

ISSN: 1689-8052
E-ISSN: 2451-0807



STUDIA
prawnicze
ROZPRAWY I MATERIAŁY

2016 NR 1 (18)

STUDIES IN LAW
RESEARCH PAPERS

2016 No. 1 (18)

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

- Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
- Teksty winny zostać dostarczone redakcji w języku polskim lub angielskim, drogą elektroniczną (e-mail: sp@ka.edu.pl).
- Tekst artykułu powinien być złożony pismem Times New Roman o wielkości 12 punktów z interlinią 1,5. Pierwsza strona, poza tytułem pracy, winna zawierać imię i nazwisko autora, jego afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której pracuje oraz kraju.
- Do tekstu autor powinien dołączyć abstrakt (maksymalnie 200 słów) oraz słowa kluczowe (3–5) – w języku polskim i angielskim.
- Autor winien stosować przypisy dolne – z terminologią łacińską, polską lub angielską – konsekwentnie dla wybranej wersji językowej.
- Teksty będą publikowane wyłącznie po uzyskaniu pozytywnej opinii recenzentów.
- Szczegółowe informacje znajdują się na stronie internetowej czasopisma (www.ka.edu.pl).

THE BASIC INFORMATION FOR AUTHORS

- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.
- Submitted manuscripts should be sent in electronic form by e-mail (sp@ka.edu.pl) and must be written in Polish or English.
- The text should be written in Times New Roman, 12-point font, 1,5 spaced.
The first page of paper should contain: the title, the full name of the author (authors), affiliation with the name of the institution where the paper was written, the town and country.
- Author should also include a 200-word abstract (maximum) and 3–5 keywords in Polish and English.
- Author should use footnotes (at the bottom of the page), including the Latin, Polish or English terminology.
- All papers will be reviewed and published on the basis of opinions submitted in a peer review process.
- Detail information for authors can be find on the website of the journal www.ka.edu.pl).
-

ZASADY RECENZOWANIA PUBLIKACJI W CZASOPISMACH*

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review proces*).
4. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
5. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.
6. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

* Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, obowiązują od roku 2012.

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2016 NR 1 (18)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2016 NO. 1 (18)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl · www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Francesco Morandi [Sassari]
Andrij Bojko [L'viv]	Stephen Riley [Utrecht]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Christian Rolfs [Köln]
Janina Czapska [Kraków]	Janusz Szwaja [Kraków]
Tomas Davulis [Vilnius]	Maria Tzanou [Keele]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Emod Veress [Cluj-Napoca]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Jan Widacki [Kraków]
Paweł Fries [Ivano-Frankivsk]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Egidijus Kuris [Vilnius]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

REDAKCJA/EDITORIAL OFFICE

Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały / Studies in Law: Research Papers

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1C; 30-705 Kraków (Poland)

tel.: +48 12 25 24 659; e-mail: sp@ka.edu.pl; [www: sp.ka.edu.pl](http://www.sp.ka.edu.pl)

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2016

ISSN: 1689-8052
e-ISSN: 2451-0807

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (open access).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Korekta: Daria Podgórska

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2016
oficyna@afm.edu.pl

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia u Frycza
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Korekta tekstów i streszczeń w języku angielskim: Gregory White
Korekta tekstów i streszczeń w języku niemieckim: Wojciech Rynduch-Walecki

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: MKpromo

Spis treści

Słowo od redakcji..... 1

Artykuły i studia

Louis Garb

adwokat, Jerozolima, Izrael

Time for Uniformity in Inheritance Laws? Survey and Debate..... 5

Mariusz Załucki

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Protection of Family Against Testamentary Dispositions in English Law.

Recent Case of Ilott v. Mitson: On the Road to a Regime of Forced Heirship?..... 27

Yevhen Kharytonov

prof., Uniwersytet Narodowy „Akademia Prawa w Odessie”, Ukraina

Olena Kharytonova

prof., Uniwersytet Narodowy „Akademia Prawa w Odessie”, Ukraina

Adaptation of Law of Ukraine to the EU Law in the Context of European

Traditions of Private Law 39

Adam Doliwa

prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet w Białymstoku

Uwagi o zakresie zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej (na tle wyroku

Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2015 r. I CSK 312/14)..... 51

Anna Golonka

prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet Rzeszowski

Cyberprzestępczość – międzynarodowe standardy zwalczania zjawiska

a polskie regulacje karne 63

Jarosław R. Antoniuk

dr, Politechnika Śląska w Gliwicach, sędzia w Sądzie Rejonowym w Chorzowie

Obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego 85

Paweł Mazur

mgr, Uniwersytet Warszawski

Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej w angielskim

prawie spółek – przebicie zasłony korporacyjnej oraz aktualne tendencje 101

Katarzyna Dziewulska

doktorantka, Uniwersytet Opolski

Skarga pauliańska w ochronie wiarygodności publicznoprawnych 117

Paulina Wilhelmina Konarska

mgr, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Pobieranie i przeszczepianie narządów, tkanek i komórek post mortem w Azji

na przykładzie Singapuru i Indii – wybrane aspekty 141

Marta Rzadkowska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zachowania samobójcze wśród dzieci i młodzieży – charakterystyka ryzyka i profilaktyka 161**Katarzyna Zawisła**

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, aplikant adwokacki

Dorota Polak-Hawranek

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, prokurator, Prokuratura Rejonowa, Kraków

Łukasz Chechelski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Drobna przestępczość – problematyka zjawiska 181**Glosy****Anna Juryk**

dr, Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie

Dariusz Michta

dr, adwokat

*Zmiana postanowienia oddalającego żądanie w postępowaniu nieprocesowym.**Uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego**z dnia 15 września 2011 r., sygn. II CSK 718/10*..... 197**Rafał Bernat**

doktorant, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

*Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29.10.2015 r.,**II FSK 2274/13. Uprawdopodobnienie braku winy w sprawie**o przywrócenie terminu* 207**Damian Synowiec**

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Jurysdykcja sądu w postępowaniu z powództwa osoby trzeciej – glosa do wyroku**Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 stycznia 2016 r. sygn. C-521/14*..... 217**Angelika Gajek**

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz rodziców dziecka w fazie prenatalnej, które w wyniku deliktu urodziło się martwe (art. 446 § 4 k.c.)**– glosa do Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 roku**w sprawie o sygn. Akt III CSK 286/14* 225**Recenzje, Sprawozdania, Varia****Anna Lyszczyna**

doktorantka, Uniwersytet Opolski

*50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, red. P. Stec, M. Zatucki**[Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2015]*..... 235

Mateusz Tusiński

doktorant, Uniwersytet Opolski

*Dobra osobiste, red. I. Lewandowska-Malec [Wydawnictwo C.H. Beck,
Warszawa 2014]* 239

Monika Augustyniak

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Marcin Pieniążek

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Sprawozdanie z obrad sekcji „Jakość polskiego systemu prawa” w ramach
XVI Konferencji Naukowej „Państwo – Gospodarka – Społeczeństwo”* 245

Contents

From the Editors 2

Articles and Studies

Louis Garb

Advocate, Jerusalem, Israel

Time for Uniformity in Inheritance Laws? Survey and Debate 5

Mariusz Załucki

Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Protection of Family Against Testamentary Dispositions in English Law.

Recent Case of Ilott v. Mitson: On the Road to a Regime of Forced Heirship? 27

Yevhen Kharytonov

Professor, National University “Odessa Law Academy”

Olena Kharytonova

Professor, National University “Odessa Law Academy”

Adaptation of Law of Ukraine to the EU Law in the Context of European

Traditions of Private Law 39

Adam Doliwa

Professor, University of Białystok

Notes on the legal capacity of homeowner associations (in the light of the judgement of the Supreme Court of Poland of 26 June 2015, I CSK 312/14) 51

Anna Golonka

Professor, University of Rzeszów

Cybercrime – international standards in combating this phenomenon

and the Polish penal regulation 63

Jarosław R. Antoniuk

PhD, Silesian University of Technology, judge, Chorzów District Court

The obligation of the municipalities to provide social housing 85

Paweł Mazur

MA, University of Warsaw

The responsibility of shareholders for the liabilities in an association of capital

in English corporate law – realities and current tendencies 101

Katarzyna Dziewulska

Doctoral Student, Opole University

Fraudulent transfer and the defence of legal debt claim 117

Paulina Wilhelmina Konarska

MA, Nicolaus Copernicus University in Toruń

The post mortem taking and transplant of organs, tissues and cells

in Asia: the case of Singapore and India – selected aspects 141

Marta Rzadkowska Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Risk factors and prevention of suicidal behaviour in children and adolescents</i>	161
--	-----

Katarzyna Zawiślan Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, applicant attorney Dorota Polak-Hawranek Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, prosecutor, District Prosecutor Office, Krakow Łukasz Chechelski Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>The issue of the so-called petty crime</i>	181
--	-----

Glosses

Anna Juryk PhD, Pedagogical University of Kraków Dariusz Michta PhD, advocate <i>Changes in the ruling dismissing a request in non-trial proceedings. Comments on the ruling of the Supreme Court of Poland of 15 September 2011, Case Number II CSK 718/10</i>	197
---	-----

Rafał Bernat Doctoral Student, Kozminski University <i>A gloss to the judgement of the Supreme Administrative Court of 29 October 2015, II FSK 2274/13</i>	207
--	-----

Damian Synowiec Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Jurisdiction of the court in proceedings brought by a third party – commentary to the judgement of the Court (Fourth Chamber), date 21st of January 2016, ref. No. C-521/14</i>	217
---	-----

Angelika Gajek Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Financial compensation for the parents of a child which was stillborn as a result of an offence committed when the child was in the pre-natal phase (art 446, section 4 of the Civil Code) – an explanation of the judgement of the Supreme Court of Poland of 13 May 2015, case number III CSK 286/14</i> ..	225
--	-----

Book Reviews, Reports, Varia

Anna Lyszczyna Doctoral Student, Opole University <i>50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, red. P. Stec, M. Zatucki [Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2015]</i>	235
---	-----

Mateusz Tusiński

Doctoral Student, Opole University

*Dobra osobiste, red. I. Lewandowska-Malec [Wydawnictwo C.H. Beck,
Warszawa 2014]* 239

Monika Augustyniak

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Marcin Pieniążek

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*“Quality of the Polish legal system” within XVI Academic Conference
“State - Economy – Society”* 245

Słowo od redakcji

Drodzy Autorzy i Czytelnicy. Staramy się by nasze czasopismo stale się rozwijało. Jak być może zauważyliście, zaczęliśmy zamieszczać poszczególne wydania w Internecie. Chcemy w ten sposób dotrzeć do jak najszerszego grona odbiorców. Już dzisiaj wiemy, że teksty zamieszczane w naszych Studiach Prawniczych czytane są nie tylko w Polsce, ale także zagranicą, gdzie coraz częściej pojawiają się cytowania prac przez nas publikowanych. To motywuje do jeszcze bardziej wytężonej pracy. Dlatego część tekstów pojawiających się w niniejszym numerze ma szerszy charakter i wpisuje się w dyskusję toczoną na poziomie europejskim. Wierzymy, że stanowią one istotny głos w tym zakresie. Zapraszamy do lektury.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki
redaktorzy naczelni

From the Editors

We have made every effort to encourage the development of our journal. As may be observed, certain editions have been made available online. In this way, we hope to reach as many readers as possible. We already know that Legal Studies are read not only in Poland but also abroad, where it is becoming more common to find references to our publications. This motivates us to even greater efforts. Therefore certain texts in this volume have a broader scope and pertain to issues discussed on a European level. We believe that they will make a definite contribution to such topics. We invite you to read on.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Zatulcki
Editor in Chief & Vice Editor

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Louis Garb

advocate, Jerusalem, Israel

Time for Uniformity in Inheritance Laws? Survey and Debate

‘Degrees, observances, customs and laws, decline to your confounding contraries, and let confusion live!’ (Shakespeare – *Timon of Athens* Act I)

Introduction and overview

We can all understand the desire to bequeath one’s money as one sees fit, as well as the responsibilities of parents to those they have brought into the world. We can all imagine (and in many cases, the law reflects) some core rules that enforce a balance between these sometimes contradictory impulses, as well as the need to sometimes curtail these rights in the cases of clear pathology (for example, dramatically spendthrift and addicted children on the one hand, or vindictive and unbalanced parents on the other), or to accommodate the endless special cases that life presents. Yet, today, the law’s ability to achieve this balance and achieve reasonable outcomes is increasingly hampered by a fragmented and inchoate patchwork of legal systems.

While some aspects of the current situation stem from the irresolvable tensions of the human condition, I suggest that the legal profession consider some modest reforms of an international nature can significantly reduce some of the human injury and inequity (not to mention legal headache) it causes. While there are no easy answers (and, if anything, this article will probably deepen this sense), I believe we can devise the outlines of a practical way for the international legal system to lessen the pain and waste caused by the current chaotic state of inheritance laws we have inherited. The arrangement will of necessity be partial, as it will have to honor continuity with the varied and often idiosyncratic legal traditions of myriad jurisdictions. But, at the same time, it would propose inserting a cross-jurisdictionally uniform

component better suited to our globalized and cosmopolitan times, able to protect the rights of both bequeathed and inheritors against some of the potentially sharper edges of any less than perfect inheritance decisions of those who pass on wealth or local legal systems that regulates these.

This chapter reviews the present situation as well as some of the social and other changes that so challenge contemporary inheritance laws, the main legal traditions in this respect, and the extent of local variation within these.

Global trends in the structure of families

In today's world, succession laws have to contend with the rapid social and cultural transformation that has caused several changes within the family structure. during the past few decades. Firstly, we have growing divorce rates in the western world¹. Secondly, we have witnessed the emergence of complex and 'nontraditional' families or 'family situations', such as same-sex couples, single parents, childbearing outside marriage, surrogate mothers, the rights of frozen embryos, etc.

Have these changes found sufficient expression in the manner in which the legal systems presently deal with questions of inheritance, and in particular the age-old dispute regarding freedom of testation versus reserved portions?

Many other elements of family law have indeed adapted themselves to the radical changes in family structure. An obvious example is the way in which the law of many countries now deals with the question of custodial and visitation rights applying to children who form part of a 'same-sex family unit' (See for example a decision dealing with a dispute between two lesbian partners concerning custody of a child born to one of the partners, in which the court held that the biological partner was stopped from claiming sole custody)². The development in this branch of the law would have been unthinkable a generation ago, and indeed would even have been regarded as abhorrent two generations ago.

Surely these social trends, amongst others, should also affect the manner in which the law should deal with inheritance, in parallel with many other elements of family law that have adapted to change?

It is not only changes in family structure, however, which would seem to demand a reassessment of the laws of inheritance. A century ago Doctor Ernest Schuster opined that "the steady expansion of international commercial

¹ As put by Waggoner, we are a "Multiple-Marriage Society", see: L.W. Waggoner, *The Multiple-Marriage Society and Spousal Rights under the Revised Uniform Probate Code*, 76 Iowa L. Rev. 223 (1991).

² K.H. v-Superior Court (2005) 37 Cal. 4th 156,33 Cl.Rptr.3d 817.

dealings, the greater frequency of marriages between members of different nationalities and the constantly growing number of causes facilitating and widening changes of domicile on the part of persons engaged in mercantile, industrial or scientific pursuits, have largely increased the number of occasions on which English lawyers have to consult an advocate practicing in the country of which the law has to be applied...³. A fortiori, this is far more relevant in today's global village, where mobilization and globalization allow testators great freedom regarding their estates during their own lifetimes? Moreover, the enormous increase in the purchase of secondary homes in foreign countries for pleasure, business and investment, has led to a corresponding increase in the number of deceased estates which have a foreign element.

Were inheritance only a fiscal matter, it would tend to be found in the professional literatures of lawyers and accountants, not at pivotal junctures of canonical Western cultural texts, ranging from the Bible to Shakespeare (*King Lear*, *Henry V* etc.) to *Middlemarch* and *War and Peace* and even finding musical expression in Puccini's minor comic masterpiece *Gianni Schicci* (published by Ricordi in 1919) Money is at stake, for sure, but inheritance also invokes some of the most primal layers of psychological and family life: continuity, reward and punishment, loyalty, death and posterity, rivalry, and love. Add to this emotional undercurrent the myriad and changing permutations of family structures and emotional allegiances over time, and we can understand why the rules and rights related to passing on and receiving wealth after death have long troubled our profession. A scholar of Late Roman legislation (371–428 AD), referring to inheritance, reports this to be “a tangled web of seemingly conflicting constitutions” (Tate, 2008), whose detailed and shifting decisions related to children outside of marriage or from second marriages would be familiar to modern practitioners (though not, thankfully, the discussions of the offspring of master and slave).

While things were never simple, I will argue that the combination of vastly relaxed mores and practices related to structures of affiliation and birth, the increased sophistication of inheritance modalities (for example, an incentive trust, which imposes fixed conditions of distributions to encourage certain beneficiary behavior), and the exponential globalization of residence, property, and potential jurisdictions (and of forum shopping and asset shifting between them), have made the current complexity of inheritance law almost intolerable.

Prima facie, a system based on freedom of testation seems inherently to cope with the complexities brought about by new family structures, while those systems that secure family shares may be considered outdated. On

³ E. Schuster, *The principles of german civil law* (1907).

the other hand, however, despite this assumption, the law should surely not abandon the core values enshrined by the concept of the reserve – first and foremost, the need to protect the children’s right to succeed their parents. We shall examine this divide and its consequences at a greater length.

Freedom of testation – a comparative perspective

When reflecting on the need for possible changes, adjustments or indeed adherence to the status quo, it would be valuable to engage in a brief survey of different jurisdictions in the two basic systems and note especially jurisdictions where there is variance.

Common Law Jurisdictions

Whilst the common law of England may be difficult to define in a brief introduction it can probably be best explained by way of contrast with statute law and especially in contrast with civil or international law. It is a body of law built up century by century, by custom and by a body of decisions decided in the highest courts of the land whose decisions are final. Whilst we are dealing with an enormous mass of case law, nevertheless even from the nineteenth century we have witnessed an increasing number of statutes dealing with specific topics-including, of course, matters of inheritance. Until the advent of the European Economic Community, common law has been relatively free from foreign influence and has been described as “the embodiment of the English and American genius for the practical as opposed to the theoretical.” However this self-congratulation does not take into account the enormous influence that Canon law had on common law until a mere hundred years ago with its marked misogyny which was determined to keep women in a subordinate condition even, or especially, in matters of inheritance. This was the case not only in England, and certainly not only in common law. It was only in the late nineteenth century that Canon law regarding sole inheritance of sons was repealed in one of the Swiss Cantons. The complete inferiority and exclusion of the female sex was maintained both by civil and common law.

My learned lord, we pray you to proceed,
 And justly and religiously unfold
 Why the law Salic that they have in France
 Or should or should not bar us in our claim.
 Shakespeare, Henry V, Act 1, Sc.2,9–12.

Poor King Henry's bewilderment is as relevant now as it was more than half a millennium ago. And so is the probable French response which would be: "Why do you think your system is better than ours?" and indeed Professor Lemann adds 'It was not based on moral principle of mutual duties between direct relatives, but on a political notion of preservation of family estates.' (27 *supra*) The Church, in the interests of that class which was alone admitted to the priesthood, was a determining factor in enabling the accumulation of wealth in the hands of men, and thereby did much towards keeping woman in a subordinate condition. This brings to mind Jane Austen's masterpiece *Sense and Sensibility* in which the young Mr. Dashwood, who has inherited his father's estate as sole heir because of the idiosyncrasies of English law at that time, wishes to honor his father's wish and provide for his stepsisters by giving them each one thousand pounds (equivalent to approximately two hundred thousand Euros, at that time) from the enormous estate that he inherited. His wife proceeds to whittle down this not particularly generous initial gesture (in stages) from five hundred pounds each to a small annuity. And in the end he agrees to his wife's argument: "I'm convinced within myself that your father had no idea of your giving them any money at all. The assistance he thought of was only was only such as may be reasonably expected of you... sending them presents of fish and game and so forth whenever they are in season".

Any practitioner in the field will certainly attest to examples of such self-serving sophistry when the inheritors have to deal with the disinherited.

It is important to note at the outset that a majority of countries in the world and in particular the overwhelming majority of countries in the Western world, have adopted laws based either on English common law or the Code Napoleon. Indeed the majority of countries worldwide adhere to some form of the Code Napoleon. English law has only taken root in those countries in which it was planted by conquerors and colonizers – or where there was a substantial English sphere of influence. Nevertheless, as is always inevitable when dealing with law, there are exceptions to any generalization, as will be more fully detailed below.

Common Law

As is well known, the general rule is that common law jurisdictions grant freedom of testation. Rationales:⁴ "testation as a 'natural right' (though not

⁴ A.J. Hirsch, *The Problem of the Insolvent Heir*, <http://advance.lexis.com/api/document?collection=analytical-materials&id=urn:contentItem:3S3V-0DG0-00CW-80V9-00000-00&context=1000516>, 74 Cornell L. Rev. 587, 636-637 (1989).

recognized as a constitutional one), utilitarian functions (the freedom to choose one's will as an encouragement for useful social behavior)⁵.

Nevertheless, as we shall see, social or other pressures have led to much variation and adjustment in both the civil law jurisdictions as well as in those following the common law.

We cite a few examples of 'deviations' in 'common law' jurisdictions:

- **England and Wales** – There are no compulsory shares that must be left to any person under law⁶. However, provision is now made for the possibility of a dependent in need of support even after the age of majority. Gifts prior to death are not set off against the heir's inheritance under a will, unless specified to the contrary⁷. And there is a statutory exception from this doctrine with regard to gifts to children who predeceased the testator where the law substitutes beneficiaries not named in the will.
- **The United States**
 - **New York** – Even in what is possibly the world capital of capitalism, and despite any testamentary instructions, the surviving spouse is entitled to an elective share from the estate equal to \$50,000 or one-third of the net estate, whichever is the largest, which includes all property in the deceased's name, whether moveable or immoveable and wherever located. The net estate is further augmented by taking into account 'testamentary substitutes' such as pension plan benefits and gifts which exceed the federal gift tax exclusion amount and which were made within one year prior to the deceased's death⁸.
 - **California** – Individuals are generally permitted to devise their assets without limitation⁹. However, the California Probate Code states that a spouse or domestic partner who has been omitted from the will due to entering into a relationship with the testator after the will was completed (and given that it was not revised) is entitled to one half of the estate¹⁰. There are similar provisions regarding children, but they are less strict¹¹. Gifts generally do not reduce the inheritance, unless there was evidence for the testator's intent¹².

