególności w sytuacji, kiedy do kancelarii będzie wpływała duża liczba wniosków o doręczenie w trybie art. 139¹ k.p.c. Niemniej jednak nie sprecyzowano w sposób dostateczny wymogów, jakie należy stawiać pracownikowi, który może uzyskać od komornika upoważnienie do dokonania tej czynności. Zasadne wydaje się wprowadzenie obok okresu zatrudnienia również jego wymiaru, zakresu czynności, do jakich powinien być zatrudniony dany pracownik, a także jego wykształcenia. Istotnym aspektem jest zakres obowiązków wykonywanych przez pracownika, bo o ile pracownik może być znakomitym informatykiem i rozwiązywać problemy techniczne sprzętów biurowych, niekoniecznie będzie miał znajomość chociażby podstawowych przepisów postępowania cywilnego, ustawy o komornikach sądowych czy ustawy o kosztach komorniczych. Istotne jest, by dany pracownik wykonywał obowiązki z zakresu administracji czy prawa (np. rejestrowanie wpływających do kancelarii spraw, przygotowywanie projektów pism). Winno się również wprowadzić ograniczenie, iż upoważniony może zostać pracownik posiadający wykształcenie wyższe.

4.2. Trudności w ustaleniu aktualnego adresu adresata

Na problem zwrócił uwagę Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych¹⁶ w opi-

14 Czego dowodem jest zmniejszająca się liczba osób, które przystępują do egzaminu konkursowego na aplikację komorniczą, jak również liczba osób, która uzyskuje pozytywny wynik z ww. egzaminu (w roku 2018 – 83 osoby, w 2019 – 43 osoby).

15 G. Julke, *Doręczenia w sądowym postępowaniu egzekucyjnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2004, nr 5–6, s. 35.

16 Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych

nii z dnia 7 stycznia 2019 r. Wskazał on, że „przepis przyjmuje rozwiązanie problemu przy założeniu, że komornik ustali adres pozwanego i dokona doręczenia. Pozostawienie powodowi inicjatywy w poszukiwaniu pozwanego przedłuży postępowanie, tym bardziej że może wskazać kolejny adres pozwanego”.

Komornik zobowiązany został do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania adresata. Komornik winien zatem ustalić adres, pod którym adresat przebywa. Z uwagi na dużą migrację społeczeństwa ustalenie miejsca pobytu, gdzie można byłoby dokonać doręczenia korespondencji, bywa częstokroć trudne, a niekiedy – niewykonalne. Z całą pewnością wiąże się to z wydłużeniem postępowania.

Komornik nie ma również możliwości ustalenia, czy dana osoba przebywa pod ustalonym adresem – z różnych przyczyn, w szczególności: krótkotrwały pobyt w innym miejscu (np. w szpitalu), udzielenie informacji przez domofon, iż wskazana przez komornika osoba pod danym adresem nie mieszka (co może być nieprawdą). Niekiedy (np. na osiedlach zamkniętych),

4.3. Doręczenie a informacje z postępowania egzekucyjnego i zabezpieczającego prowadzonego przez komornika sądowego

Wątpliwości może budzić to, czy komornik może czerpać dane dotyczące miejsca zamieszkania adresata z innych prowadzonych przez siebie postępowań. W uzasadnieniu¹⁷ nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego projektodawcy podkreślają, że „zbyt często sądy prowadzą procesy w istocie fikcyjne, oparte na bezpodstawnym uznawaniu za doręczone pism, które w rzeczywistości nigdy nawet nie miały szans dotrzeć do pozwanych. Sytuacja taka jest nie do przyjęcia. Powaga państwa wymaga, by procesy były prowadzone rzetelnie – a nie z dopuszczoną z góry możliwością, że adres pozwanego jest fałszywy”. Komornik sądowy powinien zatem dążyć w miarę możliwości do ustalenia prawidłowego adresu pobytu adresata pisma. Jest możliwe, że w danej kancelarii toczą się postępowania egzekucyjne czy zabezpieczające przeciwko adresatowi i w toku tych postępowań komornik ustalił lub dłużnik samodzielnie wskazał swój adres pobytu.



Nie należy wykluczać – w szczególności w większych miastach – stworzenia komorniczej służby doręczeniowej.

komornik nie będzie miał możliwości nawet zostawienia zawiadomienia w oddawczej skrzynce pocztowej o podjętej próbie doręczenia wraz z informacją o możliwości odbioru pisma w kancelarii komornika oraz pouczeniem, że należy je odebrać w terminie 14 dni od dnia umieszczenia zawiadomienia, ponieważ nie będzie miał możliwości wejścia do budynku. Jednak nawet zostawienie zawiadomienia nie może być uznane za gwarancję, że dana osoba pod wskazanym adresem przebywa. Nadto zawiadomienie to jest powtórzeniem awizo dokonywanego przez listonosza.

Oczywiście warunkiem koniecznym czerpania danych przez komornika z innych prowadzonych w kancelarii postępowań jest jednolitość i niepodważalność danych identyfikujących podmiot, np. posiadanie numeru PESEL. Skoro komornik może wykorzystywać dane uzyskane w jednym z postępowań egzekucyjnych – w innym postępowaniu egzekucyjnym, to nie znajduje racjonalnego wytłumaczenia ewentualna niemożność skorzystania z tychże informacji na potrzeby doręczenia pisma. Celem wprowadzenia nowej instytucji jest zapobieżenie fikcji doręczenia w szczególności pierw-

ustaw z dnia 14 grudnia 2018 r. do druku nr 3137, s. 11, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=779D442720DC9D95C125838B0034E398>, 8.02.2020.

17 Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3137, s. 154.

sze go pisma procesowego, co wiąże się z koniecznością obrony przez pozwanego jego praw. Korespondencja powinna zostać skierowana na adres prawidłowy, w którym adresat faktycznie przebywa i ma możliwość zapoznania się z pismem. Wiedza zasięgnięta przez komornika z innych postępowań może mieć duże znaczenie dla skuteczności doręczeń. Nieuzasadnione byłyby próby doręczenia pism przez komornika na adres uzyskany w trybie art. 761 k.p.c. lub od zlecającego doręczenie, jeżeli komornik w toku innych postępowań powziął wiedzę o aktualnym adresie dłużnika. Dłużnik w toku postępowań egzekucyjnych może oświadczyć o zmianie swojego adresu pobytu. W przypadku bezskuteczności doręczenia pisma pod

sem aktualnym. Do pozwu zazwyczaj wskazywany jest adres pozwanego, który ma odzwierciedlenie w zawartych umowach. Optymalnym rozwiązaniem byłoby podanie przez powoda do akt postępowania sądowego pierwszego adresu do doręczeń oraz innych znanych mu adresów pozwanego, pod którymi możliwe jest podejmowanie przez niego korespondencji, a następnie ewentualne uzupełnianie informacji o adres pozwanego, który ustalił po złożeniu pozwu. Następnie powód winien skierować do komornika wnioski o doręczenie korespondencji pozwanemu, wskazując przy tym adresy znajdujące się w aktach postępowania sądowego, z zaznaczeniem, w jakiej kolejności komornik winien dokonać doręczeń. Nie-



Pozostawienie powodowi inicjatywy w poszukiwaniu pozwanego przedłuży postępowanie.

adres wskazywany w oświadczeniu przez podmiot – dłużnika w postępowaniu egzekucyjnym – komornik powinien przesłać kserokopię tego oświadczenia wnioskodawcy.

4.4. Wskazanie innego adresu pozwanego albo dowodu, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie

Możliwość wskazywania kolejnego adresu pozwanego budzi poważne wątpliwości, bowiem może spowodować paraliż postępowania rozpoznawczego. Podanie aktualnego adresu pozwanego wiąże się – w przypadku bezskuteczności doręczenia w trybie art. 139 § 1 k.p.c. – z powtórzeniem całej procedury określonej w art. 139¹ k.p.c. Przewodniczący zawiadomi powoda o nieskutecznym doręczeniu pozwu do pozwanego, a powód w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia tego zawiadomienia będzie zobowiązany złożyć do akt potwierdzenie doręczenia pisma przez komornika albo znów będzie mógł zwrócić pismo i wskazać aktualny adres pozwanego lub dowód, że pozwany przebywa pod wcześniej wskazanym adresem. Powód może posiadać kilka adresów pozwanego, jednak może nie wiedzieć, który z nich jest adre-

które adresy (np. ostatnie miejsce zamieszkania) mogą być bardziej prawdopodobne w aspekcie skutecznego doręczenia pisma. To rozwiązanie pozwoliłoby jednocześnie na zmniejszenie opłat, bowiem komornik pobiera opłatę w wysokości 60 zł za próbę doręczenia pod jeden adres. Zatem jeśli wnioskodawca wskazałby pięć adresów, podając jednocześnie, pod którymi w pierwszej kolejności komornik powinien podjąć czynności, a skuteczne doręczenie nastąpiłoby pod drugim ze wskazanych adresów, to wysokość byłaby dwukrotna, a nie pięciokrotna.

Duże wątpliwości budzi rozwiązanie wskazywania przez powoda, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie. Ten stan faktyczny jest trudny do udowodnienia, bowiem chociażby posiadany przez powoda adres zameldowania (np. uzyskany z bazy PESEL) nie musi być jednoznaczny z aktualnym miejscem pobytu. Za dowód niewystarczający należy uznać zdjęcie przedstawiające pozwanego wchodzącego do danego budynku, bowiem sąd na podstawie zdjęcia nie ustali, iż przedstawia ono powoda. Stosowne wydaje się przedstawienie jako dowodu potwierdzenia odbioru innych przesyłek kierowanych do pozwanego – zarówno pocztowych, jak i poprzez firmy kurierskie.

Gromadzenie zeznań świadków (np. sąsiadów) w celu udowodnienia, że powód zamieszkuje pod wskazanym adresem, na tak wczesnym etapie postępowania – tj. po złożeniu pozwu – nie wydaje się uzasadnione, ponieważ powoduje wydłużenie postępowania, jak również generuje koszty i obciąża sądy. Projektodawcy nie wskazali, nawet przykładowo, form udowodnienia, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie. Nie należy wykluczać, że w niektórych przypadkach, w celu uzyskania aktualnego adresu zamieszkania pozwanego powód zwróci się do agencji detektywistycznej.

5. Wnioski

Nowa regulacja dotycząca doręczeń ma niewątpliwie słuszny cel, którym jest zerwanie z fikcją doręczenia i umożliwienie pozwanemu skorzystania z ochrony przewidzianej przez przepisy prawa. Wprowadzone

obowiązki w ramach swojej dziedziny, ale nie mają podstawowej wiedzy na temat postępowania cywilnego. Należałoby doprecyzować również etat zatrudnienia danego pracownika, bowiem co do zasady wiedza osoby pracującej 40 godzin tygodniowo będzie znacznie większa niż osoby, która bywa w pracy 2 godziny w tygodniu. Zatem niezbędne jest postawienie surowszych wymogów co do podmiotów, które mogą zostać upoważnione przez komornika do dokonywania doręczeń z uwagi na okoliczność, że ustawa pozwala im na legitymowanie podmiotów, jak również sporządzanie protokołu z czynności.

Po drugie upoważnienie osób będących pracownikami technicznymi przez komornika do dokonywania doręczeń nie może być traktowane jako obejście prawa. Komornik sądowy jako funkcjonariusz publiczny działa w granicach i na podstawie prawa (zasada legalizmu). Artykuł 153 u.k.s. zezwala komornikowi



Duże wątpliwości budzi rozwiązanie wskazywania przez powoda, że pozwany przebywa pod adresem wyszczególnionym w pozwie.

od 7 listopada 2019 r. przepisy – zarówno do Kodeksu postępowania cywilnego, jak i ustawy o komornikach sądowych – obarczone są poważnymi mankamentami, powodującymi poważne praktyczne problemy.

Po pierwsze regulacja zezwala na dokonywanie doręczeń przez pracowników kancelarii komorniczej upoważnionych przez komornika sądowego, jeżeli nie mieli konfliktu z prawem i są zatrudnieni w kancelarii co najmniej pół roku. Ustawodawcy nie interesuje ani wymiar czasu pracy, ani wykształcenie pracownika, ani wykonywane przez niego obowiązki. Ustawa zezwala zatem na doręczanie korespondencji pozwanemu i legitymowanie celem sprawdzenia tożsamości nawet osobom, które nie mają nawet podstawowej wiedzy prawniczej (w szczególności pracownikom technicznym, którzy zajmują się sprzątaniami, naprawą komputerów czy innych urządzeń w biurze). Podmioty te mogą wykonywać w sposób rzetelny powierzone im

na upoważnienie pracownika, który ma odpowiedni staż zatrudnienia oraz nie został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. W ten sposób komornik nie wykracza poza ramy określone przez ustawę i podejmuje czynności w jej granicach.

Po trzecie komornik sądowy może nie dysponować wystarczającymi środkami, aby ustalić aktualny adres pozwanego. Oczywiście może podjąć czynności terenowe, ale te mogą okazać się bezskuteczne. Ustalenia na podstawie art. 761 k.p.c. mogą nie przynieść oczekiwanego rezultatu. Ponadto niektórzy pozwani mogą mieszkać na osiedlach zamkniętych, co uniemożliwi komornikowi zostawienie zawiadomienia w oddawczej skrzynce. O ile listonosz zostanie przez mieszkańców wpuszczony do budynku, o tyle komornik – niekoniecznie. Nadto trudno wyobrazić sobie funkcjonariusza publicznego, który miałby czekać

na ewentualne otwarcie drzwi do budynku mieszkalnego przez mieszkańca budynku w celu wejścia do budynku. Niewątpliwie naruszałoby to godność zawodu komornika.

Następnie wskazanie nowego adresu zamieszkania pozwanego przez powoda będzie powodowało wydłużenie postępowania rozpoznawczego. Nieskuteczność doręczenia na nowy adres pozwanego skutkować będzie koniecznością powtórzenia procedury. Brak jest również regulacji, ile razy powód będzie mógł wskazywać nowy adres pozwanego. W uzasadnieniu projektu ustawy¹⁸ doręczenia znalazły się w rozdziale „ogólne usprawnienia postępowania”. Rozwiązanie to nie wydaje się usprawnieniem postępowania, bowiem powoduje, że proces doręczenia może się nie zakończyć, bowiem nie wskazano, ile adresów pozwanego powód może wskazać, jak również nie określono, kiedy powinien wystąpić do sądu z wnioskiem o ustanowienie kuratora dla osoby nieznanej z miejsca pobytu. Ponadto brak jest regulacji, która wskazywałaby, co powinni zrobić sąd i powód, gdy pozwany zamieszkuje poza granicami¹⁹ kraju, czyli brak możliwości skorzystania z pomocy komornika sądowego.

Stosownym rozwiązaniem wydaje się wprowadzenie bazy danych adresów do korespondencji, do której każdy pełnoletni obywatel obowiązany byłby podać swój aktualny adres do doręczeń (rozwiązanie na kształt obowiązku posiadania dowodu osobistego). Doręczenie na adres wskazany w bazie do doręczeń po dwukrotnym awizowaniu przesyłki byłoby doręczeniem skutecznym. Wyliminuje to problem przedłużania postępowania rozpoznawczego, jak również pozwoli na zerwanie z fikcją doręczeń.

- 18 Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3137.
- 19 M. Klonowski, *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2018, nr 2, s. 180–205.

Bibliografia

- Domagalski M., *Sądową przesyłkę trzeba awizować dwa razy*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2014, nr 2.
- Jankowski J., *Uczestnicy sądowego postępowania egzekucyjnego*, Łódź 1992.
- Julke G., *Doręczenia w sądowym postępowaniu egzekucyjnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2004, nr 5–6.
- Klonowski M., *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Polski Proces Cywilny” 2018, nr 2.
- Uliasz M., Woźniak Z., *Doręczenia per aviso. Niezasłużona krytyka*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2012, nr 11.
- Sewerynik J., *Pisz do mnie na Berdyczów, czyli o doręczeniu per aviso*, „Rzeczpospolita. Prawo Co Dnia” 2012, nr 10.
- Świeczkowski J., *Doręczenie zastępcze w postępowaniu cywilnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 36.
- Świtkowski M., *Nowe zasady doręczania pism procesowych po reformie postępowania cywilnego z lipca 2019 r.*, LEX/el. 2019.
- Weitz K., *Czy „dorosły” domownik w rozumieniu art. 138 § 1 k.p.c. musi być osobą pełnoletnią?*, „Polski Proces Cywilny” 2010, nr 1.

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r., III CZP 105/10, LEX nr 694257.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009 r., II UZ 20/09, LEX nr 468589.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2002 r., SK 6/02.

Inne

- Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 grudnia 2018 r. do druku nr 3137, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=779D442720DC9D95C125838B0034E398>.
- Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3137.

Sedacja paliatywna i kontrowersje związane z jej stosowaniem



Katarzyna Doroszevska

Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, laureatka VI edycji konkursu „Diamantowy Grant”.

✉ katarzyna.doroszevska@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-3214-2535>

Palliative Sedation and Controversy Over Its Use

Sedation in palliative medicine is used to limit a patient's consciousness, to ease his suffering. This paper discusses basic problems of criminal law related to the procedure of sedation, such as measuring the level of suffering, and methods of treating patients, both in hospital and in-home care. The paper presents similarities and differences between sedation and euthanasia, particularly in countries where both procedures are legal. It also considers possible legal consequences of the limitation of the patient's consciousness, which affects the patient's ability both to make everyday decisions and to take part in family life, as some theories consider that active participation in social life is important to fulfil one's needs.

Słowa kluczowe: sedacja, medycyna paliatywna, prawo karne, pozbawienie świadomości

Key words: sedation, palliative medicine, criminal law, depriving consciousness

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.239>

1. Wprowadzenie

Medycyna paliatywna, w odróżnieniu od pozostałych gałęzi medycyny, zajmuje się przypadkami, w których niemożliwa jest poprawa stanu zdrowia pacjenta ani całkowite jego wyleczenie. Opiece paliatywnej poddawani są nieuleczalnie chorzy lub oporni na leczenie. Stosuje się ją zazwyczaj w przypadkach przewlekłych, postępujących, ograniczających życie chorób¹. Zada-

niem lekarzy w takiej sytuacji jest nie tyle przywracanie pacjenta do zdrowia, co minimalizowanie wyniszczających skutków choroby, umniejszanie cierpienia, zazwyczaj aż do śmierci pacjenta². Zaprze-

cyna paliatywna, „Nowiny Lekarskie” 2011, t. 80, nr 1, s. 3.

2 T. Dangel i in., *Kryteria stosowania intensywnej terapii oraz opieki paliatywnej u dzieci w wybranych jednostkach chorobowych*, „Standardy Medyczne/Pediatrica” 2011, t. 8, nr specjalny 1, s. 104.

1 J. Łuczak, A. Kotlińska-Lemieszek, *Opieka paliatywna/hospicyjna/medy-*

staje się wówczas stosowania terapii przyczynowej, która może wywoływać szkody dla chorego. Zmniejszenie cierpienia próbuje się osiągnąć przy pomocy różnych środków, przede wszystkim poprzez podawanie leków przeciwbólowych. Zastosowana może być również sedacja, czyli celowe wprowadzenie pacjenta w stan nieświadomości. Z tym zagadnieniem wiąże się kilka problemów, nie tylko natury medycznej, lecz także

bywa w szpitalu pod opieką zespołu medycznego, jak i w opiece domowej.

W stanach terminalnych zazwyczaj stosowana jest głęboka sedacja, najczęściej trwająca aż do śmierci pacjenta, następującej zwykle po krótkim czasie⁶. W przypadku tej formy sedacji już sama nazwa wywołuje kontrowersje⁷. Wśród terminów można wyróżnić sedację terminalną, paliatywną lub też głęboką sedację



Sedacja to doprowadzenie do stanu ograniczenia świadomości pacjenta.

prawnej i etycznej. W niniejszym opracowaniu zostanie podjęta próba przybliżenia procedury sedacji oraz jej oceny z etycznego i prawnego punktu widzenia.

2. Pojęcie sedacji paliatywnej

Przede wszystkim należy uściślić, czym jest sedacja i jak stosuje się ją w medycynie paliatywnej. Sedacja w ogólnym sensie jest to doprowadzenie do stanu ograniczenia świadomości pacjenta, co jest wykorzystywane podczas różnych zabiegów³. Ze względu na stopień ograniczenia świadomości zazwyczaj wyróżnia się sedację lekką, średnią i głęboką, choć istnieją również skale pięciostopniowe⁴. Innym kryterium podziału sedacji jest okres jej stosowania⁵.

Pewnym wykorzystaniem tej procedury jest sedacja w medycynie paliatywnej, służąca wyłącznie ograniczeniu cierpienia pacjenta, często w związku ze stanami terminalnymi. W takich przypadkach stosuje się różne rodzaje sedacji, w tym lekką, średnią i głęboką. Sedację stosuje się zarówno, gdy pacjent prze-

aż do śmierci⁸. Różnice w nomenklaturze nie są bez znaczenia, bowiem zmieniają odbiór całej procedury.

Początkowo nie wprowadzano osobnego określenia dla tej procedury, natomiast stopniowo pojawiały się koncepcje zmiany nazewnictwa, by zaznaczyć różnice znaczeniowe pomiędzy procedurami. Wprowadzenie terminu „sedacja terminalna” było związane ze stosowaniem tego rodzaju terapii w stanach terminalnych⁹. Jednakże takie sformułowanie wywołało wrażenie, że celem procedury nie jest ulżenie pacjentowi, ale doprowadzenie do jego śmierci¹⁰. Nie było to jednak zgodne z prawdą – zdarzały się przypadki, w których zastosowanie tej procedury znacząco poprawiło stan zdrowia pacjenta¹¹. Głównie ze względu na nieporozumienie i łączenie procedury sedacji z eutanazją obecnie

6 Tamże.

7 E. Papavasiliou i in., *From Sedation to Continuous Sedation Until Death. How Has the Conceptual Basis of Sedation in End-of-Life Care Changed Over Time?*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2013, t. 46, nr 5, s. 692. (Wszystkie teksty anglojęzyczne – tłum. własne).

8 E. Papavasiliou i in., *From Sedation to Continuous Sedation Until Death...*, dz. cyt., s. 695.

9 Tamże, s. 693.

10 W. Clay Jackson, *Palliative Sedation vs. Terminal Sedation. What's in a Name?*, „American Journal of Hospice & Palliative Care” 2002, t. 19, nr 2, s. 81.

11 M. Koh Yong Hwang, A.L. Onn Kei, W. Huei Yaw, „Palliative” and Not „Terminal” Sedation, „Journal of Pain and Symptom Management” 2009, t. 37, nr 4, s. e6–e7.

3 D. Skaba, *Sedacja i krótkotrwałe dożylnie znieczulenie ogólne*, <https://www.mp.pl/pacjent/ortopedia/badania-zabiegi/165458,sedacja-i-kratkotrwa-le-dozylnie-znieczulenie-ogolne>, 26.02.2019.

4 L. Graf, M. Sleziona, *Dylematy związane z sedacją paliatywną stosowaną u chorych u schyłku życia*, „Pielęgniarstwo w Opiece Długoterminowej” 2016, nr 2, s. 47.

5 A. Stachowiak, E. Mrówczyńska, *Sedacja w opiece paliatywnej – nadzieje i zagrożenia*, „Medycyna Paliatywna” 2011, nr 1, s. 3.

ten termin jest rzadko używany, a jako przymiotnika określającego rodzaj sedacji używa się sformułowania „sedacja totalna” lub „sedacja paliatywna”, zwracając uwagę na pierwotny cel terapii, jakim jest ulżenie pacjentowi w jego cierpieniach¹². Jak wynika z analizy prac anglojęzycznych, najczęściej używanymi terminami są „sedacja”, „sedacja terminalna” oraz „sedacja paliatywna”¹³.

Przegląd definicji procedury sedacji¹⁴ ukazuje, jak różnie badacze podchodzą do tego samego zjawiska, próbując uchwycić w słowach jego naturę. Niekiedy podkreśla się tylko podstawowe elementy stosowania sedacji, czasem opisuje się dokładnie procedurę, a niekiedy ujawnia się element mający służyć odróżnieniu jej od eutanazji czy wspomaganego samobójstwa¹⁵.

Jako że termin „sedacja” służy określeniu większej liczby zabiegów, w tym niesłużących medycynie paliatywnej, i zakres znaczeniowy tego określenia jest zbyt szeroki, używanie go mogłoby powodować problemy semantyczne. Z kolei „sedacja terminalna” wywołuje wrażenie związku tej procedury z przyspieszaniem końca życia, a taki związek nie został udowodniony w sposób wiarygodny. Używanie przymiotnika „terminalna” mogłoby zniweczyć obiektywność oceny zjawiska. Natomiast „sedacja paliatywna” obejmuje nie tylko sedację głęboką aż do śmierci, ale również inne odmiany tej procedury, w tym sedację w stopniu średnim i lekkim.

Ostatni termin wydaje się najwłaściwszy dla nazwania tej procedury, ponieważ nie zawsze istnieje potrzeba zastosowania głębokiej sedacji trwającej do śmierci. Wręcz przeciwnie, wskazuje się na potrzebę sedacji proporcjonalnej i adekwatnej, czyli takiej, która zmniejsza świadomość pacjenta jedynie w potrzebnym stopniu¹⁶. W celu uzyskania jasności wywodu w niniejszej pracy zostanie użyte określe-

nie „sedacja paliatywna”, które jest najpopularniejsze i budzi najmniej kontrowersji.

3. Okoliczności stosowania sedacji paliatywnej

Już na początku należy zarysować dwa sposoby stosowania sedacji paliatywnej. Pierwszym z nich jest włączenie sedacji w kompleks procedur medycyny paliatywnej w hospicjach czy szpitalach. Taki zabieg jest dokonywany przez zespół specjalistów, osób doświadczonych w dziedzinie medycyny. Taki interdyscyplinarny zespół (zazwyczaj są to lekarz, pielęgniarka, duchowny oraz wolontariusze) może sprawować kompleksową opiekę¹⁷.

Sposób opieki zależy od typu zastosowanej terapii. W przypadku sedacji głębokiej często zaprzestaje się odżywiania i nawadniania pacjenta, co budzi wiele kontrowersji. Z jednej strony jest to zaprzestanie działań warunkujących życie, co może doprowadzić do śmierci pacjenta. Z drugiej strony dalsze nawadnianie i odżywianie pacjenta mogłoby doprowadzić do powiększenia jego cierpienia¹⁸.

Problem polega również na tym, że trudno jest zbadać skutki zaprzestania odżywiania, ponieważ głęboką sedację paliatywną stosuje się w stanach terminalnych. W większości przypadków śmierć następuje krótko po wprowadzeniu w stan głębokiej sedacji paliatywnej (mniej więcej po jednym dniu), zatem nie do końca wiadomo, jak to wpływa na czas życia chorego¹⁹.

Istnieje też możliwość prowadzenia opieki paliatywnej w formie opieki domowej, łącznie z procedurą sedacji²⁰. Opiekę nad pacjentem sprawują wówczas domownicy oraz częściowo personel medyczny (lekarze, pielęgniarki, wyszkoleni wolontariusze). Opieku-

12 E. Papavasiliou i in., *From Sedation to Continuous Sedation Until Death...*, dz. cyt., s. 693.

13 Tamże, s. 695–696.

14 Tamże, s. 697–701.

15 Tamże, s. 702.

16 B.M. Grabowska, *Sedacja paliatywna w terapii bólu u pacjentów będących w końcowych stadiach nieuleczalnych chorób leczonych w stacjonarnych oddziałach opieki paliatywnej w Polsce – analiza własna na podstawie danych uzyskanych w 2010 r.*, „Medycyna Paliatywna” 2013, t. 5, nr 1, s. 21.

17 J. Łuczak, A. Kotlińska-Lemieszek, *Opieka paliatywna/hospicyjna/medycyna paliatywna*, dz. cyt., s. 3.

18 L. Graf, M. Ślezione, *Dylematy związane z sedacją paliatywną stosowaną u chorych u schyłku życia*, dz. cyt., s. 50.

19 J. Rietjens i in., *Terminal Sedation and Euthanasia. A Comparison of Clinical Practices*, „Journal of the American Medical Association” 2006, t. 166, s. 752.

20 Jak zwracano uwagę w piśmiennictwie, możliwości opieki domowej są ograniczone ze względu na wymóg stałego monitorowania stanu osoby poddanej sedacji; M. Orzoł, *Zasady opieki terminalnej nad pacjentami z chorobą nowotworową*, „Medycyna po Dyplomie” 2012, nr 7–8.

nowie chorego powinni być odpowiednio przeszkoleni, by poprawnie wykonywać podstawowe czynności (jak stosowanie zastrzyków). W zależności od potrzeb i indywidualnego stanu zdrowia chorego opiekunowie powinni być również poinformowani, jakie środki należy przedsięwziąć w przypadkach nagłego pogorszenia zdrowia. W skrajnych sytuacjach niece-

cie słów *unbearable suffering* i *refractive symptoms*, czyli cierpienie pacjenta ma być „nie do zniesienia”, a objawy niemożliwe do załagodzenia w inny sposób²³. Wskazuje się tu przede wszystkim na odczuwanie duszności, trudności w przełykaniu, ból²⁴. Zatem pierwszą czynnością w postępowaniu dotyczącym zastosowania sedacji paliatywnej jest ocena stanu



Najwięcej kontrowersji budzi procedura głębokiej sedacji w ostatnich dniach życia, gdyż bywa porównywana do eutanazji.

lowe jest wzywanie pomocy pogotowia ratunkowego, jeśli pacjent jest w stanie terminalnych i sanitariusze nie mogą nic zdziałać²¹. Trudno mówić tu jednak o zaniechaniu wykonania obowiązku opieki, skoro skutek następuje niezależnie od podjętych działań.

4. Warunki do zastosowania sedacji paliatywnej

Pierwszą kwestią problemową w procedurze sedacji paliatywnej jest określenie sytuacji, w jakiej może być ona zastosowana, przy czym chodzi tu przede wszystkim o stan chorego. Odnalezienie jednego sposobu postępowania jest niezwykle trudne ze względu na zróżnicowanie poszczególnych przypadków pod względem medycznym, ale również ze względu na otoczenie prawne. Regulacje różnią się w zależności od państwa, powszechnie jednak uznaje się, że z powodu zróżnicowania przyczyn cierpienia niewskazane jest tworzenie zamkniętych katalogów chorób warunkujących rozpoczęcie opieki paliatywnej²². Wskazaniem do zastosowania tej formy terapii powinno być raczej odczuwane przez pacjenta cierpienie, któremu nie można ulżyć w inny sposób. Znaczące jest tu uży-

pacjenta i jego cierpienia. Z oceną cierpienia wiąże się kolejne kwestie – nie tylko osoby mającej dokonać oceny, lecz również tego, co należy oceniać i jakie znaczenie nadawać dokonanej ocenie²⁵.

Według pewnych badaczy cierpienie należy oceniać obiektywnie ze względu na kryteria możliwe do zbadania, przykładowo występowanie duszności²⁶. W opracowaniach wskazuje się jednak, że ocena dokonywana przez personel często nie jest wystarczająca ze względu na braki w wyszkoleniu z rozpoznawania objawów cierpienia. Zaleca się konsultacje z rodziną, a przede wszystkim zachowanie szacunku wobec wartości innych osób i indywidualnych odczuć pacjenta²⁷.

Innym sposobem jest ocena subiektywna, dokonywana przez samego pacjenta²⁸. Wydawać by się mogło, że nikt nie jest w stanie lepiej ocenić cierpie-

21 K. de Walden-Gałusko, *Komentarz* (do:) A. Thoms, *Problemy etyczne i prawne w opiece terminalnej*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, t. 20, nr 1, s. 41.

22 J. Łuczak, A. Kotlińska-Lemieszek, *Opieka paliatywna/hospicyjna/medycyna paliatywna*, dz. cyt., s. 6.

23 C. Bozzaro, J. Schildmann, „Suffering” in *Palliative Sedation. Conceptual Analysis and Implications for Decision Making in Clinical Practice*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2018, t. 56, nr 2, s. 288.

24 B. Wach, *Terminalna sedacja – między eutanazją a opieką paliatywną*, „Analiza i Egzystencja” 2017, nr 37, s. 26.

25 C. Bozzaro, J. Schildmann, „Suffering” in *Palliative Sedation...*, dz. cyt., s. 488.

26 Tamże, s. 289.

27 T. Dangel i in., *Kryteria stosowania intensywnej terapii oraz opieki paliatywnej...*, dz. cyt., s. 104.

28 C. Bozzaro, J. Schildmann, „Suffering” in *Palliative Sedation...*, dz. cyt., s. 290.

nia niż sam cierpiący, jednak jest to wątpliwe przy tak subiektywnych odczuciach jak ból czy dyskomfort. Możliwe jest, że przy dokładnie takich samych objawach różni pacjenci oceniają swój ból jako znośny lub niemożliwy do zniesienia. Możliwe są również sytuacje, w których z różnych przyczyn sam cierpiący nie do końca uświadamia sobie swój stan, i wówczas to lekarz prowadzący może ocenić cierpienie pacjenta²⁹.

Kolejną kwestią jest to, jakie objawy powinny być decydujące przy ocenie cierpienia pacjenta. Innymi słowy, można zadać pytanie, czym jest cierpienie, a na dodatek jakiego rodzaju cierpienie kwalifikuje do zastosowania głębokiej sedacji paliatywnej. W pierwszej kolejności pojawia się problem związany z poprzednim zagadnieniem, mianowicie – czy decydujące powinno być odczucie fizyczne, czy psychiczne³⁰. Warto tu zwrócić uwagę na definicję medycyny paliatywnej formułowaną przez Światową Organizację Zdrowia. Zgodnie z tą definicją celem wspomnianej dziedziny medycyny jest łagodzenie cierpienia nie tylko fizycznego, ale i psychicznego oraz psychosocjalnego³¹. Z kolei American Medical Association odrzuca czynniki psychiczne jako podstawę do zastosowania sedacji, a European Association of Palliative Care podkreśla, że muszą istnieć inne podstawy poza psychicznymi³².

Ocena poziomu psychicznego dyskomfortu nastrocza wielu trudności – można łatwo wyobrazić sobie, że osoby nieuleczalnie chore są grupą narażoną na psychiczne cierpienie w stopniu większym niż osoby zdrowe, zatem poziom ich samopoczucia będzie zawsze niższy niż osób zdrowych.

Należy też pamiętać o tym, że w medycynie paliatywnej często stosuje się leki przeciwbólowe, które mogą wpływać na psychikę – zarówno w sensie pozytywnym, jak i negatywnym. Wystarczy wspomnieć o niejednoznacznym wpływie opioidów na psychikę człowieka. Często lekom przeciwbólowym mogą towarzyszyć leki przeciwłkowe/antydepresyjne. Dlatego ocena dokonywana przez pacjenta może być zaburzona

przez wpływ leków na jego świadomość, zwłaszcza gdy stosowane są leki mające uśmierzać lęk.

Wydaje się również oczywiste, że sedacja nie jest uniwersalną metodą zwalczania jakiegokolwiek cierpienia, lecz powinna być stosowana jedynie w pewnych przypadkach. Jak jednak ocenić, czy cierpienie osiągnęło „wymagany stopień”? Czy w ogóle możliwe jest ustalenie „minimalnego cierpienia”³³?

Warto wskazać na to, że wymienione wyżej elementy oceny pacjenta powinny być traktowane rozłącznie. Ocena dokonywana obiektywnie, przez lekarza bądź zespół medyczny, nie musi oznaczać oceny wyłącznie cierpienia fizycznego. Natomiast ocena subiektywna dokonana przez pacjenta hipotetycznie może skupiać się na jego stanie fizycznym, jeśli pacjent źle zrozumie prośbę personelu o ocenę swojego stanu lub nie chce zostać uznany za słabego psychicznie.

Wydaje się, że większe zalety ma ocena holistyczna, która bierze pod uwagę ogólny stan pacjenta, zarówno fizyczny, jak i psychiczny, nie unikając pytania o jego potrzeby duchowe³⁴. Mimo zasadniczych trudności w ocenie stanu psychicznego, zwłaszcza jako argumentu za zastosowaniem sedacji paliatywnej, uważam, że nie można ignorować cierpienia wewnętrznego. Taka ocena powinna zostać dokonana przez zespół specjalistów, którzy posiadają wiedzę na temat odczuć pacjenta i ich nie ignorują³⁵. Choć nie jest to nowe stwierdzenie, można powiedzieć, że optymalna ocena powinna brać pod uwagę wszystkie czynniki, zarówno oceniane obiektywnie, jak i subiektywnie.

O ile można wypracować procedurę oceny cierpienia pacjenta, stwierdzić kto i co powinien brać pod uwagę, o tyle nie wydaje się możliwe określenie „minimalnej granicy cierpienia”, przy której dałoby się zastosować sedację paliatywną³⁶. Tak samo nie sposób określić, czy przy pewnym stopniu cierpienia można zalecać pacjentowi taką formę terapii. Należy jednak stwierdzić, że lekarz powinien chorego informować o najistotniejszych formach postępowania. Zgodnie

29 Tamże, s. 291.

30 Tamże, s. 289.

31 <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>, 20.02.2019.

32 C. Bozzaro, J. Schildmann, „Suffering” in Palliative Sedation..., dz. cyt., s. 489.

33 Tamże.

34 J. Łuczak, A. Kotlińska-Lemieszek, *Opieka paliatywna/hospicyjna/medycyna paliatywna*, dz. cyt., s. 11–12.

35 Tamże, s. 4.

36 C. Bozzaro, J. Schildmann, „Suffering” in Palliative Sedation..., dz. cyt., s. 293.

z art. 32 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty sedacja paliatywna jest procedurą stosowaną po konsultacji z chorym lub jego przedstawicielem ustawowym (w przypadku gdy chory nie może wyrazić zgody na postępowanie) i za ich zgodą³⁷. Ostateczna decyzja należy do chorego, natomiast personel medyczny powinien dbać o to, by sedacja nie była traktowana jako zwykła forma terapii, lecz jedynie po wykorzystaniu innych możliwości³⁸.

5. Zastosowane środki sedatywne

Sedacja paliatywna jako procedura jest dokonywana poprzez podawanie odpowiednich substancji o działaniu sedatywnym. Najczęściej są to benzodiazepiny bądź opioidy³⁹, przy czym zaleca się stosowanie benzodiazepinów ze względu na niepewny efekt działania opioidów i możliwe skutki uboczne⁴⁰. Autorzy badań przeprowadzonych kilka lat temu w Belgii wskazują na potrzebę wprowadzenia jednolitej procedury sedacji, co może zwiększyć kompetencje lekarzy oraz ich czujność, by stosować procedurę sedacji w określonych przypadkach i we właściwy sposób⁴¹.

Substancje sedatywne mogły wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki, zatem do oceny ich podawania stosowano tzw. zasadę podwójnego skutku. Podający leki musiał brać pod uwagę wszystkie konsekwencje podania leków, ale ostateczna ocena jego działania zależała od intencji. Lekarz w przypadku eutanazji lub wspomaganego samobójstwa dąży do śmierci pacjenta, w przypadku sedacji jedynie bierze jej możliwość pod uwagę⁴². Obecnie odchodzi się od stosowania tej zasady, w zamian stosując zasadę stopniowania podawania leków. Pacjentowi, który ma zostać poddany sedacji, nie podaje się całej

dawki leków od razu, lecz stopniowo, minimalizując w ten sposób ryzyko podania zbyt dużej dawki, która mogłaby spowodować śmierć pacjenta⁴³.

W zasadzie lekarze nie są w stanie z góry określić dawki, która zadziała w określony sposób na konkretnego chorego. Sposób podawania leków powinien być dostosowany do indywidualnych warunków zdrowotnych danej osoby⁴⁴. Istnieją jednak spisy zaleceń bądź też tzw. protokoły sedacji zatwierdzone przez organizacje medyczne, które stanowią podstawę do planowania działań wobec pacjenta⁴⁵. Zalecenia te obejmują podawanie początkowo małych dawek leków wraz z ich zwiększaniem w miarę potrzeb⁴⁶.

Oceniając procedurę sedacji paliatywnej pod kątem prawnym, można zauważyć, że w każdej sytuacji lekarz ma świadomość możliwości wywołania negatywnych skutków dla zdrowia pacjenta, w tym przyspieszenia jego śmierci. W tym kontekście kluczowa jest intencja lekarza przy podawaniu leków, ze względu na ryzyko dokonania „ukrytej eutanazji”, jeśli lekarz celowo poda środki w sposób niedostosowany do stanu pacjenta. Natomiast postępowanie zgodnie z ustalonymi procedurami działania spełnia warunek zgodności z regulami postępowania z dobrem prawnym.

6. Społeczny odbiór sedacji paliatywnej

Sedacja paliatywna jest dokonywana w celu pozbawienia pacjenta świadomości⁴⁷. Pozbawienie świadomości w niniejszej pracy jest rozumiane jako uniemożliwienie odbierania bodźców zewnętrznych, zatem i utrudnienie komunikacji z otoczeniem. Osoba poddana sedacji nie tylko nie odczuwa już bólu i cierpienia, ale ma także trudności z wykonaniem jakiejkolwiek czynności czy z podjęciem decyzji lub wręcz zupełnie nie jest w stanie tego zrobić.

37 J. Łuczak, *Co to jest leczenie objawowe (paliatywne), opieka paliatywna-hospicyjna i dlaczego warto z nich korzystać?*, „Przegląd Terapeutyczny” 2007, nr 3, s. 7.

38 M. Orzoł, *Zasady opieki terminalnej nad pacjentami z chorobą nowotworową*, dz. cyt.

39 K. Chamberlain i in., *Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey*, „Journal of the American Medical Association” 2010, t. 170, nr 5, s. 491.

40 Tamże.

41 Tamże, s. 492.

42 T. Dangel i in., *Kryteria stosowania intensywnej terapii oraz opieki paliatywnej...*, dz. cyt., s. 106.

43 K. de Walden-Gałuszko, *Komentarz*, dz. cyt., s. 41.

44 T. Dangel i in., *Kryteria stosowania intensywnej terapii oraz opieki paliatywnej...*, dz. cyt., s. 105.

45 T. Morita i in., *Continuous Deep Sedation. A Proposal for Performing More Rigorous Empirical Research*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2017, t. 53, nr 1, s. 149.

46 Zgodnie z metodą miareczkowania J. Woroń i in., *Leczenie bólu w oparciu o drabinę analgetyczną WHO*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, t. 20, nr 8, s. 60.

47 C. Bozzaro, J. Schildmann, *„Suffering” in Palliative Sedation...*, dz. cyt., s. 288.

Istotne dla oceny terapii sedacji paliatywnej są również odczucia osób bliskich pacjentowi. Po podaniu leków tracą oni kontakt z tą osobą, nie mogą już nawiązać relacji we wcześniejszym kształcie. Chory nie cierpi, lecz ceną za to jest utrata możliwości satysfakcjonującego kontaktu z otoczeniem. Również w przypadku lekkiej formy sedacji ogranicza się świadomość pacjenta, co jednocześnie ogranicza jego możliwości intelektualne – nie jest on zdolny do podejmowania decyzji ani również do budowania relacji międzyludzkich w dostatecznym stopniu. Szczególne ograniczenia istnieją w przypadku terapii głębokiej sedacji paliatywnej w stanach terminalnych. Pacjent wówczas nie zdaje sobie nawet sprawy z faktu istnienia

w społeczeństwie i to uwikłanie społeczne jest immanentną częścią życia⁵⁰. Również polski Sąd Najwyższy uznał, że więzi rodzinne mogą zostać uznane za dobra osobiste⁵¹. Powstaje zatem pytanie, czy sedacja paliatywna, ograniczając lub uniemożliwiając kontakt z innymi, ogranicza również możliwość istnienia w społeczeństwie. Jak można to zinterpretować, skoro skutkiem sedacji jest nie tylko ograniczenie cierpienia, lecz również ograniczenie możliwości nawiązywania relacji społecznych?

Tutaj pojawia się problematyczna kwestia definicji śmierci w prawie karnym. Uznaje się, że śmierć to koniec życia, lecz zagadnienie to wbrew pozorom nie jest tak proste i oczywiste. Pojęcia życia i śmierci

Najwięcej wątpliwości budzi możliwość wyrażenia zgody na podanie środków ograniczających świadomość chorego.

kierowanych do niego komunikatów, ponieważ jest nieprzytomny. Choć podtrzymywane są jego funkcje życiowe, pacjent nie odczuwa już nic. Dla bliskich chorego jest to szczególnie trudne, ponieważ nie mogą nawiązać z nim kontaktu. Nie jest to eutanazja, lecz trudno oprzeć się wrażeniu, że z perspektywy osób z rodziny procedura sedacji wygląda bardzo podobnie – po podaniu leków pacjentowi tracą możliwość kontaktu z nim, podobnie jakby już nie żył⁴⁸. Oczywiście taka osoba żyje, jednakże niemożliwe staje się nawiązanie z nią relacji.

Istotne jest to zwłaszcza w kontekście stwierdzenia, że w życiu człowieka najważniejsze są jego relacje społeczne⁴⁹. W analizach dotyczących natury człowieka podkreśla się, że człowiek nie istnieje w próżni, lecz

są pojęciami podstawowymi nie tylko w prawie, ale i w naukach biologicznych i filozoficznych. W każdej z tych dziedzin inaczej odczytuje się kwestie życia i śmierci, zależy to również od kontekstu, w jakim rozpatruje się dane pojęcie. W rozumieniu potocznym życie ludzkie istnieje, dopóki organizm wykonuje funkcje życiowe – takie jak krążenie krwi i oddychanie⁵².

W rozumieniu medycznym w XX w. zaczęła dominować koncepcja śmierci mózgowej, według której śmierć człowieka następuje wraz z nieodwracalnym zaprzestaniem pełnienia funkcji mózgowych, które są stwierdzane w przypadku braku reakcji odruchowych na bodźce zewnętrzne⁵³. Przyjęcie tej koncepcji pozwala

48 H. ten Have, J. Welie, *Palliative Sedation Versus Euthanasia. An Ethical Assessment*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2014, t. 47, nr 1, s. 125.

49 Z. Zalewski, *Jak długo mamy obowiązek żyć?* (w:) B. Chyrowicz (red.), *Przedłużanie życia jako problem moralny*, Lublin 2008, s. 57.

50 Tamże, s. 46.

51 Uchwała SN z dnia 22 października 2010 r., III CZP 76/10; Uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 32/11; Uchwała z dnia 12 grudnia 2013 r., III CZP 74/13.

52 A. Gałęska-Śliwka, *Śmierć jako problem medyczno-kryminalistyczny*, Warszawa 2009, s. 17.

53 T. Kalita, *Śmierć mózgu jako granica prawnokarnej ochrony życia człowieka*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8, s. 40.

uniknąć problemów związanych z opieką nad chorym w ostatnim okresie życia, jednakże wywołuje również pewnego rodzaju wątpliwości, zwłaszcza wśród osób niemających wykształcenia medycznego⁵⁴. Pewni autorzy podnoszą, że decydujące o uznaniu człowieka za zmarłego nie powinny być kryteria medyczne, empiryczne, lecz fenomenologiczne, związane z postrzeganiem człowieka przez otoczenie⁵⁵.

W kwestii uznania śmierci człowieka prawo polskie również uznaje za decydujące dla stwierdzenia zgonu trwałe, nieodwracalne ustanie czynności mózgu (śmierć mózgu) lub nieodwracalne zatrzymanie krążenia⁵⁶. Od śmierci mózgowej należy odróżnić stan wegetatywny, polegający na pozbawieniu chorego świadomości. W tym stanie zachowane są odruchy nerwowe, nie można też stwierdzić śmierci mózgowej. Chory wymaga specjalistycznej opieki, tak jak osoba poddana sedacji paliatywnej⁵⁷.

Pozbawienie świadomości w wyniku zastosowania sedacji paliatywnej można porównać do stanów ograniczenia bądź pozbawienia świadomości w wyniku uszkodzenia tkanki mózgowej – stanu wegetatywnego, śpiączki czy stanu minimalnej świadomości⁵⁸. Z przypadkami ograniczenia i braku świadomości wiąże się problematyka postępowania z osobą w takim stanie i kwestia sensowności podtrzymywania życia osoby w stanie wegetatywnym⁵⁹. Czasem podnosi się, że pozostawanie w stanie wegetatywnym jest traktowane analogicznie do śmierci mózgowej i stanowi powód do zaprzestania opieki nad chorym dla jego dobra⁶⁰. Skoro tak traktuje

się stan powstały na skutek uszkodzenia tkanki mózgowej, jak prawnie ocenić wprowadzenie kogoś w stan podobny do wegetatywnego, zwłaszcza gdy odwrócenie tego stanu jest niemożliwe lub bardzo utrudnione?

W kontekście filozoficznego rozumienia życia należałoby się zastanowić, jakie elementy życia ludzkiego są decydujące dla uznania życia i śmierci. Jeżeli decydującą cechą życia ludzkiego byłoby dążenie do rozwijania relacji z innymi ludźmi, społeczny kontekst życia człowieka, procedura głębokiej sedacji powodowałaby śmierć człowieka. Istotne jest, jaka koncepcja życia, a co za tym idzie – śmierci, jest prawnie relewantna. Jeżeli prymat zyskałaby koncepcja uznająca życie społeczne za decydujące, lekarz podający leki przy głębokiej sedacji dokonywałby tym samym zabójstwa eutanatycznego, ponieważ pozbawiałby człowieka możliwości uczestniczenia w życiu społecznym. Natomiast uznanie koncepcji biologicznej jednoznacznie oddzielałoby procedurę głębokiej sedacji od eutanazji. W obecnym stanie prawnym pod uwagę brane są medyczne objawy śmierci – zaprzestanie funkcji życiowych oraz tzw. śmierć mózgowa⁶¹.

7. Legalność sedacji paliatywnej

Jak już wspomniano, procedura sedacji paliatywnej budzi wiele wątpliwości natury etycznej, ale również prawnej. Zagadnienia, które mogą mieć wpływ na ocenę procedury z punktu widzenia prawa karnego, obejmują między innymi rozstrzygnięcie, jakie dobra prawne mogą zostać naruszone poprzez zastosowanie sedacji wobec chorego, jaki sposób opieki jest sprawowany nad pozbawionym przytomności (w tym także możliwe zaprzestanie dożywiania), a także to, kto wykonuje sedację (podaje środki sedatywne). Kwestie te mają wpływ na ocenę karnoprawną zachowania, które może naruszać pewne normy sankcjonowane.

7.1. Sedacja jako zabieg leczniczy

Przede wszystkim należy ustalić, czy samo zastosowanie procedury sedacji może naruszać normy prawa karnego. Pod uwagę należy wziąć zachowanie

54 A. Gałęska-Słiwka, Śmierć jako problem medyczno-kryminalistyczny, dz. cyt., s. 22.

55 T. Kalita, Śmierć mózgu jako granica prawnokarnej ochrony życia człowieka, dz. cyt., s. 44.

56 Art. 43a ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty t.j. z dnia 21 marca 2019 r., Dz.U. 2019 poz. 537.

57 A. Gałęska-Słiwka, M. Słiwka, *Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11, s. 18.

58 U. Górski i in., *Zaburzenia świadomości – perspektywa kliniczna i etyczna*, „Aktualności Neurologiczne” 2014, t. 14(3), s. 192.

59 Tamże, s. 197.

60 Tak było w przypadku Terri Schiavo, https://en.wikipedia.org/wiki/Terri_Schiavo_case, 26.02.2019; <https://www.aclu.org/news/us-supreme-court-protects-liberty-upholding-terri-schiavos-decision-discontinue-medical>, 26.02.2019.

61 Art. 43a Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. 2018 poz. 617 z późn. zm.

polegające na pozbawieniu bądź ograniczeniu świadomości chorego oraz możliwość zaprzestania dożywiania chorego po zastosowaniu leków sedatywnych. W przypadku zastosowania sedacji paliatywnej może dojść do naruszenia dóbr prawnych zdrowia i życia poprzez ograniczenie lub pozbawienie chorego świadomości. Podobnie jak w przypadku innych zabiegów medycznych naruszenie takie może nie być uznane za dokonanie czynu zabronionego, jeżeli spełniono przesłanki legalności zabiegu.

Wszystkie czynności medyczne, by można było je

powinni natomiast stosować się do zaleceń organizacji medycyny paliatywnej.

Rzecz jasna reguły postępowania obejmują także dopuszczalność zabiegu *in abstracto*. Wskazuje się, że sam zabieg powinien być dopuszczalny z punktu widzenia systemu prawnego, zgodny z zasadami współżycia społecznego, co do zasady powinien też być uzasadniony stanem zdrowia pacjenta⁶⁴. Lekarzy obowiązuje także Kodeks etyki lekarskiej, dookreślający zasady wykonywania zawodu lekarza. Istotny dla omówienia procedury sedacji jest fakt, że według

Jeżeli decydującą cechą życia ludzkiego byłoby dążenie do rozwijania relacji z innymi ludźmi, społeczny kontekst życia człowieka, procedura głębokiej sedacji powodowałaby śmierć człowieka.

uznać za legalne, powinny spełniać kilka warunków – muszą zostać przeprowadzone w celu leczniczym, za zgodą pacjenta, a także przeprowadzone *lege artis*⁶². Dwie pierwsze przesłanki zostaną omówione w dalszej części opracowania. Reguły sztuki lekarskiej w przypadku przeprowadzenia zabiegu leczniczego mogą zostać uznane za reguły postępowania z dobrem prawnym w rozumieniu prawa karnego⁶³. Jeżeli lekarz zastosuje się do tych reguł, nie można mu przypisać spowodowania skutku w postaci pogorszenia zdrowia pacjenta. W przypadku sedacji paliatywnej pojawia się problem prawdopodobieństwa wystąpienia niepożądanych skutków, a częściowo także dookreśloności wspomnianych zasad. Trudno wskazać jednoznaczne reguły postępowania, jako że podawane leki i ich dawki różnią się w zależności od przypadku. Lekarze

art. 31 KEL lekarz nie może stosować eutanazji ani pomagać choremu w popełnieniu samobójstwa. Warto na marginesie zauważyć, że zakaz obejmuje nie tylko zabójstwo eutanatyczne według Kodeksu karnego, ale i ogólnie działania powodujące śmierć innej osoby, podjęte z powodu litości i którym ta osoba się nie sprzeciwia⁶⁵.