⁵ See also: A.J. Hirsch, *Freedom of Testation / Freedom of Contract*, 95 Minn. L. Rev. 2180 (2011).

⁶ L. Garb, J. Wood, *International Succession 233*, Oxford University Press 4th ed., 2015. See section 15.36 for certain exceptions recognized by the law in a case of a dependent not receiving "reasonable financial provision" (*Ibid.*, 234).

⁷ *Ibid.*, 235.

⁸ *Ibid.*, 777.

⁹ *Ibid.*, 746.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, 746–747.

¹² *Ibid.*, 748–749.

- **Florida** – Florida too operates a common law system¹³. However, in this State there is forced heirship for the benefit of spouses only. The surviving spouse of a person who died domiciled in Florida may, in the absence of a marital agreement to the contrary, have homestead rights, pretermitted spousal rights, family allowance rights and exempt property rights¹⁴.
- **Louisiana** – Until recently, this state (which has a mixed common law and civil law jurisdiction) followed the civil law tradition of forced heirship¹⁵. In 1999 a new law took effect, which allowed parents more freedom over the disposition of their estates once a child reached 23 years of age¹⁶.
- **Cyprus** – Despite being a common law system, Cyprus law restricts the freedom of testation under certain circumstances¹⁷. Thus, a portion of one's estate may be disposed of by will, while the remainder (called 'the statutory portion') is subject to forced heirship rules.
- **Guernsey** – Inheritance laws in this country differentiate between real property and personal property, both of which are subject to rules of forced heirship. This is an interesting variation on the usual and virtually universal rule that the law regarding the inheritance of real property is determined by the *lex situs* whereas the law regarding inheritance of personal property is determined either by domicile or by 'personal' law i.e. citizenship. On the other hand, in the case of real property, a testator with descendants must leave the same to one or more of the following: their spouse; their descendants and the descendants of their descendants; their step-children and their descendants¹⁸. Regarding personal property, however, the spouse has a right to one-half of the inheritance when there are no descendants and otherwise to one third¹⁹. In the second case, the children are each entitled to an equal share of the inheritance, unless they have shown themselves unworthy (*indigne*). An interesting coda is that an unworthy child will only be entitled to income, but upon the death of their child his or her descendants will be entitled to the share that their parents would have inherited.

¹³ *Ibid.*, 759.

¹⁴ *Ibid.*, 762.

¹⁵ J. Dainow, *The Early Sources of Forced Heirship; Its History in Texas and Louisiana*, 4 La. L. Rev. 42 (1941).

¹⁶ V.D. Rougeau, *No Bonds but Those Freely Chosen: An Obituary for the Principle of Forced Heirship in American Law*, 1 Civil Law Commentaries 1, 21 (2008).

¹⁷ Garb & Wood, 205.

¹⁸ *Ibid.*, 303.

¹⁹ *Ibid.*, 304.

- **India** – Generally speaking, India follows a common law system, derived from the British colonial legal system. However, due to the vast diversity of its peoples, there are some exceptions regarding the personal law. Indians, with the exceptions of Muslims, are therefore entitled to dispose of their property as they wish²⁰. A married woman, however, may only dispose by will of any property that she herself could alienate during her lifetime. Muslims, on the other hand, do not enjoy freedom of testation – they may only dispose by will of up to one-third of their estate²¹.
- **Pakistan** – here we have another example of a common law system with rules which also limit freedom of testation, as a result of Muslim religious laws.
- **South Africa** – There are no compulsory shares or minimum percentages for a surviving spouse, civil partner or child. However, a child who is not self-supporting will have a claim for maintenance against the estate of the deceased²² and it does not appear that there is any age restriction. It is worth noting that the Supreme Court of Appeals in the country, even after the abolition of apartheid, gave preference to freedom of testation over racial equality²³ (The implications of this decision are more fully discussed below).
- **New Zealand** – The inheritance laws of this country give testamentary freedom to the will-maker, who is not bound to leave an obligatory share to any particular descendant²⁴. Nevertheless, this freedom may be subject to the testator's *moral* duty to provide for the maintenance and support of certain close relatives *irrespective of age*²⁵: the surviving spouse, civil or *de facto* partner and/or children may apply to the court in such a case.
- **Ireland** – Unusually, freedom of testation is limited by the rights of spouses but not of children. Therefore, the surviving spouse is entitled by law to one-half of the estate when there are no children and to one-third if there are children²⁶. Children, however, are not entitled to a part of the estate by way of a right. At best, their right could be described as a 'right to apply'. The court has the authority to make provision for the children

²⁰ *Ibid.*, 335.

²¹ *Ibid.*, 336.

²² *Ibid.*, 642.

²³ See *Ex Parte: BoE Trust Ltd NO and Others (SCA)* (unreported case no 846/11, 28.09.2012) (Erasmus AJA), in dealing with an apartheid era will.

²⁴ Garb, Wood, 551.

²⁵ *Ibid.*, 552.

²⁶ *Ibid.*, 350.

where it believes that the testator has failed in his moral duty to provide for the child taking the testator's means into account. It is interesting that this jurisdiction and the preceding one referred to (New Zealand) have regard to the testator's *moral* duty, which in our opinion introduces a concept, albeit a complex one, which should surely find its place in any examination of the vexed question of freedom of testation. This is also echoed in the case of China referred to below.

- **Scotland** – Scotland is a mixed system, influenced both by English and Roman law. Accordingly, there are certain limits on freedom of testation, which derive from strict maintenance provisions²⁷. A spouse/civil partner has the right to one-third of the moveable estate in respect of any will (increasing to one-half if there are no surviving children), and children have a right to a proportionate share of one-third (or one-half if the deceased is a widow/widower. However, it must be borne in mind that prior legal rights could exhaust the entire estate and lead to the disinheritance of children.

Civil Law Jurisdictions

It is difficult to conceive of a code of laws, statutes or any other form of 'legislation' since Sinai which has had the profound effect of the Code Napoleon promulgated in France on the twenty first of March 1804.

"The influence of the French civil code has been great in Europe; it has dominated Baden and the Prussian Rhine provinces for nearly a hundred years; the codes of Belgium and Luxembourg follow it, in many titles, almost literally; its spirit is conspicuous in the codes of the Netherlands, Italy, Spain and Portugal; and beyond the Seas in Egypt's, in South America, in Louisiana, in lower Canada, the lawyer conversant with the formulae and the institutions of French law will find himself at home. Throughout these wide regions it is not too much to say that divergences from the French law, where they are to be found, are deliberate and exceptional, while the resemblances or unconscious and therefore normal and all-was pervasive" – Professor Neville Brown *Introduction to French law*, third edition, p. 5. As we all know, in general, civil law jurisdictions provide for strict family shares (forced heirship provisions). A main justification given in the past for this custom is that testimonial freedom can be regarded as a 'moral hazard', due to the fact that testators may act irresponsibly if they do not have to live with the consequences

²⁷ *Ibid.*, 624.

of their actions²⁸. Whilst the concept of forced heirship may have found its detailed expression in the code Napoleon, as Professor Lemann notes on p. 27, its origins certainly antedate the 19th-century. “An institution that has been part of our law since time immemorial hardly needs defense” – The early French commentator Louiet, writing in 1693, claimed to find scriptural authority for forced heirship in the books of Genesis and Numbers. The latter authority states: “Thou shalt cause the inheritance of their father to pass unto them”. In Roman law the Falcidian portion (abolished in article 1616 of the Louisiana Civil Code) assured a forced share to descendants, and the doctrine of *querela inofficiosi testamenti* originally ordained for descendants and later for other members of the testator’s family. In the regions governed by customary law and the barbarian codes, the doctrine of the reserved portion likewise protected heirs, though the *reserve* was quite different from the Roman *legitime* (p. 5).

However, despite any hymn of praise for the civil law system of inheritance, we should not expect to find uniformity in the inheritance law governed by this system.

This is shown by a few examples:

- France – The legal right to inheritance is a cornerstone of the French private legal tradition, and therefore results in severe limitations on the freedom of testation²⁹. Compulsory shares apply to all descendants, regardless of their degree of relation to the deceased³⁰. Where there is more than one heir, lifetime gifts may impact the receiver’s share of the inheritance³¹. As a result, the law requires an heir to return all gifts to the estate in order to maintain equality between all successors³². France is also one of the few jurisdictions where the reserved percentage increases (up to three-quarters) – depending on the number of children. It is interesting to note that in 2001 the law was changed with regard to the rights of surviving spouses and in 2006 with regard to the compulsory shares for ascendants. To have two significant changes within such a short period is positively breaking the speed limit when compared with the usual tectonic shifts in inheritance law described below.
- China – there are strict provisions concerning compulsory shares for beneficiaries who cannot provide for themselves, although the law is un-

²⁸ Hirsch 1989, pp. 639; see also: T.B. Lemann, *In Defense of Forced Heirship*, 52 Tul. L. Rev. 20 (1978).

²⁹ Garb, Wood, 251–253.

³⁰ *Ibid.*, 252.

³¹ *Ibid.*, 254.

³² *Ibid.*, 254–255.

clear about forced heirship aimed at limiting and preventing abuse³³. In China there is a fascinating inclusion of spouse, children and parents (in the first tier of heirs) in case of intestacy. Widowed daughters-in-law or sons-in-law who made significant contributions in supporting their parents-in-law are also amongst the primary heirs in the case of intestacy. Furthermore, Article 19 of the Succession Law and Article 37 of the 'Several Opinions' provide that compulsory shares must be saved for a beneficiary who lacks the capacity to work and obtain a source of income – irrespective of age, i.e. this is not to be regarded as maintenance for a minor and clearly here too the *moral* element finds expression.

- Germany – German private law (the German Civil Code, BGB) guarantees freedom of testation, although its legal system is the civil law. However, there are certain restrictions derived from safeguards protecting the rights of certain family members³⁴. For instance, the law requires that close relations will be entitled to a certain share (without stating a specific percentage) of the inheritance, in the form of a monetary payment. Also, certain provisions for maintenance are required by the estate³⁵.
- Mexico – Despite belonging to the civil law system, there are no compulsory shares or forced heirship rules in Mexico, other than those for maintenance³⁶. Contracts for inheritance made prior to death are not valid or binding³⁷.

The perils of testimonial freedom due to global changes:

One of the questions this article has already posited is whether or not freedom of testation should be re-examined in light of global social trends in the family structure.

While it has been argued that freedom of testation may be viewed as a better instrument than provisions for protected portions when dealing with changes in the family and other global trends, it may well be argued that in fact such freedom poses a greater threat of injustice than in the past. Furthermore, because descendants are far more vulnerable and now possibly in greater need than they were in the past, there is a greater danger that they may be left without protection, and this *inter alia* because of the phenomenon of multiple marriages in different jurisdictions.

³³ *Ibid.*, 192.

³⁴ *Ibid.*, 271.

³⁵ *Ibid.*, 272.

³⁶ *Ibid.*, 496.

³⁷ *Ibid.*, 497.

It is the author's contention, however, that the possible need to consider a reassessment of the principle of freedom of testation reaches far beyond questions of the changes in the modern family and global mobility, but rather that these changes should give an impetus for a reconsideration of the *psychological* effects of disinheritance. This is a consideration which would seem to have been somewhat neglected by our lawmakers and indeed in the literature on the subject.

The theme of disinheritance is of the utmost antiquity and indeed is to be found at the very beginning of the Bible. It could very well be argued that the book of Genesis which is known in Jewish tradition as 'the book of the family' could also be called a 'tragic book' because of this very theme. When we reconsider the ur-story of Cain and Abel, the banishment of Ishmael (which could well be construed as having significant overtones in the twenty first century), the story of Jacob and Esau and the birthright granted by their father Isaac and the preferential treatment given by Jacob to Joseph as opposed to his other sons, we are left with a strong feeling that we are not dealing with a question of money or goods or even title. The plaintive cry of Esau "bless me too, father," upon learning that Jacob, through deception, received the blessing – forcibly demonstrates the need of the child to feel that he is equal in the eyes of the parent, whether or not there are any financial considerations. (It is significant that in recognition of this pain, the Hebrew commentators went to great length down the centuries to find excuses for Jacob's behavior)³⁸.

Cain's anger that his offering was not accepted by God led to murder. Esau also expressed a desire to kill his brother and of course Joseph's brothers forced his sale into slavery. It is important to note that in the biblical texts there is no suggestion of a child complaining of *financial* deprivation, and indeed promises to the contrary were made to Ishmael and Esau.

Any practitioner who has dealt with wills which dispossess a natural heir can attest to the fact that the harm caused will resonate far beyond the immediate siblings but to their children and grandchildren, with different branches of the same family not being on speaking terms with each other whilst possibly not even remembering how the feud originated. It is in this light that we can understand Niccolo Machievelli's famous statement in *The Prince*: "A son can bear with equanimity the loss of his father, but the loss of his inheritance may drive him to despair". This is not a cynic's claim, but a statement of psychological reality: the son knows and has always known of the eventual 'loss of his father', but the 'loss of his inheritance' is a slap in the face from the very

³⁸ See for example Rashi (1040–1105) on Genesis XXVII, 35–38.

grave which may cast into profound doubt the sons feeling of confidence in the veracity of his father's love for him. It is not the money but the removal of that which he had always thought was the solid rock of his existence that 'may drive him to despair'³⁹.

Two cases in which the author was personally involved will, I think, further illustrate some of the problems involved.

Firstly, there was a case in which five New York siblings inherited a very small property to which two of the children claimed sole rights by virtue of a 'quit deed' that their late father had signed. I successfully maintained on behalf of the other three siblings whom I represented that because of *lex situs* the quit deed was of no effect. The property was then sold and each of the five siblings received approximately \$8,000 after the deduction of my fees which in fact exceeded each sibling's share! The absurdity of the situation was highlighted by the fact that all five siblings were people in their sixties and seventies who enjoyed financial circumstances varying from comfortable to wealthy. Quite obviously, therefore, this case was not about financial need or indeed a search for financial justice, but stemmed from a problem whose familial roots lay far deeper, namely the need for a child to feel equally loved by a parent even in retrospect! The 'solution' of going to law, however, must have not only exacerbated the rift between siblings but without doubt the lasting effect involved their offspring as well.

The other case involved a son of extremely wealthy expatriate Libyan parents who had been discriminated against by his parents and in particular by his mother in favor of his other siblings (including a twin!) since a very early age. Upon the father's death, the *biological* mother, to the detriment of this particular son, endeavored to obtain probate in a common law jurisdiction so as to avoid the protected portion that her son would have received had the estate been decided according to the true domicile of the father, which was in a certain civil law jurisdiction. There he would have been entitled to approximately fifteen percent of the extremely large estate. After years of litigation in three continents, the case was eventually settled – as the lawyers on both sides knew *ab initio* would in fact be the end result. However, the lawyer's joke about 'an injury which can be alleviated by the frequent application of hundred dollar bills to the injured area' did not apply, and the millions of dollars the excluded child received did not and will not help him overcome the pain of rejection.

Is the principal of freedom of testation worth the pain of these kinds of cases, and does not the claim 'a person is entitled to do what he wants with

³⁹ Niccolo Machiavelli (1469–1527), *The Prince*.

his own property' ring hollow? Can the testator ignore the fact that freedom of choice notwithstanding, the upbringing, education and one could even argue, his or her genes must have contributed to some extent at least to the character and behavior of the prejudiced child. If the state has the right to interfere with a person's property by means of taxation of income during his lifetime, and in many jurisdictions impose inheritance tax after his death, should not the state be entitled to interfere with his estate in order to achieve more harmonious family life, and thereby a more just society?

The above-mentioned examples of New Zealand and China in particular, illustrate what a society may do to modify its adherence to the individualistic rule of freedom of testation by bringing moral considerations into play.

On the other hand, and to further muddy the waters, the second of the two cases I related above, also illustrates the danger of 'forum shopping' and asset shifting in order to try and avoid the effects of the protected portion system.

Professor Deborah Batts has written an interesting article titled 'I Didn't Ask to Be Born'⁴⁰, to be recommended for its lengthy, learned (with nearly four hundred footnotes!) and indeed passionate discussion of the problem. Following on the provocative (yet in our opinion appropriate) title of the article, the learned author proposes various ingenious solutions to the injustices referred to above. Her main proposal regards setting a ceiling, rather than a floor, of what she calls "protected inheritance"⁴¹; the idea being that the needs of surviving minor or dependent children will be met before those of the surviving spouse, adult children and other kin and dependents⁴². The rationale behind this proposal is that "the adult children already benefited from the assets of the decedent while growing up and being educated"⁴³. The author provided certain exceptions to this rule, and also accepts circumstances⁴⁴ in which the right to inherit can be thwarted by freedom of testation, thus resulting in an objective standard for disinheritance⁴⁵.

Professor Batts argues (page 1268) that 'Parents should not force children to be what they want them to be, or do what they want them to do. The fact that children are independent human beings and not merely extensions of their parents, however, does not diminish either parental responsibility for

⁴⁰ D. Batts, *I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a System of Protected Inheritance*, 41 *Hastings L.J.* 1197 (1989).

⁴¹ *Ibid.*, 1253.

⁴² *Ibid.*, 1255.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, 1258-1259.

⁴⁵ *Ibid.*, 1260.

the child or the familial experiences that forge and nurture the parent-child bond. Society should not condone parental abandonment by permitting subjective disinheritance. "...one could argue that a child has "earned" the right to inherit by having to do what the parent wanted during minority, and even beyond. Because the child did not ask to be born, and the parents consciously chose to have the child, the parents are responsible for making decisions for the child that the child cannot make herself... In many instances, daily decisions affecting all children... are all determined by the parents".

While she admits "The parent is not «wrong» in exercising the decisive role in these choices; that *is* the role of the parent. In many instances, the child is not capable of making the choice..." She countermands this argument which would of course find favor in the eyes of those who propose freedom of testation, by writing that "the child's role does permit the child to «earn» her way in the family by doing those things she would prefer not to do, or not doing those things she would prefer to do. These non-choices, which may result in unhappiness and disappointments for the child, are the contribution the child makes to the family assets... thus earning the child the right to partake in family assets" (p. 1269).

I find it difficult to conceptualize these 'non-choices' as being assets and would rather position them within the framework of contributing to a possible compelling moral imperative for the parent.

Her conclusion is that "Parents have an obligation to their children that continues even after death. This obligation arises from the parent-child bond that the parents initiated and created and continues whether support is actually needed..."

In this 'chessboard of life' however Professor Batts would seem to convert the parents into fairly impotent pawns whilst conferring upon the children far greater powers, i.e. rights and elevating them to at least the rank of bishops and knights. However, and we must perforce introduce an 'however', in answer to Professor Batts' initial question in the title of her article, a rejoinder could very well be – and one may also want to borrow from the realm of popular literature or movie titles – "Whose Life (And Money) Is It Anyway?" A criticism of Batts' proposal which echoes that of Professor Paul Haskell (43), is that the basic idea would seem to be conflate the desire to revert to some form of protected portion with the need for providing maintenance and hence the somewhat contrived proposed sliding scale⁴⁶. The sliding scale on the one hand, or minimum amount of the estate on the other, certainly do nothing to satisfy any wish for a moral resolution to the question.

⁴⁶ P. Haskell, *The Power of Disinheritance: Proposal for Reform*, 52 Geo. L.J. 499, 506 (1964).

As against her arguments, are we not duty-bound to give considerable weight to the fact that in many of those countries which have a Constitution, there is a clause which protects a person's property and/or which states that "a person's property shall not be violated or infringed upon". Those arguing for freedom of testation will use such a clause as a further hook on which to hang their contention. A fascinating example of the right to freedom of testation is to be found in all places in post-apartheid South Africa in the case referred to in footnote 22 above of *Ex Parte BoE Trust Limited*. The South African Supreme Court dealt with a 2002 will that included a bursary to be established for *white* South African students at one of four South African universities. The bursars at all these universities notified the trustees that they would not participate in any bursary unless it was made available to students of all races. They argued that the discrimination against potential non-white beneficiaries was contrary to public policy and infringed on the right to equality as enshrined in Section 9 (1) of the South African Constitution. The court examined Section 25 of the Constitution and held that recognition must be given to freedom of testation and that failure to do so would fly "in the face of the founding Constitutional principle of human dignity... which allows people the peace of mind of knowing that their last wishes would be respected after they have passed away". The court therefore refused to delete the word *white* and instead, in an obvious attempt to balance between the two principles of the Constitution, held that the money should be donated to those charitable organizations named in the will as an alternative provided by the testatrix in anticipation of any objection to probate of the will.

Despite the fact that the South African court to some extent 'dodged the bullet', those advocating freedom of testation have to contend with the possibility of wills with discriminatory measures based on phobias of multiple varieties. Where do they draw the line? And if a line has to be drawn, then why should a phobia against one's natural heirs receive greater protection than say homophobia?

It would seem to us that the wish to take into account moral and psychological considerations may lead to a balance between the opposing 'movie titles' suggested by Professor Batts and myself.

A valuable discussion appearing in the Batts article, and which has not only financial implications but also those of a moral nature, is regarding the question of equality between siblings. Discrimination between siblings may be justified on the grounds that an adult sibling who has already enjoyed more years of support including education should not be treated on the same basis as a child who has all these expenses ahead of him. This is a considera-

tion which, to the best of my knowledge, is not taken into account or assessed in any of the protected portion systems, which not only provide for equality between siblings in enjoying those portions but do not seem to take into account the attainment of majority as well as the financial situation of the siblings. This is not to deny that it would be complicated in the extreme to find some kind of calculation to take these factors into account.