Przesłanki legalności zabiegu określa art. 192 Kodeksu karnego. Przepis ten penalizuje dokonanie zabiegu leczniczego bez odpowiedniej zgody, a jak wskazuje się w doktrynie, dobrem chronionym jest w tym przypadku możliwość samostanowienia⁶⁶. Zabieg leczniczy dokonany zgodnie z regułami sztuki

62 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 43.

63 J. Giezek, *Naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym a przypisanie skutku* (w:) R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego*, t. 3, Warszawa 2017, s. 287 i n.

64 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 112; M. Mozgawa i in., *Komentarz do art. 192 (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 629.

65 D. Kuć, *Kodeks Etyki Lekarskiej. Odcinek 35: lekarzowi nie wolno stosować eutanazji ani pomagać choremu w popełnieniu samobójstwa*, „Medycyna Praktyczna” 2016, nr 7–8.

66 P. Daniluk, *Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (dwa problemy interpretacyjne)*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 2, s. 52; A. Zoll, *Stan wyższej konieczności*

lekarskiej i na który wyrażono odpowiednią zgodę, jest legalny.

Kluczową kwestią w kontekście art. 192 Kodeksu karnego jest dokonanie „zabiegu leczniczego”. W doktrynie różnie interpretuje się to pojęcie, wskazując między innymi, że zabiegiem leczniczym jest czynność dokonana w celu leczniczym⁶⁷. To jednakże nie rozwiązuje problemu interpretacyjnego, lecz przenosi go na inną płaszczyznę, jako że również „cel leczniczy” bywa różnie rozumiany.

Do oceny, czy za „zabieg” może zostać uznana procedura sedacji, istotne jest stwierdzenie, czy cel leczniczy dotyczy jedynie celu poprawy stanu zdrowia chorego, czy też w zakres tego pojęcia włączony jest cel niwelowania skutków choroby, jak uśmierzanie bólu. Wąskie ujęcie „celu leczniczego” ogranicza się do profilaktyki, diagnostyki i terapii chorób, a zatem określa cel jako zapobieganie, rozpoznanie i wyleczenie choroby⁶⁸. Takie ujęcie było rozpowszechnione zwłaszcza w nieco starszych publikacjach. Natomiast nowsze wypowiedzi doktryny skłaniają się raczej ku przyjęciu szerszego rozumienia „celu leczniczego”, obejmującego również leczenie zachowawcze⁶⁹, a zabieg leczniczy może mieć na celu nie tylko walkę z chorobą pacjenta, ale też uśmierzanie bólu⁷⁰.

W przypadku sedacji paliatywnej powstaje wątpliwość co do jej leczniczego celu. Podobnie jak inne zabiegi medycyny paliatywnej sedacja nie służy poprawie zdrowia chorego ani ochronie zdrowia. Celem podawania leków jest zmniejszenie cierpienia osoby chorej poprzez zmniejszenie odczuwania bólu. Zmniejszanie skutków i objawów choroby jest różnie oceniane przez doktrynę – jeśli przyjmie się szeroką interpretację „celu leczniczego”⁷¹, w odniesieniu do sedacji

można zastosować te same reguły dopuszczalności jak do innych zabiegów leczniczych. Za takim rozumieniem przemawia także art. 2 KEL, który określa powołanie lekarza jako między innymi niesienie ulgi w cierpieniu, i art. 30 KEL traktujący o powinności lekarza co do zmniejszania cierpienia osób w stanach terminalnych⁷². W związku z tym sedacja paliatywna powinna zostać uznana za „zabieg leczniczy”.

7.2. Zgoda na zabieg

Artykuł 192 Kodeksu karnego jako drugie znamię czynu zabronionego określa brak zgody pacjenta na dokonanie zabiegu. Jak podkreśla się w doktrynie, zgoda legalizująca zabieg musi być udzielona świadomie, po poinformowaniu przez personel medyczny o najważniejszych skutkach zabiegu, przez osobę zdolną do oceny rzeczywistości⁷³. Obowiązek udzielenia pacjentowi informacji określa art. 31 ust. 1 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

Udzielenie informacji na temat sposobu dokonania sedacji i na temat ewentualnych skutków stosowania leków sedatywnych powinno obejmować, tak jak w przypadku innych zabiegów medycznych, „proponowaną procedurę medyczną, dane na temat ryzyka związanego z procedurą, informacje na temat możliwych skutków zabiegu, informacje o alternatywnych procedurach medycznych oraz wiadomość o możliwości odmowy poddania się zabiegowi, a także o implikacjach z tego płynących”⁷⁴. Jak wskazuje się w doktrynie, zakres informacji, jakie należy przekazać pacjentowi, jest zależny od charakteru zabiegu. W odniesieniu do zabiegów niekoniecznych należy przekazać jak najwięcej informacji o przebiegu i skutkach zabiegu, natomiast w przypadku zabiegów koniecznych dla ratowania zdrowia i życia można ograniczyć się do wskazania najczęstszych ich skutków⁷⁵.

jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej, „Prawo i Medycyna” 2005, t. 7, nr 2, s. 8–9.

67 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 47.

68 P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, t. 7, nr 5, s. 37–38.

69 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 47.

70 Tamże, s. 51; M. Mozgawa i in., *Komentarz do art. 192*, dz. cyt., s. 629.

71 P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, dz. cyt., s. 46–47; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za*

wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, dz. cyt., s. 47.

72 Art. 2 i art. 30 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

73 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 109; M. Mozgawa i in., *Komentarz do art. 192*, dz. cyt., s. 629.

74 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. akt. V ACa 119/18, LEX nr 2631472.

75 M. Kopeć, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 13.

Natomiast sedację paliatywną trudno uznać za zabieg niezbędny dla ratowania zdrowia i życia. Choć jest niewątpliwie przydatna w zakresie łagodzenia cierpienia pacjenta, nie można jej uznać za niezbędną do ochrony życia. Z drugiej strony sedacja nie należy do zabiegów zbędnych z medycznego punktu widzenia, podobnie jak zabiegi medycyny estetycznej. W związku

Zdecydowanie trudniejsza jest ocena zdolności chorego do podjęcia decyzji w przypadku głębokiej sedacji, która jest stosowana w sytuacjach wręcz ekstremalnych. Jak już wcześniej wspomniano, w literaturze odnoszącej się do głębokiej sedacji paliatywnej warunkiem podania leków jest cierpienie wręcz „nie-możliwe do zniesienia”. Wydaje się, że chory będący



Wobec stosowania sedacji paliatywnej potrzeba ujednolicenia postępowania w zakresie oceny: cierpienia pacjenta, podawanych mu leków i sposobu opieki.

z tym zakres informacji przekazywanych pacjentowi powinien obejmować przebieg procedury sedacji, zwyczajne skutki zastosowania leków sedatywnych, ryzyko związane z procedurą. Wskazane jest również poinformowanie o możliwych innych rozwiązaniach sytuacji⁷⁶.

Kwestią wątpliwą jest również fakt udzielenia zgody na zabieg przez pacjenta. Choć do skutecznego wyrażenia zgody nie wymaga się pełnej zdolności do czynności prawnych, a istotniejsze jest działanie z dostatecznym rozeznaniem⁷⁷, w przypadku osób decydujących się na zastosowanie sedacji paliatywnej może to stanowić problem. Jak już wcześniej wspomniano, ból i cierpienie mogą zaburzyć proces decyzyjny, a stosowane zazwyczaj środki przeciwbólowe mogą to utrudnić. Dlatego też można sugerować konsultację psychologiczną w zakresie zdolności pacjenta do skutecznego wyrażenia zgody na zabieg.

w takim stanie nie będzie mógł racjonalnie ocenić swojej sytuacji, a odczuwany przez niego ból wpłynie na udzielenie zgody. W przypadku decydowania przez samego pacjenta o sedacji paliatywnej, zwłaszcza o zastosowaniu głębokiej sedacji, ponownie należy zalecić konsultacje z psychologiem w zakresie udzielenia zgody na podanie leków.

W takim przypadku możliwe jest też odwołanie się do instytucji zgody zastępczej, przewidzianej przez ustawę. Zgodnie z art. 32 oraz art. 34 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty zgoda może być również udzielona przez pełnomocnika ustawowego, a gdy brak przedstawiciela ustawowego prawo do wyrażenia zgody na zabieg przysługuje opiekunowi faktycznemu zgodnie z art. 17 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta. Jest to szczególnie istotne w przypadku osób w stanie terminalnym, które mogą nie być zdolne do samodzielnego wyrażenia zgody, a jednocześnie mogą nie mieć ustanowionego przedstawiciela ustawowego. W przypadku sedacji paliatywnej dotyczy to w szczególności przypadków, gdy chory jest nieprzytomny lub ze względu na ból lub podawane leki nie jest w stanie wyrazić świadomej zgody.

7.3. Odwoływalność zgody

W większości publikacji podkreśla się, że zgoda powinna być możliwa do odwołania na każdym etapie

76 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. akt. V ACa 119/18, LEX nr 2631472.

77 A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 112, według art. 34 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty pacjent małoletni poniżej lat 16, ubezwłasnowolniony lub niezdolny do wyrażenia świadomej zgody, może wyrazić sprzeciw wobec zabiegu.

poprzedzającym wykonanie zabiegu leczniczego⁷⁸. To kryterium jest wątpliwe w przypadku długotrwałego leczenia, a zwłaszcza podawania leków wpływających na świadomość pacjenta. Zastosowanie niektórych środków przeciwbólowych ma na celu sprawienie, by pacjent nie odczuwał bólu, lecz powoduje to różne skutki uboczne, przede wszystkim ograniczenie świadomości. Wprowadza się w ten sposób pacjenta w stan lekkiej sedacji, w trakcie której w zasadzie nie jest on już zdolny do samodzielnego podejmowania racjonalnych decyzji. O ile bowiem w przypadku klasycznej terapii polegającej na podawaniu leków pacjent zachowuje zdolność oceny sytuacji, w jakiej się znajduje, w przypadku sedacji leki wpływające na świadomość pacjenta mogą ograniczyć jego zdolności poznawcze. Pacjent przyjmujący leki sedatywne nie zawsze jest w stanie racjonalnie ocenić swój stan. Może się okazać, że udzielenie zgody na stosowanie sedacji paliatywnej jest nieodwołalne przez pacjenta.

Problematyka ta dotyczy zresztą nie tylko procedury sedacji, ale również podawania innych środków wpływających na postrzeganie otoczenia, w tym leków opioidowych. Powoduje to wątpliwości z dwóch powodów. O ile na początku terapii chory zgadza się na podanie mu odpowiednich środków, o tyle później często jego świadomość jest przez te leki zaburzona i chory nie może samodzielnie zdecydować o zaprzestaniu terapii. Co więcej, zaprzestanie podawania leków nie powoduje jedynie przywrócenia pełnej świadomości choremu, lecz skutkuje również powrotem bólu i cierpienia. Istnieje zatem realny problem interpretowania pragnień chorego, którego możliwości oceny sytuacji mogą być zaburzone przez objawy choroby bądź przez podawane środki.

Pojawia się wówczas uzasadnione pytanie – czy w ogóle możliwe jest zaprzestanie podawania środków sedatywnych lub opioidowych? Jeżeli pacjent skutecznie wyrazi zgodę na podjęcie określonej terapii i ograniczenie świadomości, czy możliwe jest wycofanie takiej zgody? Zapewne zależy to od podawanych leków

i stopnia ograniczenia świadomości – jeżeli świadomość jest ograniczona w znacznym stopniu, dana osoba może już nie zdawać sobie sprawy z tego, co jest przyczyną jej stanu. W konsekwencji nie zażąda zaprzestania podawania leków, ponieważ ani nie odczuwa takiej potrzeby, ani nie dostrzega związku pomiędzy podawanymi lekami a swoim stanem. Wyrażenie woli zaprzestania podawania leków mogłoby pozostać bez odpowiedzi ze względu na ograniczenie możliwości prawidłowego postrzegania świata przez chorego.

Co więcej, gdyby osoby sprawujące opiekę rzeczywiście zastosowały się do prośby pacjenta, brak leków skutkowałby powrotem silnego bólu i cierpienia. W konsekwencji w przypadku rozpoczęcia terapii skutkującej ograniczeniem świadomości chorego może być to droga w jedną stronę, ponieważ chory nie odzyska już pierwotnej sprawności umysłu ani zdolności oceny sytuacji, które będą zaburzone przez podawane środki bądź przez objawy choroby – ból, duszności.

W wielu przypadkach sedacji paliatywnej pacjent zgadza się na to, że już nie będzie w stanie cofnąć prawnie relewantnej zgody ze względu na specyfikę działania leków. Człowiek pozbawiony świadomości w zasadzie zostaje pozbawiony również możliwości decydowania i podejmowania czynności. W przypadku głębokiej sedacji człowiek ten nie może wykonać najmniejszej czynności fizycznej, w przypadkach lżejszej sedacji ograniczona jest swoboda decydowania o sobie. Dopuszczalność skutecznego wyrażenia zgody na ograniczenie świadomości będzie zatem zależna od tego, czy możliwe jest skuteczne dysponowanie dobrem prawnym w postaci świadomości jednostki⁷⁹.

Wypełnienie opisanych wyżej przesłanek wskazanych w art. 192 Kodeksu karnego jest warunkiem legalności zabiegu sedacji paliatywnej, przy przyjęciu szerokiego rozumienia terminu „cel leczniczy” oraz możliwości decydowania o ograniczeniu świadomości. Jednak dopuszczalność na gruncie art. 192 k.k. dotyczy działania zgodnie z wolą pacjenta, nie zaś

78 Tamże, s. 166–168; E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 32; art. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie.

79 Jak wskazuje się w doktrynie za M. Filarem, skuteczna zgoda powinna być wyrażona przez osobę będącą jedynym dysponentem dobra; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, dz. cyt., s. 109.

dopuszczalności *sensu largo*⁸⁰. Z tego względu należy przeanalizować podobieństwo procedury sedacji do innych naruszeń dóbr prawnych pacjenta.

8. Podobieństwa głębokiej sedacji paliatywnej do eutanazji

Jak już wspomniano wcześniej, procedura głębokiej sedacji paliatywnej bywa porównywana do eutanazji⁸¹, czyli celowego powodowania śmierci pacjenta na jego życzenie. *Prima facie* dla wielu osób sedacja wydaje się być procedurą skracającą życie. Jest to logiczna konsekwencja obserwacji dokonywania tego zabiegu – pacjent zostaje pozbawiony świadomości, często również zaprzestaje się jego odżywiania i nawadniania, a po krótkim czasie umiera. Jest to również przyczyna tak częstego porównywania sedacji paliatywnej do eutanazji – pozornie wywołuje się śmierć pacjenta lub przynajmniej skracą się jego życie pod pozorem uniknięcia cierpienia. Bardzo trudno jest udowodnić jednoznacznie, czy głęboka sedacja paliatywna skracą życie, ze względu na trudności w oszacowaniu pozostałego czasu życia.

Dodatkowo zależne to jest od jednostkowej intencji lekarza podającego leki, a to należy ocenić w każdym przypadku osobno. Zatem *prima facie* przypisanie odpowiedzialności za zabójstwo eutanatyczne osobie wykonującej procedurę sedacji jest wykluczone. Wskazana jest jednak analiza porównawcza procedury sedacji oraz eutanazji rozumianej szerzej niż w Kodeksie karnym.

Jako że istnieją wątpliwości dotyczące spowodowania śmierci przez zastosowanie sedacji paliatywnej, prowadzone były badania mające na celu przybliżenie odpowiedzi na to pytanie⁸². Badania przeprowadzono poprzez obserwację dwóch grup pacjentów – pacjenci z jednej grupy zostali poddani sedacji paliatywnej, druga stanowiła „grupę kontrolną”. Pacjentów dobrano w taki sposób, by różniło ich jedynie zastosowanie sedacji, zatem dobrano „pary” o podobnym stanie zdrowia⁸³. Według wyników badań zastosowanie sedacji nie miało znaczącego wpływu na skrócenie czasu życia pacjentów⁸⁴. Choć trudno uznać te badania za ostateczne, stanowią one dowód na twierdzenie, że sedacja nie ma wpływu na długość życia pacjenta,



Jeżeli pacjent skutecznie wyrazi zgodę na podjęcie określonej terapii i ograniczenie świadomości, czy możliwe jest wycofanie takiej zgody?

W kontekście prawnym należałoby przeanalizować kwestię odpowiedzialności za zabójstwo eutanatyczne. Przypisanie odpowiedzialności na podstawie art. 150 k.k. jest uzasadnione w przypadku spowodowania śmierci na żądanie danej osoby i pod wpływem współczucia wobec niej. Wydaje się, że w przypadku sedacji paliatywnej pacjent co do zasady nie wyraża żądania spowodowania śmierci, jako że celem sedacji jest ograniczenie odczuwania, a nie pozbawienie życia.

a przyczyną jego śmierci jest choroba. Warto jednak zauważyć, że w przedmiotowym badaniu nie brano pod uwagę wpływu wstrzymania sztucznego odżywiania i nawadniania pacjenta, co może oddziaływać na długość życia pacjenta, choć – jak podkreślają autorzy – gdyby istniała taka korelacja, powinna ona mieć wpływ na wyniki badań⁸⁵.

80 Tamże, s. 112–113.

81 Przyjęto rozróżnienie rozumienia eutanazji (jako potocznego spowodowania śmierci) od zabójstwa eutanatycznego (wobec którego Kodeks karny przewiduje inne przesłanki).

82 M. Maltoni i in., *Palliative Sedation Therapy Does Not Hasten Death. Results from a Prospective Multicenter Study*, „Annals of Oncology” 2009, nr 20.

83 Tamże, s. 1164.

84 Tamże, s. 1167–1168.

85 Tamże, s. 1168.

Warto zwrócić uwagę również na badania porównujące eutanazję i głęboką sedację paliatywną prowadzone w krajach, w których eutanazja jest legalną procedurą. Według nich różnice między tymi procedurami są widoczne na pierwszy rzut oka. Inne są przyczyny, zamierzenia oraz wykonanie obu procedur⁸⁶. Eutanazja ma na celu przyspieszenie śmierci pacjenta, natomiast sedacja paliatywna służy wprowadzeniu pacjenta w stan, w którym nie odczuwa on już cierpienia, a spowodowanie jego śmierci nie jest celem procedury⁸⁷. Decyzja o eutanazji bądź o zastosowaniu sedacji paliatywnej powinna być podjęta przez pacjenta. Tu również uwidaczniają się pewne różnice, ponieważ o ile sedację paliatywną może zastosować zespół bez konsultacji z pacjentem⁸⁸, o tyle decyzja o eutanazji musi być autonomiczną decyzją pacjenta. Każdy z wyborów jest w pewien sposób uwarunkowany. Według badań dotyczących pacjentów w Holandii na eutanazję decydowały się osoby skarżące się na brak poczucia godności w obecnym położeniu, na cierpienie bez poprawy stanu czy ogólne poczucie słabości i zmęczenia⁸⁹. Z kolei pacjenci decydujący się na sedację czynią to, by uniknąć odczuwania konkretnych objawów choroby – bólu, duszności czy ogólnego cierpienia bez poprawy⁹⁰.

Istotnym argumentem w dyskusji na temat podobieństwa eutanazji i sedacji mogą być dane porównawcze dotyczące czasu pomiędzy podaniem leków i zgonem pacjenta. W procedurze eutanazji w niemal wszystkich przypadkach zgon następuje w trakcie godziny po podaniu środków, natomiast w procedurze sedacji paliatywnej czas ten wynosi od jednego dnia do tygodnia⁹¹.

Rzecz jasna nie można całkowicie wykluczyć zamiaru skrócenia życia pacjenta w przypadku sedacji paliatywnej. Szacuje się, że w pewnych sytuacjach

występuje rzeczywisty zamiar dokonania eutanazji⁹². W krajach, w których eutanazja jest nielegalna, nie budzi to zdziwienia, choć wydaje się niemożliwością zbadanie skali tego zjawiska. Natomiast przywołane badania zostały wykonane w Holandii, gdzie eutanazja jest procedurą legalną. Jak się wskazuje, wykorzystywanie sedacji do ukrycia eutanazji może być spowodowane chęcią uniknięcia formalności związanych z wykonywaniem eutanazji⁹³.

Nie można uznać za równoważne sedacji paliatywnej i eutanazji. Obie te procedury zasadniczo się od siebie różnią. Jednakże, tak jak już zostało wspomniane, istnieje możliwość nadużycia procedury i w zasadzie popełnienie zabójstwa eutanatycznego pod pozorem stosowania sedacji paliatywnej. Jako że w Polsce procedura eutanazji jest niedopuszczalna, możliwa jest sytuacja, w której choremu, który wyraził żądanie skrócenia życia, zaproponowano, by zastosowanie sedacji paliatywnej. Ryzyka tego nie da się całkowicie wyeliminować, lecz zminimalizować powinno je stosowanie zaleceń medycznych dotyczących zarówno przesłanek do stosowania sedacji, jak i sposobu jej wykonywania.

9. Sedacja paliatywna a uszczerbek na zdrowiu

Z perspektywy prawa karnego należy ocenić jeszcze odcięcie pacjenta od bodźców, które następuje w różnym stopniu w każdym przypadku sedacji paliatywnej. W innych okolicznościach spowodowanie braku lub ograniczenia świadomości jest karnoprawnie relewantne. Zachowanie o takim skutku może spełniać znamiona typu czynu zabronionego z art. 157 k.k., jako że spowodowanie stanu braku świadomości w wyniku uderzenia, zależnie od stopnia zadanych obrażeń i odwracalności stanu braku świadomości może zostać uznane za lekki lub średni uszczerbek na zdrowiu. Warta rozpatrzenia wydaje się również kwestia spowodowania trwałego stanu braku świa-

86 K. Chambaere i in., *Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey*, dz. cyt.

87 Tamże, s. 490–491.

88 K. Chambaere i in., *Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey*, dz. cyt.

89 J. Rietjens i in., *Terminal Sedation and Euthanasia. A Comparison of Clinical Practices*, dz. cyt., s. 751.

90 Tamże.

91 Tamże, s. 752.

92 K. Chambaere i in., *Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey*, dz. cyt., s. 491; J. Rietjens i in., *Terminal Sedation and Euthanasia. A Comparison of Clinical Practices*, dz. cyt., s. 752.

93 K. Chambaere i in., *Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey*, dz. cyt., s. 491.

domości – na przykład gdy pokrzywdzony zapadnie w śpiączkę, której odwrócenie nie będzie możliwe. Osoba w takim stanie wymaga opieki medycznej przez cały czas. Można zatem uznać, że zachowanie takie spełnia znamiona ciężkiego uszczerbku na zdrowiu jako spowodowanie ciężkiego kalectwa.

Do naruszonych dóbr prawnych w procedurze sedacji można zaliczyć zatem wolność osobistą choro- (pozbawienie możliwości podejmowania decyzji), a potencjalnie można również uznać tę procedurę za naruszającą zdrowie chorego, jako odbierającą lub ograniczającą możliwość odbierania bodźców zewnętrznych.

Podobne ujęcie problematyki sedacji paliatywnej wymaga rozpatrzenia kilku innych kwestii. Przede wszystkim należy określić, czy świadomość i możliwość niezakłóconego odbierania bodźców z otoczenia jest dobrem prawnym, a w dalszej perspektywie – czy może być uznana za składową dobra prawnego, jakim jest zdrowie. Następnie należałoby dookreślić znaczenie zgody dysponenta dobrem prawnym na jego naruszenie w przypadku tak określonego dobra. Dopiero wówczas należy zadać pytanie, czy można wyrazić prawnie relewantną zgodę na zabieg naruszający tak określone dobro.

10. Zgoda dysponenta a ograniczenie świadomości

Wśród przedstawicieli doktryny istnieje spór zarówno co do natury zgody dysponenta dobrem prawnym, jak i katalogu dóbr, co do których można skutecznie wyrazić zgodę na spowodowanie ich naruszenia. Najbardziej rozpowszechnioną koncepcją jest jednak stwierdzenie, że zgoda dysponenta wyklucza przyjęcie bezprawności czynu⁹⁴. W kwestii dóbr moż-

liwych do dysponowania również nie ma wypracowanego jednolitego podejścia doktryny, choć przyjmuje się, że w zakresie uszczerbku na zdrowiu można ją wyrazić swobodnie do lekkiego i średniego uszczerbku na zdrowiu. Co do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ustawodawca nie wykluczył takiej możliwości⁹⁵.

Jeżeli przyjmie się założenie o dopuszczalności wyrażenia prawnokarnie relewantnej zgody na spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, sedacja paliatywna będzie dopuszczalna, w granicach wyznaczonych przez warunki ważności zgody. Jeśli zaś przyjmie się dopuszczalność sedacji paliatywnej (być może dodając warunek terminalnego stanu pacjenta), powstaje pytanie o zasadność niedopuszczalności eutanazji, przynajmniej w stanach bliskich śmierci.

11. Postępowanie z osobą pozbawioną świadomości

Jak już wspomniano, w przypadku osób poddanych głębokiej sedacji paliatywnej czasem rezygnuje się ze sztucznego dożywiania i nawadniania. Co do zasady zachowanie takie mogłoby być ocenione jako powodowanie śmierci danej osoby. Jednakże w przypadku sedacji paliatywnej zaprzestanie odżywiania nie jest uznawane za bezpośrednią przyczynę śmierci pacjenta⁹⁶, zatem nie można lekarzowi przypisać odpowiedzialności za zgon. Co więcej, takie działanie jest zgodne z Kodeksem etyki lekarskiej, jako że służy umniejszeniu cierpienia pacjenta⁹⁷.

W razie, gdyby to zaprzestanie podawania pokarmu było przyczyną śmierci pacjenta, można by się zasta-

i Prawo” 2008, nr 10, s. 25–29; J. Majewski [red.], *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu: materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008, s. 96–101). W kontekście rozważań będących przedmiotem niniejszej pracy można zauważyć, że skutkiem przyjęcia zarówno koncepcji podziału legalności na pierwotną i wtórną, jak i koncepcji jednolitej legalności czynu jest brak bezprawności czynu.

95 J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* (w:) R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012, s. 1.