A possible variation of Batt's proposal solution offered in this article which could be applied in countries with freedom of testation, and which is arguably a simplified and more practical variation of the Batts' proposal, would be to provide a limited reserve of say 30% to 50% of the estate for descendants, which percentage the testator can reduce by half if he/she details in the will the reason for deviation – with or without the prejudiced child having the right to bring any objection to the change.

Of course a radical idea such as this raises not a few questions concerning this solution: How will the judge assess the reason? Perhaps by "reasonableness"? Why these percentages? Should the law not take into account the number of descendants, as in the case of France, and, as mentioned above, their respective current positions in life?

In further defense of freedom of testation

There are many cogent arguments which have been raised in favor of this freedom. Does not any attempt to interfere with it signify an infantilization of adults who in all probability are in their mature years. Is a person not to be given credit for the ability to regularize not only his own life, but also what s/he deems fit and proper for his or her children – as he has done throughout his own lifetime? A person who has grown up with his children from anything from twenty and, in today's world, even seventy years surely should be trusted to come to a sensible and indeed, to echo an earlier consideration, *moral* choice. Should a parent not have the right to distinguish between a child in sore need and one who is a multi-millionaire?! (Although with regard to this last consideration, I personally try to insist that in such a will, at the very least the client should explain the reason for his discrimination). And what of the consideration of *idigne*? We are not so naïve as not to take into account situations of abusive or grossly neglectful children. Should such a child be treated in the same way as a loving one and would not this instance too lead to tremendous resentment on the part of the 'good' child, who in addition to being a devoted child may have introduced the parents for the last several years of his or her life into the household-sometimes at great emotional and financial cost? This resentment too could last for generations.

Furthermore the obverse of the argument concerning the existence of death duties and other taxation as being proof of the right of the state to interfere with a person's inheritance, is that the state ought not to impose restrictions on the manner of the distribution of an individual's assets on his death that it does not impose in his life.

When I started writing this article I was firmly of the belief, for many of the reasons outlined above, that the time has come for a radical reassessment of the principle of freedom of testation. Indeed, the initial title for this article was 'Time to Revise Freedom of Testation'. However, after having mulled over the question at length and having had the benefit of reading many learned articles on the subject, I must confess to having far more doubts than I did at the outset and to thinking that the arguments are fairly well balanced, despite the fact that virtually every article I have read comes down on one side of the other whether passionately or dispassionately.

Quo vadis?

Whilst it is not clear what the possible outcome of such a reassessment could or should be, I am convinced, however, that there *is* a need for reassessment. To give just one example: in today's global village, why are there artificial divisions between the two systems? And if so, there will be some who will of course argue that for the sake of unity and the comity of nations as well as the avoidance of artificial mechanisms (usually only available to the wealthy to circumvent the effects of the protected portion), the whole world should move in the direction of freedom of testation!

It is our contention that the above details and analysis demonstrate the confusion which reigns in the field of succession when scrutinized on a worldwide basis.

But must this confusion be set in stone? Cannot this stone be chiseled in a manner more appropriate to the 21st century and the concept of comity of nations? In today's world, the so-called 'global village', is it not something approaching the bizarre that two countries, England and France, for example, which are separated by approximately thirty kilometers, and with many mutual interests, should have such widely different systems of succession and testation, whatever the original roots of their legal systems?

And if already in France, what logical, ethical or practical reason could there possibly be for such marked differences regarding protected portions between France and its neighbor Germany, which has the concept of monetary compensation as opposed to protected portions? Why should Argentina have the world record for protected portions (four-fifths of the estate

including gifts made during the testator's lifetime), whilst Mexico, with its common language and roots, has no protected portion at all?! And indeed if one considers protected portions, why should there be such bizarre differences of protected portions in those countries adopting this 'sacred' principle, differences ranging from one-third to four-fifths?! Why should Switzerland give testators of a different nationality the privilege of avoiding the Swiss law regarding the protected portion by allowing them to use the law of their own nationality to govern the inheritance, thus avoiding the law of the country where they may have accumulated their assets, established their families, and lived all their lives? The more one examines different systems throughout the world the more one is impelled to remember the hoary joke about England and America being "two countries separated by a common language". Why should a world governed by a common concept of the need for law be separated by its laws of inheritance? Virtually the whole world accepts the principle of *lex situs*, albeit for the practical reason that countries are jealous of their own real estate, yet when it comes to moveable property we again have an inexplicable division between those countries which hold that the applicable law is based on domicile while others believe that the deceased's nationality is the determining factor.

Clearly there is no benefit from diversity based on a genuflection to some historical or religious cause now forgotten in the mists of time. Surely, we must accept that the benefits of uniformity are clearly too manifold to be listed.

More than half a century ago, the Hague Convention of 5th October 1961 on 'The Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions' adopted a less insular and rigorous approach to the form of wills. Yet this was only one small step made by the lawmakers and only *one* small step for mankind – for after all this is only one clearing in the thicket of inheritance law, bearing in mind too that many countries have not even ratified *this* convention.

The diversity of assets and complex family relationships already referred to above, abetted by increasing mobility, leads to frequent contacts with multiple legal systems, not to say manipulation of such systems. Inevitably this leads to questions of conflicts of laws and attempts, sometimes artificial, to avoid and indeed evade the consequences of inheritance law in a particular country – including egregious forum shopping. This so often results in protracted and expensive litigation, further damning the fabric of family life and, all too frequently, irrevocably so. Moreover, evasion and avoidance of methods which are usually only available to the wealthy, therefore introducing a two-tier society in civil law jurisdictions when dealing with inheritance

issues – in addition to other existing inequalities. So, *quo vadis*? Is it not undeniable that greater uniformity in the law would save enormous expense (colleagues will I trust forgive me for harming their fees) and grave (you will excuse the pun) distress. Why should we insist on continuing eternal litigation and dissension in the 21st century?

This is clearly a subject which evokes passions probably to a greater degree than any other legal bone of contention. A LLM law student, Juan Francisco Pardini, in what must assume was the fervor of youth, wrote his term paper for 2009–2010 entitled “Trusts vs. Foundations: Issues of Forced Heirship in Different Jurisdictions”, and wrote as his conclusion in a paper proposing a method of avoiding implementation of forced heirship:

‘Forced heirship is the *Black Plague of the 21st Century*. (My italics, L.G.) And with wealths (sic) and fortunes being made every second, individuals will constantly seek protection. Rich individuals, family businesses, and the likes have constantly been searching for ways to ensure the security and protection of their estates, and as such, the legal world has always provided the necessary alternatives... Forced heirship has plagued and hindered the intentions of men for years... This legal bear trap... sprouts its entrapping roots on a person’s deathbed to later on *slither* (sic) into his or her inter vivos actions’.

In non-legal language one can only say, ‘wow’!

Its youthful fervor aside, the article is one of great interest, particularly as it points out that no successful forced heirship claim has ever been made against private interest foundations in Lichtenstein and Panama. Obviously, on the other hand, here too, this kind of construction is only available for the wealthy so for the less fortunate members of mankind they may have no antidote to the alleged ‘Black Plague’. On a personal note, it was of interest to me to see that the supervisor of this paper was Professor Paul Matthews of King’s College, who graciously wrote the introduction to the work *International Succession*, referred to many times throughout this article.

At the outset, as I said above, when planning this article I was firmly on the side of expanding the protected portion to common law countries. This was probably under the influence of the litigation, sometimes tragic, in which I had been involved, in particular after representing the son in the second case referred to above.

Nevertheless, the incisive comments of my assistant, Adv. Noa Zeira, for which I am grateful, helped persuade me that there are no facile answers.

When I was a law student in the distant days when only ‘snail mail’ was known to mankind, and the idea of an electronic signature was in the realm of science fiction, I remember being puzzled by the fact that in some juris-

dictions acceptance of an offer occurred when the letter was received and in others, when the letter was posted. This puzzlement about a relatively minor legal question has turned to absolute bewilderment when researching this article and rediscovering the absolute chaos of the present situation in matters of inheritance. Any excuse of custom, history, culture or even religion should be spurious when confronting the harm done and the enormous cost in 'life and treasure' in what is allegedly today's global village. The introduction of uniformity into inheritance law at a global scale is necessary, urgent, and daunting.

Perhaps, as Professor Mariusz Zalucki's valuable work *Uniform European inheritance law: Myth, dream or reality of the future* suggests⁴⁷, "despite the current differences it seems that little effort is needed to harmonise these solutions at the *European level*" (my emphasis).

But, even here, there will probably be debate regarding the substance of this proposed shared core; I differ, for example, with some of the suggestions, such as extending the framework of entitlement to non-family members. Yet I think we agree that the need for such reforms is not myth but a pressing human need, with consequences felt daily. Much hard work is still ahead of us in order to translate the dream of more workable and harmonized legislation into reality. Perhaps this effort itself is a worthy legacy we can pass on to coming generations.

It will have been noted that this article addresses itself to the question of the problem of freedom of testation. Because of strictures of time and space, I have not dealt with the discrepancies in the law of *intestate* succession. Although by no means as marked as in the case of the question of testamentary disposition, here too there are differences and discrepancies between various jurisdictions, e.g. in the different tiers, the rights of the common law spouse, adopted and illegitimate children etc. However, this is a subject for another time and another place.

I would also point out that apart from a few historical observations I have not addressed the issue of the effect of religion on the law of inheritance. In today's world this effect is in fact a matter of purely historical or academic relevance – except of course for the case of Islam. Many Arab and Islamic states have adopted the law of Shari'a (Moslem personal law) as the 'superior law in both intestate and testamentary succession of Moslems (Garb & Wood page 644). Although it is too much to expect to have any conformity between Islamic inheritance laws and those of the rest of the world – both in the matter

⁴⁷ M. Zalucki, *Uniform European Inheritance Law – Myth, Dream or Reality of the Future*, Krakow 2015.

of practicality and respect, it should be possible despite the theological rift to have greater uniformity between Sunni and Shi'ite states.

I have only wished to pose a question and am certainly not ambitious enough to propose any solution. However, such a solution, or at least a partial one, should not be beyond the ability of an international forum consisting not only of jurists but also of psychologists and ethicists who may well come up with valuable answers.

Despite the obvious manifold difficulties and whatever the end result, the call for much greater uniformity is indeed a legal clarion call in our times.

Abstract

Time for Uniformity in Inheritance Laws? Survey and Debate

In today's world, succession laws have to contend with the rapid social and cultural transformation that has caused several changes within the family structure during the past few decades. Have these changes found sufficient expression in the manner in which the legal systems presently deal with questions of inheritance, and in particular the age-old dispute regarding freedom of testation versus reserved portions? This article reviews the present situation as well as some of the social and other changes that so challenge contemporary inheritance laws, the main legal traditions in this respect, and the extent of local variation within these.

Key words: child, Civil law, common law, death, deceased, forum shopping, freedom of testation, heir, jurisdiction, maintenance, minor, parent, reserve, restricted portion, testament, will

Streszczenie

Czas na jednolitość w prawie spadkowym? Przegląd i spór

W dzisiejszym świecie, prawa spadkowe muszą się zmagać z gwałtownymi zmianami kulturowymi i społecznymi w strukturze rodzinnej przez ostatnie dekady. Czy owe zmiany są wystarczająco odzwierciedlane w ustawodawstwie spadkowym, szczególnie w wiecznym sporze o wolność dziedziczenia i zachowku? Tematem niniejszej pracy jest przegląd obecnej sytuacji i niektórych zmian społecznych i innych które stanowią wyzwanie współczesnemu ustawodawstwu spadkowemu, najważniejszych tradycji prawnych w tej dziedzinie i różnic lokalnych.

Słowa kluczowe: dziecko, prawo cywilne, zgon, zmarły, forum shopping, wolność dziedziczenia, dziedzic, jurysdykcja, utrzymanie, nieletni, rodzic, zachówek, testament

Mariusz Załucki

Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Protection of Family Against Testamentary Dispositions in English Law. Recent Case of *Ilott v. Mitson*: On the Road to a Regime of Forced Heirship?

Protection of family members mortis causa

An impact of inheritance law standards on personal relations between people is unquestionable. A function to protect the family of the deceased is usually referred to as one of the most important functions of the inheritance law in the non-financial sphere. In this way, due appreciation is given, on the one hand, to the role of family relations affecting certain behaviour of the future decedent, and on the other hand, to the need for proper adjustment of the proprietary situation created as a result of his/her death to the personal relations linking him/her with family members¹. In fact, the decedent has generally some specific legal and family relations with other persons and for this reason, he/she may have certain responsibilities, especially to his/her closest relatives and spouse².

Interest protection of such persons and their resulting rights is treated by some lawyers as a natural thing. During the lifetime of the decedent, institutions of the family law (e.g., maintenance)³ execute such protection. However, after the death, specific functions in this area can be fulfilled by the inheritance law⁴. Therefore, in various jurisdictions, in the interests of the persons closest to the deceased, freedom of testamentary dispositions is limited, granting them effective *mortis causa* rights, independent of the will of the

¹ J. Biernat, *Ochrona osób bliskich spadkodawcy w prawie spadkowym*, Toruń 2002, p. 11.

² M. Załucki, *Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future*, Kraków 2015, p. 106.

³ J. Gwiazdomorski, *Przesłanki istnienia obowiązku alimentacyjnego*, Warszawa 1974, pp. 5 et seq.

⁴ F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien–New York 1996, pp. 402–413.

testator. Observing the evolution of legislation in this field shows the number of institutions which, in various legal systems have been designed to achieve this goal. Currently, this is generally done through a system of the so-called inheritance reserve (the mandatory part), while in other cases through the system of the legitim. However, in many countries, common law confers on the courts the power to correct testamentary dispositions and matching them to the circumstances of the case. This is the system of the so-called discretionary adjustive power of the judge, having a quasi-maintenance character⁵.

English law

An example of an application of this type of solution is, e.g., the English law, which, under the provisions of the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* provides, based on the discretionary power of the judge, a possibility of interference of the court in the fate of the inheritance estate after the death of the testator⁶. The entitled person may demand here that the probate court interferes with the last will of the testator or – which should be stressed – an appointment to the inheritance resulting from the statute. It is a claim for the so-called *family provisions*⁷.

The essence of the statutory right lies in the fact that in case of the testator's death a given person survives the deceased and belongs to the circle of his/her closest persons, he/she may request the court to issue its ruling serving his/her financial provision with the deceased's estate, if the testator has made a disposition of his/her property by will or when intestacy occurs, or combination of both, the will and the law, and the effect of the inheritance does not provide the proper provision for that person (Article 1 par 1 of the Act)⁸. The decisive factor – beyond being in the circle of the closest persons – is, therefore, the fact of not receiving the proper provision⁹.

This premise depends on the circumstances of the case and requires a test (check) whether a person, due to the testator's death and adverse to his/her

⁵ Cf. M. Załucki, *Uniform European Inheritance Law...*, pp. 106 et seq. and the literature mentioned there.

⁶ This piece of this article concerning English family protection system against testamentary dispositions is a fragment of a book I presented previously (Cf. M. Załucki, *Uniform European Inheritance...*, pp. 120–123).

⁷ I. Johnson, *Conditions not to Dispute Wills and the Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act 1975*, *Liverpool Law Review* 2004, No. 25, pp. 71–77.

⁸ Cf. R. Frimston, *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, the EU Succession Regulation and the Inheritance and Trustees' Powers Bill*, *Private Client Business* 2013, pp. 192 et seq.

⁹ G. Miller, *Developments in Family Provision on Death*, *Family Law Week* of 11 March 2007, p. 1.

testamentary dispositions or the statutory inheritance construction, has lost the possibility of existence, as well as how much his/her life level deteriorated following the death of a close relative. The law in this area introduces two standards: the standard of the surviving spouse and the standard of maintenance¹⁰. The first one is of course related to the role played by his/her spouse in the life of the testator and it means such a provision, which a husband or wife should receive, and which would be reasonable taking into account all the circumstances of the case, regardless of whether such a provision is necessary or not to maintain the entitled. The second standard concerns all other entitled persons and means such a financial provision as it would be reasonable taking into account all the circumstances of the case, and which is necessary for the maintenance of the applicant (Article 1 par 2 of the Act)¹¹. The spouse is entitled, therefore, the right to adequate provision, and the remaining ones to a provision reasonably required for their maintenance¹².

In determining whether the entitled persons are duly provided, the Court must take into account a number of circumstances. Great importance is attributed to the nature of the bond between the deceased and a given person, the level of family life, the attitude of the entitled, or an impact of a settlement on the rights of others. It should be considered whether the effects of the disposition of property upon death or statutory rules are reasonable and fair in this case¹³. The Act indicates here that if the court is satisfied that the person entitled has not received an adequate provision, with the decision to intervene in the inheritance and the succession process it should keep in mind the following general conditions for the use of the discretionary power: the resources and the financial needs of the applicants and the beneficiaries of the estate, both present, and future; the responsibilities which the deceased had in relation to the applicants and the beneficiaries; the size and the nature of the inheritance estate; any physical and mental disability of the applicants and the beneficiaries; all other issues, including the conduct of the applicant or other persons, which in the circumstances of the case the court may consider relevant (Article 3 par 1 of the Act).

For certain categories of the entitled persons, some additional premises have been provided. For example, if a claim for family provisions is brought by the spouse, in addition to the above premises – in accordance with the

¹⁰ R. Kerridge, *The Law of Succession*, London 2002, p. 159.

¹¹ H. Hiram, *New Developments in UK Succession Law*, Electronic Journal of Comparative Law, 2006, No. 12, p. 9.

¹² *Ibidem*.

¹³ S. Ross, *Capitalisation of Income Needs in Inheritance Act Claims: Duxbury Or Ogden?*, Family Law Week of 12 March 2009, p. 2.

applicable provisions of the art. 3 par 2 of the Act – the court should also take into account the age of the applicant and the duration of the marriage with the deceased. In this context, it is also important whether the applicant has contributed to the family property, even by looking after the home or caring for the family¹⁴. Assessment is also made to the type of marital relations linking the applicant and the deceased¹⁵. However, if the claim for family provisions is made by the deceased's child, in addition to the general prerequisites, the court must take into account the child's attitude and the ability to get education (Article 3 par 3 of the Act). When the applicant under the Act is a person who immediately before the death of the deceased was maintained, wholly or partly, by the deceased, the court, in addition to the general premises, must consider the motives for the deceased to have believed to be responsible for maintenance of such a person, as well as the length of this responsibility discharge (Article 3 par 4 of the Act).

The court considering a case has a very wide range of possible decisions to make, in the exercise of its discretionary power. The court may decide: 1) to grant out of the deceased's estate certain periodical payments for the term specified in the order; 2) to make payment of a lump sum of money; 3) to transfer ownership of certain assets comprising the estate; 4) to award appropriate specific benefits out of the assets comprising the estate; 5) to make changes in the ownership of another kind in the assets of the estate, to encumber certain assets of the estate or to establish a trust; 6) to make a change in the pre-marital or post-marital settlements in which one party was the deceased, and this change may be for the benefit of the other spouse, each child of the marriage, or a person who was treated by the deceased as a child of the family (a stepchild) in relation to the marriage.

The probate court may therefore change the last will of the deceased made in case of death by will or interfere with the statutory rules of succession. This can be done in such a way that in the opinion of the court is just and appropriate in the circumstances of the case. Taking into account the legitimate interests of the entitled the court should take into account the rights of others, including others bringing claims for family provisions and the beneficiaries of the deceased's estate entitled to inherit under the title of inheritance, which is to be changed. It should be also noted that the claim for family provisions is strictly personal. Therefore, its alienation is not possible, as well as the claim

¹⁴ P. Reed, *Inheritance Act Claims After White & Miller*, Family Law Week of 22 January 2007, p. 1.

¹⁵ See also A. Chandler, *What is the Measure of Maintenance? How Does the Court Quantify Spousal Periodical Payments?*, Family Law Week of 16 March 2009, p. 1.

is not subject to inheritance. It can therefore be examined by the court only if the applicant of this claim is alive.

The idea of this type of legal constructions is based on the assumption that each case of claims made against the will of the testator, and therefore contesting the will should be tested individually, relying not only on formal ties linking the deceased with a given person, but also on other grounds, especially on the social situation of the entitled. This solution allows for equitable balancing of interests worthy of legal protection: the will of the deceased and the living conditions of the people omitted by the testator in his/her disposition. In an extreme situation, it could happen that the interference of the court would be here more severe for the will of a testator than in the systems of the reserve or the legitim. However, because this intervention would be dictated by other important values, one cannot deny its correctness.

Practical application

The number of reported claims brought under the *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* are relatively few and far between as the nature of such claims means that most cases are settled out of court, away from the public eye¹⁶. The limited reported case law means that 1975 Act claims are uncertain to predict, particularly so when those making the claim are independent adult children¹⁷. It might be one of the reasons why the recent case of *Ilott v. Mitson*¹⁸ has caused a stir in the world of inheritance act claims in England¹⁹. The judgement has attracted a great deal of media attention and has helpfully provided an overview of the issues which the court must consider and some comment upon the effect of an award under the 1975 Act may have on those applicants who are in receipt of state benefits (and the effect of any award may have on those benefits)²⁰.

The case deals with a claim by Heather Illott over the estate of her deceased mother, Melita Jackson. The deceased left the majority of her net es-

¹⁶ R. Piper, *Ilott v. Mason: A Challenge to Testamentary Freedom?*, Charles Russel Speechlys Website, 4 August 2015, <http://www.charlesrussellspeechlys.com/insights/latest-insights/litigation-dispute-resolution-new/ilott-v-mitson-a-challenge-to-testamentary-freedom> (5.05.2016).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ [2015] EWCA Civ 797.

¹⁹ Cf., for example, H. Mason, P. Fudakowska, *Striking a fair balance*, New Law Journal 2014/7615, p. 13; J. Ward, *Winning the battle of wills*, New Law Journal 2015/7674, p. 27; S. Evans, *Mountain or molehill?*, New Law Journal 2016/7686, p. 13; B. Sloan, *The "Disinherited" Daughter and the Disapproving Mother*, Cambridge Law Journal 2016/75, p. 31.

²⁰ Cf. R. Piper, *Ilott v. Mason...*

tate (£486,000) to three animal charities (she left a will in which, subject to a legacy of £5,000 in favour of the BBC Benevolent Fund, she left her entire estate to be divided between The Blue Cross, the Royal Society for the Protection of Birds and the Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals) and made no provision for Heather Ilott – her only daughter. Heather Ilott contested the will under the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. She was, by this time, a married mother of five, in dire financial straits and almost completely reliant on state benefits. She had been estranged from her mother for almost 30 years after eloping with a boyfriend at age 17²¹. She knew that the deceased intended not to leave her any of her estate in her will²².

Ilott v. Mitson

The case was first decided on 7 August 2007 when the court made an award of £50,000 in favour of the appellant, the adult daughter of the deceased (about 10 % of the estate). The court found that the deceased had unreasonably excluded the appellant from any financial provision in her will despite the appellant's obviously straitened and needy financial circumstances. The failure to make any provision for her produced an unreasonable result having regard to the appellant's straitened circumstances. Heather Ilott appealed this decision, on the basis that the award was inadequate. She maintained that she should receive a greater award than 10% of the estate. The decision was subsequently overturned and a finding in favour of the three charities²³. Heather Ilott then appealed again and the Court of Appeal ruled in her favour but remitted the case to determine the issue of quantum. The recent judgment (dated 27 July 2015) confirms that Heather Ilott has been awarded a third of her mother's estate, some £164,000²⁴.

As it was presented in the doctrine, “the Court of Appeal decided that the District Judge had made two fundamental errors which meant that the primal award for £50,000 should be set aside”. According to this opinion, firstly, “the District Judge had not explained how he had limited the award to reflect Heather Ilott's ability to live within her means and her lack of expectation to benefit under her mother's estate. The Court of Appeal stated

²¹ Cf. R. Harling, T. Edgar, *Ilott v Mitson and the danger of Inheritance Act claims*, Family Law, 3 August 2015, http://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/ilot-v-mitson-and-the-danger-of-inheritance-act-claims (5.05.2016).

²² Cf. *Reasons for Judgement of the Court of Appeal (Civil Division) on Appeal From the High Court Family Division Between Ilott and Mitson*, [2015] EWCA Civ 797.

²³ [2014] EWHC 542 (Fam), [2015] 1 FLR 291.

²⁴ [2015] EWCA Civ 797.

that Heather Ilott should have been provided with reasons to allow her to consider whether these reductions were excessive". "Secondly, the District Judge had been required to calculate the amount that should be provided for Heather Ilott's maintenance under the estate. In making this calculation the District Judge had not known the effect that the award of £50,000 would have on her state benefits". The Court concluded that Heather Ilott's "straitened financial circumstances were not conclusive as to the appropriate level at which she was entitled to be maintained". The Court further determined that Heather Ilott's "estrangement from her mother ought not to deprive her of an award under the estate (or to substantially diminish it) because it was difficult to apportion fault". On weighing up the factors listed above, the Court of Appeal decided that Heather Ilott's "resources, even with state benefits, were at such a basic level that they outweighed the importance that would normally be attached to the fact that she was an adult child who had been living independently from her mother for years". As such, the Court of Appeal made an increased award of £143,000, to enable Heather Ilott to purchase her housing association house, in addition to the reasonable expenses of acquiring the property. She was also awarded the option to take a further maximum capital sum of £20,000, "to provide an immediate payment from which her further income needs could be met". The Court considered that, "as a matter of public policy, they were not constrained to treat a person's reasonable financial provision as being limited by or to their existing state benefits". The Court decided it could and should make reasonable financial provision for Heather Ilott out of her mother's estate for her maintenance so "that her living expenses were relieved without affecting the state benefits on which she relied"²⁵.

Criteria for claims

According to the above, it has to be mentioned, that the court in *Ilott v. Mitson* judgement said that in determining the amount of an award, the court is required to have regard to the factors listed in section 3(1) of the *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. It has considered many factors, explaining their significance on the basis of the case, *inter alia*:

- *resources and needs of the beneficiaries*: first of all the court said that the charities do not make any case that they have resources and needs to be taken into account. For the charities, any money from this estate is a windfall²⁶.

²⁵ Cf. R. Piper, *Ilott v. Mason*...

²⁶ Cf. *Reasons for Judgement*..., p. 14.

- *the deceased obligations and responsibilities to the appellant*: the court said that the appellant is an adult child living independently is the factor that has to be taken into account. At minimum that means that the court is not concerned to provide her with an income that would fully support her needs²⁷.
- *lack of expectation of benefit*: It was also considered whether the appellant should be penalised for lack of expectation of benefit from her mother's estate. According to the court, this factor has not much weight in this case. The only beneficiaries are the Charities, who can have had no expectation either: the deceased had no connection with the Charities. The appellant, on the other hand, was the only child of the deceased, and she was deprived of any expectation primarily because the deceased had acted in an unreasonable, capricious and harsh way towards her only child²⁸.
- *testamentary wishes*: that court analyzed whether is should pay high regard to the deceased's testamentary wishes. The court explained that Parliament has entrusted the courts with the power to ensure, in the case of even an adult child, that reasonable financial provision is made for maintenance only. That limitation strikes the balance with the testamentary wishes of the deceased whose estate is used for the purposes of making an award²⁹.
- *estrangement*: the court also considered the responsibility for estrangement and decided that it is difficult to quantify. The court said that on the facts of this case the estrangement ought not to deprive the appellant of an award, or even substantially not to diminish it, for three reasons. First, there was no suggestion that the appellant wanted to be estranged from her mother. Second, while she may not have made the choices in life that her mother thought were necessary for her to make a success of her life, she has made a success of her life in other ways through being a mother and homemaker. Third, not only may it be difficult to apportion fault here but there may not have been fault on anyone's part. Estrangement may simply have been the result of the deceased inability to make lasting relationships with anyone, of which there was other evidence³⁰.
- *resources and needs of the appellant*: according to the court, the reasonable standard of living or needs for a particular claimant who was a recipient of state benefits is not to be ascertained simply by reference to their

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁹ *Ibidem*, p. 16.

³⁰ *Ibidem*.

income including benefits. The court should assess what the appellant needed for her living expenses. The court did not attach any great value to the earning capacity of the appellant. However the court had analyzed her financial position and established that her annual income was very small. Also the court had analyzed the monthly expenses sheets of her family and established that they show no item for clothing for either parent nor do they show any expenditure on items such as gifts, computers or holidays. The court also said that is entitled to look at future as well as present needs. The appellant was in her 50s and has no pension. Her resources, even with state benefits, were at such a basic level that they outweigh the importance that would normally be attached to the fact that the appellant is an adult child who had been living independently for so many years. In this circumstances the court said that the question to decide is whether the current living standard of the appellant is sufficient. This is supposed to be a test, and the court's assessment should not be motivated by a desire to provide an improved standard of living as opposed to a desire to meet appropriate living needs. Nor on the other hand is the court bound to limit maintenance to mere subsistence level. According to this, the court has established that the appellant's income was not reasonable financial provision for her maintenance. Then it had to decide how in those circumstances should the court set about determining the amount of an award if the effect of an award is to remove the state benefit. According to the court, there is no doubt that, if the claimant for whom reasonable financial provision needs to be made is elderly or disabled and has extra living costs, consideration would have to be given to meeting those. In this judgement, the same applies to the case where a party has extra financial needs because she relies on state benefits, which must be preserved. The court said that the claim of the appellant has to be balanced against that of the charities but since they do not rely on any competing need they are not prejudiced by what may be a higher award than the court would otherwise need to make³¹.

The judgement

In the judgment, according to the court, the right course was to make an award of the sum of £143,000 (the cost of acquiring the property) plus the reasonable expenses of acquiring it. According to the court, that would remove the need to pay rent though some of that money may be required for

³¹ *Ibidem*, pp. 17–18.

meeting the expenses that the deceased daughter will have as owner. In this opinion, having the property will enable her to raise capital (by equity release) when she needs further income in the future³².

This decision was very often commented. It even caused some alarm to charities reliant on legacy funding and to potential donors. Some also feared that the judgment could be construed as opening a channel for adult children to claim an automatic share of their parent's estate. It seems like the English doctrine thinks that the decision introduces an element of uncertainty when considering potential claims by adult children under the 1975 Act. What is notable about the decision is the importance it places on the needs of family over and above non related beneficiaries, in this case, charities. In this respect the court was also dismissive of the charities' needs and resources when considering the amount of award to make. No needs and resources were submitted on behalf of the charities and the court therefore decided that anything the charities inherited from the estate would amount to a windfall on their behalf. Therefore the fact that the charities received something from the estate albeit not what the deceased originally intended, appeared fair in the court's view³³.

It may be assumed that the judgement will present further concerns for testators and beneficiaries alike as this case seems to suggest that even in the most strained relationships where testators have a clear and stated desire to exclude a child from benefitting from their estate, should that child be in dire financial circumstances at the date of that parent's death they appear likely to be able to bring a successful claim against the estate for financial provision³⁴. This arguably is limiting the principle of the freedom of testamentary disposition and taking English closer to a regime of forced heirship, albeit one that appears to only benefit those who can demonstrate a financial need. As some say, the judgement might be construed as an attack on the core principle of testamentary freedom, particularly if it limits the extent to which testamentary intentions should be specifically evaluated against reasonable financial provision³⁵. If this interpretation is correct, the principle of freedom of testamentary disposition may be limited and the 1975 Act would bring England closer to the forced heirship rules of many European countries. That is why many commentators in England feel that this is a significant challenge

³² *Ibidem*, pp. 18 et seq.

³³ Cf. T. McInnes, *Ilott -v- Mitson: how will it affect future claims on Wills?*, Halsbury's Law Exchange, 3 August 2015, <http://www.halsburyslawexchange.co.uk/ilott-v-mitson-how-will-it-affect-future-claims-on-wills> (5.05.2016).

³⁴ As indicated by R. Piper, *Ilott v. Mason...*

³⁵ B. Sloan, *The "Disinherited" Daughter...*, p. 33.

to a person's freedom to dispose of their estate³⁶. And even if the judgement doesn't mean that all adult children claims will be successful, it does appear to suggest that when met with a claim from an impoverished applicant related to the deceased and weighed against non-related charities on the other side, then the court is likely to err on the side of the family member. Especially where the estate is large enough to encompass such an award³⁷. As it may be assumed, it raises a lot of further questions concerning not only the protection of family members but also a freedom to dispose property upon death and disinheritance. It seems like English law may be close to the departure from a long-standing tradition. The further case-law needs to be observed. Perhaps this judgement may be read as an impulse to approach to the continental legislation. It may be one of the first steps on the road to inheritance law uniformization in Europe.

Considering the above, it has to be mentioned that the problem of the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* interpretation under English law is not over. It was confirmed in March 2016 that the UK Supreme Court, the final court of appeal in the UK for civil cases, has granted (on the 22 February 2016) permission to appeal in the case of *Ilott v. Mitson* (for the charities)³⁸. This case will be the first time a case under the 1975 Act will be heard by the UK Supreme Court (or its predecessor the House of Lords). The Supreme Court is likely to hear the case in early 2017 and – what is justified – the outcome is expected to generate significant interest. Will it be important for continental Europe – the time will tell.

Abstract

Protection of Family Against Testamentary Dispositions in English Law. Recent Case of *Ilott v. Mitson*: On the Road to a Regime of Forced Heirship?

The English *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* is one of the legislative solutions that provides, based on the discretionary power of the judge, a possibility of interference of the court in the fate of the inheritance estate after the death of

³⁶ Cf. V. Ellis, *The Practical impact of the decision in Ilott v Mitson & Others [2015] EWCA Civ 797*, Law Skills IPFD, 18 August 2015, <http://www.lawskills.co.uk/articles/2015/08/he-practical-impact-of-the-decision-in-ilott-v-mitson> (5.05.2016).

³⁷ N. Neville, *Implications of Ilott v Mitson for testators and beneficiaries*, 30 July 2015, <http://www.shoosmiths.co.uk/client-resources/legal-updates/implications-ilott-v-mitson-testators-and-beneficiaries-10209.aspx> (5.05.2016).

³⁸ Cf. UK Supreme Court, *Press Release: Ilott (Respondent) v The Blue Cross and others (Appellants)*, UKSC 2015/0203, 1 March 2016, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-decision-01-march-2016.html> (5.05.2016).

the testator. Recently, the English court has decided a case on the grounds of this Act. The judgement is controversial and bring England closer to the forced heirship rules of many European countries. The article discusses this judgement.

Key words: family provision, protection of people close to the deceased, protection against testamentary dispositions, forced share

Streszczenie

„Ochrona rodziny przed rozrządzeniami testamentowymi w prawie angielskim. Orzeczenie w sprawie *Ilott v. Mitson*: na drodze do systemu obowiązkowej części spadku?”

Angielskie prawo spadkowe należy do rozwiązań legislacyjnych, które przewidują rozwiązania oparte na dyskrejonalnej władzy sędziego, pozwalające na ingerencję w ostatnią wolę spadkodawcy, po jego śmierci. Ostatnio angielski sąd rozpoznał – na gruncie obowiązujących w tej mierze przepisów – sprawę, której kontrowersyjne rozstrzygnięcie może pozwolić na zerwanie w Anglii z wieloletnią tradycją i zbliżenie tamtejszego systemu do tych systemów, które przewidują obowiązkową część spadku. Artykuł omawia to orzeczenie.

Słowa kluczowe: ochrona rodziny, ochrona osób bliskich spadkodawcy, ochrona przed rozrządzeniami testamentowymi, obowiązkowa część spadku

Yevhen Kharytonov

Professor, National University «Odessa Law Academy»

Olena Kharytonova

Professor, National University «Odessa Law Academy»

Adaptation of Law of Ukraine to the EU Law in the Context of European Traditions of Private Law

With the ratification of the Agreement between Ukraine and the EU of 16 September 2014 the issue of adaptation of Ukrainian law to European law has become far more relevant. It requires future research in the field of the law of Europe as a phenomenon of European civilization in order to inquire into the methodological grounds of the correlation of legal systems in this sphere.

To begin with, it is necessary to define the essence of the concept of “European Law”.

The viewpoint according to which European law is regarded as a system of legal tenets, created in the course of the formation and functioning of the European Community and the European Union, which were applied within their competence on the basis and in accordance with their founding agreements and general principles of law seems to be appropriate¹. Let us look at the final part of this definition, where they consider general principles of law according to which (along with founding agreements) the provisions of European Law function and are applied: Article F of the Agreement of 1992 envisages that “the Union respects the main individual rights as they are ensured by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they appear from general constitutional traditions of member states to be fundamental principles of law of the Community”. Therefore, it should be taken into consideration that the backbone of the fundamental principles of the EU is based on the priority of individual rights recognized in the European Convention as well as on the constitutional traditions of the European states. The same traditions determine the

¹ *European law. Course book*, under the editorship of L.M. Entin, Moscow 2000, p. 43.

further development of the national law of the states which are members of the European Union.

On this basis we can characterize European Law as a system of principles, legal tenets which are created due to the formation and functioning of the European Community and the European Union based on and in accordance with the founding agreements and fundamental principles of law.

We should add that the basis of the definition of European Law should be consideration of the essence of law as the only European concept which is grounded in the idea of European unity itself. First and foremost, it concerns the concept of private law, which is based on the values of European civilization and acts as their embodiment in European legal thought.

However, the conclusion regarding the uniformity of European law cannot leave out the issue of the existence of traditions of law, and traditions of private law in particular, within its boundaries. Their existence is caused by the presence of relatively independent (though related) sub-civilizations within the European civilization. Based on the statement that law is an element of civilization, it is assumed that certain peculiarities of sub-civilizations influence the features of legal traditions which exist in Europe.

Herewith, it is reasonable to take into consideration the division of all European civilization into “Eastern” and “Western” sub-civilizations which is based on regarding characteristics of two types of historical, social and cultural development. In this context it is necessary to specify that, when using the terms “East” and “West”, the division is not made by geographical criteria but according to differences in mindset, outlook, material existence, culture etc.

Many scholars consider religion to be the main factor in assigning a society to a particular civilization. With such an approach the division of the Christian Church into Eastern and Western Churches, which was caused by the border which appeared between parts of the Roman Empire and with the course of time was transformed into the differentiation of Eastern and Western civilizations, corresponds to the European system “East–West”. Regarding this idea, some researchers draw the main “differentiation line” in Europe in such a way that divides Ukraine and Belarus into two parts separating Orthodox Ukrainians and Belarusians from Catholics². Other authors criticize the criterion mentioned above and instead of “religious” classification factor they suggest another criterion (“universal, fundamental, inherent to all civilizations”) – recognized by each individual who is a member of a civilization, which is a “we” and “they” dichotomy: “we are different from them”,

² S. Huntington, *The Clash of Civilizations*, „Polis” 1994, No. 1, p. 38–48.

“insiders” and “outsiders”³.

In our view in modern conditions the civilization-religion criterion does not work as it became the topic of political speculations due to its penetration into the general canvas of geopolitical interests and global ambitions. Besides, we cannot but mention such factors as the absence of a universal belief in God among the populations of the countries in question, the presence of several religious confessions in the majority of European countries, the inconsistency of such a criterion with rather popular ideas of ecumenism, etc.

Without dwelling on the issue in detail we should say that we consider it reasonable to differentiate not by one criterion but according to a total of the main features characteristic for the type of civilization (sub-civilization). Among them the crucial factors are attitude to people, determining their place in the Universe, environment and society. Herewith, we take into consideration that mainstream Western and Eastern types of civilization development do not coincide with geographical division and can be present to some extent in different civilizations in different parts of the world.

The features of the Western type of civilization development are:

- 1) sovereignty of the private person (recognition of the central place of the individual in the system of social relations);
- 2) a developed institution of private and corporate property which plays a key role in the economic life of society;
- 3) liberalism as the philosophical basis for social life;
- 4) social-political pluralism which is reflected in the division of functions of different branches of power and giving power to self-government etc.;
- 5) beliefs (religion etc.) which have the features of absolute inherent value or strive to achieve such understanding.

Formed on such grounds, the Western legal tradition has the following characteristics:

- 1) distinct differentiation between legal and other institutions. Although politics and morality can determine law, they are not understood as the law itself;
- 2) administration of legal institutions is delegated to a special circle of people who gain legal education for this purpose;
- 3) legal thought has an impact on legal institutions: it analyzes and systemizes law, acting as a factor which helps to create other legal categories;
- 4) law is conceived in society as a consensual unit, a unified formed system;
- 5) law is conceived as an integral system, an “organism” which develops through generations;

³ I.B. Orlova, *Euro-Asian Civilization*, Moscow 1998, p. 25.

- 6) the feasibility of a system of law is based on society's belief in the long lasting character of law;
- 7) the development of law proves that it not only lasts but has its history;
- 8) the historicity of law is connected with the understanding of its supremacy over political power;
- 9) confidence in the historicity of law is associated with faith in its supremacy over political power. It is believed that law to some degree is superior to politics and places an obligation on the state. Formally it can be described as the belief in the possibility of the existence of civil society and the law-bound state;
- 10) different jurisdictions exist and compete the society which makes the supremacy of law necessary and possible⁴.

Characteristic features of the Eastern type of civilization development are:

- 1) the predominance of collective, public and state interests over individual ones;
- 2) significant governmentalization of economic life, weakness and imperfection of private property institutions (the "Asian mode of manufacture");
- 3) a tendency to authoritarian (or even tyrannical) type of power;
- 4) levelling social ethics;
- 5) an ethical-normative function of religion which results in a situation where religious principles practically acquire the features of the authority of law.

Formed on such foundations, the Eastern tradition of European Law has such characteristic features:

- 1) limitation of the paradigm of law by Christian teaching in its Orthodox interpretation;
- 2) a tendency to understand law as a totality of legal acts which were inspired by the needs of society and which are better known to the state;
- 3) arranging and conducting lawmaking, codification, research and other kinds of activity in the sphere of law by the "initiative from above";
- 4) weakness of creative research which results in the loss of the authority and significance of law;
- 5) a tendency to limit private-legal types of regulation, and a desire to ensure maximum control and interference in the relations of private persons. As a result, private law appears to be "mixed" with public-legal tenets;
- 6) vague distinction between legal institutions on the one hand and state (administrative, managerial) institutions on the other;

⁴ H.J. Berman, *Western Legal Tradition: the Formation*, Moscow 1998, p. 41–42.

- 7) absence of a theoretically grounded and recognized concept of the succession of law. As a result, such phenomena as reception, transplantation and adaptation of law often take place in latent forms, and have a limited and inconsequent character;
- 8) emphasis not only on the rights but on the duties of participants of civil-legal relations⁵.

Therefore, in reference to Europe, the “Western Legal Tradition” refers to those values, concepts, categories and institutions which are characteristic of the Western European sub-civilizations and based on the worldview, culture and mindset of the Western world, which originates from the Greek and Roman ancient world.

The tradition of private law as a concept inseparably associated with the Western European civilization is formed and functions on the basis of the Western tradition.

Herewith, as every long-term process the formation of the Western tradition and concept of private law can be reasonably divided into gradations that characterize the main stages of development.

The easiest way to conduct such a division would be orientation on the established division of the history of Europe into periods: the Ancient World, the Middle Ages, the Modern Period. Nevertheless, such division only roughly reflects changes which took place in the history of the Western European world. Besides, it is insufficient for identifying the stages of development of certain elements of civilization, each of which has its own rhythm.