96 L. Graf, M. Ślezione, *Dylematy związane z sedacją paliatywną stosowaną u chorych u schyłku życia*, dz. cyt., s. 50.

97 Art. 30 KEL.

94 W doktrynie wyróżnia się zazwyczaj legalność pierwotną i wtórną. Legalność pierwotna w tym ujęciu miałaby dotyczyć m.in. zabiegów leczniczych, na które wyrażono zgodę (A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, dz. cyt., s. 7), a bezprawność wtórna m.in. sytuacji kontratypowych (do których zalicza się niekiedy wyrażenie zgody na naruszenie dobra). Przedmiotem niniejszego artykułu nie jest rozstrzyganie sporów o zasadność wyróżniania legalności pierwotnej i wtórnej, niemniej warto zaznaczyć, że nie jest to kwestia rozwiązana w doktrynie (T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, „Państwo

nawiać, czy lekarz ponosiłby odpowiedzialność za spowodowanie śmierci, przy świadomej nieumyślności (lekarz musi zdawać sobie sprawę ze zwyczajnych konsekwencji niepodawania pokarmów). Jednakże w procedurze sedacji paliatywnej zaprzestanie odżywiania i nawadniania pacjenta jest zgodne z regułami stosowania procedury. Co więcej, w tym przypadku zgon spowodowany zaprzestaniem dożywiania może zostać uznany za atypowy skutek zachowania, co skutkowałoby brakiem odpowiedzialności lekarza.

9. Zakończenie

Zagadnienie sedacji paliatywnej budzi wiele kontrowersji nie tylko medycznych, ale również etycznych i prawnych. Wśród problemów, jakie można wyróżnić w związku ze stosowaniem sedacji paliatywnej, należy wskazać na potrzebę ujednolicenia postępowania – oceny cierpienia pacjenta, podawanych mu leków i sposobu opieki. Ważne jest też, by brać pod uwagę szczególne okoliczności zastosowania procedury – w innych okolicznościach zaprzestanie podawania jedzenia i napojów uznane by było za karygodne, natomiast w przypadkach stanów terminalnych nawet rezygnacja z udzielenia pomocy jest nie tyle akceptowalna, co wręcz pożądana.

Najwięcej kontrowersji budzi jednak procedura głębokiej sedacji w ostatnich dniach życia. Ta odmiana procedury bywa porównywana do eutanazji. Z punktu widzenia osób bliskich pacjentowi może to wyglądać podobnie – pacjent zostaje pozbawiony świadomości i nie można już z nim nawiązać kontaktu. Pod względem prawnym ten człowiek jest traktowany tak samo jak inne osoby, w praktyce nie może skorzystać z żadnego z praw mu przysługujących ani wykonywać obowiązków obywatelskich. Również w przypadkach lżejszej sedacji, czyli samego ograniczenia świadomości, a nie pozbawienia jej, chory nie jest w stanie w pełni uczestniczyć w życiu społecznym i rodzinnym.

Istotna jest także kwestia zgody pacjenta na taką terapię – czy świadomość oraz możliwość życia społecznego może być przedmiotem dyspozycji pacjenta? Czy ograniczenie świadomości chorego ogranicza jego godność, czy może się on na to zgodzić?

Możliwe, że ten problem długo pozostanie nierozwiązany. Trzeba mieć jednak zawsze na uwadze cel

stosowania procedur medycyny paliatywnej – ulżenie pacjentowi w cierpieniu, a nie zwiększanie cierpienia. Jeżeli procedura sedacji paliatywnej może przyczynić się do obniżenia poziomu dyskomfortu chorego, należy ją dopuścić, zwłaszcza w lżejszym stopniu. Pytanie tylko, czy pacjent pozbawiony świadomości rzeczywiście odczuwa ulgę.

Biorąc pod uwagę dzisiejszy stan wiedzy medycznej, nie ulega wątpliwości, że zastosowanie procedury sedacji paliatywnej nie powinno powodować odpowiedzialności karnej lekarza. Jej zastosowanie jest często ratunkiem dla osób cierpiących, a działanie na rzecz umniejszenia cierpienia należy uznać za pozytywne. Najwięcej wątpliwości budzi możliwość wyrażenia zgody na podanie środków ograniczających świadomość chorego. Jak już wspomniano, zgoda taka powinna być racjonalna, po uświadomieniu możliwych konsekwencji podania leków, wyrażona przez osobę zdolną do oceny sytuacji. W przypadku głębokiej sedacji paliatywnej, na którą zgodę ma wyrazić osoba chora, powinna zostać zapewniona konsultacja psychologiczna w celu oceny zdolności postrzegania przez osobę cierpiącą, jak również powinny zostać dookreślone przesłanki zastosowania głębokiej sedacji paliatywnej.

Odrębną kwestią jest ocena, w stosunku do jakich dóbr prawnych można skutecznie wyrazić zgodę na ich naruszenie. W przypadku świadomości, która jest ograniczana w procedurze głębokiej sedacji paliatywnej, można stwierdzić, że naruszenie jest znaczące, a decyzja podmiotu nieodwracalna (jako że po zastosowaniu leków chory nie jest w stanie podjąć innych czynności). Jednakże zgoda na tak daleko idące skutki jest uzasadniona szczególnymi względami natury medycznej (podobnie jak zgoda na procedurę zmiany płci). Zatem zgoda taka powinna być dopuszczona ze względu na wyjątkowość ogólnej sytuacji chorego.

Bibliografia

- Bozzaro C., Schildmann J., „Suffering” in Palliative Sedation. Conceptual Analysis and Implications for Decision Making in Clinical Practice, „Journal of Pain and Symptom Management” 2018, t. 56, nr 2.
- Chambaere K. i in., Continuous Deep Sedation Until Death in Belgium. A Nationwide Survey, „Journal of the American Medical Association” 2010, t. 170, nr 5.

- Clay Jackson W., *Palliative Sedation vs. Terminal Sedation. What's in a Name?*, „American Journal of Hospice & Palliative Care” 2002, t. 19, nr 2.
- Dangel T. i in., *Kryteria stosowania intensywnej terapii oraz opieki paliatywnej u dzieci w wybranych jednostkach chorobowych*, „Standardy Medyczne/Pediatrya” 2011, t. 8, nr numer specjalny 1.
- Daniluk P., *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, t. 7, nr 5.
- Daniluk P., *Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (dwa problemy interpretacyjne)*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 2.
- Długosz J., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* (w:) R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012.
- Fiutak A., *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016.
- Gałęska-Słiwka A., *Śmierć jako problem medyczno-kryminalistyczny*, Warszawa 2009.
- Gałęska-Słiwka A., Słiwka M., *Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11.
- Giezek J., *Naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym a przypisanie skutku* (w:) R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego*, t. 3, R. Dębski (red.), Warszawa 2017.
- Górska U. i in., *Zaburzenia świadomości – perspektywa kliniczna i etyczna*, „Aktualności Neurologiczne” 2014, t. 14(3).
- Grabowska B.M., *Sedacja paliatywna w terapii bólu u pacjentów będących w końcowych stadiach nieuleczalnych chorób leczonych w stacjonarnych oddziałach opieki paliatywnej w Polsce – analiza własna na podstawie danych uzyskanych w 2010 r.*, „Medycyna Paliatywna” 2013, t. 5, nr 1.
- Graf L., Sleziona M., *Dylematy związane z sedacją paliatywną stosowaną u chorych u schyłku życia*, „Pielęgniarstwo w Opiece Długoterminowej” 2016, nr 2.
- Have H., Welie J., *Palliative Sedation Versus Euthanasia. An Ethical Assessment*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2014, t. 47, nr 1.
- Kaczmarek T., *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10.
- Kalita T., *Śmierć mózgu jako granica prawnokarnej ochrony życia człowieka*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8.
- Koh Yong Hwang M., Onn Kei A.L., Huei Yaw W., „Palliative” and Not „Terminal” Sedation, „Journal of Pain and Symptom Management” 2009, t. 37, nr 4.
- Kopeć M. (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kuć D., *Kodeks Etyki Lekarskiej. Odcinek 35: lekarzowi nie wolno stosować eutanazji ani pomagać choremu w popełnieniu samobójstwa*, „Medycyna Praktyczna” 2016, nr 7–8.
- Łuczak J., *Co to jest leczenie objawowe (paliatywne), opieka paliatywna-hospicyjna i dlaczego warto z nich korzystać?*, „Przegląd Terapeutyczny” 2007, nr 3.
- Łuczak J., Kotlińska-Lemieszek A., *Opieka paliatywna/hospicyjna/medycyna paliatywna*, „Nowiny Lekarskie” 2011, t. 80, nr 1.
- Majewski J. (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008.
- Maltoni M. i in., *Palliative Sedation Therapy Does Not Hasten Death. Results from a Prospective Multicenter Study*, „Annals of Oncology” 2009, nr 20.
- Morita T. i in., *Continuous Deep Sedation. A Proposal for Performing More Rigorous Empirical Research*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2017, t. 53, nr 1.
- Mozgawa M. i in., *Komentarz do art. 192 (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Orzoł M., *Zasady opieki terminalnej nad pacjentami z chorobą nowotworową*, „Medycyna po Dyplomie” 2012, nr 7–8.
- Papavasiliou E. i in., *From Sedation to Continuous Sedation Until Death. How Has the Conceptual Basis of Sedation in End-of-Life Care Changed Over Time?*, „Journal of Pain and Symptom Management” 2013, t. 46, nr 5.
- Rietjens J. i in., *Terminal Sedation and Euthanasia. A Comparison of Clinical Practices*, „Journal of the American Medical Association” 2006, t. 166.
- Stachowiak A., Mrówczyńska E., *Sedacja w opiece paliatywnej – nadzieje i zagrożenia*, „Medycyna Paliatywna” 2011, nr 1.
- K. de Walden-Gałuszko K. de, *Komentarz (do:) A. Thoms, Problemy etyczne i prawne w opiece terminalnej*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, t. 20, nr 1.
- Wach B., *Terminalna sedacja – między eutanazją a opieką paliatywną*, „Analiza i Egzystencja” 2017, nr 37.
- Woroń J. i in., *Leczenie bólu w oparciu o drabinę analgetyczną WHO*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, t. 20, nr 8.
- Zalewski Z., *Jak długo mamy obowiązek żyć? (w:) B. Chyrowicz (red.), Przedłużanie życia jako problem moralny*, Lublin 2008.
- Zoll A., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, t. 7, nr 2.
- Zielińska E. (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.

Akty prawne

Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. 2019 poz. 1405, t.j. z dnia 29 lipca 2019.

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. 2018 poz. 617 z późn. zm.

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U. 2019 poz. 1127 z późn. zm.

Orzecznictwo

Uchwała SN z dnia 22 października 2010 r., III CZP 76/10, LEX nr 604152.

Uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 32/11, OSNC 2013/4 poz. 45.

Uchwała z dnia 12 grudnia 2013 r., III CZP 74/13, OSNC 2014/9 poz. 88.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, V ACa 119/18, LEX nr 2631472

Inne

Skaba D., *Sedacja i krótkotrwałe dożylnie znieczulenie ogólne*, <https://www.mp.pl/pacjent/ortopedia/badania-zabiegi/165458,sedacja-i-krotkotrwale-dozylnie-znieczulenie-ogolne>, 26.02.2019.

<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>, 20.02.2019.

https://en.wikipedia.org/wiki/Terri_Schiavo_case, 26.02.2019.

<https://www.aclu.org/news/us-supreme-court-protects-liberty-upholding-terri-schiavos-decision-discontinue-medical>, 26.02.2019.

O postępowaniu przed Ministrem Finansów dotyczącym wpisów w księgach wieczystych na rzecz Skarbu Państwa na podstawie międzynarodowych umów o uregulowaniu roszczeń finansowych



Weronika Szafrńska

Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, LL.M. Heidelberg. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się głównie wokół zagadnień postępowania administracyjnego i sądowniczo-administracyjnego krajów niemieckojęzycznych.

✉ weronika.szafranska@us.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-7663-1904>

Proceedings before the Minister of Finance Concerning Entries in the Land and Mortgage Registers in favour of the State Treasury Based on International Agreements on the Settlement of Financial Claims

The article attempts to solve problems arising in connection with the application by the Minister of Finance of the Act of 9 April 1968 on making entries in the land and mortgage register in favour of the Treasury, based on international agreements on the settlement of financial claims. The Act was adopted to regulate—in the land and mortgage registers—the legal status of real estate taken over by the State Treasury after World War II. However, its laconic nature causes great interpretation difficulties for the aforementioned authority, which on the basis of this Act, is obliged to issue declaratory decisions confirming the transfer of ownership to the Treasury. Substantive settlement in such proceedings is additionally hindered by views unconfirmed in doctrine and judicature regarding the manner by which the State Treasury takes over ownership of real estate in connection with the international indemnification agreements referred to in the title of the Act agreements.

Słowa kluczowe: układy indemnizacyjne, postępowanie administracyjne, Minister Finansów

Key words: international indemnification agreements, administrative proceedings, Minister of Finance

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.278>

1. Wstęp

Problematyka odszkodowań przyznawanych na podstawie tzw. układów indemnizacyjnych za mienie znacionalizowane i wyłączone po II wojnie światowej była dotychczas przedmiotem zainteresowania przedstawicieli nauki prawa cywilnego i międzynarodowego¹. I choć ustawodawca już pod koniec lat 60. XX w. przesądził o konieczności wydawania przez Ministra Finansów² decyzji mających stanowić podstawę wpisu do księgi wieczystej Skarbu Państwa jako właściciela wyłączonego nieruchomości, doktryna prawa administracyjnego nie zajmowała się powstającymi na tle tych uregulowań wątpliwościami. Wieleletnie zaniedbania w kwestii uregulowania stanu prawnego przejętych przez państwo polskie nieruchomości doprowadziły jednak do nawarstwienia przedmiotowych postępowań prowadzonych przez ww. organ, co spowodowało konieczność zmierzania się przez przedstawicieli nauki prawa administracyjnego z problemami wynikającymi z lakonicznego i nieprzemyślanego ustawodawstwa, mającego w zamyśle twórców stanowić remedium na wszelkie

problemy związane z przejmowaniem przez Polskę powojennego mienia.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie nowych koncepcji proponowanych przez doktrynę prawa cywilnego dotyczących przejścia prawa własności nieruchomości „objętych” układami i w nawiązaniu do tych rozważań próba rozstrzygnięcia wciąż narastających wokół tej tematyki problemów, z którymi muszą zmierzyć się zarówno Minister Finansów prowadzący postępowanie administracyjne w sprawie stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa, jak i następnie sądy administracyjne.

2. Istota układów indemnizacyjnych

Głównym celem tzw. układów indemnizacyjnych³ zawartych przez państwo polskie z 12 krajami w latach 1949–1971 było uporządkowanie kwestii odszkodowawczych ze względu na dokonane w latach 40., 50. i 60. XX w. przejęcia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa⁴. Na ich podstawie rząd polski chciał ostatecznie

1 Zob. m.in.: R. Andrzejczyk, *Polityka państwa polskiego wobec roszczeń zagranicznych powstałych w wyniku nacjonalizacji przeprowadzonej po II wojnie światowej. Przykład dwustronnych umów odszkodowawczych*, „Polityka i Społeczeństwo” 2015, nr 4, s. 98 i n.; J. Barcz, *Układy indemnizacyjne zawarte po II wojnie światowej przez Polskę z dwunastoma państwami zachodnimi. Podstawowe zagadnienia interpretacyjne* (w:) E. Mikos-Skuza, K. Myszone-Kostrzewa, J. Poczobut (red.), *Prawo międzynarodowe – teraźniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Dżysława Garlickiego*, Warszawa 2013, s. 23 i n.; W. Dudek, *Międzynarodowe aspekty nacjonalizacji w Polsce*, Warszawa 1976, s. 138 i n.; M. Muszyński, *Nacjonalizacja mienia cudzoziemców w Polsce a problem rekompensaty za mienie pozostawione*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 1, s. 65–66; M. Soszyńska, *Polsko-amerykański układ indemnizacyjny z 16.07.1960 r. jako forma realizacji odpowiedzialności Polski za powojenna nacjonalizację mienia obywateli Stanów Zjednoczonych*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, nr 4, s. 119 i n.

2 Obecnie właściwym w tych sprawach organem jest Minister Finansów, Inwestycji i Rozwoju, jednak w dalszej części artykułu autorka będzie posługiwała się skróconą wersją nazwy organu: Minister Finansów.

3 Były to umowy podpisane z: Francją (z 19 marca 1949 r., uzupełniona układem z 30 listopada 1963 r.), Danią (dwa protokoły: z 12 maja 1949 r. i 26 lutego 1953 r.), Szwajcarią (z 25 czerwca 1949 r., uzupełniona układem z 26 czerwca 1964 r.), Szwecją (z 16 listopada 1949 r., z jednym protokołem poufnym, podpisanym w tym samym dniu, oraz trzema układami uzupełniającymi, podpisanymi 16 listopada 1949 r., 29 listopada 1964 r. i 19 stycznia 1966 r.), Wielką Brytanią i Irlandią Północną (z 11 listopada 1954 r.), Norwegią (z 23 grudnia 1955 r.), Belgią i Luksemburgiem (z 14 listopada 1963 r.), Grecją (z 22 listopada 1963 r.), Holandią (z 20 grudnia 1963 r.), Stanami Zjednoczonymi (z 16 lipca 1960 r. wraz z protokołem wykonawczym z 29 listopada 1960 r.), Austrią (z 6 października 1970 r. wraz z protokołem dodatkowym z 25 stycznia 1973 r.) oraz Kanadą (z 15 października 1971 r.).

4 Przejęcia następowały m.in. na podstawie: Dekretu PKWN z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej (t.j. Dz.U. 1945 nr 3 poz. 13 ze zm.), Dekretu z dnia 2 marca 1945 r. o majątkach opuszczonych i porzuconych (Dz.U. 1945 nr 9 poz. 45), Ustawy z dnia 6 maja 1945 r. o majątkach opuszczonych i porzuconych (Dz.U. 1945 nr 17 poz. 97), Dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. 1945 nr 50 poz. 279), Dekretu z dnia 28 listopada 1945 r. o przejęciu niektórych nieruchomości ziemskich na cele reformy rolnej i osadnictwa (Dz.U. 1945 nr 57 poz. 321),

uregulować sprawę roszczeń związanych z powojenną nacjonalizacją i wywłaszczeniem, które mogły być wysuwane względem Polski przez obywateli państw obcych i ich osoby prawne⁵.

prowadzeniu stosownych postępowań⁶. Były to postępowania wszczynane na wniosek, a zatem Komisje te mogły także odmówić przyznania odszkodowania. Na podstawie umów, po wypłaceniu globalnego odszko-

Na podstawie umów, po wypłaceniu globalnego odszkodowania, państwo polskie miało zostać zwolnione z dalszej odpowiedzialności finansowej za przejęte mienie względem poprzednich właścicieli.

Po podpisaniu układów Polska wypłaciła innym państwom-stronom sumę ryczałtową (tzw. globalne ryczałtowe odszkodowanie), celem jej rozdysponowania dla zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych obywateli tychże państw obcych oraz osób prawnych pozbawionych własności nieruchomości w związku z dokonaniem na ziemiach polskich przejęciem mienia na rzecz Skarbu Państwa. Po przekazaniu stosownej kwoty specjalne Komisje utworzone przez władze poszczególnych państw, najczęściej przy krajowych odpowiednikach ministrów spraw zagranicznych, zajmowały się przekazywaniem odszkodowań po prze-

dowania, państwo polskie miało zostać zwolnione z dalszej odpowiedzialności finansowej za przejęte mienie względem poprzednich właścicieli⁷.

Państwa-strony układów zostały także na ich mocy zobowiązane do przekazania rządowi polskiemu oryginałów (bądź kopii) dokumentów odnoszących się do znacjonalizowanego lub wywłaszczonego mienia, za które odszkodowanie zostało przyznane, oświadczeń o zrzeczeniu się roszczeń względem Polski, stosownych decyzji komisji czy po prostu list obywateli i osób prawnych, którym przyznano odszkodowania⁸.

3. Układ indemnizacyjny a prawo powszechnie obowiązujące

Głównym zagadnieniem rodzącym się na tle przedmiotowych układów, a pociągającym za sobą szereg problemów związanych z przejmowaniem nieruchomości, stała się kwestia uznania ich za źródło prawa powszechnie obowiązującego. W związku z nieratyfikowaniem tych dokumentów, a także brakiem ich

Dekretu z dnia 8 marca 1946 r. o majątkach opuszczonych i poniemieckich (Dz.U. 1946 nr 13 poz. 87 ze zm.), Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 maja 1946 r. o określeniu osób, których majątek przechodzi na własność Państwa (Dz.U. 1946 nr 28 poz. 182), Dekretu z dnia 7 kwietnia 1948 r. o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939–1945 r. (Dz.U. 1948 nr 20 poz. 138 ze zm.), Ustawy z dnia 25 lutego 1958 r. o uregulowaniu stanu prawnego mienia pozostającego pod zarządem państwowym (Dz.U. 1958 nr 11 poz. 37 ze zm.), Ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (Dz.U. 1958 nr 17 poz. 70 ze zm.), Ustawy z dnia 28 czerwca 1962 r. o przejmowaniu niektórych nieruchomości rolnych na zagospodarowanie lub na własność Państwa oraz o zaopatrzeniu emerytalnym właścicieli tych nieruchomości i ich rodzin (Dz.U. 1962 nr 38 poz. 166 ze zm.) i wielu innych.

5 J. Barcz, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 25.

6 Zob. M. Muszyński, *Nacjonalizacja mienia...*, dz. cyt., s. 65; J. Barcz, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 25–27.

7 J. Barcz, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 25–27. Odmienne uregulowania zawierał jedynie układ z Norwegią, na mocy którego podpisujące państwa zrzekły się wzajemnych roszczeń.

8 Zob. m.in. art. 5 ust. 1 układu z Grecją, art. 5 układu z Holandią, art. VIII ust. 1 układu z Kanadą, art. V lit. C układu ze Stanami Zjednoczonymi.

promulgacji w stosownym dzienniku publikacyjnym ostatecznie jednogłośnie odmówiono im przymiotu prawa powszechnie obowiązującego⁹, który to pogląd został przyjęty w orzecznictwie sądów administracyjnych¹⁰. Zarazem należy zwrócić uwagę, że zarówno Naczelny Sąd Administracyjny, jak i Trybunał Konstytucyjny przesądziły o konieczności uznania skutków powstałych w związku z podpisanymi układami. TK stwierdził, że „układy dotyczące odszkodowań podpisane z wieloma krajami w okresie powojennym (...), nie podlegały ratyfikacji i nie wymagały publikacji. Takie umowy, określane są mianem zawieranych w trybie prostym. Powinny być one wykonywane przez organy

wcześniej nieodwracalne skutki prawne¹¹. Naczelny Sąd Administracyjny, uznając układy za porozumienia rządowe, tj. akty umowne prawa międzynarodowego, już pod koniec XX w. wskazywał w swoim orzecznictwie, że nie ma podstaw, aby organy odmawiały ich stosowania i wykonywania oraz aby warunkiem skuteczności tych umów i osiągnięcia celu, dla którego zostały zawarte (uwolnienia się od odpowiedzialności przez państwo polskie), była konieczność ich ogłoszenia¹². Nie zrównywano ze sobą zatem kwestii sposobu przejścia prawa własności przez Skarb Państwa i jego udokumentowania z kwestiami odszkodowawczymi za mienie pozostawione.



Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego całkowite wykonanie układu indemnizacyjnego spowodowało, że musi być on traktowany jak umowa międzynarodowa, która wygasła.

państwa zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego i art. 9 Konstytucji”. Trybunał zanegował jednocześnie możliwość wzruszania (kontroli) tych spośród nich, które zostały zrealizowane przez obie strony. Zdaniem Trybunału całkowite wykonanie układu przez obie strony spowodowało, że traktowany być musi jak umowa międzynarodowa, która wygasła, wywoławszy

W literaturze wskazuje się także, że zgodnie z regułami prawa międzynarodowego państwo, które zaciągnęło zobowiązania międzynarodowe, jest zobligowane do uzgodnienia ze swoimi organami sposobów ich realizacji¹³. Niewątpliwie zaś dla realizacji układów indemnizacyjnych (i dalej nabywania własności przez Skarb Państwa w związku z ich podpisaniem i wykonywaniem) konieczne jest przyjęcie koncepcji ich bezpośredniego stosowania względem poszczególnych podmiotów. Wywoływanie skutku bezpośredniego przez nieratyfikowane umowy międzynarodowe zostało

9 Zob. m.in.: J. Barcz, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 23 i 26; H. Ciepla, R.M. Sarbiński, K. Sobczyk-Sarbińska, *Roszczenia przysługujące byłym właścicielom tzw. gruntów warszawskich. Sposób ich dochodzenia w postępowaniu administracyjnym i sądowym*, Warszawa 2013, s. 64; M. Pilich, *Międzynarodowe umowy indemnizacyjne w praktyce sądów (w:) Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Reprywatyzacja w orzecznictwie sądów*, t. 3, Warszawa 2016, s. 117; M. Muszyński, *Nacjonalizacja mienia...*, dz. cyt., s. 65–66.

10 Zob. m.in.: Wyrok NSA (7) z 17 maja 1999 r., OSA 2/98, ONSA 1999/4, poz. 110; Wyrok NSA z 19 października 2006 r., I OSK 367/05, LEX nr 281393; Wyrok NSA z 15 stycznia 2014 r., I OSK 1448/12, LEX nr 1466445.

11 Post. Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2000 r., SK 31/99, Legalis nr 49095; zob. także Wyrok WSA w Warszawie z 14 czerwca 2018 r., I SA/Wa 341/17, LEX nr 2550442.

12 Zob. Wyrok NSA z 17 maja 1999 r., OSA 2/98, LEX nr 37308.

13 M. Masternak-Kubiak, *Skuteczność umów indemnizacyjnych w prawie polskim (w:) H. Babiuch, P. Kapusta, J. Michalska (red.), Aktualne problemy Konstytucji. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej Profesora Bogusława Banaszaka*, Legnica 2017, s. 530.

usankcjonowane m.in. w orzecznictwie SN: „Normy prawa międzynarodowego mogą i powinny być bezpośrednio stosowane w wewnętrznym obrocie prawnym i nie wymagają żadnych dodatkowych czynności transformujących. Dotyczy to jednak takich norm konwencji lub dwustronnych umów, w których co najmniej w sposób dorozumiany wyrażono wolę stosowania ich w obszarze prawa wewnętrznego państw – stron lub też możliwość takiego stosowania wynika z ich treści lub innych obiektywnych przesłanek towarzyszących ich zawarciu”¹⁴. W ślad za powyższymi rozważaniami należy zatem przyjąć, że pomimo braku ratyfikacji postanowienia układów mogą wywoływać skutek bezpośredni (o ile oczywiście spełniają testy skutku bezpośredniego), a tym samym otwierają drogę do prawnego nabycia przez Skarb Państwa własności nieruchomości, których dotyczyły.

4. Nabycie własności przez Skarb Państwa w związku z układami indemnizacyjnymi

Choć układy indemnizacyjne służyły przede wszystkim uregulowaniu roszczeń za utratę prawa własności nieruchomości przejętych na mocy powojennych dekreto- w, w niektórych układach przedmiot odszkodowania został nakreślony tak ogólnikowo, że nie było przeszkód, aby w praktyce ich ustalenia były stosowane również względem mienia przejętego przez państwo w sposób faktyczny, to znaczy opuszczonego przez poprzednich właścicieli i objętego w posiadanie samoistne jako nieruchomości porzucone¹⁵. Przyjęcie takiego rozwiązania zrodziło jednak szereg problemów prawnych. Po pierwsze nie można było wskazać podstawy prawnej dla przejęcia przez państwo prawa własności. Po drugie w sytuacji faktycznego przejęcia, bez jednoczesnego nabycia prawa własności, nie istniał żaden dokument potwierdzający tytuł własności i pozwalający na dokonanie na rzecz Skarbu Państwa odpowiedniego wpisu w księdze wieczystej – po przejęciu prawa własności

przez Skarb Państwa na mocy powojennych dekreto- w i ustaw wpis w księdze następował wszak po okazaniu decyzji administracyjnej, zaświadczenia czy innego dokumentu przewidzianego w tychże regulacjach dla potwierdzenia nabycia prawa własności¹⁶.

W celu umożliwienia dokonywania wpisów do ksiąg wieczystych na rzecz Skarbu Państwa nawet w sytuacji braku stosownego dokumentu ustawodawca uchwalił 9 kwietnia 1968 r. Ustawę o dokonywaniu w księgach wieczystych wpisów na rzecz Skarbu Państwa w oparciu o międzynarodowe umowy o uregulowaniu roszczeń finansowych¹⁷. Zgodnie z art. 2 tej ustawy wpis do księgi wieczystej Skarbu Państwa, jako właściciela nieruchomości lub uprawnionego do korzystania z wieczystego użytkowania albo z ograniczonego prawa rzeczowego, następuje na podstawie decyzji Ministra Finansów, stwierdzającej przejście na rzecz Skarbu Państwa nieruchomości lub prawa na podstawie międzynarodowej umowy o uregulowaniu wzajemnych roszczeń finansowych.

W świetle powyższych rozważań należy zauważyć, że przejmowanie na rzecz Skarbu Państwa nieruchomości, o których mowa w układach indemnizacyjnych, następowało na kilka sposobów. Pierwszy, prawny, niebudzący, co do zasady, wątpliwości, miał miejsce w sytuacji przejęcia przez Polskę nieruchomości na mocy powojennych przepisów. Wpis w księdze wieczystej był dokonywany na podstawie decyzji czy

14 Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 czerwca 1993 r., I PRN 54/93, OSA 1994/11-12/8.

15 Jak wskazuje G. Matusik, należy tu wskazać przede wszystkim na pięć układów, w tym ze Szwajcarią, Danią, Norwegią, USA oraz z Austrią. G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości przez Skarb Państwa w związku z tzw. układami indemnizacyjnymi*, „Rejent” 2018, nr 9, s. 44.

16 Mowa tu o dokumentach potwierdzających tytuł własności Skarbu Państwa, a wydawanych na podstawie poszczególnych przepisów. Zob. m.in.: § 5 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 1 marca 1945 r. w sprawie wykonania dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej (Dz.U. 1945 nr 3 poz. 13 ze zm.); art. 3 Dekretu z dnia 5 września 1947 r. o przejściu na własność Państwa mienia pozostałego po osobach przesiedlonych do Z.S.R.R. (Dz.U. nr 59 poz. 318 ze zm.) i wiele innych.

17 Dz.U. nr 12 poz. 65. Sam NSA w wyroku z 17 maja 1999 r., OSA 2/98, LEX nr 37308 skłania się wręcz ku uznaniu, że ustawa z 1968 r. miała zastosowanie do wszystkich nieruchomości objętych układami, nie tylko tych przejętych w sposób faktyczny, a zatem Minister Finansów jest (był) zobligowany do wydawania decyzji na mocy art. 2 ustawy dla każdej nieruchomości, także przejętej na własność na podstawie odrębnych dekreto- w.

zaświadczeń wydawanych przez wskazany w przepisach odpowiednich dekretów wywłaszczających i nacjonalizujących organ. Sam układ indemnizacyjny spełniał zatem w tej sytuacji rolę dokumentu pozwalającego „jedynie” na zaspokojenie roszczeń – wypłacenie stosownego odszkodowania¹⁸.

Drugi sposób przejęcia nieruchomości bazował na faktycznym objęciu nieruchomości w posiadanie przez Skarb Państwa, który stał się tym samym posiadaczem samoistnym¹⁹. Taki sposób przejęcia oznaczał jednak, że Skarb Państwa nie nabywał prawa własności nieruchomości. Jakkolwiek próbowano przeformułować pogląd, zgodnie z którym ustawa z 9 kwietnia

jennych dekretów. Czy w takim wypadku usunięcie z obrotu prawnego ze skutkiem *ex tunc* decyzji, na podstawie której Skarb Państwa przejął już nieruchomość, oznaczałoby utratę własności przez państwo nawet w sytuacji, gdy kilkadziesiąt lat wcześniej za przejętą nieruchomość wypłacono odszkodowanie na mocy układu indemnizacyjnego?

Sądy administracyjne i opierające się w dużej mierze na ich orzecznictwie sądy cywilne, próbując znaleźć rozwiązanie powyższych problemów, doszły do przekonania, że nabycie prawa własności przez Skarb Państwa w sytuacji wejścia w posiadanie samoistne (przejęcia faktycznego) jest możliwe jedynie po speł-



W literaturze wskazuje się wyraźnie, że układy indemnizacyjne nie mogły wywoływać skutku rzeczowego.

1968 r. miała na celu stworzenie podstawy prawnej dla dokonania w księdze wieczystej wpisu własności Skarbu Państwa nabytej „na podstawie” danego układu indemnizacyjnego, w sytuacji odmówienia układom przymiotu prawa powszechnie obowiązującego stanowisko to nie może zostać uznane za prawidłowe – w literaturze wskazuje się wyraźnie, że układy nie mogły wywoływać skutku rzeczowego²⁰. Ze względu na treść przepisów nie można również skłaniać się ku tezie, jakoby sama ustawa z 1968 r. stanowiła regulację o charakterze nacjonalizacyjnym²¹.

Kolejne wątpliwości nasuwają się także w sytuacji stwierdzenia nieważności decyzji wywłaszczających czy nacjonalizujących, a wydanych na podstawie powo-

nieniu określonych przesłanek, zawartych literalnie w układach bądź wyinterpretowanych na podstawie ich regulacji. Za warunek nabycia prawa własności składy orzekające uznawały po pierwsze złożenie przez obywatela (osobę prawną) obcego państwa-sygnatariusza układu wniosku o zaspokojenie roszczenia, po drugie przyznanie na tej podstawie odszkodowania oraz po trzecie złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się dalszych roszczeń związanych z utratą prawa własności nieruchomości²². Po wystąpieniu powyższych przesłanek za datę nabycia przez Skarb Państwa własności nieruchomości należałoby zatem uznać datę wejścia w życie ustawy z 9 kwietnia 1968 r., tj. 17 kwietnia 1968 r.²³

18 Zob. szerzej: G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości...*, dz. cyt., s. 46–47.

19 Tamże, s. 47.

20 Tamże, s. 49.

21 Tamże; W. Szafrąńska, *Układy indemnizacyjne – stary problem, aktualne wyzwanie* (w:) Z. Duniewska, M. Stahl, A. Rabiega-Przyłęcka (red.), *Standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego*, Warszawa 2019, s. 798.

22 Zob. m.in.: Wyrok WSA w Warszawie z 16 grudnia 2005 r., IV SA 4224/03, LEX nr 729501; Wyrok NSA z 25 września 2008 r., I OSK 975/07, LEX nr 498315; Wyrok WSA w Warszawie z 28 lutego 2006 r., IV SA/Wa 1879/05, LEX nr 206345; Wyrok NSA z 3 września 2010 r., I OSK 1445/09, LEX nr 745023; Wyrok NSA z 14 listopada 2014 r., I OSK 740/13, LEX nr 1591055; Wyrok SN z 15 października 2010 r., V CSK 3/10, LEX nr 686384.

23 Należy tu wskazać, że układy z Austrią i Kanadą zostały podpisane po wejściu w życie ustawy z 1968 r.

Oparcie orzekania w sprawie stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa na spełnieniu ww. przesłanek spotkało się jednak z zakwestionowaniem przez przedstawicieli doktryny. Uzależnienie przejścia prawa własności nieruchomości od samego faktu przyznania odszkodowania kłóci się bowiem, zdaniem G. Matusika, z samą istotą układów – to państwa, którym przyznano globalne zryczałtowane

W związku z powyższymi wątpliwościami w literaturze zaczęto skłaniać się ku oderwaniu kwestii przejścia własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa od samego przeprowadzonego przed organem obcym postępowania. Zgodnie z przedstawianymi poglądami, skoro decyzja Ministra Finansów jest jedynie decyzją o charakterze deklaratoryjnym, a zatem decyzją potwierdzającą nabycie własności z mocy prawa,

Złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się występowania z dalszymi roszczeniami względem strony polskiej nie może być uznane za zrzeczenie się prawa własności.

odszkodowanie były odpowiedzialne za rozdzielenie kwot²⁴. Przyjęcie powyższego poglądu oznaczałoby zaś, że przejście prawa własności zależy całkowicie od postępowania, w którym strona polska w ogóle nie uczestniczy, i co więcej od postępowania, którego prawidłowości strona polska nie może badać w toku postępowania prowadzonego przed Ministrem Finansów – w orzecznictwie ugruntował się bowiem pogląd co do niemożliwości negocjowania ustaleń dokonywanych w sprawach przyznawania odszkodowań na podstawie układów przez zagraniczne komisje²⁵.

Po drugie należy wskazać, że złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się występowania z dalszymi roszczeniami względem strony polskiej nie może być uznane za zrzeczenie się prawa własności, do którego, jak wskazuje się w literaturze, stosuje się bowiem formę aktu notarialnego²⁶. Jest to zatem czynność nie mogąca rodzić żadnego skutku prawnego.

co jednogłośnie przyjmuje się w orzecznictwie²⁷, to dla samego przejścia prawa własności przyznanie odszkodowania może mieć jedynie znaczenie drugorzędne i nie może tym samym stanowić warunku dla stwierdzenia przejścia prawa własności. Czynnikiem decydującym powinna być w takiej sytuacji już sama możliwość zostania beneficjentem układu, nawet w przypadku niewystąpienia ze stosownym wnioskiem o zaspokojenie roszczeń przez byłego właściciela nieruchomości²⁸. W takim wypadku przejście prawa własności następowaloby po spełnieniu trzech warunków: zawarcia układu i wypłaty przez państwo polskie globalnego, zryczałtowanego odszkodowania oraz wejścia w życie ustawy z 9 kwietnia 1968 r. Minister Finansów musiałby jednak potwierdzić, że postępowanie toczy się względem tożsamej nieruchomości, za którą na mocy układu przyznano odszkodowanie, bądź w przypadku, gdy były właściciel nigdy nie występował z żądaniem wypłaty odszkodowania do rządu (komisji) państwa-strony układu, organ musiałby udowodnić, że właściciel nieruchomości przejętej przez Skarb Państwa bez wątpienia zostałby

24 G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości...*, dz. cyt., s. 52.

25 W. Szafrńska, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 798.

26 Zob. G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości...*, dz. cyt., s. 52; M. Kaliński, *W sprawie relacji między układami indemnizacyjnymi zawartymi przez rząd PRL z rządami państw obcych oraz dekretem o gruntach warszawskich* (w:) K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bleszyńskiemu*, Warszawa 2013, s. 221.

27 Zob. m.in. Wyrok NSA z 8 stycznia 2010 r., I OSK 442/09, LEX nr 595384; Wyrok NSA z 16 października 2015 r., I OSK 80/14, CBOSA.

28 Zob. wyjaśnienie tego stanowiska: G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości...*, dz. cyt., s. 53–55.

beneficjentem układu, gdyby tylko złożył stosowny wniosek. Po potwierdzeniu powyższych okoliczności byłaby wydawana decyzja pozytywna stwierdzająca przejście własności na Skarb Państwa.

Jak wskazują przedstawiciele nauki prawa cywilnego, choć taki pogląd również jest obarczony wadą, ponieważ dalej nie przedstawia się konkretnej podstawy prawnej dla nabycia własności przez Skarb Państwa (jak wspomniano wyżej, ustawa z 1968 r. nie zawiera przepisów nacjonalizujących czy uwłaszczeniowych), można uznać, że akt ten wraz ze stanem faktycz-

kraju nie posiada uregulowanego w księgach wieczystych stanu prawnego³¹.

Lakoniczność uregulowań zawartych w ustawie z 1968 r. nie pozwala na rozwiązywanie szeregu problemów, z którymi musi mierzyć się Minister Finansów podczas prowadzonego przez siebie postępowania w sprawie stwierdzenia przejścia prawa własności. Ustawodawca nie zawarł w ustawie m.in. przepisów regulujących szczegółowo tryb wszczęcia postępowania. Sam fakt wydawania w tym wypadku decyzji deklaratoryjnej nie pozwala na rozstrzygnięcie, który



Decyzja Ministra Finansów stanowi zwieńczenie procesu zapoczątkowanego podpisaniem układu indemnizacyjnego oraz potwierdza wystąpienie skutku prawnego w postaci nabycia przez Skarb Państwa prawa własności nieruchomości.

nym powstałym na podstawie układów tworzą skutek uwłaszczający. Za przyjęciem takiej koncepcji przemawiają, zdaniem Grzegorza Matusika, przede wszystkim argumenty funkcjonalne i systemowe²⁹ – pozytywna decyzja Ministra Finansów stanowi zwieńczenie procesu zapoczątkowanego podpisaniem układu indemnizacyjnego oraz potwierdza wystąpienie skutku prawnego w postaci nabycia przez Skarb Państwa prawa własności nieruchomości³⁰.

5. Postępowanie przed Ministrem Finansów – problem wszczęcia postępowania

Zaniedbania administracji rządowej w zakresie uregulowania sytuacji prawnej nieruchomości i niewydawanie po wejściu w życie ustawy z 9 kwietnia 1968 r. decyzji przewidzianych w jej art. 2 doprowadziły do sytuacji, w której wiele nieruchomości na obszarze

z trybów wszczęcia byłby w tym wypadku najwłaściwszy: z urzędu, na wniosek czy może obydwu.

W związku z nieregulowaniem w przepisach trybu wszczęcia oraz z faktem, iż wydawana przez Ministra Finansów decyzja nie przesądza bezpośrednio o uprawnieniach czy obowiązkach, a jako decyzja deklaratoryjna służy jedynie dokonaniu wpisu w księdze wieczystej, wszczęcie mogłoby nastąpić zarówno z urzędu, jak i na wniosek³².

29 G. Matusik, *Nabycie własności nieruchomości...*, dz. cyt., s. 54.

30 W. Szafrąńska, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 800.

31 Chociaż Minister Spraw Zagranicznych umieścił na swoich stronach internetowych spisy nieruchomości, których właściciele zostali objęci postanowieniami układów, nie oznacza to, że w tych wszystkich sprawach Minister Finansów wszczął i prowadził postępowania w sprawie wydania decyzji stwierdzającej przejście prawa własności na rzecz Skarbu Państwa Zob. http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/ministerstwo-finansow/rejestry/-/asset_publisher/rh6U/content/wykazy-nieruchomosci-objetych-miedzynarodowymi-ukladami-indemnizacyjnymi, 15.10.2019. Listy są wciąż uzupełniane.

32 Tak np. Wyrok SN z 16 maja 2002 r., IV CKN 1071/00, LEX nr 79844 odnoszący się do art. 73 Ustawy z dnia 13 paździer-

Za wszczynaniem postępowania z urzędu przemawiałaby wykładnia celowościowa przepisów ustawy z 1968 r. Skoro bowiem przy realizacji jej przepisów mamy do czynienia z dokonywaniem wpisów na rzecz Skarbu Państwa, bezsprzecznie chodzi tu o szeroko pojęty interes państwa polskiego – celem ustawy miało być, w zamyśle ustawodawcy, zatwierdzanie przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa i uregulowanie jego stosunków własnościowych³³. Tym samym to w interesie państwa i wszystkich organów zaangażowanych w jakikolwiek sposób (także pośredni) w stosowanie przepisów ww. ustawy powinno leżeć wszczynanie przewidzianych w niej postępowań. Biorąc pod uwagę te rozważania, nie ulega wątpliwości, że to organ wchodzący w skład aparatu państwowego w osobie Ministra Finansów powinien wszczynać z urzędu przedmiotowe postępowanie.

Po drugie jednak, mając na uwadze wykładnię systemową ustawy oraz wydanego dla jej wykonania rozporządzenia³⁴, można dojść do wniosku, że decyzja wydawana przez Ministra Finansów wiąże się w swej istocie z uprawnieniami przydanymi na jej podstawie także pojedynczym przedstawicielom Skarbu Państwa w postępowaniu wieczystoksięgowym. Decyzja ta

bezsprzecznie stanowi podstawę wpisu w rozumieniu art. 626² § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego³⁵, bowiem już w uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że akt ten ma umożliwić dokonywanie wpisów (prawa) własności na rzecz Skarbu Państwa w tych wszystkich przypadkach, w których tytuły własności nie zostały potwierdzone stosownymi decyzjami czy zaświadczeniami³⁶.

W związku z powyższym należy przyjąć, że postępowanie administracyjne prowadzone w tej sprawie pełni rolę służebną wobec postępowania wieczystoksięgowego. Decyzje wydane w tych sprawach nie mają zatem znaczenia w innych sprawach czy postępowaniach – stanowią jedynie podstawę wpisu w księdze wieczystej (ich przedmiotem nie jest uzyskanie prawa własności) – są ściśle powiązane ze złożeniem wniosku o wpis przez odpowiedni organ administracji, tj. starostę (prezydenta miasta) jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Uzyskanie tego tytułu, jakkolwiek zatem niezbędne dla dokonania wpisu, nie przesądza o nabyciu i podstawie nabycia prawa własności, choć potwierdza skutek – nabycie uprawnienia – jakim było przejęcie własności nieruchomości przez Skarb Państwa. Często zaś brak uzyskania tego aktu skutkuje niemożliwością ujawnienia własności Skarbu Państwa w księdze wieczystej. Skoro zatem od chwili uzyskania pozytywnej decyzji Ministra Finansów strona postępowania – Skarb Państwa – może ujawnić swoje prawo w księdze wieczystej, decyzja ta, jako warunkująca rozstrzygnięcie w postępowaniu wieczystoksięgowym, kształtuje pozytywnie jego sytuację prawną i pomimo deklaratoryjnego charakteru przyznaje Skarbowi Państwa legitymację czynną wnioskodawcy. W szerokim rozumieniu z jej wydaniem wiąże się zatem przyznanie uprawnienia³⁷.

W świetle powyższych rozważań można się zastanowić nad przyjęciem stanowiska, że wszczęcie postępowania na podstawie ustawy z 1968 r. powinno nastąpić na wniosek, jako podstawę dla tego poglądu wskazując ugruntowaną w doktrynie regułę wykładni, zgodnie z którą, gdy przepis prawa materialnego nie normuje wprost inicjatywy wszczęcia postępowania, a przedmiotem przyszłej decyzji będzie przyznanie jednostce

nika 1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. nr 133 poz. 872 ze zm.), zgodnie z którym „Podstawą do ujawnienia w księdze wieczystej przejścia na własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego nieruchomości, o których mowa w ust. 1 [zajętych pod drogi publiczne – W.S.], jest ostateczna decyzja wojewody”. Zdaniem sądu w oparciu o powyższy przepis postępowanie może być wszczęte zarówno z urzędu jak i na wniosek.

33 Można w tym miejscu zauważyć, że w przypadku wywłaszczenia nieruchomości na cele publiczne na rzecz Skarbu Państwa ustawodawca przewidział, że wszczęcie postępowania następuje tu z urzędu. Może ono zostać wszczęte także na skutek zawiadomienia złożonego przez podmiot, który zamierza realizować cel publiczny (art. 115 ust. 1 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2018 r. poz. 2204 ze zm.).

34 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 maja 1968 r. w sprawie trybu dokonywania w księgach wieczystych wpisów na rzecz Skarbu Państwa w oparciu o międzynarodowe umowy o uregulowaniu roszczeń finansowych, Dz.U. nr 17 poz. 109.

35 T.j. Dz.U. 2019 poz. 1460 ze zm.

36 W. Szafrńska, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 802.

37 Tamże.

uprawnień, zgodnie z zasadą, że to jednostka rozporządza swoim prawem, wszczęcie postępowania następuje na wniosek podmiotu zainteresowanego³⁸.

Przyjęcie takiej wykładni oznaczałoby, że Minister Finansów nie byłby zobligowany do wszczynania postępowań w sprawie stwierdzenia przejścia prawa własności z urzędu. Wszczęcie mogłoby nastąpić na wniosek jednej ze stron postępowania, którymi zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych są Skarb Państwa, posiadający w sprawie interes prawny,

czy ustalenia wszystkich spadkobierców danego mienia. Nawet gdyby bowiem przyjąć koncepcję, że postępowanie jest wszczynane na wniosek odpowiedniego organu będącego *statio fisci* Skarbu Państwa, zgodnie z treścią art. 63 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁴¹ organ ten nie byłby zobligowany do przedstawienia wszystkich informacji na temat danej nieruchomości objętej układem potrzebnych Ministrowi Finansów do wydania decyzji.



Jedynym sposobem na zapobieżenie przewlekłości prowadzonych przez Ministra Finansów postępowań, byłaby zmiana przepisów ustawy z 1968 r. i wprowadzenie konieczności wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania oraz uszczegółowienie elementów tego wniosku.

reprezentowany przez swojego przedstawiciela w sprawie gospodarowania nieruchomościami, którym jest starosta (prezydent miasta)³⁹, a także osoby będące właścicielami bądź spadkobiercami właścicieli przejętych nieruchomości czy użytkownicy wieczystości⁴⁰. Zaakceptowanie tego stanowiska nie spowodowałoby jednak rozwiązania podstawowego problemu urzędników Ministerstwa Finansów, jakim jest ustalenie stanu prawnego nieruchomości objętych układami, w tym skompletowanie odpowiednich dokumentów (nie zawsze przesłanych przez państwo-sygnatariusza).

W związku z dokonaną wyżej analizą, zdaniem autorki, jedynym sposobem na zapobieżenie przewlekłości prowadzonych w omawianym zakresie przez Ministra Finansów postępowań, byłaby zmiana przepisów ustawy z 9 kwietnia 1968 r. i wprowadzenie konieczności wystąpienia z wnioskiem (w tym organu będącego przedstawicielem Skarbu Państwa) do Ministra Finansów w celu wszczęcia postępowania, a także uszczegółowienie elementów tegoż wniosku. Takie rozwiązanie oznaczałoby z jednej strony porzucenie dużej części postępowania dowodowego, w szczególności zbierania informacji dotyczących spadkobierców nieruchomości i wszelkiej związanej z nią dokumentacji, na organ-wnioskodawcę – przedstawiciela Skarbu Państwa, a zatem starostę czy prezydenta miasta. Należy podkreślić, że skoro układy indemnizacyjne odnosiły się przede wszystkim do nieruchomości, które na własność Skarbu Państwa przeszły na mocy odpowiednich przepisów nacjonalizacyjnych,

38 B. Adamiak (w.): B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 411–412; zob. także R. Hauser, *Wszczęcie postępowania administracyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, z. 1, s. 4.

39 Zob. art. 11 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2018 poz. 2204.

40 Zob. Wyrok NSA z 5 maja 2004 r., OSK 127/04, LEX nr 837339; Wyrok NSA z 19 października 2006 r., I OSK 367/05, LEX nr 281393.

41 T.j. Dz.U. 2018 poz. 2096 ze zm.

zacyjnych, można się spodziewać, że stosowne zmiany w księgach wieczystych zostały już względem danej nieruchomości dokonane, bowiem wydano stosowną decyzję czy zaświadczenie, na których podstawie zmieniono wpisy. W takiej sytuacji prowadzenie odrębnego postępowania przez Ministra Finansów byłoby bezcelowe. A zatem, skoro to starostowie, jako organy

z rządu polskiemu oryginałów (bądź kopii) dokumentów odnoszących się do znacjonalizowanego lub wywłaszczonego mienia, za które odszkodowanie zostało przyznane, oświadczeń o zrzeczeniu się roszczeń względem Polski, stosownych decyzji komisji czy po prostu list obywateli i osób prawnych, którym przyznano odszkodowania⁴³.

Dopóki przepisy ustawy z 1968 r. nie ulegną zmianie, należy przyjąć, że postępowanie prowadzone przez Ministra Finansów na jej podstawie może być wszczynane zarówno z urzędu, jak i na wniosek.

reprezentujące Skarb Państwa w sprawach gospodarowania nieruchomościami, są odpowiedzialni za kontrolowanie informacji zawartych w księgach wieczystych założonych dla konkretnych nieruchomości Skarbu Państwa leżących na obszarze ich jednostki terytorialnej, można uznać, że to właśnie do ich kompetencji powinno należeć dążenie do korekty nieprawidłowego stanu prawnego ujawnionego w księgach i tym samym składanie wniosku do Ministra Finansów o wszczęcie przedmiotowego postępowania⁴².

Dopóki jednak przepisy ustawy z 1968 r. nie ulegną zmianie, należy przyjąć, że postępowanie prowadzone przez Ministra Finansów na jej podstawie może być wszczynane zarówno z urzędu, jak i na wniosek, przy czym trudno zanegować, że to *de facto* Minister Finansów powinien dążyć do jak najszybszego uregulowania stanu prawnego nieruchomości objętych układami indemnizacyjnymi.

6. Postępowanie przed Ministrem Finansów – problematyka prowadzenia i zakończenia postępowania

Na wstępie omawiania problematyki dowodowej w postępowaniu prowadzonym przez Ministra Finansów należy wskazać, że państwa-strony układów zostały na ich mocy zobowiązane do przekaza-

Odnośząc się do już sygnalizowanych problemów wyłaniających się w trakcie postępowania administracyjnego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wyrok SN z 15 października 2010 r., w którym wyrażono pogląd, że organy władz polskich (Minister Finansów) nie są władne do oceny merytorycznej decyzji Komisji (Ministerstwa Spraw Zagranicznych) innego państwa-strony układu przyznającej odszkodowanie. Jak wskazuje się w orzecznictwie – przy ocenie przesłanek nacjonalizacji trzeba brać pod uwagę przede wszystkim tę decyzję, a zatem i ocenę (wykładnię) dokonaną przez władze niektórych państw obcych odnośnie do polskich przepisów pozbawiających mienia⁴⁴. Organy władz polskich nie są uprawnione do kwestionowania ustaleń takiej komisji i do dokonywania samodzielnych, własnych ustaleń, które byłyby z nimi sprzeczne. Mają one więc dla Ministra Finansów charakter wiążący⁴⁵.

A *contrario* należy także zauważyć, że w sytuacji, gdy Komisja odmówiła przyznania odszkodowania, co byłoby równoznaczne ze stwierdzeniem, że wnio-

42 W. Szafrńska, *Układy indemnizacyjne...*, dz. cyt., s. 805.

43 Zob. m.in. art. 5 ust. 1 układu z Grecją, art. 5 układu z Holandią, art. VIII ust. 1 układu z Kanadą, art. V lit. C układu ze Stanami Zjednoczonymi.