Imbalance of the rhythms of the state and law (political history and elements of culture) is especially noticeable in the field of private law. While a change of political regime soon causes a change of public-legal tenets which are closely connected with public authority and are its continuation, its impact on private law is less obvious and more distant in time.

Drastic solutions are certainly possible in this sphere. Such an example is cancelling the right to private property by the Soviet power. However, non-recognition or introduction of a particular institution, especially in a certain country, is still not a change of legal framework. It is more a political than legal decision and requires many years of work on elimination and transformation of the legal framework which existed in the country. Moreover, more time is needed before ideas in the field of private law can be incorporated in the group of legal systems etc.

To consider differences in the rates of development of political history,

⁵ Y.O. Kharytonov, *History of Private Law of Europe: the Eastern Tradition*, Odessa 2000, p. 8–9.

that is public and private law, it is reasonable to distinguish periods (changes in time) and stages (qualitative changes of legal systems). In this case, preserving the division of history of Europe into the Ancient World, Middle Ages and Modern Period we have grounds for distinguishing several stages in the development of law in the West which are connected with the consideration of crucial moments in the development of law in general, and private law in particular.

H. Berman explains the presence of such “destructions” by the characteristic discrepancy between the ideals of Western legal tradition and its reality which from time to time led to forced elimination of legal frameworks by revolutions⁶, of which he counted six. In his view they were: 1) the Papal revolution of 1075–1122; 2) the Lutheran reform in Germany in the 16th century; 3) the English Revolution of the 17th century; 4) the American Revolution of 1776; 5) the French Revolution of 1789; 6) the Russian Revolution of 1917. Each of them created a new legal framework which embodied some of the main tasks of the revolution and changed the legal tradition, but finally remained within this tradition. Therefore, as a whole, the legal tradition was preserved and in fact renewed in the course of the revolutions⁷.

Agreeing with the conclusion regarding the need to consider the importance of revolutions for the formation and reforming of law, attention should be paid to significant drawbacks of such an approach, which question the validity of the suggested concept as a whole.

The first one lies in the overuse of the concept “West” and therefore erosion of criteria of the category the “Western Legal Tradition” and loss of certainty of factors which influenced its development. For example, it is possible to agree that the American Revolution influenced the development of certain institutions of Western law⁸. However, it was not crucial for the development of the Western legal tradition⁹. That is why distinguishing the American Revolution as a factor of its formation is hardly viable.

⁶ Herewith, revolutions are understood as powerful explosions that took place when the legal system froze and could not adapt to new conditions and therefore it was accepted that it did not fulfil its ultimate goal and task.

⁷ H.J. Berman, *Western Legal...*, p. 43.

⁸ A. de Tocqueville. *Democracy in America*, Kyiv 1999, p. 341.

⁹ It is surprising that the main supporters of American ideas in the field of law were so-called “economic lawyers” of the post-Soviet territory. (e.g. V.I. Mamutov, *Again About General Civil Law Approach*, “Law of Ukraine” 2000, No. 4, p. 93. For counter arguments refer to: Y.O. Kharytonov, *Anti-Civil Law or Seven Misstatements of So-Called Economic Approach*, “Law of Ukraine” 2000, No. 9, p. 90). It may be connected with the similarity of the situations: attempts of the state to overcome the chaos that arose with the change of economic relations in the conditions of unsuitability of the concept of the law which had existed before and not understanding their belonging to a particular civilization.

The second drawback of the concept is the erroneous thesis that Russia, Greece and Spain first were beyond the influence of the Western legal tradition but later they became part of the West (as well as North and South America)¹⁰. The designation of Russia as part of the West has always been controversial and now is denied by its leaders, who insist on the distinctiveness of “Euro-Asian civilization”. Therefore, this statement can be regarded as valid only for those parts of the Russian Empire, and, subsequently, the USSR, which chose to follow the course of European integration (the Baltic countries, Georgia, Moldova, Ukraine).

We should not confuse various phenomena such as the Papal revolution and subsequent religious, bourgeois and other revolutions. The Papal revolution determined the boundary between European chronological civilizations of the early and late Middle Ages. It is a line between the period of constitutionalization of the Western legal tradition which began in 1054 with the official recognition of the division of the Christian Church and completed with the recognition of the independence of temporal and religious power, which later became a significant feature of the Western legal tradition itself and had an impact on the development of traditions of private law. As regards the other revolutions mentioned above, they all had a particular, clearly expressed national character. They were national not in their aim to achieve a national goal but in their contradictions, which reflected their national character and the peculiarities of historical development of a certain ethnic group, nation, group of nations as well as specific features of a national or ethnic approach to solving problems generated in society. Therefore, we cannot agree with the idea that the loss of unity and solidarity of purpose of the Western civilization and transformation of relations of the race, religion, family, class, neighborhood, and cooperation into “superficial nationalism” happened in the 20th century and therefore caused the disintegration of the Western legal tradition¹¹.

There are reasons to state that the national influence on the integrated Western legal tradition started much earlier – with reference to the formation of the European worldview of the Modern Period and related to the consequent process of transformations of cultures¹². It resulted in the revolutions mentioned above, which caused the transition to a new stage of development of the Western legal tradition. Its characteristic feature was the formation within the Western legal tradition of relatively independent legal systems

¹⁰ H.J. Berman, *Western Legal...*, p. 20.

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² Ferguson believes that these factors already functioned in the Ancient World. A. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, Moscow 2000, p. 205–207, 307–327.

which reflected both features which were common for the Western legal tradition as a whole and particularities of its development in specific conditions of time and place.

In our view the significance of this stage in the development of the Western tradition of private law and completion of the formation of the private law concept should be especially emphasized. While since the beginning of the formation of Western law until that time, the tradition of private law either had been only arising (the law of the early Middle Ages) or had remained at the stage of thorough understanding and the creation of concepts, the formation of certain institutions etc., after the cluster of revolutions a breakthrough in this field took place and the primacy of rights of a private person became a distinguishing factor in establishing the main vector of the development of law. One can say that establishment of the foundation of the modern vision of the concept of private law took place.

Taking into account these factors, the following stages in the development of the Western tradition of private law should be differentiated:

- 1) The stage of “personal” (pre-private) law. The formation of the Western legal tradition as such continues. This is the period from the decline of the Western Roman Empire to the Papal revolution of 1075–1122;
- 2) The stage of “personal jurisdiction” (proto-private law). The beginning of the formation of the Western tradition of private law. It covers the period from the Papal revolution to the Reformation of the middle of the 16th century;
- 3) The stage of “egalitarian person-centralism of courts of justice”. Establishment of the Western tradition of private law. The period from the bourgeois revolutions of the 16th and 17th centuries until World War I. It marks the completion of the formation of the concept of private law and the transition of the development of the Western tradition of private law into a new quality.

At the first of these stages the transition from ancient law to the idea of the formation of the Western European law takes place. Such features of the Western tradition as the relative independence of law are formed. The chaotic borrowing of the Roman law tenets continues and their implementation into the collection of Barbarian laws takes place. Therewith, the Barbarian law is closely connected with political and religious life, customs and moral values. The Church does not have its own systematized legislative instruments and developed law until the 11th century. Canon law is inseparably connected with theology and even the expression *jus canonicum* is used not very often. The main principle that functions in the sphere of regulations of private re-

lations is subjection to “personal law” which is first of all determined by the feature of allegiance (citizenship).

At the second stage the formation of specific features of the Western legal tradition begins, interest in private law appears and the formation of its characteristic features starts. These changes take place during the Papal revolution (Gregorian reforms) of 1075–1122, which laid the foundation for the discovery of Justinian’s Roman texts exempting the clergy from the rule of emperors, kings or barons and establishing a strong Papal monarchy in the Western Church. The first European university was founded in Bologna to train lawyers and create legal science as well as separate canon and temporal law, Church and secular legal institutions.

At this stage the concept of law as an integrated and coordinated system is formed, confidence in the eternal nature of law and its ability to grow from generation to generation is stated; the development of law in the West acquires a certain inner logic: the changes are not just the adaptation of the old to the new but they become a part of a particular model of changes¹³, confidence in the supremacy of law over political power is formed; different jurisdictions and different legal systems compete in the same society. Private law begins its formation as a concept, in particular due to the ideas of the High Renaissance, the development of crafts and trade, canon law etc. The study of the principles of Roman law and the reception of its tenets take place.

The main principle of the regulation of relationships in the private sphere is “personal jurisdiction” – legal tenets are applied to a particular group of subjects: the decisive factor is not citizenship, race, gender etc. but their social background.

At the third stage the formation of the basis of the Western tradition of private law takes place under the influence of ideas of “natural law”: establishing the independent status of a private person, recognition of a complex of his or her personal or property rights, the introduction of the principle of contractual freedom etc. a characteristic feature is the reception of Roman private law as a universal tool for ensuring the rights of a private person.

On the other hand, the enrichment of the Western tradition of private law takes place due to national bourgeois revolutions aimed at overcoming the contradictions of internal state and social-cultural development. In particular, the Lutheran concept of Christian conscience to some extent facilitates the development and creation of a system of protection for private contracts and property rights in many Western countries. The English Puritanism promotes the development of independent court procedure with trial by jury

¹³ H.J. Berman, *Faith and Order: the Reconciliation of Law and Religion*, Moscow 1999, p. 42.

and strengthens human rights not only in England but in other countries of Western Europe. The codification of civil law in France induces new codifications in the whole Europe and on other continents. The formation of “legal systems” takes place and within their framework the formation of civil-legal systems as well, which also affects the development of the Western tradition of private law. The latter loses “personal jurisdiction” and becomes a clearer complex. However, along with this, it differentiates according to mindset, mental outlook and national traditions, and now develops simultaneously not only in chronological but in geographical positions.

As for the “Eastern European Legal Tradition” it is understood as legal values, concepts, categories and institutions which are characteristic for the Eastern European sub-civilization founded on the outlook, culture and mindset of nations, ethnic groups that were part of so called “Byzantine Commonwealth of Nations” or now are successors of the “Byzantine Spirit” expressed in the principles of the Orthodox Christian religion.

In the Eastern European legal tradition the Eastern European concept of private law is formed under Western influence but it does not lead to the rise of an independent tradition of private law. It is explained by the absence of an independent philosophic basis, a specific character of “person-state” relationships and other similar factors.

Due to the fact that Ukraine was formed and continuously developed in line with the Eastern European legal tradition, a theoretically and practically significant question arises as to determining the grounds for its correlation with the law of the EU, in particular, the opportunities and the level of consideration of the Ukrainian mindset, peculiarities of legal consciousness etc.

In our view the issue of choice does not exist any longer as Ukraine, like any other state that is striving to be a member of the European Union, has already made its choice. And this choice is the European one. This is why the methodological ground for correlation of Ukrainian law with the law of the EU in the field of private law is the consideration of the fact that the concept of private law developed and was formed in the context of the development of the Western tradition of European law. Therefore, the adaptation of the law of Ukraine to EU law depends, first and foremost, on the readiness and ability of Ukrainian society to comprehend basic Western European civilization values (liberalism, human rights, private property rights, contractual freedom, respect of other person’s rights etc.); without these factors real progress towards this aim is impossible.

Abstract

Adaptation on law of Ukraine to the EU in the Context of European traditions of private law

The article considers the problem of adaptation of the law of Ukraine to EU private law. It analyzes the concept of “European Law” and “EU law” as elements of European civilization and their correlation is determined. On the basis of differentiation between the Western and the Eastern European civilizations a conclusion about the existence of corresponding traditions of private law is made. The idea that the concept of private law is grounded in western culture is based on the fact that there is a need for the adaptation of Ukrainian law to EU law. This approach is the basis for the conclusion that the success of the adaptation of the law of Ukraine to EU law depends primarily on the willingness of Ukrainian society to accept the fundamental values of European civilization, such as liberalism, human rights, the right of private property, freedom of contract etc.

Key words: European law, the EU law, the law of Ukraine, private law, adaptation, European Traditions, European civilization, European subcivilizations

Streszczenie

Adaptacja prawa Ukrainy do prawa EU w kontekście europejskich tradycji prawa prywatnego

Artykuł poświęcony jest zagadnieniom dotyczącym adaptacji prawa Ukrainy do prawa prywatnego Unii Europejskiej. Na podstawie analizy różnic pomiędzy Zachodnimi i Wschodnimi sub-cywilizacjami autorzy podjęli próbę podsumowania, przez pryzmat istnienia odpowiednich tradycji prawa prywatnego. Zwracają uwagę na to, że koncepcja prawa prywatnego jest elementem Zachodnioeuropejskiej sub-cywilizacji i podstawą adaptacji prawa Ukrainy do prawa Unii Europejskiej. Adaptacja prawa Ukrainy do prawa Unii Europejskiej jest możliwa, przede wszystkim, w oparciu o takie wartości europejskie jak liberalizm, prawa osobiste, prawo własności prywatnej, swoboda umów i inne.

Słowa kluczowe: prawo europejskie, prawo Unii Europejskiej, prawo Ukrainy, prawo prywatne, adaptacja, sub-cywilizacja

Adam Doliwa

Prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet w Białymstoku

Uwagi o zakresie zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej (na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2015 r. I CSK 312/14)

Należy wyjść od założenia, że zdolność prawna jest atrybutem podmiotów prawa cywilnego, normatywnym, formalnym warunkiem uznania podmiotowości jednostek ludzkich i jednostek organizacyjnych. Każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną (art. 8 § 1 k.c.), natomiast jednostki organizacyjne, mogące być podmiotami stosunków cywilnoprawnych, to osoby prawne (czyli jednostki organizacyjne, o których mowa w art. 33 k.c., wyposażone w osobowość prawną) oraz inne, niebędące osobami prawnymi jednostki organizacyjne, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (ale już nie, bądź jeszcze nie, osobowość prawną; zob. art. 33¹ § 1 k.c.).

Zdolność prawna jest atrybutem i kwalifikacją podmiotu prawnego, którą rozumie się jako jego subiektywną zdatność oraz prawnie obiektywną możliwość posiadania uprawnień oraz obowiązków cywilnoprawnych¹. Za kluczowe dla zrozumienia istoty pojęcia zdolności prawnej uznaje się stwierdzenie, że zdolność prawna podmiotów prawa cywilnego jest abstrakcyjna² i że jest zdolnością potencjalnego stawania w roli podmiotu dowolnego stosunku cywilnoprawnego³.

¹ Zob. J. Kosik, *Zdolność prawna państwowych osób prawnych w zakresie prawa cywilnego*, Warszawa 1963, s. 16; M. Pazdan, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 914.

² Zob. M. Pazdan, *Zdolność prawna*, [w:] *Wielka encyklopedia prawa*, red. E. Smoktunowicz, C. Kosikowski, Warszawa–Białystok 2000, s. 1268–1269; A. Klein, *Zdolność prawna, zdolność do czynności prawnych i inne zdolności a klasyfikacja zdarzeń prawnych*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. XIII–XIV, s. 163 i nast.; M. Wach, *Status ulomnych osób prawnych w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 15 i nast.

³ Zob. J. Frąckowiak, [w:] *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, s. 1028.

Jednostką organizacyjną wyposażoną w zdolność prawną – przynajmniej taki jest przeważający pogląd doktryny – jest wspólnota mieszkaniowa, gdyż w myśl art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali wspólnota mieszkaniowa, którą tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości, może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana.

Na tle powyższych ustaleń teoretycznych rozważyć warto stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 26 czerwca 2015 r. (I CSK 312/14) nie tylko rozstrzygnął o roszczeniach stron w danym stanie faktycznym, ale także sformułował ogólny pogląd, w myśl którego: „Brak podstaw do uznania, iż zdolność prawna wspólnoty jest ograniczona. Wspólnota mieszkaniowa może podejmować decyzje także w sprawach tego fragmentu nieruchomości, który formalnie do niej nie należy, ale jest przedmiotem współwłasności jej członków”.

Sąd Najwyższy rozpoznawał skargę kasacyjną pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej od wyroku Sądu Apelacyjnego. Przed sądami powszechnymi toczył się proces z powództwa wskazanej osoby fizycznej (właściciela lokalu), wniesionego przeciwko Wspólnocie, o uchylenie określonych trzech uchwał podjętych przez właścicieli lokali. Powód wniósł apelację od wyroku Sądu Okręgowego, wskutek czego Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok zmienił i uchylił jedną wskazaną w orzeczeniu uchwałę. W pozwie zakwestionowano zgodność z prawem trzech uchwał; Sąd Apelacyjny uchylił uchwałę nr 3/2011 podjętą w sprawie przyjęcia planu gospodarczego Wspólnoty Mieszkaniowej na rok 2011 i ustalenia wysokości opłat w nieruchomości wspólnej Wspólnoty oraz, co istotne, opłat za miejsca garażowe i parking.

W tym miejscu podkreślić należy znaczenie okoliczności faktycznej (i prawnej zarazem), którą ustalił Sąd Najwyższy, a która wynika z tego, że pozwana Wspólnota Mieszkaniowa „obejmuje kompleks budynków, do którego należą garaż podziemny, parking naziemny i ciągi komunikacyjne. Garaż podziemny, parking i ciągi komunikacyjne położone są na nieruchomości, którą pozwana wspólnota nie zarządza. Udziały we współwłasności tych nieruchomości przysługują tylko niektórym spośród właścicieli, którzy tworzą wspólnotę. Powód [...] jest właścicielem wyodrębnionego lokalu mieszkalnego nr [...] położonego przy ul. J. [...], i współwłaścicielem nieruchomości, na której znajdują się budynki, nie jest natomiast współwłaścicielem pozostałych nieruchomości, na których znajdują się garaż podziemny i parking naziemny”.

Na marginesie wypada jedynie podnieść, że trudno zgodzić się z ujęciem, że wspólnota obejmuje kompleks budynków, do którego należą garaż podziemny, parking naziemny i ciągi komunikacyjne. Kluczowe w polskim

prawie elementy konstrukcyjne instytucji odrębnej własności lokali to, jak wiadomo, element prawnoosobowy i element prawnorzeczowy; pierwszy to wspólnota mieszkaniowa (art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r.), drugi zaś to współwłasność (albo współużytkowanie wieczyste) nieruchomości wspólnej (zob. art. 3, art. 3a i art. 4 ust. 3 ustawy o własności lokali)⁴. Choć muszą one występować łącznie, to nie należy ich ze sobą mieszać. Wspólnota mieszkaniowa, jako kategoria podmiotowa (o co najwyżej *quasi* korporacyjnym charakterze), obejmuje wyłącznie właścicieli lokali wchodzących w skład danej nieruchomości wspólnej. Natomiast nieruchomość wspólna, jako kategoria przedmiotowa, obejmuje wyłącznie grunt, na którym posadowiono budynek (oraz części wspólne budynku), w którym znajdują się lokale, co do których ustanowiono odrębną własność. Tak więc z jednej strony wspólnota mieszkaniowa nie może obejmować kompleksu budynków, zaś ze strony drugiej nieruchomość wspólna właścicieli lokali nie może obejmować innych nieruchomości (znajdujących się poza gruntem wspólnym dla wszystkich członków wspólnoty).

Istotne jest natomiast to, że w sprawie, którą kończy omawiany wyrok Sądu Najwyższego, tworzący wspólnotę mieszkaniową, ogół właścicieli lokali połączony jest węzłem prawnym współwłasności nieruchomości wspólnej. Z kolei niektórzy właściciele, wśród ogółu wchodzącego w skład wspólnoty, są współwłaścicielami nieruchomości sąsiedniej, na której urządzono garaż podziemny i parking naziemny. Pierwszy stosunek współwłasności ma charakter przymusowy, drugi zaś to przypadek współwłasności zwykłej, która w każdym czasie może być zniesiona i która nie pozostaje w związku prawnym z prawem odrębnej własności lokalu.]Współwłaścicielem nieruchomości pierwszej, wspólnej, może być tylko właściciel lokalu, zaś udział w garażu podziemnym i naziemnym parkingu może należeć do jakiegokolwiek podmiotu.

Przedmiotowa uchwała, uchylona na mocy wyroku Sądu Apelacyjnego jako sprzeczna z prawem, w odniesieniu do wszystkich właścicieli lokali ustalała po pierwsze, zobowiązanie do uiszczania (w podanej kwotowo wysokości) miesięcznych opłat zaliczkowych na pokrycie kosztów utrzymania nieruchomości wspólnej, a po drugie zobowiązanie do uiszczania określonych miesięcznych opłat od miejsca w garażu podziemnym i od miejsca postojowego na parkingu naziemnych. To drugie zobowiązanie adresowane było tylko do tych właścicieli lokali, którzy byli jednocześnie współwłaścicielami nieruchomości, na której funkcjonował garaż podziemny i parking. Plan

⁴ Zob. J. Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali*, Warszawa 1995, s. 32 i nast. Zob. też J. Ignatowicz, *Podstawowe założenia ustawy o własności lokali*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 11–12; M. Nazar, *Własność lokali. Podstawowe zagadnienia cywilnoprawne*, Lublin 1995, s. 34–46.

gospodarczy, stanowiący załącznik do podjętej uchwały, zestawiał odrębnie planowane koszty utrzymania nieruchomości wspólnej, miejsc garażowych i miejsc postojowych.

Sąd Apelacyjny uznał racje powoda podnoszącego w apelacji, że omówiona wyżej uchwała podlega uchyleniu na podstawie art. 25 ust. 1 i 2 ustawy o własności lokali, albowiem jest ona niezgodna z przepisami prawa. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, przedmiotowa uchwała narusza art. 22 w zw. z art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali. Zgodnie z art. 22 ust. 2 u.w.l. do podjęcia przez zarząd czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu potrzebna jest uchwała właścicieli lokali wyrażająca zgodę na dokonanie tej czynności oraz udzielająca zarządowi pełnomocnictwa do zawierania umów stanowiących czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu w formie prawem przewidzianej. Zaś z art. 22 ust. 3 pkt 2 i 3 u.w.l. wynika, że czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu są w szczególności przyjęcie rocznego planu gospodarczego oraz ustalenie wysokości opłat na pokrycie kosztów zarządu. Zaskarżona uchwała nr 3/2011 dotyczyła spraw przekraczających zakres zwykłego zarządu, więc musiała zostać podjęta przez pozwaną Wspólnotę.

Zgodnie z art. 6 u.w.l. wspólnotę mieszkaniową tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości. Wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwana. Ponieważ osobowość prawna jest cechą normatywną, zaś z powołanego przepisu i innych przepisów ustawy o własności lokali nie wynika, aby ustawodawca wyposażył wspólnoty mieszkaniowe w osobowość prawną, są one bowiem rodzajem jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Z art. 6 u.w.l. wynika natomiast, że wspólnota mieszkaniowa dysponuje zdolnością prawną (może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania) i zdolnością sądową (może pozywać i być pozwana). Przyjęcie, że wspólnota mieszkaniowa jest podmiotem stosunków cywilnoprawnych oznacza, że może ona posiadać majątek odrębny od majątków właścicieli lokali (własny majątek). Sąd Apelacyjny podkreślił przy tym, że w skład tego majątku mogą jednak wejść jedynie prawa i obowiązki związane z gospodarowaniem nieruchomością wspólną.

Według Sądu Apelacyjnego z powyższego wynika, że wspólnota mieszkaniowa nie może być podmiotem praw i obowiązków innych niż związanych z zarządem nieruchomością wspólną. Jest ona powołana do decydowania wyłącznie o sprawach dotyczących nieruchomości wspólnej, natomiast nie posiada kompetencji do decydowania o sprawach dotyczących lokali, stanowiących indywidualną własność poszczególnych właścicieli lokali, a tym bardziej o sprawach dotyczących sąsiednich nieruchomości (jak to miało miej-

sce w zaskarżonej uchwale). W konsekwencji zaskarżona uchwała podlegała uchyleniu jako sprzeczna z art. 6 ustawy o własności lokali, albowiem rozstrzygała ona o planowanych kosztach utrzymania nieruchomości sąsiednich, a także o wysokości zaliczkowych opłat obowiązujących współwłaścicieli tych nieruchomości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma znaczenia, czy plan gospodarczy na rok 2011, stanowiący załącznik do podjętej uchwały, obejmował odrębnie planowane koszty utrzymania nieruchomości wspólnej, miejsc garażowych i miejsc postojowych, czy też nie. O niezgodności z prawem powyższej uchwały przesądza już sam fakt podjęcia przez pozwaną Wspólnotę uchwały w sprawach niezwiązanych z zarządem nieruchomością wspólną, tj. w sprawach zarządu nieruchomościami sąsiednimi, co nie należało do jej właściwości i nie było objęte jej zdolnością prawną. Oceny tej nie zmienia fakt funkcjonalnego powiązania tych nieruchomości z nieruchomością wspólną. Nieruchomości te mają bowiem współwłaścicieli, którzy powinni sprawować nad nimi zarząd na zasadach wynikających z Kodeksu cywilnego. Co do wzajemnych rozliczeń nie ma przeszkód aby współwłaściciele nieruchomości sąsiednich obciążali pozwaną Wspólnotę wynagrodzeniem za korzystanie z nich przez członków tej Wspólnoty, gdyż stanowiłoby ono koszt zarządu nieruchomością wspólną. Również pozwana Wspólnota mogłaby obciążać współwłaścicieli nieruchomości sąsiednich określoną częścią ponoszonych opłat (np. za energię elektryczną) na podstawie zawartej przez strony umowy. Natomiast z powołanych wyżej przyczyn, za sprzeczne z prawem należy uznać rozstrzygnięcie o wysokości tychże opłat w uchwale Wspólnoty Mieszkaniowej.

W skardze kasacyjnej pozwana wspólnota zarzuciła, że doszło do naruszenia prawa materialnego. Po pierwsze naruszenia art. 6 oraz art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że ograniczenie zdolności prawnej wspólnot mieszkaniowych do praw i obowiązków związanych z nieruchomością wspólną oznacza, iż wspólnota nie jest uprawniona do wskazania w uchwale kosztów utrzymania nieruchomości sąsiednich, których wysokość została uchwalona przez ich współwłaścicieli, podczas gdy w przypadku kiedy nie ma możliwości prawidłowego zarządzania nieruchomością wspólną bez właściwego utrzymania sąsiednich nieruchomości, zdolność wspólnot mieszkaniowych obejmuje możliwość wskazywania tego typu danych w uchwałach wspólnoty oraz rozliczaniach tych kosztów przez zarząd wspólnoty, wobec zgody współwłaścicieli tych nieruchomości oraz braku innego podmiotu mogącego dokonać tego typu rozliczenia. Ponadto, po drugie, art. 201 k.c. przez jego niezastosowanie oraz uznanie, że podjęcie przedmiotowej uchwały było jedynie wyrazem woli wspólnoty mieszkaniowej, która nie była kompetentna

do rozstrzygnięcia o wysokości opłat dotyczących nieruchomości sąsiednich, których zarząd powinien być sprawowany przez współwłaścicieli na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, podczas gdy oprócz członków wspólnoty uchwała ta została zaakceptowana przez większość współwłaścicieli tych nieruchomości, i to oni, zdaniem pozwanej wspólnoty, określili koszty dotyczące poszczególnych nieruchomości.

Sąd Najwyższy przede wszystkim nie zgodził się z poglądem, że w sprawie pozwana wspólnota mieszkaniowa nie miała zdolności prawnej do podjęcia zakwestionowanej uchwały. Sąd Najwyższy podniósł, że zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania. Stwierdził przy tym, że po wprowadzeniu do kodeksu cywilnego art. 33¹ w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że oznacza to nic innego jak przyznanie przez ustawę określonej jednostce organizacyjnej zdolności prawnej. Myśl tę, poprzez odwołanie się do innych orzeczeń Sądu Najwyższego, podkreślił stwierdzając, że wspólnota mieszkaniowa, działając w ramach przyznanej jej zdolności prawnej, może nabywać prawa i obowiązki do własnego majątku.

W ocenie Sądu Najwyższego posiadanie zdolności prawnej decyduje o tym, że mamy do czynienia z osobą. Aktualnie w związku z tym możemy na tle prawa polskiego wyróżnić trzy osoby: fizyczną, prawną oraz jednostkę organizacyjną, która nie jest osobą prawną, ale której ustawa przyznaje zdolność prawną. Skoro nie jest to osoba prawna, a posiada – tak jak osoba fizyczna i prawna – zdolność prawną, to, zdaniem Sądu Najwyższego, nie jest to żadna ułomna osoba prawna, ale osoba ustawowa. Sąd Najwyższy przyjął, że zdolność prawna oznacza, że ten, kto ją posiada, może być podmiotem w zasadzie każdego stosunku prawnego i wynikającego z niego prawa. Tylko wyraźny przepis ustawy może w określonej sytuacji ograniczyć możliwość nabycia konkretnego prawa lub obowiązku. Wspólnota mieszkaniowa, jako osoba ustawowa, skoro posiada zdolność prawną może być co do zasady podmiotem każdego stosunku prawnego lub prawa.

Przyznanie wspólnocie mieszkaniowej zdolności prawnej, w ocenie Sądu Najwyższego, stawia pod znakiem zapytania wykładnię przepisów prawa, zgodnie z którą jej zdolność prawna jest co do zasady ograniczona. Stanowisko takie prowadzi do pozbawienia zdolności prawnej jej najważniejszego waloru praktycznego. Zdaniem Sądu Najwyższego w przypadku, gdy uznajemy, że ktoś ma zdolność prawną – nie musimy badać czy w konkretnej sytuacji może on być podmiotem określonego stosunku prawnego lub prawa, bo o tym przesądza sam fakt posiadania zdolności prawnej. Uznanie zaś, że zdolność prawna wspólnoty mieszkaniowej została ograniczona do praw i obowiązków związanych z zarządzaniem nieruchomością wspólną prowa-

dzi do konieczności rozważania w wielu sprawach, czy określony stosunek prawny lub prawo wiąże się z takim zarządem. W konsekwencji pojawiają się dodatkowe problemy, które muszą rozstrzygać sądy, z Sądem Najwyższym włącznie. O tym, że problemów tych jest bardzo wiele świadczy to, że w ciągu kilku lat Sąd Najwyższy musiał się już wypowiedzieć wielokrotnie na temat zakresu zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej⁵. Sąd Najwyższy podniósł, że uznanie, iż zdolność prawna wspólnoty mieszkaniowej ma charakter specjalnej, ograniczonej zdolności prawnej budzi wątpliwości, jeżeli wziąć pod uwagę, że ustawodawca odstąpił od specjalnej zdolności osób prawnych usuwając z kodeksu cywilnego art. 36 k.c. Przepisy ustawy o odrębnej własności lokali, z których wywodzi się ograniczenie zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej, można zaś rozumieć jako określenie przedmiotu jej działalności, który wyznacza przede wszystkim dozwolony zakres działania zarządu wspólnoty, a nie ogranicza jej zdolność prawną. Takie ich odczytanie pozwala uniknąć niekończących się sporów na temat kwestii – czy wspólnocie przysługuje zdolność do bycia podmiotem określonego stosunku prawnego lub prawa, a z drugiej strony zapobiega nadużywaniu przez jej zarząd kompetencji do reprezentowania wspólnoty, gdyż wobec właścicieli lokali może on ponosić odpowiedzialność za przekroczenie granic swojego umocowania.

Jednostki organizacyjne, w tym osoby prawne, mogą być co do zasady podmiotami wszelkich praw podmiotowych (zwłaszcza majątkowych) i zobowiązań w stosunkach cywilnoprawnych, jednakże ich wykonywanie (sfera zdolności do czynności prawnych) jest zdeterminowane charakterem, a zwłaszcza zadaniami i celem utworzenia (działania) danej jednostki organizacyjnej (osoby). Chociaż uchylony został przepis statuujący tzw. specjalną zdolność osób prawnych (art. 36 k.c.), to także dziś, jak zauważa E. Gniewek, „z odrębnych przepisów szczególnych może wynikać ograniczenie zakresu zdolności prawnej wyspecjalizowanych osób prawnych”⁶. Zasada korzystania ze zdolności prawnej, w sposób zgodny z interesem jednostek tworzących substrat osobowy jednostki organizacyjnej, jest aktualna nie tylko w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego czy państwowych osób prawnych, jako podmiotów wyposażonych w osobowość prawną⁷, ale także w odniesieniu do innych jednostek organizacyjnych, w tym wspólnot mieszkaniowych.

⁵ Zob. wyrok SN z dnia 14 marca 2013 I CSK 379/12, OSNC 2013/11/130; wyrok SN z dnia 15 maja 2014, IV CSK 470/13; wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2013, I CSK 705/12; uchwałę SN z dnia 21 listopada 2013 r. III CZP 65/13, OSNC 2014/7-8/71; uchwałę SN z dnia 5 maja 2010 r., III CZP 117/09; uchwałę SN (7 sędziów) z dnia 29 stycznia 2014, III CZP 84/13, OSNC 20014, Nr 9, poz. 84.

⁶ Zob. E. Gniewek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–534*, t. I, red. E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 121.

⁷ Por. J. Kosik, *op. cit.*, s. 55 i nast.

Nakazuje to postawić pytanie, w odniesieniu do podmiotów cywilnoprawnych szczególnych – takich jak wspólnoty mieszkaniowe, o prawdziwość zakładanej na ogół w doktrynie tezy, że zdolność prawna przysługuje każdemu podmiotowi i w identycznym (w domyśle – nieograniczonym) zakresie⁸.

Podmiotowość, tak samo jak omawiana zdolność prawna, wynika z obowiązującego prawa w tym znaczeniu, że zdolność prawna przyznawana jest przez przepis ustawy. Zdolność prawna musi być traktowana jako „normatywna kwalifikacja” każdej w ten sposób personifikowanej, na gruncie prawa cywilnego, jednostki. Przyznawana przez prawo zdolność prawna jest atrybutem każdej osoby fizycznej, osoby prawnej i innej jednostki organizacyjnej podlegającej regulacji art. 33¹ k.c. i przez to stanowi kryterium uznania ich podmiotowości. Zdolność prawna nie jest natomiast prawem podmiotowym⁹. O zdolności prawnej w każdym razie rozstrzyga przepis prawa; zdolności prawnej nie traktuje się, nawet w odniesieniu do człowieka, jako podmiotu prawnego, jako cechy naturalnej, przyrodzonej. Zdolność prawną człowieka i jednostek organizacyjnych, a tym samym ich podmiotowość w zakresie prawa cywilnego ujmuje się jako ich cechę normatywną, której koncepcji nie przekreśla fakt, że ustawodawca – przyznając zdolność prawną – bierze pod uwagę istniejące i zmieniające się stosunki społeczno-gospodarcze¹⁰.

Podstawowa funkcja zdolności prawnej osoby fizycznej i jednostki organizacyjnej (w tym osoby prawnej), jako kryterium uznania ich podmiotowości, jest identyczna. Zdolność prawna prowadzi do podmiotowości w zakresie prawa cywilnego; zdolność prawną należy utożsamiać z podmiotowością cywilnoprawną. Z punktu widzenia zakresu – treści zdolność prawna osoby prawnej (innej jednostki organizacyjnej) różni się od zdolności prawnej osoby fizycznej; będąca jednostką organizacyjną osoba prawna nie może być podmiotem wszelkich praw, które mogą przysługiwać człowiekowi (np. z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego). Z tego powodu określa się zdolność prawną osoby prawnej oraz zdolność prawną pozostałych jednostek organizacyjnych, jako zdolność prawną ograniczoną¹¹. Osobowość prawna, jako atrybut osoby prawnej, ma szerszy zakres i funkcje niż zdolność prawna. Osobowość prawna – w relacji do osób fizycznych będących członkami korporacji czy twórcami zakładu albo fundacji – oznacza pełną odrębność w zakresie praw

⁸ Zob. R. Gołąb, *Problematyka ograniczenia zakresu zdolności prawnej*, [w:] *Podmiotowość cywilnoprawna w prawie polskim. Wybrane zagadnienia*, red. E. Gniewek, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, No. 3048, Prawo CCCIV, Wrocław 2008, s. 47–49 i s. 51.

⁹ Tak M. Pazdan, [w:] *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, s. 914.

¹⁰ Tak S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I: *Część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 283.

¹¹ Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne – część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 107.

majątkowych i osobistych oraz odrębność w zakresie odpowiedzialności cywilnej i reprezentacji w obrocie prawnym (działanie przez organy).

Podmiotowość osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych w zakresie stosunków cywilnoprawnych wynika z przyznanej określonym strukturam zdolności prawnej, ale oznacza więcej niż tylko możliwość posiadania praw i obowiązków. Zdaniem S. Grzybowskiego, „konstrukcja zdolności prawnej nie wyczerpuje podmiotowych elementów stosunku prawnego”¹². W tym miejscu przypomnieć można rozszerzoną koncepcję autonomiczności podmiotów cywilnoprawnych A. Stelmachowskiego, który konstrukcję podmiotowości opierał na zdolności prawnej (autonomiczność strukturalna) i zdolności do kształtowania swej sytuacji prawnej mocą własnych oświadczeń woli (autonomiczność funkcjonalna). Autonomiczność strukturalna podmiotów cywilnoprawnych wynika ze zdolności do bycia podmiotem praw i obowiązków, zaś ich autonomiczność funkcjonalna przejawia się z kolei w zdolności do stawiania się (na gruncie zasady swobody umów) podmiotem określonych i konkretnych praw lub obowiązków. Ten ostatni fakt, to jest nabycie albo utrata prawa lub obowiązku cywilnoprawnego, następuje wskutek zajścia określonego zdarzenia prawnego, najczęściej wskutek dokonania czynności prawnej. Tak więc konstrukcję podmiotowości cywilnoprawnej określa także atrybut zdolności do działań prawnych¹³, której postacią jest zdolność do czynności prawnych.

O zakresie zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej przesądza ustawa, z której przepisów wynika nie tylko przedmiot i cel działania wspólnoty, ale także zasady wykonywania w tej mierze określonych kompetencji. Z całokształtu rozwiązań ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali wynika raczej, że podmiotowość prawna wspólnoty mieszkaniowej nie polega na generalnym domniemaniu kompetencji, lecz raczej na założeniu *ultra vires*. Według takiej koncepcji działanie podmiotu prawnego poza przedmiotem i celem kompetencji, np. dokonana *ultra vires* czynność prawna, powinno być uznane za nieważne. Ważne są jedynie akty prawne jednostki organizacyjnej mieszczące się w granicach kompetencji (*intra vires*). Akty *ultra vires* wykraczają poza zdolność prawną korporacji¹⁴.

¹² *System prawa cywilnego...*, *op. cit.*, s. 283.

¹³ Chodzi o działania wywołujące skutki cywilnoprawne. Postacią takich działań są czynności prawne. K.c. nie reguluje w sposób ogólny, tak jak czyni to w odniesieniu do zdolności do czynności prawnych w art. 11–22, szeroko pojmowanej zdolności do działań prawnych. Jako przykład regulacji szczegółowych działań wywołującej skutki prawne służyć mogą art. 415, 426, 428, 899, 930, 1010 k.c. Zob. szerzej S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 284.

¹⁴ Zob. J. Kosik, *op. cit.*, s. 58.

Jak wiadomo uczestnictwo we wspólnocie mieszkaniowej ma charakter pochodny względem prawa własności lokali wchodzących w skład określonej nieruchomości; nie można do wspólnoty wstąpić czy z niej wystąpić. Skutki te mogą zaistnieć tylko jako następstwo nabycia lub utraty prawa własności określonego lokalu. Tym samym członkiem wspólnoty, uprawnionym i obowiązany do zarządzania nieruchomością wspólną (głosowania nad uchwałami), może być tylko właściciel i to z racji tego, że jest współwłaścicielem nieruchomości wspólnej.

Nawet jeśli zgodzić się z założeniem, że zdolność prawna to atrybut podmiotowy o abstrakcyjnym charakterze, to tylko w tym znaczeniu, że w ogólności przesądza on o uznaniu jednostki organizacyjnej za podmiot prawny, za podmiot zdalny do tego, aby być uprawnionym lub zobowiązanym. Odrębną kwestią jest natomiast zdolność podejmowania aktów prawnych – te, moim zdaniem, mogą być istotnie podejmowane tylko *intra vires*, w sferze wyznaczonej przez przedmiot i cel działania. Odrębną z kolei kwestią jest zdolność wchodzenia w konkretne stosunki prawne. W szczególności nie mogą być uznane za ważne czynności prawne (np. uchwały wspólnoty mieszkaniowej), które miałyby rozstrzygać o prawach i obowiązkach podmiotów trzecich, w sferze cudzych praw podmiotowych. W takim wypadku nie tyle mamy do czynienia z ograniczeniem, co raczej z brakiem, końcem zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej.

Tym samym wnioskować można, że zdolność prawna wspólnoty jest nieograniczona ale w zakresie własnej sfery prawnej, którą wyznaczają prawa i obowiązki powstające w związku z czynnościami zarządu nieruchomością wspólną. Wspólnota mieszkaniowa może podejmować decyzje w sprawach nieruchomości, która do niej nie należy, a jest przedmiotem współwłasności jej członków, jednak nie w trybie uchwały, lecz na określonej podstawie prawnej, która ją upoważnia do ingerencji w cudzą sferę prawną (np. na podstawie umowy ze współwłaścicielami takiej nieruchomości). Tego rodzaju decyzje wspólnoty nie mogą zapadać w trybie określonym w przepisach ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. w rozdziale o zarządzie nieruchomością wspólną, lecz na podstawie ogólnych przepisów prawa cywilnego.

W mojej ocenie, na gruncie nie tylko art. 6, ale systemowo – na gruncie całokształtu przepisów ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, wspólnota mieszkaniowa jest przydatną, ale jednak tylko atrapą korporacji, nałożoną na fundament konstrukcyjny w postaci wspólności praw majątkowych (współwłasności nieruchomości wspólnej i odrębnej własności lokali). Organizacyjną podstawą działania wspólnoty mieszkaniowej jest prawo udziału we współwłasności (współużytkowania wieczystego) nieruchomości

wspólnej, a kluczowe znaczenie, jeśli chodzi o cel działania wspólnoty (jeśli przyjąć, że ma ona podmiotowość cywilnoprawną w rozumieniu art. 33¹ § 1 k.c.), są interesy właścicieli lokali.

Powyżej zarysowaną koncepcję teoretyczną statusu podmiotowego wspólnoty mieszkaniowej, polegającą na przyjęciu zdolności prawnej ograniczonej kompetencyjnie do spraw zarządu nieruchomością wspólną, zamierzał zresztą sankcjonować ustawodawca (przy założeniu, że projekt ustawy zostałby ostatecznie uchwalony).

Otóż w druku sejmowym nr 819 (wpłynął do Sejmu dnia 1 października 2012 r.)¹⁵ zawarty jest poselski projekt ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, którego rozdział 6, zatytułowany: Zmiany w przepisach obowiązujących, zawiera art. 44, którego pkt 2 zmierzał do ustalenia brzmienia art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali: „Art. 6. 1. Ogół właścicieli, których lokale wchodzą w skład nieruchomości, stanowi wspólnotę mieszkaniową. 2. Właściciele lokali mogą nabywać prawa do majątku wspólnego właścicieli lokali i zaciągać zobowiązania dotyczące tego majątku w takim zakresie, w jakim jest to związane z zarządzaniem nieruchomością wspólną. 3. Właścicielom lokali przysługują w ich majątku wspólnym udziały w takiej wielkości jak w nieruchomości wspólnej. 4. Wspólnota mieszkaniowa może pozywać i być pozywana w sprawach dotyczących praw i obowiązków związanych z zarządzeniem nieruchomością wspólną”¹⁶.