44 Wyrok SN z 15 października 2010 r., V CSK 3/10, LEX nr 686384.

45 Wyrok NSA z 7 sierpnia 2009 r., I OSK 1132/08, LEX nr 594913.

skodawca nie może być beneficjentem układu, taka decyzja władz (komisji) państwa obcego, w świetle powyższego orzecznictwa, również wiązałaby Ministra Finansów.

Jednocześnie nie można jednak przejść obojętnie obok wyrażonego w orzecznictwie (w zdaniu odrębnym jednego z wyroków) poglądu, zgodnie z którym, skoro w tego rodzaju sprawach istotne było między innymi, czy w dacie wejścia w życie przepisów nacjonalizacyjnych (wywłaszczeniowych) lub w dniu, w którym zastosowano po raz pierwszy do niej podobne przepisy, jej właściciele (względnie ich następcy prawni) legitymowali się obywatelstwem państwa-strony układu oraz posiadali takie obywatelstwo w dacie zawarcia układu⁴⁶, Minister Finansów powinien mieć możliwość badania faktu posiadania obywatelstwa państwa obcego w chwili nacjonalizacji

mogłoby doprowadzić po pierwsze do sytuacji, w której Minister Finansów, odmawiając stwierdzenia przejścia prawa własności, a więc niejako przecząc pozytywnym decyzjom komisji zagranicznych o przyznaniu odszkodowania, utworzyłby drogę do dochodzenia wielomilionowych odszkodowań także przez właścicieli nieruchomości, którzy przyjęli już to odszkodowanie. Po drugie należy zauważyć, że zgodnie z tym poglądem, w sytuacji zastosowania układu, przyznania odszkodowania, a w związku z tym zrzeczenia się przez ówczesnych właścicieli praw do własności na rzecz państwa polskiego, wydanie przez Ministra decyzji odmawiającej stwierdzenia przejścia oznaczałoby niemożliwość wykazania przez Skarb Państwa jakiegokolwiek dokumentu umożliwiającego dokonanie na jego rzecz zmiany w księgach wieczystych, i to w przypadku nieroszczenia sobie praw do danej



Organy władz polskich (Minister Finansów) nie są władne do oceny merytorycznej decyzji komisji (ministerstwa spraw zagranicznych innego państwa-strony układu) przyznającej odszkodowanie.

(wywłaszczenia), nawet w przypadku, gdy odszkodowanie zostało już przyznane. Jeśli przyjęto by ten pogląd, mogłoby dojść do sytuacji, w której, pomimo przyznania odszkodowania na podstawie stosownego układu, Minister Finansów odmówiłby stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa⁴⁷.

Jakkolwiek nie można wykluczyć pomyłek członków komisji państw obcych przyznających odszkodowania, głosy optujące za koniecznością czynienia stosownych samodzielnych ustaleń stanu faktycznego w toku postępowania prowadzonego przez Ministra Finansów należą do rzadkości. Przyjęcie tego poglądu

nieruchomości przez poprzednich właścicieli.

Oczywiście inna byłaby sytuacja, w której przyjęlibyśmy pogląd wyrażany w literaturze, że przejście własności na rzecz Skarbu Państwa wymaga w istocie spełnienia trzech przesłanek, tj. zawarcia układu, wypłaty przez państwo polskie globalnego, zryczałtowanego odszkodowania i wejścia w życie ustawy z 9 kwietnia 1968 r. W takiej sytuacji Minister Finansów prowadzący postępowanie musiałby prowadzić pełne postępowanie dowodowe i dowodzić także tego, czy dany właściciel nieruchomości byłby w istocie beneficjentem układu, gdyby tylko wystąpił ze stosownym roszczeniem, czego jednak z różnych względów nie uczynił. W takim postępowaniu należałoby także sprawdzić, w jakim czasie jednostka uzyskała obywatelstwo innego państwa.

Abstrahując od powyższych rozważań, a wtórując przeważającym głosom wyrażanym w orzeczn-

46 Zob. zdanie odrębne w Wyroku WSA w Warszawie z 19 października 2018 r., I SA/WA 283/18, LEX nr 2639256.

47 Zob. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 października 2018 r., I SA/Wa 374/18, LEX nr 2610548.

nictwie sądów administracyjnych, należy wskazać, że postępowanie dowodowe w przypadku przyznania odszkodowania przez komisje państwa obcego powinno sprowadzać się do ustalenia, czy nieruchomości, względem której toczy się postępowanie, to w istocie ta sama nieruchomość, za którą przyznano odszkodowanie⁴⁸.

Na podstawie orzecznictwa sądów administracyjnych powyższe rozważania trzeba uzupełnić o kilka uwag szczególnych.

Po pierwsze dla wydania pozytywnej decyzji przez Ministra Finansów nie ma znaczenia, czy odszkodowanie zostało faktycznie wypłacone. Wydanie decyzji przez Ministra Finansów nie wymaga przedstawienia dowodu wypłaty odszkodowania, wystarczy sama decyzja o jego przyznaniu⁴⁹.

decyzji odmawiającej stwierdzenia przejścia na rzecz Skarbu Państwa prawa własności nieruchomości⁵⁰.

Po trzecie można uznać, że jeśli Minister Finansów jest w posiadaniu dokumentów potwierdzających ponad wszelką wątpliwość, że odszkodowanie w przedmiotowej sprawie zostało wypłacone, a brak jednak innych dokumentów, mógłby wydać decyzję stwierdzającą przejście prawa własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa.

Na gruncie powyższych rozważań rodzi się jednak pytanie, czy brak zrzeczenia się prawa własności nieruchomości przy jednoczesnym wydaniu decyzji o przyznaniu odszkodowania, ale też braku informacji o jego faktycznej wypłacie nie pozwalał (nie pozwala) na wydanie przez Ministra Finansów decyzji stwierdzającej przejście własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa.

Postępowanie dowodowe w przypadku przyznania odszkodowania przez komisje państwa obcego powinno sprowadzać się do ustalenia, czy nieruchomość, względem której toczy się postępowanie, to w istocie ta sama nieruchomość, za którą przyznano odszkodowanie.

Po drugie za problematyczną uznano sytuację, w której brak w przekazanych stronie polskiej dokumentach zrzeczenia się prawa własności nieruchomości. Należy jednak zauważyć, że decyzja o wypłacie odszkodowania mogła być wydana jedynie po zrzeczeniu się prawa własności, a zatem jeśli Minister Finansów jest w posiadaniu takowej, sam brak oświadczenia o zrzeczeniu się (niemożność jego uzyskania od innego państwa-strony układu) nie może przesądzać o wydaniu

Odnosząc ten problem do poczynionych wcześniej uwag, należy podkreślić, że samo zrzeczenie się prawa własności przy niezachowaniu formy aktu notarialnego byłoby w istocie dokumentem pozbawionym prawnego znaczenia. Na postawione wyżej pytanie należałoby zatem odpowiedzieć negatywnie – brak takowego zrzeczenia w sytuacji istnienia decyzji o przyznaniu odszkodowania nie powinien być przeszkodą do wydania przez Ministra Finansów decyzji stwierdzającej przejście prawa własności.

48 Zob. Wyrok NSA z 22 kwietnia 2008 r., I OSK 293/07, LEX nr 506365.

49 Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 30 listopada 2004 r., IV SA 1119/03, LEX nr 727935.

50 Zob. Wyrok NSA z 3 września 2010 r., I OSK 1445/09, LEX nr 745023; Wyrok NSA z 14 listopada 2014 r., I OSK 740/13, LEX nr 1591055.

Zasadnicze problemy odnoszące się do samej decyzji wydawanej w postępowaniu rodzą się jednak przy zderzeniu aktualnego orzecznictwa z wyrażanymi w doktrynie poglądami na temat przejścia prawa własności.

Zgodnie z orzecnictwem sądów administracyjnych sam fakt bycia dysponentem uprawnień (roszczeń) wynikających z układów, w sytuacji, gdy osoba ta nie wystąpiła i nie uzyskała odszkodowania, nie może prowadzić do stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa. Zgodnie zaś z poglądem przedstawianym w literaturze wydanie decyzji stwierdzającej przejście własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa byłoby możliwe już w związku ze spełnieniem li tylko przesłanki bycia dysponentem uprawnień (roszczeń) do otrzymania odszkodowania, pomimo że nie wystąpiło się o nie. Własność nieruchomości przechodziłaby, w świetle tego poglądu, na rzecz Skarbu Państwa albo na podstawie któregoś z dekrétów wydanych przez władze polskie (niejako osobną kwestią byłoby przyznanie odszkodowania na podstawie układu), albo bezpośrednio w związku ze spełnieniem trzech przesłanek, tj. podpisania układu, wypłacenia przez Polskę zryczałtowanej kwoty odszkodowania oraz wejścia w życie ustawy z dnia 9 kwietnia 1968 r. Przyjęcie tego poglądu oznaczałoby, jak wskazywano już wyżej, że Minister Finansów po wszczęciu postępowania (zostawiając na boku problem samego wszczęcia, o którym była mowa) byłby zobligowany do prowadzenia postępowania dowodowego mającego na celu ustalenie, czy dany podmiot, pomimo niezłożenia w innym państwie wniosku o przyznanie odszkodowania, w istocie był beneficjentem układu i po zawniioskowaniu o odszkodowanie z pewnością takowe by otrzymał.

W sytuacji uznania danej jednostki za „możliwego” beneficjenta układu Minister Finansów, przyjmując powyższe rozważania, byłby zobligowany do wydania decyzji stwierdzającej przejście własności na rzecz Skarbu Państwa.

Należy także zauważyć, że w sytuacji przyjęcia koncepcji, zgodnie z którą przejście nastąpiło na rzecz Skarbu Państwa już w momencie zaistnienia trzech ww. przesłanek, niezależnie od tego, czy dana jednostka wystąpiła o przyznanie odszkodowania, Minister Finansów byłby zobligowany do prowadzenia szeroko zakrojonego postępowania w sprawie, nawet w sytuacji braku stosownej dokumentacji i wiadomości

o przyznaniu odszkodowania. Samo istnienie „podejrzenia” o możliwości zastosowania układu względem danej nieruchomości i jej właścicieli obligowałoby do przeprowadzenia postępowania, a w razie potwierdzenia, że poprzedni właściciel nieruchomości mógł skorzystać z prawa do odszkodowania przyznanego na mocy układów, Minister musiałby wydać decyzję stwierdzającą przejście prawa własności.

Co ciekawe, Minister Finansów w wydawanych przez siebie w 2018 r. decyzjach przyjął koncepcję, jakoby niespełnienie warunków układów oznaczało brak podstaw faktycznych i prawnych do prowadzenia postępowania w sprawie stwierdzenia przejścia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa na podstawie art. 2 ustawy z dnia 9 kwietnia 1968 r. Zdaniem organu, skoro ówczesny właściciel nieruchomości i jego spadkobiercy nie mogliby nigdy zostać objęci układami indemnizacyjnymi, organ nie jest upoważniony do rozstrzygania tych sytuacji, bowiem obiektywnie nie zaistniał stan faktyczny przewidziany przez ustawodawcę w przepisach. Organ podnosił także, że skoro ustawa nie przewiduje wydania przez Ministra Finansów decyzji odmawiającej stwierdzenia przejścia, to nie ma w istocie podstawy prawnej pozwalającej organowi orzekającemu na wydanie decyzji merytorycznej, tj. odmawiającej stwierdzenia przejścia na rzecz Skarbu Państwa przedmiotowej nieruchomości. W takiej sytuacji postępowanie administracyjne zmierzające do wydania decyzji deklaratoryjnej, jako bezprzedmiotowe, podlega umorzeniu⁵¹.

Z powyższym poglądem nie zgodziły się sądy administracyjne, wskazując, że nie można przyjąć, aby zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania w sytuacji, gdy istnieje przedmiot postępowania oraz podmiot, w stosunku do którego może zostać wydana. Jeśli istnieje bowiem strony postępowania, a zatem następcy prawni byłego właściciela nieruchomości i Skarb Państwa, na rzecz którego ma zostać wydana decyzja, jeśli istnieje nieruchomość, której dotyczy postępowanie, a także przepisy prawa powszechnie obowiązującego, które mogły stanowić podstawę prawną rozstrzygnięcia, to jest ustawa z dnia 9 kwietnia 1968 r. – nie

51 Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 6 listopada 2018 r., I SA/WA 1031/18, LEX nr 2629344; Wyrok WSA w Warszawie z 28 marca 2019 r., I SA/Wa 2366/18, LEX nr 2678774.

może zaistnieć stan bezprzedmiotowości z przyczyn podmiotowych lub przedmiotowych.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem sądów – instytucja umorzenia postępowania znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy w świetle prawa materialnego i ustalonego stanu faktycznego brak jest sprawy administracyjnej mogącej być przedmiotem postępowania⁵². W postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z 1968 r. istotą sprawy administracyjnej jest właśnie zbadanie przesłanek dla ewentualnego stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa. Powzięcie pewności co do ich

nia, jak i ewentualna odmowa stwierdzenia przejścia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa miałyby taki sam skutek prawny. Zdaniem sądu wynika to z faktu, że orzeczenie o umorzeniu postępowania jako bezprzedmiotowego ma wyłącznie charakter procesowy i stanowi powagę rzeczy osądzonej jedynie w ramach określonych uwarunkowań faktycznych i prawnych sprawy. W razie zmiany tych uwarunkowań zawsze możliwe byłoby zatem ponowne procedowanie w tym samym przedmiocie. Wydanie decyzji merytorycznej rozstrzygającej sprawę co do jej istoty (pozytywnej

W postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z 1968 r. istotą sprawy administracyjnej jest zbadanie przesłanek dla ewentualnego stwierdzenia przejścia prawa własności na rzecz Skarbu Państwa.

niespełnienia musi zatem skutkować decyzją odmawiającą stwierdzenia przejścia prawa własności.

Dodatkowo należy wskazać, że w przypadku postępowań wszczynanych na wniosek po dokonaniu oceny merytorycznej przez organ musi zapaść decyzja merytoryczna uwzględniająca bądź odmawiająca uwzględnienia wniosku – wydanie decyzji o umorzeniu postępowania oznaczałoby w tej sytuacji uchylenie się organu od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy⁵³. Nie można uznać, że żądanie strony w sytuacji jego nieuwzględnienia czyni sprawę bezprzedmiotową, a samo żądanie bezzasadne⁵⁴.

Sądy zwróciły jednocześnie uwagę, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Ministra Finansów, że w niniejszej sprawie zarówno umorzenie postępowa-

nia, jak i ewentualna odmowa stwierdzenia przejścia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa miałyby taki sam skutek prawny. Zdaniem sądu wynika to z faktu, że orzeczenie o umorzeniu postępowania jako bezprzedmiotowego ma wyłącznie charakter procesowy i stanowi powagę rzeczy osądzonej jedynie w ramach określonych uwarunkowań faktycznych i prawnych sprawy. W razie zmiany tych uwarunkowań zawsze możliwe byłoby zatem ponowne procedowanie w tym samym przedmiocie. Wydanie decyzji merytorycznej rozstrzygającej sprawę co do jej istoty (pozytywnej

lub negatywnej) kończy zaś postępowanie w danej sprawie. Jak wskazano w przytaczanym orzeczeniu, decyzja taka może być wzruszona jedynie w ramach określonych w Kodeksie postępowania administracyjnego postępowaniach nadzwyczajnych. Jakkolwiek, co do zasady, należy zgodzić się z wyrażonym wyżej poglądem, w doktrynie zwraca się także uwagę na możliwość wystąpienia materialnego skutku prawnego decyzji procesowej (formalnej), jaką jest decyzja o umorzeniu postępowania. Jak wskazuje Barbara Adamiak, jeśli w sytuacji wydania ostatecznej decyzji umarzającej postępowanie organ wszcząłby i prowadził w trybie zwykłym postępowanie w tożsamej pod względem podmiotowym i przedmiotowym sprawie administracyjnej, które to postępowanie zakończyłoby się wydaniem decyzji merytorycznej, w przypadku tożsamości druga z decyzji byłaby obciążona wadą nieważnościową z art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a.⁵⁵ Przyjmując powyższy pogląd, można się zgodzić z Ministrem Finansów wskazującym, że decyzja umarzająca czy

52 Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 17 lutego 2006 r., V SA/Wa 2627/05, LEX nr 196834; Wyrok NSA z 8 listopada 2007 r., II OSK 1161/06, LEX nr 437953.

53 Zob. Wyrok NSA z 9 marca 2000 r., IV Sa 12/98 LEX nr 77609.

54 Zob. Wyrok NSA z 7 czerwca 1994 r., I SA 815/93, ONSA 1995, nr 2, poz. 820; wyrok NSA z 21 czerwca 2006 r., I OSK 967/05, LEX nr 201507.

55 B. Adamiak, *Glosa do wyroku NSA z 23 stycznia 1998 r., sygn. akt III SA 103/97*, OSP 1999, nr 1, poz. 19 s. 50–51.

odmawiająca stwierdzenia przejścia prawa własności miałyby identyczne skutki – po umorzeniu postępowania organ nie mógłby bowiem prowadzić ponownego postępowania w sprawie, w sytuacji, w której doszedłoby do wniosku, że konieczna jest zmiana oceny stanu faktycznego już wcześniej badanej sprawy⁵⁶.

Kolejnym problemem wyłaniającym się w trakcie postępowania przed Ministrem Finansów jest kwestia ustalenia daty przejścia własności jako elementu sentencji wydawanej decyzji administracyjnej. Ani ustawa z 1968 r., ani wydane na jej podstawie rozporządzenie nie zawierają przepisu nakazującego jej podanie. Przyjęcie poglądu o obowiązku jej ustalania przez

Ministra Finansów na podstawie Ustawy z 9 kwietnia 1968 r. w sprawie stwierdzenia przejścia własności nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa muszą być rozpatrywane w kontekście przyjęcia określonej koncepcji przejścia prawa własności. Inne problemy ujawnia się bowiem w sytuacji przyjęcia przedstawianych w literaturze poglądów o przebiegu prawa własności li tylko w związku z podpisaniem danego układu, wypłatą globalnego odszkodowania przez władze polskie, a także wejściem w życie ww. ustawy, a inne w sytuacji uznania, że dla wydania decyzji przez Ministra konieczne było przyznanie odszkodowania przez zagraniczny podmiot.



Można się zgodzić z Ministrem Finansów, że decyzja umarzająca czy odmawiająca stwierdzenia przejścia prawa własności miałyby identyczne skutki.

organ doprowadziłoby z pewnością do przedłużania postępowań w związku z koniecznością pozyskiwania dodatkowych dowodów w sprawie. Jakkolwiek w orzecznictwie wskazano, że w przypadku nadmiernych trudności z jej ustaleniem należy wskazywać datę wejścia w życie ustawy z dnia 9 kwietnia 1968 r., tj. 17 kwietnia 1968 r., gdyż najpóźniej w tym dniu Skarb Państwa przejmował własność nieruchomości⁵⁷, pozostaje pytanie, co w przypadku, gdy wejście w życie ww. ustawy nastąpiło przed podpisaniem układu indemnizacyjnego. Wydaje się, że w tych sytuacjach, przy niemożności ustalenia dokładnej daty, należałoby wskazać datę jego podpisania.

7. Zakończenie

Wskazane w niniejszej publikacji problemy wyłaniające się w toku postępowania prowadzonego przez

Przyjęcie powyższej koncepcji doprowadziłoby do sytuacji, w której nawet unieważnienie decyzji, na mocy której państwo polskie przejęło dane mienie, a której wydanie przewidywały m.in. dekrety nacjonalizacyjne uchwalane w trakcie czy po II wojnie światowej, nie oznaczałoby jeszcze, że podmioty pozbawione ówczesnie własności odzyskiwałyby nieruchomości. W tym wypadku można bowiem uznać, że nieruchomości została jednak „alternatywnie” przejęta przez Skarb Państwa w związku z podpisaniem układu, wypłatą odszkodowania i wejściem w życie ustawy z 1968 r. Jeśli stwierdzono by, że właściciel pozbawiony swojego prawa własności wystąpił o odszkodowanie i je uzyskał, bądź po prostu mógł na podstawie układu wystąpić z takim roszczeniem, i uprawdopodobniono by, że odszkodowanie zostałoby mu przyznane, nieruchomości mogłaby jednak, zgodnie z powyższym poglądem, zostać przejęta i w tym wypadku zgodnie „z literą prawa”. Przyjęcie tego poglądu uniemożliwiłoby występowanie z roszczeniami odszkodowawczymi lub zmniejszało kwotę zasądanego odszkodowania, zaś Minister Finansów musiałby prowadzić stosowne postępowania na mocy ustawy z 1968 r. również w tych

56 Zob. także M. Jaśkowska, *Związanie decyzji administracyjnej ustawą*, Toruń 1998, s. 23; F. Longchamps, *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, Wrocław 1964, s. 62–63.

57 Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 9 czerwca 2019 r., I SA/Wa 198/08, LEX nr 511491.

sprawach, w których możliwość zostania beneficjentem układu byłaby ledwo hipotetyczna.

Wskazane wyżej rozważania dowodzą niezbicie, że zajmujący się tymi sprawami praktycy muszą uwzględnić poglądy wypracowywane zarówno przez przedstawicieli nauki prawa cywilnego, jak i administracyjnego. Tylko wtedy będzie bowiem możliwe wypracowanie jednolitej linii orzeczniczej w sprawach wszczynanych w związku z podpisaniem przez Polskę układów indemnizacyjnych.

Obok prób wspólnego ujednolicania orzecznictwa kolejnym etapem usprawnienia prac (których nawarstwienie wynika także z zaniedbań administracji rządowej polegających na niewszczynianiu na bieżąco postępowań uregulowanych w ustawie z 9 kwietnia 1968 r.) powinny być zmiany ustawodawcze zmierzające w kierunku doprecyzowania przebiegu postępowania prowadzonego przez Ministra Finansów.

Bibliografia

- Adamiak B. (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Adamiak B., *Glosa do wyroku NSA z 23 stycznia 1998 r., sygn. akt III SA 103/97*, OSP 1999, nr 1, poz. 19.
- Andrzejczyk R., *Polityka państwa polskiego wobec roszczeń zagranicznych powstałych w wyniku nacjonalizacji przeprowadzonej po II wojnie światowej. Przykład dwustronnych umów odszkodowawczych*, „Polityka i Społeczeństwo” 2015, nr 4.
- Barcz J., *Układy indemnizacyjne zawarte po II wojnie światowej przez Polskę z dwunastoma państwami zachodnimi. Podstawowe zagadnienia interpretacyjne* (w:) E. Mikos-Skuza, K. Myszone-Kostrzewa, J. Poczuć (red.), *Prawo międzynarodowe – teraźniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Garlickiego*, Warszawa 2013.
- Cieplą H., Sarbiński R.M., Sobczyk-Sarbińska K., *Roszczenia przysługujące byłym właścicielom tzw. gruntów warszawskich. Sposób ich dochodzenia w postępowaniu administracyjnym i sądowym*, Warszawa 2013.
- Dudek W., *Międzynarodowe aspekty nacjonalizacji w Polsce*, Warszawa 1976.
- Hauser R., *Wszczęcie postępowania administracyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, nr 1.
- Jaśkowska M., *Związanie decyzji administracyjnej ustawą*, Toruń 1998.
- Kaliński M., *W sprawie relacji między układami indemnizacyjnymi zawartymi przez rząd PRL z rządami państw obcych oraz dekretem o gruntach warszawskich* (w:) K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Błęzińskiemu*, Warszawa 2013.
- Longchamps F., *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, Wrocław 1964.
- Masternak-Kubiak M., *Skuteczność umów indemnizacyjnych w prawie polskim* (w:) H. Babiuch, P. Kapusta, J. Michalska (red.), *Aktualne problemy Konstytucji. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej Profesora Bogusława Banaszaka*, Legnica 2017.
- Matusik G., *Nabywanie własności nieruchomości przez Skarb Państwa w związku z tzw. układami indemnizacyjnymi*, „Rejent” 2018, nr 9.
- Muszyński M., *Nacjonalizacja mienia cudzoziemców w Polsce a problem rekompensaty za mienie pozostawione*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 1.
- Pilich M., *Międzynarodowe umowy indemnizacyjne w praktyce sądów* (w:) *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Reprowatyzacja w orzecznictwie sądów*, t. 3, Warszawa 2016.
- Soszyńska M., *Polsko-amerykański układ indemnizacyjny z 16.07.1960 r. jako forma realizacji odpowiedzialności Polski za powojenną nacjonalizację mienia obywateli Stanów Zjednoczonych*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, nr 4.
- Szafrńska W., *Układy indemnizacyjne – stary problem, aktualne wyzwania* (w:) Z. Duniewska, M. Stahl, A. Rąbiega-Przyłęcka (red.), *Standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego*, Warszawa 2019.

Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu – IV Wydział Karny Odwoławczy z dnia 29 stycznia 2019 r. IV Ka 1173/18



Krzysztof Wala

Doktor nauk prawnych, adiunkt
w Katedrze Prawa Karnego i Kryminolo-
gii Uniwersytetu Marii Curie-Skło-
dowskiej w Lublinie, autor opracowań
poświęconych zagadnieniom prawa
karnego.

✉ krzysztof.wala@poczta.umcs.lublin.pl
<https://orcid.org/0000-0002-9773-3926>

Gloss to the Judgment of the District Court in Poznań – IV Criminal Appeal Division of January 29, 2019. IV Ka 1173/18

The gloss concerns the issue of the degree of social harmfulness of acts consist-
ing in placing indecent words in a public place (Article 141 of the Code on Petty
Offences). It should be emphasised that not every behaviour that fulfils the statu-
tory features of that petty offence should result in criminal liability, due to the
possible lack of social justification for a criminal response. At the same time, it
is reasonable to retain the ban on this kind of acts in the Polish legal system,
because public morality and the purity of the Polish language are legal values
worthy of criminal protection.

Słowa kluczowe: słowa nieprzystojne, społeczna szkodliwość czynu,
obyczajność publiczna, czystość języka polskiego, okoliczności czynu

Key words: indecent words, degree of social harmfulness, public
decency, purity of the Polish language, circumstances of an act
<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.262>

Teza: Fakt, że obwiniona trzy-
mała transparent z nieprzystwoi-
tym napisem podczas organizo-
wanego celem wsparcia J.J. wiecu,
gdzie granica swobody wypowie-
dzi jest z natury rzeczy poszerzona,
stanowi kluczowy czynnik zno-
szący społeczną szkodliwość czynu
zarzucanego obwinionej L.D.¹

Wyrokiem z dnia 14 września
2018 r., sygn. akt III W 589/18, Sąd
Rejonowy Poznań – Stare Miasto
w P. uznał L.D. za winną tego, że
w dniu 9 stycznia 2018 roku około
godziny 9:20 w P. na ul. (...) przed
budynkiem A., trzymając trans-
parent, umieściła w miejscu pub-
licznym nieprzystwoity napis tj.
„#Jestem Wkurwłona”, tj. wykro-
czenia z art. 141 k.w. i za to na pod-

1 Legalis nr 2112555.

stawie art. 141 k.w. wymierzył jej karę 100 zł grzywny, a także obciążył obwinioną kosztami sądowymi (k. 57).