Abstract

Notes on the legal capacity of homeowner associations (in the light of the judgement of the Supreme Court of Poland of 26 June 2015, I CSK 312/14)

This article examines the extent of the legal capacity of a homeowner association, in the light of the most recent judicial decisions. It presents a critical analysis of the view of the unlimited legal capacity of a homeowner association which is said to have exceeded the legal relationship resulting from the management of the real property common to the owners of individual premises.

Key words: Ownership of premises, homeowner association, legal capacity, carrier of rights

¹⁵ Przebieg procesu legislacyjnego ilustruje grafika dostępna na stronie: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=819> [dostęp: 31.05.2016].

¹⁶ Zob. <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=B54F0459FCDFD7A6C1257AA000365DF4> [dostęp: 31.05.2016].

Streszczenie
Uwagi o zakresie zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej
(na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2015 r. I CSK 312/14)

Artykuł dotyczy zagadnienia zakresu zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej – na tle najnowszego orzecznictwa sądowego. W opracowaniu przedstawiono uwagi krytyczne na temat poglądu o nieograniczonym zakresie podmiotowości prawnej wspólnoty mieszkaniowej, która miałaby wykraczać poza stosunki prawne wynikające z zarządzania nieruchomością wspólną właścicieli lokali.

Słowa kluczowe: własność lokali, wspólnota mieszkaniowa, zdolność prawna, podmiot prawa

Anna Golonka

prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet Rzeszowski

Cyberprzestępczość – międzynarodowe standardy zwalczania zjawiska a polskie regulacje karne

Wprowadzenie

Nowoczesne technologie informacyjne są nie tylko rzeczywistością, w której żyjemy i której doświadczamy na co dzień, ale wręcz urosły one do rangi symbolu XXI wieku, stając się wyznacznikiem ery rozwijającego się w galopującym tempie postępu technologicznego. Jego osiągnięcie nie byłoby możliwe bez globalnego i w zasadzie niczym nieskrępowanego dostępu do informacji. W żadnym ze współczesnych, cywilizowanych państw nie ma chyba takiego obszaru życia społecznego i gospodarczego, w którym nie byłyby one należycie doceniane. Powszechny dostęp do Internetu i jego zasobów sprzyja w szczególności nawiązywaniu i podtrzymywaniu kontaktów interpersonalnych; tworzeniu, wdrażaniu i rozpowszechnianiu nowych rozwiązań w różnych dziedzinach wiedzy i nauki, czy wreszcie poszerzaniu wiedzy oraz wyrównywaniu szans na rynku pracy. Jednym słowem nowoczesne technologie umożliwiają „normalne” funkcjonowanie w społeczeństwie informacyjnym. Ich niezliczone zalety można by jeszcze długo wyliczać. Atrybuty postępu technologicznego to jednak tylko jedna strona medalu. Drugą bowiem pozostaje wiele zagrożeń, jakie niesie za sobą powszechna informatyzacja życia oraz skala, na jaką są obecnie wykorzystywane systemy informatyczne. Ich ogólnosiątkowy zasięg, specyficzny obszar, jaki kreują (przestrzeń wirtualna), jak i same narzędzia służące do budowy i udoskonalania sieci teleinformatycznych stają się coraz częściej przedmiotem przestępstw.

Współczesna literatura na ich określenie zwykła posługiwać się terminem cyberprzestępczość. Jego jednoznaczne zdefiniowanie w praktyce może narażać na pewnych trudności, a to z racji tego, że niemal każda organizacja i podobnie – legislator danego kraju – postrzega to zjawisko nieco inaczej. Jedni traktują je za swoistą „podkategorię” przestępczości komputerowej, wo-

bec czego w rezultacie uznają, że pojęcie to mieści w sobie te przestępstwa (i mechanizmy prowadzące do ich popełniania), które wymagają użycia Internetu lub innych sieci komputerowych, które, jak się zwykle przyjmować, stają się narzędziem do popełnienia przestępstwa lub jego celem, względnie zostają użyte „do zadań dodatkowych związanych z popełnieniem przestępstwa (na przykład do przechowywania danych o nielegalnej sprzedaży narkotyków)”¹. Inni natomiast w cyberprzestępczości dostrzegają nowe źródło zagrożeń, dla których „wspólnym mianownikiem” jest specyficzny obszar, w którym są one popełniane, czyli cyberprzestrzeń. Ta ostatnia jest pojmowana jako „świat sprzężonych ze sobą sieci komputerowych”, tworzących nową przestrzeń „tzw. przestrzeń informacyjną wraz z wszelkimi możliwościami jej eksploatacji”².

Najogólniej rzecz ujmując, cyberprzestępczość można jednak rozumieć jako „przestępstwa cybernetyczne”, czyli takie, które są popełniane w „przestrzeni cybernetycznej”, a więc przestrzeni: „[...] otwartego komunikowania się za pośrednictwem połączonych komputerów i pamięci informatycznych pracujących na całym świecie”³.

W konsekwencji cyberprzestępczość, w znaczeniu *sensu largo*, obejmuje więc wszelkie typy czynów zabronionych, przy których popełnieniu wykorzystywane są technologie informatyczne oraz czyny skierowane przeciwko danym i systemom informatycznym. W takim więc ujęciu, pojęcie to odnosić można do przestępstw popełnionych przy użyciu nowoczesnych technologii, na których oznaczenie (pomijając w tym miejscu odrębną problematykę związaną z pewnym „zamieszanym terminologicznym”, jakie panuje w tej kwestii⁴) zwykle się stosować także inne terminy takie, jak np.: „przestępstwa związane z technologią cyfrową”, „przestępstwa związane z technologią przetwarzania informacji” czy „przestępstwa internetowe”⁵. W literaturze proponuje się także niekiedy odwoływanie się w tej kwestii do terminologii uznawanej (niekiedy nietrafnie) za synonimiczną, czyli do określeń takich, jak: przestępczość wirtualna, elektroniczna, e-przestępczość etc.⁶ W wąskim znaczeniu, terminowi cyberprzestępczość należałoby jednak nadać nieco bardziej precyzyjne objaśnienie, z zastrzeżeniem wszakże, że równocześnie wy-

¹ D.L. Shinder, *Cyberprzestępczość. Jak walczyć z łamaniem prawa w Sieci*, Gliwice 2004, s. 25.

² R. Łukasiewicz, *Rozwój informatyczny a cyberterroryzm*, [w:] *Wojna z terroryzmem w XXI w.*, red. B. Hołyst, K. Jałoszyński, A. Letkiewicz, Szczytno 2009, s. 110.

³ M. Nowak, *Cybernetyczne przestępstwa – definicje i przepisy prawne*, „Biuletyn EBIB” 2010, nr 4 (113), <http://www.ebib.pl/2010/113/a.php?nowak> [dostęp: 7.01.2015].

⁴ Por. M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013, s. 9–15.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

pada zgodzić się ze stwierdzeniami, które podkreślają dynamikę i nieustającą zmienność zjawiska⁷. Można więc przyjąć, że cyberprzestępczość *sensu stricto* obejmuje „przestępstwa komputerowe”, wobec czego oznacza ona po prostu ataki na systemy komputerowe i przetwarzane przez nie dane, powodujące ich uszkodzenie, bądź całkowite zniszczenie⁸. Przedrostek „cyber” w każdym wypadku wskazuje na ścisłe powiązanie pewnych typów czynów zabronionych z nowymi technologiami, służącymi do kreowania „przestrzeni informacyjnej” (tj. cyberprzestrzeni), czyli przestrzeni komunikacyjnej tworzonej przez system powiązań internetowych⁹.

Konkludując kwestie związane z wątpliwościami etymologicznymi cyberprzestępczości, można uznać, że pojęcie to obejmuje szeroką gamę czynów zabronionych, począwszy od „typowych” przestępstw, popełnianych przy wykorzystaniu sieci informatycznych takich, jak: włamania na konta bankowe, kradzież tożsamości czy oszustwa komputerowe, przez przestępstwa przeciwko ochronie informacji takie, jak: *hacking*, sabotaż komputerowy, spowodowanie szkody w bazach danych itp., aż po wieloaspektowe i ze swej natury złożone przestępstwa gospodarcze. Współcześnie sprawcy tych ostatnich przy ich popełnieniu coraz częściej korzystają z systemów i narzędzi informatycznych, co w połączeniu z ich globalnym zasięgiem, czyni je doskonałymi narzędziami do popełniania nawet najpoważniejszych przestępstw. Najlepszym tego przykładem są przestępstwa określane mianem: *cyber-human trafficking* (w tym jego odmiana: *cyber-sex trafficking*), czyli handel ludźmi, a także przestępstwa seksualne popełniane „w sieci”, cyberterrorizm czy – nierzadko ściśle z nim związany – *cyberlaundering* (czyli „cyber”-pranie pieniędzy).

Zagrożenia płynące z cyberprzestępczości – wybrane aspekty kryminologiczne i wiktymologiczne

Pojawienie się nowej kategorii przestępstw związanych z nowoczesnymi technologiami informatycznymi nie może pozostawać bez wpływu także na świa-

⁷ *Ibidem*, s. 15.

⁸ Definicja cyberprzestępczości w wąskim znaczeniu bazuje m.in. na określeniu tego zjawiska zaakceptowanym podczas odbywającego się w Wiedniu w dniach 11–17 kwietnia 2000 r., 10. Kongresu ONZ w sprawie zapobiegania przestępczości i traktowania przestępców (ang. *tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, Vienna 2000*), a także nawiązuje do sposobu jej rozumienia zaakceptowanym w projekcie czwartej Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 22 stycznia 2001 r., załączonej do Sprawozdania Komisji Specjalnej ds. Przestępczości Zorganizowanej, Korupcji i Prania Pieniądzy (2013/2107(INI)) z dnia 26 września 2013 r. w sprawie przestępczości zorganizowanej, korupcji i prania pieniędzy: zalecenia dotyczące potrzebnych działań i inicjatyw (sprawozdanie końcowe). Por. także: M. Siwicki, *op. cit.*, s. 17.

⁹ Por. R. Łukasiewicz, *op. cit.*

towe „trendy” przestępczości, które zarówno z aspektu kryminologicznego, jak i wiktymologicznego wykazują się pewną specyfiką. Jej zaprezentowanie, chociaż w ogólnym zarysie, na łamach niniejszego artykułu, przekraczałoby znacznie jego ramy objętościowe, a i naraziło na słuszny zarzut zbytniego odbiegania od jego zasadniczego tematu, którym w tym przypadku są regulacje międzynarodowe, analizowane pod kątem stopnia dostosowania do nich polskich przepisów karnych.

W tym miejscu wypada zatem jedynie zasygnalizować, że z punktu widzenia uwarunkowań kryminologicznych, cyberprzestępczość jawi się jako zjawisko o wysokiej dynamice, wynikającej z ciągłego udoskonalania technologii informacyjnych, w tym także wprowadzania na rynek nowoczesnych urządzeń służących m.in. do komunikacji elektronicznej. Pewne trudności związane z wykrywaniem przestępstw komputerowych wiążą się ze specyfiką, jaką one wykazują w stosunku do wszelkich innych. W literaturze przedmiotu zwraca się bowiem uwagę na to, że wyraża się ona w szczególnej kategorii podmiotów odpowiedzialnych za takie czyny i związanych z tym problemów dotyczących ustalenia konkretnego sprawcy, a niekiedy także w nietypowych uwarunkowaniach związanych z miejscem popełnienia danego czynu¹⁰. W odniesieniu do pierwszej ze wspomnianych kwestii, trudności mogą wynikać z hermetyzmu grup hackerskich, spośród których nierzadko „rekrutują się” sprawcy poważniejszych przestępstw internetowych, tudzież z trudności, jakie mogą wiązać się z potrzebą ustalenia, kto konkretnie jest sprawcą danego incydentu komputerowego (zwłaszcza, gdy IP komputera wskazuje na urządzenie niestanowiące własności sprawcy przestępstwa). Inną sprawą pozostaje wskazanie, gdzie został popełniony dany czyn i czy, wobec tego, w danym przypadku konkretna osoba może za niego ponosić odpowiedzialność karną, na podstawie polskich przepisów karnych. W tym względzie z pomocą przychodzą na pewno zasady prawa karnego międzynarodowego wyrażone w art. 109–113 k.k. Niebagatelną kwestią pozostaje także niezwykle dynamizm, nieporównywalny w zasadzie z żadną inną kategorią przestępstw, jaką cechują się przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu informatycznemu. Wynika on z bardzo szybkiego postępu w zakresie rozwoju technologii i procesów informatycznych, które wobec tego wymagają „nadążania” za nimi, a co za tym stoi, także umiejętności prognozowania możliwych kierunków rozwoju i potencjalnych zagrożeń, jakie mogą one ze sobą nieść w przyszłości. Przykładowo na gruncie polskim, specjaliści z dziedziny IT zwracają uwagę na niebezpieczeństwo płynące ze strony nowych technologii, głównie urządzeń mobilnych takich, jak tablety i smartfony, których użytkownicy znacznie rzadziej, niż w przypadku tradycyjnych PC-ów,

¹⁰ Por. B. Hołyst, *Kryminologia*, wyd. 9, Warszawa 2007, s. 572.

sięgają po narzędzia służące ochronie ich systemów, a w rezultacie narażają się także na skutki działania cyberprzestępców. Jak wskazują szacunkowe dane, mniej niż 1/3 użytkowników takich urządzeń korzysta w nich z programów antywirusowych, podczas gdy w przypadku „tradycyjnych” komputerów wskaźnik ten wynosi ponad 80%¹¹.

Jak nie trudno z powyższego wywnioskować, prowadzi to nie tylko do coraz większej liczby nadużyć popełnianych w cyberprzestrzeni, ale i prowokuje potencjalnych amatorów cyberataków do podejmowania aktywności, która może stwarzać nowe, nieznane dotychczas źródła zagrożeń. Odnosi się to zarówno do nowych metod popełniania cyberataków, jak i teoretycznie znanych już, chociaż wykorzystanych odmiennie sposobów ich przeprowadzania. W tym miejscu tytułem przykładu wystarczy wskazać na jeden (ze sporej ilości) cyberzamek, polegający na wprowadzeniu do systemu zainfekowanego komputera, metodą konia trojańskiego, wirusa powodującego blokadę jego systemu Windows, możliwą do pokonania po wprowadzeniu specjalnego kodu, uzyskiwanego po wysłaniu płatnego smsa zawierającego żądanie odblokowania systemu na numer telefonu podany w komunikacie wyświetlanym na komputerze¹².

Ciągła dynamika zjawiska wymaga zatem stałego monitorowania zarówno bieżących rozwiązań prawnych, jak i podejmowania, albo przynajmniej dostosowywania działań do istniejących zagrożeń. W tym kierunku działania podejmują nie tylko polskie i zagraniczne służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i utrzymanie porządku publicznego, które w swoich strukturach wyodrębniają komórki organizacyjne do spraw przeciwdziałania różnym formom cyberprzestępczości, ale również międzynarodowe i ponadpaństwowe organizacje, które wykazują zakrojoną na szeroką skalę aktywność na płaszczyźnie prawodawczej. Przykładem krajowych działań na rzecz przeciwdziałania cyberprzestępczości może być powołanie do życia w lipcu 2014 r. Wydziału do walki z Cyberprzestępczością, działającego od 15 lipca 2014 roku przy Biurze Służby Kryminalnej Komendy Głównej Policji, której podstawowym zadaniem jest koordynacja współpracy wszystkich jednostek Policji na polu wykrywania i zwalczania zagrożeń związanych z cyberprzestępczością, a także wsparcie w postępowaniach prowadzonych przez nie w tym zakresie¹³. Innymi

¹¹ A. Mikołajewska, *Cyberprzestępczość. Czym jest i jak się przed nią bronić?*, wiadomosci24.pl, 25.09.2012, http://www.wiadomosci24.pl/arttykul/cyberprzestepczosc_czym_jest_i_jak_sie_przed_nia_bronic_244181.html [dostęp: 1.05.2015].

¹² Mowa o blokerze znanym pod nazwą Trojan.Winlock (i wielu jego wariantach znanych pod różnymi nazwami).

¹³ Więcej na temat Wydziału do walki z Cyberprzestępczością i genezy jego tworzenia: *(Nie)wirtualne zagrożenie*, oprac. CZAK, na podst. mat. BSK KGP, „Policja”, grudzień 2014, nr 12 (117), s. 12.

przykładami są zespoły eksperckie, powoływane przez środowiska naukowe, które służą nie tylko wsparciem w dziedzinie prewencji przed przestępstwami komputerowymi, ale również dostarczają one niezastąpione rozwiązania systemowe w oparciu o cyklicznie sporządzane raporty na temat bezpieczeństwa informatycznego naszego kraju¹⁴. W ramach systemu ochrony cyberprzestrzeni został powołany Pełnomocnik Rządu ds. Ochrony Cyberprzestrzeni, jak również funkcjonuje Międzyresortowy Zespół Koordynujący ds. Ochrony Cyberprzestrzeni RP (MZKOC), skupiający jednostki administracji rządowej, co w założeniu ma ułatwić koordynację prowadzonych przez nie działań w ramach realizacji wspomnianego wyżej „Programu rządowego”¹⁵.

Jeszcze dalej idące odrębności wykazuje cyberprzestępczość z wiktymologicznego punktu widzenia. Wynika to po pierwsze z tego, że powodując szkody czy zniszczenia w systemach lub bazach danych, przestępstwa takie narażają przede wszystkim na straty materialne użytkowników tych systemów, a popełniane na ogromną skalę, prowadzą również do zachwiania funkcjonowania państwa (np. zamachy na infrastruktury krytyczne) i przy okazji osłabiając zaufanie obywateli do niego. Bezprawne uzyskanie informacji, nierzadko połączone z włamaniami do systemów komputerowych, kradzież danych czy wręcz pozbawione konkretnego celu ataki na systemy komputerowe ze strony hackerów to, według badań przeprowadzonych w firmach amerykańskich, najczęstsze przyczyny strat w ich zasobach informatycznych¹⁶.

Po wtóre jednak, pod pozorem tak zaprezentowanego aspektu wiktymologicznego, kryje się jednak także indywidualna ofiara, a psychologiczne i społeczne konsekwencje popełnionego na niej cyberprzestępstwa, a w rezultacie także i wyrządzone jej krzywdy, mogą niekiedy okazać się znacznie większe niż pojedynczy zamach o lokalnym zasięgu. Wymiar tragedii, do jakich prowadzą przestępstwa przeciwko wolności (*cyber-human trafficking*) w tym wolności seksualnej (*cyber-sex trafficking cybertrafficking*) bywa przecież niejednokrotnie nieporównywalny ze stratami materialnymi, w szczególności jeżeli nie są one nieodwracalne lub nie powodują paraliżu systemów informatycznych na skalę globalną. Żadnego z obszarów tych zagrożeń nie można jednak lekceważyć. Stąd też władze większości państw przywiązują coraz większą wagę do zapewnienia bezpieczeństwa w dziedzinie bezpieczeństwa

¹⁴ Najbardziej znaczącymi instytucjami badawczymi w omawianej dziedzinie są m.in.: NASK (Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa) i działający w jego strukturach Zespół CERT Polska (z ang. *Computer Emergency Response Team*) – więcej o jego działalności na stronie: <http://www.cert.pl> [dostęp: 2.12.2015] czy Rządowy Zespół Reagowania na Incydenty Komputerowe CERT.GOV.PL – więcej na stronie: <http://www.cert.gov.pl> [dostęp: 2.12.2015].

¹⁵ Por. Rządowy Program w zakresie ochrony cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2011–2016, bip.msw.gov.pl/download/4/7445/RPOC-24092010.pdf [dostęp: 4.11.2015].

¹⁶ Por. B. Hołyst, *Wiktymologia*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 461.

teleinformatycznego. Przestępczość w świecie wirtualnym i przy wykorzystaniu technologii teleinformatycznych, nawet w ramach najlepiej zorganizowanych struktur, nie może być z powodzeniem zwalczana przez pojedyncze państwo. Bez współpracy na płaszczyźnie międzynarodowej jakakolwiek aktywność wewnątrzpaństwowa w tym względzie w praktyce sprowadzałaby się wyłącznie do planów rzeczywistego ukrócenia omawianego zjawiska. Jego transgraniczny charakter wymaga unifikacji przepisów materialnych i procedur stosowanych przez poszczególne państwa, tudzież dobrze zorganizowanej koordynacji działań właściwych służb i organizacji powołanych do zwalczania przestępstw popełnianych w cyberprzestrzeni. Z tego powodu także istotne znaczenie mają wysiłki podejmowane od wielu lat przez społeczność międzynarodową. Przybierają one postać rozwiązań prawnych, które z punktu widzenia ich wagi dla polskiego ustawodawstwa, w szczególności karnego, zdają się zasługiwać na szczególną uwagę.

W tym miejscu wypadałoby w pierwszym rzędzie wskazać na: decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne¹⁷, decyzję ramową Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych¹⁸, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującą decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW¹⁹, czy wreszcie stosunkowo niedawno przyjętą przez Parlament Europejski dyrektywa Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącą ataków na systemy informatyczne²⁰. Ta ostatnia zastąpiła wspomnianą wyżej decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW, dostosowując jej postanowienia do aktualnego stanu zagrożeń płynących ze strony hackerów komputerowych. Zasadniczym aktem o znaczeniu międzynarodowym w omawianym względzie pozostaje natomiast Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r. i podpisana przez 44 państwa²¹. Warto poświęcić jej nieco więcej uwagi, a to z racji jej stosunkowo niedawnej ratyfikacji przez nasz kraj i przeanalizować

¹⁷ Dz.U. UE.L z 2005 r., Nr 69, s. 67.

¹⁸ Dz.U. UE.L z 2008 r., Nr 328, s. 55.

¹⁹ Dz.U. UE.L z 2011 r., Nr 335, s. 1.

²⁰ Dz.U. UE.L z 2013 r., Nr. 218, s. 8.