Apelację od tego wyroku wywiódł obrońca obwinionej, zaskarżając orzeczenie w całości na korzyść obwinionej. Na jej skutek Sąd Okręgowy w Poznaniu mocą głosowanego wyroku zmienił zaskarżony wyrok Sądu I instancji i uniewinnił obwinioną L.D. od zarzucanego jej czynu, zaś kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Głosowane orzeczenie dotyczy interesującego zagadnienia, jakim jest kwestia stopnia społecznej szkodliwości czynów polegających na używaniu w przestrzeni publicznej słów wulgarnych i jej znaczenie dla zakresu odpowiedzialności karnej za tego rodzaju zachowania. Konieczność zaistnienia społecznej szkodliwości czynu *in concreto* jest jednym z warunków *sine qua non* pociągnięcia sprawcy zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego do odpowiedzialności wykroczeniowej. Należy przyjąć domniemanie, że każdy czyn zabroniony, stypizowany w akcie prawnym o randze ustawy jest jednocześnie w ocenie legislatora społecznie szkodliwy². Założenie takie legitymuje potrzebę penalizacji poszczególnych zachowań. Zasadnie podniósł Andrzej Marek, że ocena na tym etapie (tj. w czasie decyzji o poddaniu karze danego czynu) ma charakter zgeneralizowany, oparta jest na obserwacji zjawisk życia społecznego i na przyjętych ogólnych kryteriach³. Mając jednak na uwadze dynamikę życia społecznego, względy sprawiedliwościowe oraz potrzebę swego rodzaju elastyczności w zakresie orzecznictwa, możliwe są sytuacje, w których domniemanie społecznej szkodliwości danego zachowania sprawcy zostanie obalone. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „społeczna szkodliwość czynu”, lecz można przyjąć, że jest nią ujemna społecznie treść danego zachowania⁴. Jednocześnie jednak legislator wskazuje na kwantyfikatory, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie realizacji tej przesłanki na gruncie konkretnego stanu faktycznego⁵.

Opierając się na koncepcji przedmiotowo-podmiotowej, wymagane jest spojrzenie na dany stan faktyczny zarówno z perspektywy zewnętrznej (wymiar przedmiotowy), jak i dokonanie analizy zdarzenia niejako od wewnątrz (wymiar podmiotowy). Słusznie zauważa Marek Bojarski, że takie podejście pozwala na uchwycenie całej swoistości czynu, „który okazuje się nie tylko realnością pewnego zewnętrznego stanu, ale także realnością określonych przebiegów i nastawień psychicznych”⁶. Dopiero łączna ocena wszystkich elementów pozwala na stwierdzenie, czy dane zachowanie, realizujące znamiona czynu zabronionego, powinno skutkować odpowiedzialnością wykroczeniową. Zasadnie zauważa Paweł Daniluk, że dla przyjęcia braku społecznej szkodliwości czynu nie jest konieczne, aby wskazywało na to każde z wymienionych kryteriów, gdyż ostateczna ocena jest ich wypadkową⁷. Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie prawa wykroczeń spadek społecznej szkodliwości do stopnia znikomego nie stanowi przeszkody dla ukarania sprawcy. Przepis art. 1 § 1 k.w. stanowi, że wykroczeniem jest m.in. taki czyn, który jest społecznie szkodliwy, brak zaś w Kodeksie wykroczeń odpowiednika art. 1 § 2 k.k., zgodnie z którym nie jest przestępstwem czyn, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż wykroczenia z natury rzeczy są czynami mniej społecznie szkodliwymi niż przestępstwa. Słusznie zauważa T. Bojarski, że anulowanie karalności wykroczenia z powodu znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu byłoby sztucznym zabiegiem, a jednocześnie psułoby relację jaka zachodzi na linii przestępstwo – wykroczenie⁸. Aktualne rozwiązanie ustawowe w tym zakresie powoduje, że w literaturze przyjmuje się niekiedy wprost, że wykroczenia to są

ter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków (są to okoliczności przedmiotowe), jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia (okoliczności podmiotowe).

2 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2002, s. 54.

3 A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2006, s. 33.

4 T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 32.

5 Art. 47 § 2 k.w. stanowi, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu bierze się pod uwagę rodzaj i charak-

6 M. Bojarski (w:) M. Bojarski, Z. Świda (red.), *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2008, s. 62.

7 P. Daniluk (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 286.

8 T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 57.

czynny, których społeczna szkodliwość jest znikoma⁹. Zasadnie podkreśla Tadeusz Bojarski, że jest to pewna ogólna zasada, wynikająca z konkretnych rozwiązań ustawowych, przy czym jest rzeczą oczywistą, że poszczególne wykroczenia charakteryzują się zróżnicowanym stopniem społecznej szkodliwości¹⁰. Dla porządku należy jednocześnie odnotować pojawiające się postulaty zmian w tym zakresie zmierzające do wprowadzenia do prawa wykroczeń warunku karalności w postaci społecznej szkodliwości większej niż znikoma¹¹, przy czym kwestia ta musi zostać jedynie odnotowana, gdyż całościowe odniesienie się do niej w sposób zdecydowany przekraczałoby ramy tej glosy.

Mając na względzie powyższe, można stwierdzić, że na gruncie prawa wykroczeń dokonanie stosownej oceny w kontekście wyłączenia odpowiedzialności wykroczeniowej ze względu na zupełny brak społecznej szkodliwości danego czynu może niejednokrotnie nasuwać wiele wątpliwości i jak się zdaje, z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie glosowanego orzeczenia.

Przypisane obwinionej wykroczenie jest określone w art. 141 k.w., zgodnie z którym kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzychylnie ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzychylnych, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 zł albo karze nagany. Przepis ten udziela ochrony karnoprawnej przede wszystkim obyczajności publicznej, na co wskazuje tytuł rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń – Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej. Samo znaczenie obyczajności publicznej, abstrahując w tym miejscu od ocenności w aspekcie interpretacji tego dobra prawnego, dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa zdaje się nie wywoływać wątpliwości¹².

Można przyjąć, że obyczajność publiczna to zbiór aprobowanych i pożądaných w danym społeczeństwie istotnych wzorców postępowania w różnych sferach życia człowieka, kształtowany zarówno z uwzględnieniem historii oraz tradycji, jak i przez aktualną sytuację społeczno-gospodarczo-kulturową, których przestrzeganie ma na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, zaś brak podporządkowania się im przez jednostkę implikuje negatywną reakcję ze strony społeczeństwa¹³. Wydaje się, że zachowania sprawcze ujęte w dyspozycji art. 141 k.w. godzą w tak rozumianą obyczajność publiczną. Sąd w uzasadnieniu to dostrzega, jednocześnie twierdząc, że czynny te choćby z racji zagrożenia ustawowego nie są przez ustawodawcę traktowane jako szczególnie ciężkie. Nie sposób się z tym twierdzeniem nie zgodzić, szczególnie mając na względzie fakt, że w kontekście wykroczenia nieobyczajnego wybryku (art. 140 k.w.), a więc czynu również godzącego w to dobro prawne, ustawodawca przewidział, w przeciwieństwie do wykroczenia przypisanego obwinionej, możliwość orzekania kary aresztu. Tym samym w ocenie ustawodawcy wykroczenia z art. 141 k.w. nie są najbardziej społecznie szkodliwymi czynami godzącymi w obyczajność publiczną. Należy jednak zauważyć, że art. 141 k.w. ma na celu nie tylko ochronę obyczajności publicznej, ale także ochronę języka polskiego przed jego wulgaryzacją¹⁴. Wydaje się, że ten aspekt nie został przez Sąd w głosowanym wyroku w sposób przekonywujący wyeksponowany, choć w końcowej części uzasadnienia słusznie wskazano na potrzebę w zakresie ochrony tego dobra prawnego. Można więc sądzić, opierając się na pierwszym z kwantyfikatorów stopnia społecznej szkodliwości czynu, że godzenie przez sprawcę w dwa różne dobra prawne (obyczajność publiczną, czystość języka polskiego) nie jest argumentem za tezą o całkowitym braku ujemnego wpływu danego zachowania na funkcjonowanie społeczeństwa. Zajęte stanowisko nie przesądza oczywiście, że w takich wypadkach

9 Tamże, s. 55.

10 T. Bojarski, *Uwagi o podziale czynów zabronionych na przestępstwa i wykroczenia* (w:) *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu*, t. 1, Wrocław 2016, s. 56.

11 Szerzej na ten temat oraz słuszne negatywne stanowisko w tym aspekcie patrz w: P. Daniluk (w:) P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń*, t. 1, Warszawa 2019, s. 111–116.

12 Szerzej na ten temat patrz w: K. Wala, *Wykroczenie nieobyczajnego wybryku na tle pozostałych wykroczeń przeciwko obyczajności publicznej*, Warszawa 2019, s. 64–85.

13 Tamże, s. 78–79.

14 Tak słusznie J. Kulesza (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, dz. cyt., s. 923 oraz R. Krajewski, *Karnoprawna ochrona języka polskiego*, „Ius Novum” 2013, t. 4, s. 13–16. Szerzej na temat przedmiotu ochrony art. 141 k.w. patrz w: K. Wala, *Wykroczenie nieobyczajnego...*, dz. cyt., s. 239–242.

zawsze należy się doszukiwać, choćby minimalnego, ładunku społecznej szkodliwości, gdyż w grę wchodzi, o czym niżej, ocena także pozostałych kwantyfikatorów z tego zakresu.

Pewne wątpliwości budzi następujący fragment uzasadnienia: „Ponieważ zaś Sąd nie funkcjonuje w próżni społecznej, więc nie może też nie dostrzegać przemian w naszej rzeczywistości, skutkujących niestety coraz większym przyzwoleniem na wulgaryzmy w życiu publicznym, nawet w ustach osób, które z racji np. pozycji społecznej powinny świecić przykładem, a co najmniej w sposób szczególny unikać wszelkich zachowań gorszących, do których z pewnością należy publiczne przeklinanie. Uwzględnienie tej okoliczności także przemawia za tym, by zachowania objęte dyspozycją art. 141 k.w. już w punkcie wyjścia traktować jako mniej szkodliwe społecznie (co wszakże nie oznacza, że z definicji zawsze bezkarne – por. ostatni akapit niniejszego uzasadnienia)”. Słusznie Sąd wskazuje w tym miejscu na pewne przemiany w zakresie postrzegania obyczajności publicznej. Rację ma Marek Mozgawa, twierdząc, że normy obyczajowe zmieniają się w sposób dynamiczny¹⁵. Sąd także właściwie dostrzega niekorzystny proces wulgaryzacji przestrzeni publicznej. Nie wydaje się jednak zasadne twierdzenie, że taki stan rzeczy ma wpływ na spadek społecznej szkodliwości zachowań objętych dyspozycją art. 141 k.w. Przyjęty przez Sąd argument zdaje się nie mieć wpływu na ocenę tej przesłanki, gdyż okoliczność ta nie mieści się w katalogu kwantyfikatorów ujętych w art. 47 § 6 k.w. Nagminność popełniania czynów danego rodzaju, na co zasadnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy¹⁶, nie ma wpływu na stopień społecznej szkodliwości konkretnego stanu faktycznego. Ponadto należy zauważyć, że tego rodzaju twierdzenie Sądu może prowadzić do osłabienia ochrony zarówno kar-

noprawnej obyczajności publicznej, jak i czystości języka polskiego, wyrażonej na gruncie przepisów rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń, gdyż może być *de facto* odczytane, choć zapewne nie było to celem Sądu, jako przyznanie o nieskuteczności przepisów prawa wykroczeń w tym wymiarze.

Dalsze wywody Sądu w tej sprawie również mogą wywoływać pewne zastrzeżenia. I tak zwraca uwagę następujący pogląd: „Należy też podkreślić, że choć skutki publicznego użycia nieprzyzwoitych słów nie należą do znamion zarzucanego wykroczenia z art. 141 k.w., to oczywiście ważą na ocenie szkodliwości konkretnego czynu. W tym kontekście trudno przyjąć, że jednorazowe działanie obwinionej polegające na trzymaniu transparentu z umieszczonym tam wulgarnym sformułowaniem może stanowić realne zagrożenie dla obyczajności publicznej, podczas gdy wulgaryzmy stały się akceptowalnym elementem języka, pojawiającym się nagminnie w komunikacji międzyludzkiej, w mediach czy wypowiedziach dziennikarzy i polityków. Nie sposób założyć, że istotne dla sprawy wulgaryzmy mogły zatem wpływać demoralizująco na dorosłych uczestników pikiet pod komisarzatem”. Nie wydaje się zasadne twierdzenie, że jednorazowe działanie nie jest realnym zagrożeniem dla obyczajności publicznej. Można przyjąć, że niekiedy właśnie jednokrotne użycie wulgaryzmu może mieć bardziej negatywny wydźwięk niż większa liczba użytych niecenzuralnych zwrotów. Jednak w tym kontekście ważny jest nieco inny aspekt, tj. forma zachowania sprawczego. Obwiniona nie wypowiedziała słowa wulgarnego. Gdyby chodziło o formę werbalną, to należałoby Sądowi przyznać rację, że jednokrotne użycie takiego słowa jest z zasady mniej społecznie szkodliwe niż cała „wiązanka” takich słów, z tym jednak zastrzeżeniem, że zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku dochodzi do godzenia w obyczajność publiczną, co oczywiście nie musi skutkować automatycznie odpowiedzialnością wykroczeniową. Obwiniona w tym wypadku trzymała jednak transparent, a więc jej zachowanie było rozciągnięte w czasie, a tym samym mogło dotrzeć do szerszego kręgu odbiorców i mieć jednocześnie silniejszy wydźwięk. Na tle tak ujętego zachowania sprawczego obojętne się wydaje (w kontekście zagrożenia dla obyczajności publicznej), czy był to jeden, czy więcej transparentów, a także czy ów

15 M. Mozgawa (w.): M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 499.

16 Zob. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Wojskowa z dnia 20 września 2002 r., WA 50/02, w którym stwierdzono, że „ze względu na niedopuszczalność rozszerzającej interpretacji art. 115 § 2 KK, należy przyjąć, iż nagminność przestępstw nie zalicza się do wyznaczników stopnia społecznej szkodliwości czynu”. Pogląd ten, z powodu tożsamości problematyki, można przenieść także zasadnie na grunt Kodeksu wykroczeń.

transparent zawierał jedno, czy też więcej słów nieprzychylnych. O wyższym stopniu społecznej szkodliwości umieszczenia słowa nieprzychylnego w miejscu publicznym (np. na transparencie) od wypowiedzenia takiego słowa w takim miejscu decyduje względna trwałość przekazu w tym pierwszym wypadku. Trudno też przychylić się do poglądu o akceptowalności wulgaryzmów w przestrzeni publicznej. Gdyby tak było, to art. 141 k.w. w zakresie, w jakim przewiduje karalność za używanie słów nieprzychylnych w miejscach publicznych, musiałby zostać zmodyfikowany poprzez dekryminalizację tej postaci zachowania sprawczego, co jak się wydaje, nie zasługuje na aprobatę. *A priori* rację ma Sąd, twierdząc, że skutki użycia słów nieprzychylnych nie mają wpływu na realizację znamion wykroczenia z art. 141 k.w. W przypadku gdyby zachowanie sprawczyni polegało na wypowiedzeniu słów nieprzychylnych, kwestia ta nie byłaby dyskusyjna. Jeśli jednak chodzi o wystawienie transparentu (a więc wariant zachowania polegający na umieszczeniu w miejscu publicznym nieprzychylnego napisu), można się doszukiwać materialnego charakteru tego czynu, gdzie skutkiem jest pojawienie się pewnej formy graficznej, uznanej za nieprzychylną, w miejscu objętym zakazem¹⁷. Należy podkreślić, że skutkiem tym z pewnością nie jest w tym wypadku wywołanie oburzenia wśród obserwatorów całego zdarzenia, stąd też twierdzenie Sądu, że użyte wulgaryzmy nie mogły wpływać demoralizująco na pozostałych uczestników pikiet, ma w tym kontekście ograniczone znaczenie. Fakt ten jest istotny przy ocenie kwantyfikatora, jakim są okoliczności czynu, a nie w aspekcie skuteczności lub jej braku wykroczenia z art. 141 k.w.

Powyższe uwagi nie przesądzają jednak o braku racjonalnych podstaw dla przyjętego przez Sąd rozstrzygnięcia. Należy przychylić się do poglądu, zgodnie z którym kluczowe dla całej sprawy są okoliczności, w jakich doszło do realizacji znamion określonych w art. 141 k.w. Zdarzenie miało miejsce w trakcie pikiet zorganizowanej w ramach solidaryzowania się z inną osobą obwinioną o analogiczny czyn zabroniony (postępowanie w tej drugiej sprawie zakończyło się orzeczeniem uniewinniającym). Zasadnie zauważa

Sąd w przedmiotowej sprawie, że mając na względzie ten kontekst sytuacyjny, zachowanie obwinionej mieściło się w ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności zgromadzeń (art. 57 Konstytucji RP¹⁸) i wolności wyrażania poglądów (art. 54 ust. 1 Konstytucji¹⁹). Oczywiście nie oznacza to, że w trakcie tego rodzaju demonstracji nie obowiązują żadne standardy w zakresie ochrony obyczajności publicznej. Należałoby raczej stwierdzić, że są one aktualne, przy czym, właśnie ze względów społecznych, co jest materialną legitymacją karania sprawców czynów zabronionych, są one nieco inaczej rozłożone. Zasadnie twierdzi Sąd w przedmiotowej sprawie, że swoboda wypowiedzi w trakcie demonstracji jest z natury rzeczy poszerzona. Można przyjąć, że jest społecznie pożądane, aby w trakcie takich zgromadzeń wolność wypowiedzi nie była krępowana poprzez określone konwenanse językowe. Użycie wulgaryzmu może pełnić różne role, a jedną z nich jest chęć podkreślenia swojego poglądu na daną sprawę. W takich wypadkach społeczna potrzeba penalizacji zdaje się nie występować, a nawet można byłoby przyjąć, że karanie w takich wypadkach byłoby samo w sobie społecznie szkodliwe, gdyż wprowadzałoby niepewność wśród obywateli w zakresie możliwości prezentowania swoich racji. Pewien wpływ, choć nie decydujący, na rozstrzygnięcie w tej sprawie ma również fakt, że trzymany przez obwinioną transparent zawierał w sobie nawiązanie (w zasadzie stanowił *sui generis* cytat) do słów „jestem wkurwiona” użytych przez obwinioną w innym postępowaniu, z którą demonstranci solidaryzowali się w trakcie przedmiotowej pikiety. Fakt świadomego cytowania, szczególnie jeśli ma ono charakter zwrócenia uwagi na pewne zjawiska społeczne, nawet gdy wiąże się z użyciem słów nieprzychylnych, nie może być bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o społecznej potrzebie karania za tego rodzaju zachowania.

Sam kontekst sytuacyjny zdarzenia z zasady nie powinien jeszcze przesądzać o uznaniu użycia słów

17 Szerzej na ten temat patrz w: K. Wala, *Wykroczenie nieobyczajnego...*, dz. cyt., s. 270–272.

18 Zgodnie z tym przepisem każdemu zapewnia się wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich. Ograniczenie tej wolności może określać ustawa.

19 Stosownie do tego przepisu każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

nieprzychylnych w miejscu publicznym za pozbawione społecznej szkodliwości. Takie podejście mogłoby prowadzić do legalizacji takich zachowań podejmowanych w trakcie demonstracji nawet wówczas, gdy nie byłoby ku temu racjonalnego powodu (np. w sytuacjach, gdy w trakcie manifestacji uczestnicy wykrzykują nieprzychylnie słowa mające na celu obrażenie innej osoby). Trzeba więc podkreślić, że równie ważnym aspektem jest ocena sfery podmiotowej podjętego przez sprawcę zachowania. W tym kontekście wypada zwrócić uwagę na nieco dyskusyjny pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym okoliczności przedmiotowe przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu mają charakter dominujący²⁰. Można przychylić się do poglądu Magdaleny Budyn-Kulik oraz Marka Kulika, że takie stanowisko zdaje się być wyrazem pragmatyzmu ze strony Sądu Najwyższego, gdyż okoliczności przedmiotowe zdecydowanie łatwiej zweryfikować, a tym samym poddają się one mniej skomplikowanemu procesowi oceny²¹. W wypadku głosowanego orzeczenia Sąd zasadnie dostrzega znaczenie strony podmiotowej. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że intencją obwinionej nie było zaburzenie porządku społecznego (można również dodać, że nie była nią także chęć godzenia w obyczajność publiczną). Równie słusznie Sąd dostrzega, że od strony podmiotowej zachowanie obwinionej nie miało charakteru frywolnego, nie było niepotrzebną zabawą słowną, pustym, infantylnym wyrażeniem eksponowanym dla zwrócenia na siebie uwagi; nie miało też związku z brakiem kultury sprawczyni. Intencją obwinionej była chęć wyrażenia solidarności z inną osobą oraz przedstawienia swojego zdania na ważne dla obwinionej aspekty życia społecznego. Tym samym można twierdzić, że na gruncie niniejszej sprawy elementy z zakresu strony podmiotowej miały równie istotny wpływ jak wymiar przedmiotowy w kontekście ostatecznego wniosku o braku społecznej szkodliwości czynu w zachowaniu obwinionej.

Warto też odnieść się do samej kwalifikacji prawnej przyjętej przez Sąd w tym wypadku. Jak wynika z orzeczenia, uznano, że trzymanie transparentu w miejscu publicznym realizuje wariant zachowania sprawczego w postaci „umieszczenia w miejscu publicznym nieprzychylnego napisu”, a nie „używania słów nieprzychylnych w miejscu publicznym”, co *a priori* można uznać za słuszne rozwiązanie. Pojawia się jednak pytanie o dystynkcję między czasownikami „umieszczać” a „używać”. Według *Słownika języka polskiego* PWN pierwszy z nich oznacza tyle co „położyć, postawić lub zawiesić coś w jakimś miejscu”²², drugi zaś rozumie się jako „zastosować coś jako środek, narzędzie”²³. Mając na względzie takie rozumienie tych słów, można byłoby także bronić stanowiska, według którego trzymanie transparentu z napisem zawierającym nieprzychylnie słowo stanowi użycie takiego słowa, gdyż służy ono *de facto* jako narzędzie do wyrażenia swojego poglądu (w tym wypadku okazania solidarności innej osobie). Intuicyjnie można sądzić, i takie, jak się zdaje, było zamierzenie ustawodawcy, że „umieszczanie”, skoro dotyczy pewnych form graficznych (rysunków, ogłoszeń, napisów), cechuje się pewną trwałością, zaś „używanie” sprowadza się do wypowiedzenia danego słowa, a tym samym ma charakter chwilowy. Przytoczone jednak wyżej definicje słownikowe obu czasowników nie potwierdzają takiej dystynkcji, a tym samym również dobrze można byłoby stwierdzić, że przedmiotowy stan faktyczny polegał na tym, że obwiniona „użyła słowa nieprzychylnego”. Oczywiście nie oznacza to, że przyjęta przez Sąd kwalifikacja prawna jest błędna, tym bardziej że oba zachowania sprawcze *de lege lata* są ujęte w jednym przepisie i poddane takiej samej karze. W tym kontekście chodzi raczej o potrzebę jasności dyspozycji art. 141 k.w. Przedmiotowy stan faktyczny ilustruje, że są możliwe sytuacje, w których dane zachowanie może być równie zasadnie traktowane jako pierwszy wariant zachowania sprawczego (umieszczenie napisu), jak i jako drugi z nich (użycie słowa). Swego czasu wyrażono pogląd (który należy zaaprobować), że bardziej trafne byłoby zastąpienie

20 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2009 r., II KK 13/09, *Legalis* nr 266524.

21 M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Spółeczna szkodliwość czynu jako klauzula generalna w prawie karnym*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*”, Sectio G, 2016, t. 63(2), s. 271.

22 Hasło: „umieścić”, *Słownik język polskiego* PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/umiescic;2532717.html>, 30.10.2019.

23 Hasło: „użyć”, *Słownik języka polskiego* PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/uzyc;2534172.html>, 30.10.2019.

sformułowania „używa słów” czasownikiem „wyraża się”, który zgodnie ze słownikiem należy rozumieć jako „powiedzieć coś w określony sposób”²⁴. Takie ujęcie znamion jednoznacznie wskazywałoby, że tego rodzaju zachowania jak trzymanie transparentu stanowią umieszczenie napisu w miejscu publicznym²⁵.

Na jeszcze jeden aspekt należy zwrócić uwagę. Chodzi o dokładny zapis słowa wulgarnego na trzymanym przez obwinioną transparencie, który wyglądał następująco: „#Jestem Wkurw!ona”. Interesującą w tym kontekście problematyką jest kwestia niepełnego zapisu słowa nieprzyzwoitego. Należy podkreślić, że w przy-

konstatacja mogłaby stanowić naruszenie zasady *in dubio pro reo*, a także byłaby sprzeczna z zasadami *nulum crimen (contraventio) sine lege stricta* oraz *certa*²⁷.

Podsumowując, należy odnieść się pozytywnie do przyjętego przez Sąd w sentencji glosowanego orzeczenia rozstrzygnięcia. Wyrażone na wstępie wątpliwości nie przekreślają trafności przyjętych argumentów. Chociaż trzeba przyznać, że zachowanie obwinionej naruszyło obyczajność publiczną oraz czystość języka polskiego, to jednak pozostałe wchodzące w tym wypadku w grę mierniki stopnia społecznej szkodliwości czynu (głównie okoliczności jego popełnienia



Nie każde użycie wulgaryzmu uzasadnia jego karalność, choć zdecydowanie należy się opowiedzieć za potrzebą ochrony obyczajności publicznej przed tego rodzaju zachowaniami.

padku, gdy zapis ten jednoznacznie wskazuje na wulgarną treść przesłania, to zachowanie takie wyczerpuje znamiona wykroczenia z art. 141 k.w., gdyż to właśnie treść, a nie układ znaków graficznych godzi w obyczajność publiczną oraz czystość języka polskiego²⁶. Zastąpienie litery „i” znakiem wykrzyknika „!” nie nasuwa żadnych wątpliwości co do słowa widniejącego na transparencie w tym stanie faktycznym, na co zresztą zasadnie Sąd zwrócił uwagę. Słusznie więc w przedmiotowej sprawie Sąd uznał, że ów transparent zawierał w sobie słowo wulgarnie. W przypadku gdy zapis jednoznacznie nie wskazuje na nieprzyzwoity przekaz, należałoby uznać, że nie doszło do realizacji znamion zawartych w art. 141 k.w., gdyż odmienna

oraz motywacja sprawcy) nasuwają wniosek o braku społecznej potrzeby karania w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie orzeczenie to, ale przede wszystkim stan faktyczny będący jego przedmiotem, jest przykładem potrzeby racjonalności w podejściu do karania sprawców na podstawie art. 141 k.w. Nie każde użycie wulgaryzmu uzasadnia jego karalność, choć zdecydowanie należy się opowiedzieć za potrzebą ochrony obyczajności publicznej przed tego rodzaju zachowaniami. Natura tego czynu zabronionego wymaga jednak od odpowiednich organów rozpruności w tym zakresie, włącznie z rozważeniem możliwości poprzestania na stosowaniu wobec sprawcy środków oddziaływania pozapenalnego (art. 41 k.w.²⁸). Jednocześnie należy

24 Hasło: „wyrazić się”, Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/wyrazic-sie;2540438.html>, 30.10.2019.

25 Szerzej na temat postulatów *de lege ferenda* w tym zakresie patrz w: K. Wala, *Wykroczenie nieobyczajnego...*, dz. cyt., s. 252–257 oraz 302.

26 Szerzej na temat tych kwestii patrz w: K. Wala, *Wykroczenie nieobyczajnego...*, dz. cyt., s. 257–258.

27 Np. gdyby napis stanowił „#Jestem Wk...na”, można byłoby go odczytywać jako „jestem wkurzona”, a tym samym przypisanie sprawcy art. 141 k.w. nie powinno wchodzić w grę.

28 Przepis ten stanowi, że w stosunku do sprawcy czynu można poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub na zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego.

podkreślić, że właśnie materialna treść wykroczenia jest tą okolicznością, która niejednokrotnie może doprowadzić do całkowitego wyłączenia odpowiedzialności wykroczeniowej za używanie słów nieprzychylnych w miejscu publicznym, przy czym, co oczywiste, ocena zawsze musi być dokonywana *in concreto*²⁹.

Bibliografia

Bojarski M. (w:) M. Bojarski, Z. Świda (red.), *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2008.

Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003.

Bojarski T., *Uwagi o podziale czynów zabronionych na przestępstwa i wykroczenia* (w:) *Na styku prawa karnego i prawa*

o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu, t. 1: Wrocław 2016.

Budyn-Kulik M., Kulik M., *Spółeczna szkodliwość czynu jako klauzula generalna w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia”, Sectio G, 2016, t. 63(2).

Daniluk P. (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.

Daniluk P. (w:) P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń*, t. 1, Warszawa 2019.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2002.

Grzegorzczuk T. (w:) T. Grzegorzczuk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013.

Kulesza J. (w:) P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.

Marek A., *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2006.

Mozgawa M. (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.

Wala K., *Wykroczenie nieobyczajnego wybryku na tle pozostałych wykroczeń przeciwko obyczajności publicznej*, Warszawa 2019.

29 Słusznie na tę kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, twierdząc, że „przedmiotem oceny stosującego prawo może być jedynie konkretny czyn, a więc przykładowo konkretna kradzież – a nie typ zachowania, a więc kradzież w ogóle”; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2013 r., V KK 222/03, Legalis nr 87532.

Prawo rzymskie jako wskaźnik otwartości środowiska prawniczego? Panorama głębokiej europejskiej prowincji intelektualnej



ks. Franciszek Longchamps de Bériér

Profesor nauk prawnych, LL.M.
Georgetown, kierownik Katedry
Prawa Rzymskiego na WPiA UJ,
wybrany na czwartą kadencję do
Komitetu Nauk Prawnych PAN,
członek komisji prawnej Konferen-
cji Episkopatów Unii Europejskiej
(COMECE), zasiada we Wspólnym
Komitecie Zarządzającym China-EU
School of Law w China University of
Political Science and Law w Pekinie.

✉ f.lb@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-1485-0976>

Measuring the Openness of Lawyers' Minds by Roman Law? Panorama of a Far European Intellectual Province

What is the purpose of a study to present comprehensively the condition and social impact of civil law lawyers in 18th century England? The study provides a broad panorama of a far European province, particularly in relation to its legal and intellectual character. A province is an intellectual, not a geographical term. Yet, the panorama should not be art for art's sake. A comparative study based on it might be instructive, if a legal researcher following it becomes well acquainted with the foreign jurisdiction and its legal history. There will always be a need for learned diagnoses and for the openness of lawyers' minds. A study of Roman law, if introduced and exercised as practical legal history, has proven to provide a very useful measure of diagnostic accuracy and to overcome provincial thinking in law.

Słowa kluczowe: historia nauczania prawa, prawo rzymskie, metodologia nauk prawnych

Key words: history of legal education, Roman law, methodology of legal research

<https://doi.org/10.32082/fp.v6i56.288>

Uniwersytety w Oksfordzie i Cambridge elektryzują świat akademicki już samymi nazwami. Dziś dzieje się tak głównie dlatego, że znalazły się w ścisłych czołówkach wszelkich rankingów wyższych uczelni świata. Nawet

prawnicy szczerze się interesują tymi ośrodkami¹, choć prawnicze wykształcenie jest w większości

1 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii w XVIII wieku. Nauczanie, studia, nauka*, Łódź 2019.

lokalne, a masa koncepcji prawnych silnie powiązana z kulturą². Prawo działa i jest interpretowane w ramach danego kraju lub nawet węższej, bo w którejś z istniejących w nim kilku jurysdykcji. Służące danej jurysdykcji nauka i nauczanie prawa z natury swej muszą więc zachowywać lokalny charakter. Zastanawia zatem edukacyjny sukces renomowanych ośrodków

kowzroczności środowiska prawniczego? Przykład wydaje się o tyle obiecujący, że na Wyspach zawsze mocno się trzymały prowincjonalne i skierowane do wewnątrz tradycje intelektualne⁶.

Nauka i nauczanie prawa w Oksford i Cambridge żyły do pierwszej połowy XVI w. uniwersalizmem niepodzielonej, katolickiej Europy. Ośrodki uniwersy-



Prowincja to określenie intelektualne, a nie geograficzne.

anglosaskich i ich rosnący wpływ na świat prawniczy³ mimo jego podziału na dwie planety: *common law* i *civil law*. Czy sukces ten jest zagrożeniem dla europejskiej tradycji prawnej w tym jej nurcie, który ceni sobie szczególnie spuściznę prawa rzymskiego? O ile amerykańskie uczelnie nie mają tradycji uczenia owego prawa, o tyle wymienione na wstępie uniwersytety angielskie cenią je sobie również obecnie, choć wydaje się, że pozostaje tam ono na marginesie nauczania. Mniej marginalna okazała się rola prawa rzymskiego w orzeczeniach Izby Lordów wydawanych przez ostatnie wieki⁴. Czy angielski przykład pozwala uznać rozwój nauki i nauczania prawa rzymskiego⁵ w jednostkach kształcenia przyszłych elit za miernik bądź wskaźnik intelektualnej otwartości lub dale-

teckie przejęły spuściznę prawa kanonicznego, a z nią szacunek dla nauczania prawa rzymskiego. W XVII w. Arthur Duck, piszący w oblężonym Oksfordzie swe dzieło komparatystyczne siatką prawa rzymskiego, miał jeszcze nadzieję na Europę jako swoistą wspólnotę chrześcijańskich użytkowników prawa rzymskiego – ponad podziałami politycznymi i religijnymi⁷. Sytuacja w wieku XVIII znacznie się pogorszyła, co zbadał ostatnio szczegółowo Łukasz Jan Korporowicz. Wyniki poszukiwań przedstawił w nieobszernej książce⁸ – „do połknięcia” w dwa wieczory nawet przez kogoś, kto nie czyta zbyt szybko. Głównym powodem, dla którego czytelnik łatwo i szybko zdoła książkę pochłonąć, nie jest mała liczba stron, lecz styl: została ona napisana zgrabnie i ciekawie. Autor zadbał o wartką narrację i dobry język. Godne to wszystko uznania, bo świetna forma posłużyła przedstawieniu wyników mozolnych badań, których inna prezentacja mogłaby się okazać zupełnie niestrawna.

Podstawowym celem opracowania stało się „całościowe przedstawienie kondycji oraz społecznego oddziaływania środowiska cywilistów w osiemnastowiecznej Anglii”⁹. W cytowanych słowach kryje się teza

2 W. Twining, *Diffusion and Globalization Discourse*, „Harvard International Law Journal” 2006, t. 47, nr 2, s. 510.

3 F. Longchamps de Brier, *Common law a dekodifikacja i globalizacja prawa* (w:) F. Longchamps de Brier (red.), *Dekodifikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2019, s. 42–47.

4 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w orzecznictwie Izby Lordów w latach 1876–2009*, Łódź 2016.

5 Por. H. Kupiszewski, *Droit romain – science et didactique* (w:) W. Wołodkiewicz, M. Zablocka (eds.), *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie 1996, s. 163–173; F. Longchamps de Brier, *Roman Law and Legal Knowledge – Law Faculties versus Law Schools* (w:) T. Giaro (ed.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of H. Kupiszewski*, Warszawa 2011, s. 14.

6 W. Twining, *Diffusion...*, dz. cyt., s. 510.

7 Ł. Marzec, *Między Rzymem, Dunajem a murem Hadriana. Prawo rzymskie i Europa w De Usu et Autoritate Iuris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum (1653) Arthura Ducka*, Kraków 2017, s. 196.

8 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii...*, dz. cyt.

9 Tamże, s. 12.

wewnętrzna, że środowisko owych cywilistów wpływ jakiś wywierało, choć nie wiadomo, czego w istocie oczekiwać: nie wiadomo, na kogo miałyby wywierać ten wpływ ani w jakiej perspektywie geograficznej – Wyspy Brytyjskie, kolonie, Europa kontynentalna? Też trzeba się doszukiwać znacznie wytrwalej lub samemu je stawiać, gdyż w książce się ich niestety jasno nie formułuje. Mało przekonujący do podzielenia entuzjazmu dla zamierzeń całościowego „przedstawienia kondycji” wydaje się sam fakt, że „cywilistyka angielska XVIII wieku pozostawiła po sobie bogaty materiał źródłowy i literacki”¹⁰. Prawda, że na szczęście dla materiału jest on w języku powszechnie dziś znanym. Czy na szczęście dla teje cywilistyki? Tego się dopiero dowiadujemy z książki. Dlaczego jednak wybór padł na tę epokę i ten tylko fragment Wysp Brytyjskich? A Szkocja zapatrzona w prawo rzymskie? Wszystko to dopiero początek problemów z zarysowaniem lub właściwym ustawieniem kwestii oczekiwanych wyników badań. Pytanie o cel naukowy samego opisu kondycji narzuca się zawsze z całą oczywistością.

Nie wiemy, dlaczego XVIII w. został wyznaczony datami kalendarzowymi. Nie wskazano w książce konkretnych zdarzeń, które czyniły z niego epokę. Możemy się domyslać, a potem o tym czytamy i wnioskujemy z pasji pisarskiej, że Ł.J. Korporowicz po prostu lubi Anglię. A wybrał okres, o którym nie napisano. Chciał zapłacić lukę, choć trzeba pamiętać, że takie zapełnianie nigdy nie powinno być celem samym w sobie. Należy też brać zawsze pod uwagę nieco przewrotną, ale otrzeźwiająca myśl, że skoro o czymś dotąd nie pisano lub zbyt wiele czasu nie poświęcono na badanie tego, może nie było warto. Bez wątpienia lubi Ł.J. Korporowicz pisać o prawie i prawnikach Anglii. Dlaczego jednak luki w badaniach nad prawem rzymskim w XVIII w. nie zapełnili dotąd lokalni uczeni, którzy archiwa oraz biblioteki mają pod ręką i nie muszą, prócz czasu na ich studiowanie, poświęcać go sporo na daleką podróż? Zwłaszcza historycy prawa z Oksfordu i Cambridge – pisaliby wtedy o historii swych *almae matres*. Jeśli jednak takiej pracy podejmuje się obcokrajowiec, narzuca się kolejna wątpliwość: dlaczego jego książka nie została ogłoszona drukiem po angielsku? Nie znajduję merytorycznego uzasad-

nienia dla publikowania wyników tak solidnie przeprowadzonych badań po polsku. Tematyka, choćby z powodów „patriotycznych”, powinna zainteresować świat prawniczy Anglii, jego lokalnych historyków, a także wydawców. Tego przynajmniej należałoby się spodziewać. Podstawowe jednak zastrzeżenie co do celu zarysowanego tak, jak uczynił to autor książki, dotyczy problemu, że przedstawienie, nawet całościowe, nie wnosi nic istotnego do nauki, jeśli precyzyjnie nie określimy, czego poprzez panoramę poszukujemy.

Czytelnik musi wreszcie zapytać, czy jest to książka o prawie, czy o historii. Ten dylemat nie daje się zbity płaskim stwierdzeniem, że jest to wtedy opracowanie z zakresu historii prawa, bo może to raczej tylko historia nauczania, a o samym prawie niczego się nie dowiemy¹¹. Lektura książki nie ułatwia też moim zdaniem odpowiedzi na kolejne pytania, czy autora bardziej interesuje Anglia, czy prawo rzymskie. Zbicie tego kolejnym płaskim stwierdzeniem, że zajmują go oba zagadnienia, wydaje się niebezpieczne, bo może prowadzić do sugestii, że jest najlepszym anglistą wśród romanistów, a romanistą wśród anglistów. Wszystkie powyższe wątpliwości wynikają przede wszystkim z wrażenia, które powstaje przy lekturze: autora książki zdaje się nie zastanawiać, co wiek XVIII w Anglii wnosi do prawoznawstwa; natomiast zakłada chyba, że do nauki prawa rzymskiego nie wnosi nic istotnego.

Systematyczny i szczegółowy opis prowadzony przez wszystkich pięć rozdziałów uzmysławia, jak dokładne przeprowadzono dla napisania książki poszukiwania źródłowe i biblioteczne. Czasem autor bawił się – z powodzeniem – w prawdziwego detektywa, choć w sprawach angielskich, a nie szkockich. Znajdujemy wiele szczegółów, na które słusznie zwrócił uwagę, wyrabiając przy tym w czytelniku przekonanie, że ma przed sobą solidną pracę naukową, choć niemal w beletrystycznej formie. Niedosyt pozostawiają konkluzje, których na próżno szukać pod koniec każdego z rozdziałów – może z wyjątkiem czwartego. Mało konkretne wydaje mi się zakończenie książki, ale to bardzo subiektywna kwestia. Natomiast tekst rozdziałów pełen jest dojrzałych, kompetentnych i cie-

10 Tamże, s. 13.

11 Por. F. Longchamps de Bérier, *Rachunek sumienia dla historii prawa?*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 2, s. 93.

kawych, a czasem zabawnych, wręcz plotkarskich uwag szczegółowych.

Praca wydaje się być wyrazem szacunku autora dla prawa rzymskiego i jego znaczenia dla prawoznawstwa w różnych epokach dziejów europejskiej tradycji prawnej. Mieści się w niej – jak widać z publikacji – prawo obowiązujące w Anglii wieku XVIII. Tak tedy „twierdzenie, że cywiliści angielscy stanowili dodatek czy wręcz aneks do bogatej tradycji prawa angielskiego,

Książka rzeczywiście przedstawiła panoramę prawną Anglii XVIII w., a uczyniła to z perspektywy formacji prawniczej, która czerpie z prawa rzymskiego. Czasem panorama ta wydaje się ukazana trochę w trybie anegdoty, a nie poważnego pytania o prawoznawstwo, ale to nurt obecny w polskiej romanistyce. Wszelako bez wątpienia panorama jest w pełni udokumentowana, szczegółowa, sprawnie komentowana i wygląda na wyczerpującą.

Czy romanistyczna formacja prawnicza i klasyczne wykształcenie były niezaprzeczalnymi atutami w Anglii XVIII stulecia?

należy odrzucić i uznać za zupełnie nietrafione”¹². Jednak czytam i ostatnie słowa książki o absolwentach angielskich uniwersytetów: „posiadanie przez nich klasycznego wykształcenia oraz romanistyczna formacja prawnicza były niezaprzeczalnymi atutami”¹³, ale nie znajduję w pracy Ł.J. Korporowicza treści, które pozwalałyby uzasadnić wiarę w te niezaprzeczalne atuty. Tu wraca bowiem pytanie o cały kontekst społeczny. Jak zresztą badać wpływ cywilistów na ich otoczenie? A może zacytowane ostatnie słowa książki stanowią wyraz nadziei autora, która dotyczy nie tyle XVIII w., lecz jest programowym przekonaniem na każde czasy? Przekonanie to w pełni podzielam! Przyłączam się i chętnie będę ten fragment przywoływał w przyszłości. Wciąż jednak nie wiem, co wynika z tego, że ówczesne elity angielskie poważnie zasilali absolwenci prawa. Tak jest od dawna prawie wszędzie – pojmujemy to zresztą intuicyjnie, ale warto byłoby określić, kogo uważać za elitę w danym czasie i miejscu. Podobnie chętnie cytował będę zdanie o równie uniwersalnej treści: „Studiowanie prawa rzymskiego często postrzegane było jako forma intelektualnego wyzwania”¹⁴.

Najcenniejsze, że ukazał się obraz głębokiej europejskiej prowincji, w szczególności prawniczej i intelektualnej. Na uniwersytetach Oksford i Cambridge studiowali wtedy tylko mężczyźni pochodzący z Anglii i Walii¹⁵. Przedstawiona przez autora nędza przeprowadzanych tam egzaminów z prawa¹⁶ pogłębia wrażenie stale obniżającego się poziomu. Jak więc absolwenci mieliby wpływać na innych? Jaką elitę mogliby następnie zasilać? A dowodzi dalej Ł.J. Korporowicz, że Anglicy właściwie nie jeździli na studia za granicę¹⁷. Przytacza znamienity przypadek, w którym odbycie podróży po Europie uznano za ważny argument na rzecz zawodowego przygotowania prawnika¹⁸. Pewnie, lepiej był obeznany ze światem i miał większe doświadczenie życiowe niż reszta, co nosa poza angielską chatkę nie wychyliła. Wykazywane przez autora książki uzależnianie nominacji profesorskich od zewnętrznych wpływów ze strony dworu czy rządu¹⁹ pogłębia najgorsze wrażenia dotyczące świata akademickiego – tutaj akurat angielskiego w XVIII stuleciu.

¹⁵ Tamże, s. 122.

¹⁶ Tamże, s. 82–83.

¹⁷ Tamże, s. 128.

¹⁸ Tamże, s. 67.

¹⁹ Tamże, s. 19.

¹² Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii...*, dz. cyt., s. 211.

¹³ Tamże, s. 212.

¹⁴ Tamże, s. 121.

W nauczaniu, zamiast przedstawiać egzegzę „Digestów” justyniańskich, ułatwiano sobie sprawę, zajmując się w ich miejsce „Instytucjami” Justyniana. Pisze Ł.J. Korporowicz w swej książce: „Nie publikowali opracowań naukowych”²⁰. To już nie prowincja, lecz pustynia. Nie wiemy tylko, czy w jego opinii pisanie panegiryku na cześć prawa rzymskiego²¹ to przejaw romanizmu²², czy pobieżnej, wyrwykowej znajomości ze strony prowincjusza. Może więc jeszcze nie pustynia, lecz tylko dzikie pola? Autor książki wspomina o pracy A.C. Schomberga²³, który opisał wpływ rodyjskiego prawa na kształt prawodawstwa morskiego całej Europy: „co pozwala określić go mianem jedynego w XVIII wieku angielskiego autora, który w udany sposób podjął się omówienia zagadnienia z pola recepcji praw starożytnych”²⁴. Jedynego! Samotna wyspa pośród burzanów. W książce Ł.J. Korporowicz odnotował prowadzenie dociekań naukowych przez prawników i wykładowców prawa, ale

stan lub poziom czytelnictwa cywilistów, który stawia ich w „niezwykle złym świetle”²⁷.

Może dlatego nikt na Wyspach nie chciał zapełniać luki z wieku XVIII, a książka Ł.J. Korporowicza wydana po angielsku lub przetworzona na artykuły wydrukowane w tym języku nie spotkałaby się z ciepłym przyjęciem. Przypomina mi się tu szczere zdziwienie Davida Pugsleya, gdy usłyszał o dwóch wojnach burskich w Afryce Południowej. W angielskiej szkole uczono go tylko o jednej. Nie dziwota – zauważył – „uczyl nas o drugiej, bo pierwszą przegraliśmy”. Może więc rzeczywiście obcokrajowiec musiał się zająć pracą o historii – jak się okazało – bardziej nauczania niż nauki (bo ta, ostrożnie mówiąc, tam nie kwitła) prawa rzymskiego w Anglii XVIII w.? A ponieważ to prowincja, ogłaszano na Wyspach słabe publikacje i Ł.J. Korporowicz słusznie miał kłopoty z opisywaniem ich innowacyjności. Szkoda, że nie poczynił ustaleń, czy i jak dokonywanie przekładu na angielski łacińskich



Na uniwersytetach Oksford i Cambridge studiowali tylko mężczyźni, tylko pochodzący z Anglii i Walii.

na innych polach badawczych²⁵: nie podejmowali ich więc w zakresie prawa rzymskiego ani choćby prawa obowiązującego w Anglii. Natomiast pokazał autor typowe dla każdego czasu nowożytnych zjawisko, że nauczający prawa poświęcają się bardziej praktyce prawnej niż sprawom nauki lub akademickim²⁶. Do pełni obrazu prawniczej prowincji dochodzi jeszcze

źródeł ma się do stanu ówczesnej znajomości łaciny²⁸. W swej pracy trafia zresztą na wiele niewiadomych, co umie pokazać w pełni naukowo – wszak negatywny też jest wynikiem; czasem mocniej wybrzmiewającym i łatwiejszym do zapamiętania.

Panorama ukazała głęboką europejską prowincję, naturalnie odciętą kanałem La Manche, w której oddalenie intelektualne i duchowe jeszcze się pogłębiło ze względu na istnienie Kościoła państwowego²⁹, działającego właściwie bez zewnętrznych kontaktów. Ograniczonemu do Anglii chrześcijańskiemu związkowi wyznaniowemu służyli prawnicy wykształceni na uniwersytetach pomieszczonych w Cambridge i w Oksfordzie. Ci, ukształtowani przez kursy prawa

20 Tamże, s. 157.

21 Tamże, s. 178.

22 R. Orestano, *Diritto romano*, osobno opublikowane hasło z encyklopedii *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1960, s. 4–5.

23 A.C. Schomberg, *A Treatise on the Maritime Laws of Rhodes*, Oxford 1786.

24 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii...*, dz. cyt., s. 201. Nie ceni jej B. Zalewski, *Creative interpretation of lex Rhodia de iactu in the legal doctrine of ius commune*, „Krytyka Prawa” 2016, t. 8, nr 2, s. 173–191.

25 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii...*, dz. cyt., s. 39.

26 Tamże, s. 22–23.

27 Tamże, s. 100.

28 Por. np. tamże, s. 160–161.

29 Por. T.J. Zieliński, *Państwowy Kościół Anglii. Studium prawa wyznaniowego*, Warszawa 2016.

rzymskiego, działali prawie wyłącznie w sądach kościelnych oraz sądach Admiralicji³⁰, co ich jeszcze bardziej alienowało. „Oxford i Cambridge były nie tylko miejscem studiów, lecz również sprawowania kultu religijnego Kościoła anglikańskiego”³¹. Zresztą prawie wyłącznie anglikanie tam studiowali.

Praca źródłowa badająca rozmaite przejawy obecności prawa rzymskiego w Anglii wieku XVIII ukazała głęboką prowincjonalność prawniczego środowiska – przynajmniej z perspektywy romanistycznej. Dodajmy, że prowincja to określenie intelektualne, a nie geograficzne. Prowincjonalność nie mogła dobrze rokować prawu angielskiemu, które jak prawo polskie w tym samym czasie – także na rubieżach Europy, ale na drugim krańcu łacińskiego świata – „rozwijало się w sposób organiczny, miły sercu Savigny’ego i jego uczniów ze szkoły historyczno-prawnej”³². A dają się snuć domysły, że dalszy rozwój prawa polskiego wyglądałby podobnie lub równolegle do przemian angielskiego *common law*, gdyby nie zabory i przyniesione w ich czasie prawo rzymskie oraz czerpiące zeń i z prawa natury kodyfikacje. Jednak w przedrozbiorowej Polsce zdawano sobie sprawę z niebezpieczeństwa prowincjonalności, bo choć „dla ogółu prawników epoki saskiej prawo rzymskie odgrywało rolę ozdoby pozwalającej się popisać erudycją i odwołać się do bliskich szlacheckiej mentalności rzymskich tradycji”, niejednokrotnie i w sposób oświecony domagano się zreformowania systemu prawnego przy użyciu prawa rzymskiego, jak uczynił to na sejmie 1752 r. biskup płocki Antoni Dembowski³³. Panorama zatem wystarczyć nie może, jak nie powinno się rezygnować z porównań, zwłaszcza gdy dogłębnie zna się cudze prawo, a na własnym jest się wychowany. Potrzeba uczonych diagnoz i jak zawsze potrzeba otwartości środowiska prawniczego.

30 Por. Ł. Marzec, *Czy prawo rzymskie pokonało kanał La Manche?*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2008, nr 2, s. 49–51.

31 Ł.J. Korporowicz, *Prawo rzymskie w Anglii...*, dz. cyt., s. 129.

32 J. Kodrębski, *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990, s. 10.

33 Tamże, s. 22–23.

Należy wskazywać sprawdzone środki – w tym dla leczenia się z prowincjonalności w myśleniu o prawie. Zawsze dobrze służyło tym celom studium prawa rzymskiego, jeśli postrzegać je praktycznie. A czysto antykwarycznie uprawiano je na angielskich uniwersytetach w XVIII stuleciu.

Bibliografia

- Kodrębski J., *Prawo rzymskie w Polsce XIX wieku*, Łódź 1990.
- Korporowicz Ł.J., *Prawo rzymskie w Anglii w XVIII wieku. Nauczanie, studia, nauka*, Łódź 2019.
- Korporowicz Ł.J., *Prawo rzymskie w orzecznictwie Izby Lordów w latach 1876–2009*, Łódź 2016.
- Kupiszewski H., *Droit romain – science et didactique* (w:) W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka (éds.), *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie 1996, s. 163–173.
- Longchamps de Bérier F., *Common law a dekodyfikacja i globalizacja prawa* (w:) F. Longchamps de Bérier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2019, s. 19–51.
- Longchamps de Bérier F., *Rachunek sumienia dla historii prawa?*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 2, s. 88–95.
- Longchamps de Bérier F., *Roman Law and Legal Knowledge – Law Faculties versus Law Schools* (w:) T. Giaro (ed.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of H. Kupiszewski*, Warszawa 2011, s. 13–19.
- Marzec Ł., *Czy prawo rzymskie pokonało kanał La Manche?*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2008, nr 2, s. 43–54.
- Marzec Ł., *Między Rzymem, Dunajem a murem Hadriana. Prawo rzymskie i Europa w De Usu et Autoritate Iuris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum (1653) Arthura Ducka*, Kraków 2017.
- Orestano R., *Diritto romano*, osobno opublikowane hasło z encyklopedii *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1960, s. 1–77.
- Twining W., *Diffusion and Globalization Discourse*, „Harvard International Law Journal” 2006, t. 47, nr 2, s. 507–515.
- Zalewski B., *Creative interpretation of lex Rhodia de iactu in the legal doctrine of ius commune*, „Krytyka Prawa” 2016, t. 8, nr 2, s. 173–191.
- Zieliński T.J., *Państwowy Kościół Anglii. Studium prawa wyznaniowego*, Warszawa 2016.