²¹ Lista państw-sygnatariuszy Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z dnia 23 listopada 2001 r. według danych z października 2014 r. dostępna na stronie: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=&DF=&CL=ENG> [dostęp: 11.01.2015].

przewidziane w niej zapisy pod kątem stopnia dostosowania do nich polskich regulacji karnych²². Co więcej, na ten akt prawny powołuje się także ustawodawca wspólnotowy w dyrektywie 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Warto zatem pokusić się o ocenę stanu implementacji, do krajowego porządku prawnego, unormowań zawartych w tej ostatniej zwłaszcza, że w myśl art. 16 dyrektywy 2013/40/UE, datę jej stosowania określono na dzień 4 września 2015 r.²³

Analiza postanowień przewidzianych w powyższych regulacjach pozwoli nie tylko na ustalenie w jakim stopniu chronione są polskie systemy informatyczne, z punktu widzenia aktualnych standardów międzynarodowych wyznaczonych przez pryzmat m.in. wspomnianych wyżej aktów prawnych, ale także na tej podstawie wysunięcie postulatów wprowadzenia pewnych zmian do krajowych przepisów karnych.

Karnomaterialne regulacje przewidziane w Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z dnia 23 listopada 2001 r. a polskie przepisy karne

W dniu 12 września 2014 r. uchwalona została ustawa o ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z dnia 23 listopada 2001 r., która, po jej podpisaniu przez Prezydenta RP w dniu 28 października 2014 r., zaczęła obowiązywać od dnia 19 listopada 2014 r. Przewidziane w niej zapisy odwołują się do pewnych kategorii przestępstw, które w większości przypadków są już penalizowane przez polskiego ustawodawcę albo w kodeksie karnym, albo w przepisach karnych innych ustaw. Wspomniana Konwencja swoim zakresem obejmuje bowiem zachowania stypizowane przede wszystkim w rozdziałach XXXIII, XXXIV, XXV k.k. (obejmujących – odpowiednio: przestępstwa przeciwko ochronie informacji, przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności), a także w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych²⁴.

Wymienione kategorie przestępstw obejmują więc zarówno czyny skie-

²² W dniu 19 listopada 2014 r. weszła w życie ustawa ratyfikująca tę konwencję – por. ustawa z dnia 12 września 2014r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r. (Dz.U. 2014, poz. 1514). Więcej informacji oraz tekst ustawy są dostępne także na stronie internetowej Sejmu, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/komunikat.xsp?documentId=467CA4B8C53D6D38C1257D-870036D1E0> [dostęp: 15.01.2015].

²³ Data rozpoczęcia stosowania: 4.09.2015 r. Por. http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_legislation_pl.pdf.

²⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.

rowane bezpośrednio przeciwko danym i systemom informatycznym (dla których przedmiotem czynności wykonawczej są zarazem dane przetwarzane w tych systemach), jak z inne przestępstwa, w których technologie informatyczne służą jedynie jako środek (sposób) ich popełnienia. Ich cechą wspólną, jak już zasygnalizowano, jest to, że posiadają one swoje „odpowiedniki” w polskich przepisach karnych. Uważna analiza zapisów przewidzianych w Konwencji dowodzi jednak, że nie we wszystkich aspektach pozostają one w zgodzie z treścią krajowych unormowań.

Uwaga ta w pierwszej kolejności odnosi się do zachowań bezprawnych uregulowanych w art. 3–6 tytułu I Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości: „Przestępstwa przeciwko poufności, integralności i dostępności danych informatycznych i systemów”. W art. 3 tego aktu opisane zostało zachowanie polegające na nielegalnym przechwytywaniu niepublicznej transmisji danych informatycznych z, do lub w ramach systemu informatycznego (włącznie z emisjami elektromagnetycznymi pochodzącymi z systemu informatycznego przesyłającego takie dane) za pomocą technicznych urządzeń. W polskim k.k., poza samym nielegalnym uzyskaniem dostępu do informacji (art. 267 § 1 k.k.), penalizowane jest także bezprawne niszczenie, uszkodzanie, usuwanie, zmiana, albo utrudnianie dostępu do danych informatycznych, czy też w istotnym stopniu zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych (art. 268a k.k.), jak również zachowanie polegające na zakłócaniu w istotny sposób pracy systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej, m.in. przez transmisję danych informatycznych (art. 269a k.k.). Wypada uznać, że opisane w nich zachowania „tworzą zrab” czynu opisanego w art. 3 Konwencji. Ten ostatni jednak nie zakłada potrzeby zakłócenia w istotny sposób bezprawnym zachowaniem pracy systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej. W tym zakresie prawodawca polski poszedł o krok dalej wymagając swoistego skutku, jednocześnie pomijając okoliczność, że „przejęcie danych” (tj. ich przechwylenie – ang. *interception*) nie jest pojęciem tożsamym z zakłóceniem (może za tym przemawiać chociażby fakt uregulowania w art. 5 Konwencji zakłócania pracy systemu – *system interference*)²⁵. Takie podejście może zaś prowadzić do wniosku, że samo bezprawne przechwytywanie niepublicznej transmisji danych informatycznych pozostaje poza zakresem uregulowania k.k. Zastrzeżenie takie ma wszakże charakter bardziej postulatów precyzji językowej, bowiem w praktyce wiąże się ono na ogół z zakłóceniem pracy systemu kom-

²⁵ Konwencja o cyberprzestępczości w świetle art. 5 poleca uznawać, że zakłócanie pracy systemu to zachowanie polegające na utrudnianiu bez uprawnienia prawidłowego funkcjonowania systemu komputerowego (*hindering without right of the functioning of a computer system*).

puterowego lub sieci teleinformatycznej. Natomiast z całą pewnością polski ustawodawca nie przewidział potrzeby wskazania, że zachowanie sprawcy ma nastąpić za pomocą środków/urządzeń technicznych (*by technical means*)²⁶. W tym względzie wypadałoby zatem wprowadzić do k.k. odpowiedni zapis, aby pozostać w zgodzie z treścią zapisu przewidzianego w art. 3 Konwencji.

Z kolei w art. 4 Konwencji o cyberprzestępczości (i podobnie w art. 8 lit. a tej Konwencji), nakazujący kryminalizację zachowania polegającego na niszczeniu, wykasowaniu, uszkodzeniu, dokonaniu zmiany albo na usunięciu danych informatycznych, szczególną uwagę przykuwa opis czynności sprawczej, a ściślej dwa spośród kilku alternatywnie ujętych w tym artykule znamion czynnościowych. Odnosi się do terminów „wykasowanie” i „usuwanie”, które wspomniana Konwencja wyraźnie odróżnia. Takiego rozróżnienia nie przewiduje natomiast żaden z przepisów k.k., w szczególności zaś tych, które określają przestępstwa przeciwko ochronie informacji. Tym samym pojawia się pytanie o kryminalizację zachowania polegającego na „wykasowaniu danych informatycznych”, które w sposób dosłowny nie zostało określone w k.k. Wychodząc z założenia, że w świetle obecnego stanu wiedzy informatycznej „wykasowanie” nie powinno być utożsamiane z „usunięciem” danych, należy uznać, że zachowanie sprawcy, polegające na „wykasowaniu danych”, które nie będzie prowadziło do ich usunięcia lub zmiany, ani nie spowoduje realnego utrudnienia w dostępie do nich, pozostanie poza zakresem kryminalizacji k.k. Zasadnym wydaje się zatem uwzględnienie tego znamienia w treści obowiązujących przepisów k.k., w szczególności w art. 268a i 269 k.k.

Art. 6 omawianej Konwencji Rady Europy, w którym zostało opisane bezprawne zachowanie, polegające na umyślnym podjęciu wymienionego w tym przepisie zachowania (tj. produkcji, sprzedaży, pozyskiwania z zamiarem wykorzystania, a także dystrybucji lub innego udostępniania) w stosunku do urządzeń systemu teleinformatycznego (w tym programu komputerowego), a także haseł komputerowych, kodów itp. danych „w celu ich wykorzystania” dla potrzeb realizacji innych przestępstw, posiada swój „odpowiednik” w polskim k.k. w art. 269b²⁷. Ten ostatni przepis, podobnie zresztą jak i poprzedzający go art. 269a k.k., został dodany ustawą nowelizującą Kodeks karny z dnia 18 marca 2004 r.²⁸ Porównanie zapisów przewidzianych w Konwencji oraz

²⁶ W art. 269a k.k. wskazano jedynie na sposób popełnienia opisanego w nim przestępstwa („przez transmisję, zniszczenie, usunięcie, uszkodzenie, utrudnienie dostępu lub zmianę danych informatycznych”).

²⁷ Chodzi o przestępstwa opisane w art. 2–5 Konwencji o cyberprzestępczości (tj. bezprawnego dostępu lub „przechwytywania” danych, bądź naruszenia integralności danych czy systemu teleinformatycznego).

²⁸ Dz.U. nr 69, poz. 626.

k.k. nasuwa jednak pewne obiekcje związane z odesłaniem zawartym w art. 6 ust. 1a) lit. i Konwencji do czynów zabronionych opisanych w art. 2–5 tej Konwencji, w tym także do jej art. 4. Opisuje on, dla przypomnienia, bezprawny dostęp do informacji. Tymczasem jego „odpowiednik” w polskim kodeksie karnym, czyli art. 269b k.k., odwołuje się w tym względzie jedynie do czynu zabronionego opisanego w § 3 art. 267 tego kodeksu, to jest do zakładania lub posługiwania się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym lub innym urządzeniem lub oprogramowaniem w celu bezprawnego uzyskania informacji. Ten ostatni zaś nie posiada swojego odpowiednika w Konwencji o cyberprzestępczości (oczywiście, jeżeli pominąć omawiany art. 6, który nakazuje kryminalizację m.in. udostępniania urządzeń, jednak nie samo ich zakładanie lub posługiwanie się nimi, a w żadnym razie nie wspomina o urządzeniach, o których mowa w § 3 art. 267 k.k., czyli o urządzeniu podsłuchowym, wizualnym lub innym²⁹). Co więcej, w świetle Konwencji (umyślnie) podjętym czynnościom na urządzeniach ma towarzyszyć „cel”, jakim ma być ich wykorzystanie do popełnienia przestępstwa wskazanego w art. 2–5 Konwencji. Tym samym treść zapisu przewidzianego w art. 6 Konwencji, w odniesieniu do samego bezprawnego udostępniania urządzeń przeznaczonych lub przystosowanych „przede wszystkim dla celów” popełnienia któregośkolwiek z przestępstw określonych w 2–5 Konwencji, pozostaje *de lege lata* poza zakresem penalizacji w polskim k.k. Jedynym, logicznie nasuwającym się w tym miejscu rozwiązaniem tego braku spójności pomiędzy obydwoma aktami prawnymi może być próba sięgnięcia po przepis przewidujący odpowiedzialność za pomocnictwo (art. 18 § 3 k.k.). Nie w każdym wypadku jednak, jak się zdaje, będzie to próba zakończona powodzeniem. Nie zawsze bowiem udostępnienie będzie mogło (a już na pewno nie zawsze powinno) zostać uznane za ułatwienie do zakładania czy posługiwania się takim urządzeniem „dla celu” wykonania konkretnego przestępstwa komputerowego.

Odrębną kwestią pozostaje natomiast sama konstrukcja zapisu przewidzianego w art. 6 Konwencji o cyberprzestępczości, która odwołuje się do umyślności zachowania sprawcy, sygnalizując przy tym, że winno ono zarazem cechować się zamiarem zabarwionym (celem działania), co jest zabiegiem legislacyjnym zbędnym, z punktu widzenia polskiej techniki legislacyjnej. Wystarczające byłoby w tym przypadku wskazywanie na kierunkowy charakter tego przestępstwa (działanie „w celu”). Próba obrony poglądu w oparciu o argument, jakoby celowość zachowania miała być odnoszona jedynie do

²⁹ Konwencja o cyberprzestępczości jedynie powołuje w tej kwestii na istniejące Zalecenie Rady Europy nr R (85) 10, dotyczącego praktycznego stosowania Europejskiej Konwencji o Wzajemnej Pomocy w Sprawach Karnych w odniesieniu do wniosków rekwizycyjnych dotyczących podsłuchu rozmów telefonicznych.

czynności podjętych na urządzeniach, nie zaś na hasłach, czy kodach dostępu gdzie okazuje się chybiona. W ustępie 3 art. 6 Konwencji (w którym *nomen omen* wskazane jest wyłączenie spod odpowiedzialności karnej zachowań nieobjętych celem popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 2–5 Konwencji, czyli powtórne, tym razem negatywne zaakcentowanie celu działania) jest bowiem mowa o całym ustępie 1 tegoż artykułu, czyli celowość popełnienia jednego z wymienionych przestępstw obejmuje także jego popełnienie przez uzyskanie dostępu do hasła, kodu dostępu itp.

Ponadto w myśl art. 6 ust. 1b) Konwencji, państwa-sygnatariusze powinny uznać także za bezprawne zachowania polegające na „posiadaniu” urządzeń wskazanych w art. 6 ust. 1a lit. i. oraz haseł, kodów etc., o których mowa w art. 6 ust. 1a lit. ii Konwencji „z zamiarem ich wykorzystania w celu popełnienia przestępstw opisanych w art. 2–5 Konwencji”. W polskim Kodeksie karnym nie istnieje odrębny typ czynu zabronionego, który stanowiłby „odpowiednik” tego przestępstwa. Teoretycznie odpowiedzialność karna za dopuszczenie takiego zachowanie mogłaby być rozważana na płaszczyźnie karalnego usiłowania. Zgodnie z art. 13 § 1 k.k. jednym ze znamion charakteryzujących tę fazę stadialną jest jednak podjęcie przez sprawcę „zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania” (które oczywiście nie następuje). Jak zwykło się przyjmować w doktrynie i judykaturze prawa karnego, owa „bezpośredniość” zachowania zmierzającego do dokonania pozwala zarazem na „odgraniczenie” (zazwyczaj niekaralnego) przygotowania od usiłowania³⁰. Odnosząc te uwagi do zapisu przewidzianego w art. 6 ust. 1b Konwencji Rady Europy z dnia 23 listopada 2001 r. wypada przyjąć, że samo posiadanie (nawet jeżeli towarzyszy mu zamiar jego wykorzystania w przyszłości w celu popełnienia określonego przestępstwa) nie może zostać uznane za karalne usiłowanie, przynajmniej tak długo, jak długo dana osoba nie podejmie zachowania pozwalającego na uzasadnione stwierdzenie, iż zmierza ona do realizacji tego celu. W tym względzie wydaje się zatem, że polski ustawodawca karny w aktualnym stanie prawnym nie wypełnia postanowień omawianej Konwencji.

Analizowana Konwencja Rady Europy, poza przestępstwami przeciwko poufności, integralności i dostępności danych informatycznych i systemów, zawiera również zapisy dotyczące przestępstw komputerowych (art. 7 i 8), przestępstwa związane z pornografią dziecięcą (art. 9), a także przestępstwa związane z naruszeniem praw autorskich i praw pokrewnych (art. 10).

³⁰ Por. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 251–254.

Art. 7 Konwencji reguluje przestępstwo polegające na umyślnym i bezprawnym dokonaniu zmian, wykasowaniu lub usuwaniu danych informatycznych, w wyniku czego powstają dane nieautentyczne, które w zamiarze sprawcy mają być uznane lub wykorzystane jako autentyczne w celach zgodnych z prawem. W świetle wspomnianego art. 7 odpowiedzialność karna nie jest przy tym uzależniona od tego, czy dane takie są możliwe do bezpośredniego odczytania i są one zrozumiałe dla odbiorcy. W polskim kodeksie karnym brak jest typu czynu zabronionego, który odpowiadałby zaprezentowanemu opisowi zachowania. Penalizowane jest samo dokonywanie zmian, niszczenie, uszkodzanie lub usuwanie zapisu istotnej informacji (utrudniające zresztą, czego nie wymaga Konwencja, zapoznanie się z jego treścią osobie uprawnionej) – art. 268 k.k. oraz tzw. sabotaż komputerowy – art. 269 k.k. (obejmujący jednak wyłącznie pewną kategorię danych o szczególnym znaczeniu dla państwa). Żaden z przepisów k.k. nie uzależnia jednak odpowiedzialności sprawcy od zamiaru wykorzystania powstałych w ten sposób nieprawdziwych danych jako autentycznych. Ustawodawca karny nie wiąże zatem czynności na danych informatycznych z fałszem. Z kolei przestępstwo tzw. fałszu materialnego (art. 270 § 1–3 k.k.) czyni za przedmiot dokument, którym zgodnie z art. 115 § 14 k.k. może być również zapisany nośnik informacji. Zatem jedynie czynności podjęte na nośniku informacji, polegające na podrobieniu lub przerobieniu zapisanych na nim danych będą stanowiły fałszerstwo, o którym mowa w art. 270 k.k. Natomiast chcąc pozostać w pełnym zakresie w zgodzie z postanowieniami Konwencji o cyberprzestępczości należałoby rozważyć wprowadzenie dodatkowego przepisu, określającego jako odrębny typ czynu zabronionego „fałszowanie danych informatycznych”. Przepis ten mógłby przybrać następujące brzmienie: „Kto w zamiarze użycia jako autentyczne w tym celu niszczy, uszkodza, usuwa lub zmienia dane informatyczne, podlega karze...”. Pojęcie „dane informatyczne” zostało w tym przypadku użyte w znaczeniu, jakie temu określeniu nadaje Konwencja o cyberprzestępczości, czyli zgodnie z jej art. 1 lit. b) obejmuje ono: „dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej do przetwarzania w systemie komputerowym, łącznie z odpowiednim programem powodującym wykonanie funkcji przez system informatyczny”.

Z kolei art. 8 Konwencji reguluje kwestie dotyczące odpowiedzialności za tzw. oszustwo komputerowe. W myśl tego artykułu, kryminalizowane winno być zachowanie polegające na umyślnym i bezprawnym spowodowaniu utraty majątku przez inną osobę poprzez wprowadzenie, dokonanie zmian, wykasowanie lub usunięcie danych informatycznych, względnie jakkolwiek inną ingerencją w funkcjonowanie systemu komputerowego, o ile podjęte jest ono z zamiarem oszustwa „lub nieuczciwym zamiarem” uzyskania korzy-

ści ekonomicznych dla siebie lub innej osoby. Odpowiadający temu opisowi typ czynu zabronionego jest uregulowany w art. 287 k.k. Określone w tym przepisie przestępstwo oszustwa komputerowego w pełni dostosowuje polskie przepisy karne do wymagań wynikających z omawianego aktu prawa międzynarodowego.

Art. 9 Konwencji o cyberprzestępczości znajduje odzwierciedlenie w polskich przepisach karnych w art. 202 § 1–5 k.k. Po zmianie ustawami nowelizującymi k.k. z dnia 27 lipca 2005 r. oraz z dnia 24 października 2008 r., do art. 202 dodane zostały §§ 4 a i b, a następnie zmieniona treść § 4a³¹, zaś za sprawą nowelizacji z dnia 4 kwietnia 2014 r. do artykułu tego został dodany § 4c³². Statuuja one typy czynów zabronionych, zwane potocznie przestępstwami „pornograficznymi”, popełnione na szkodę małoletniego. W odróżnieniu od polskiego ustawodawcy, omawiany akt prawny, wypracowany na forum Rady Europy, podaje definicję „pornografii dziecięcej”, przez którą poleca on rozumieć: „[...] materiał pornograficzny, który w sposób widoczny przedstawia:

- a) osobę małoletnią w trakcie czynności ewidentnie seksualnej,
- b) osobę, co do której może zachodzić przypuszczenie, że jest małoletnia w trakcie czynności ewidentnie seksualnej,
- c) realistyczny obraz prezentujący osobę małoletnią w trakcie czynności ewidentnie seksualnej” (art. 9 ust. 2 Konwencji).

Zastrzec przy tym należy, że za osobę małoletnią wspomniana Konwencja uznaje osobę, która nie ukończyła 18 roku życia, z tym, że dopuszcza możliwość obniżenia granicy wiekowej do lat 16 przez ustawodawców państw sygnatariuszy Konwencji.

Polski legislator w aktualnym stanie prawnym penalizuje powyższe czyny popełnione na szkodę małoletniego bez dalszego doprecyzowania w tym względzie. Pomijając spory, jakie na łamach literatury prawniczej prowadzone są od lat w odniesieniu do sposobu rozumienia tego terminu³³, wolno w tym

³¹ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 163, poz. 1363) oraz ustawa z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 214, poz. 1344).

³² Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 538).

³³ Por. art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jeden. Dz.U. z 2014 r., poz. 382 ze zm.); V. Konarska-Wrzosek, [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 32–36; A. Krawiec, *Małoletni pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, Toruń 2012, s. 113; M. Filar, *Polityka kryminalna czy polityka? (Nowelizacja Kodeksu karnego w zakresie przestępstw seksualnych)*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminalnego i polityki kryminalnej*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2010, s. 853–854; J. Warylewski, *Przestępstwo uwiedzenia małoletniego*, „Palestra” 2008, nr 9–10, s. 54.

miejszu uznać, że status taki będzie posiadała osoba, która nie ukończyła 18 lat, czyli jest niepełnoletnia w rozumieniu art. 10 k.c. W wyniku nowelizacji k.k. ustawą z dnia 4 kwietnia 2014 r. usunięto niedociągnięcie legislacyjne istniejące w omawianej kwestii, a polegające na zawężeniu przedmiotu czynności wykonawczej przestępstw określonych w art. 202 § 2, 4 oraz 4a do małoletniego, który nie ukończył 15 lat³⁴. Takie rozwiązanie pozostawało w ewidentnej sprzeczności z zaprezentowanymi wyżej postanowieniami Konwencji o cyberprzestępczości. Warto odnotować również, że wraz z wprowadzeniem § 4c do art. 202 k.k., aktualnie penalizowane jest również zachowanie polegające na uczestniczeniu w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego w celu zaspokojenia seksualnego. W połączeniu z § 4b tego przepisu, czyni od zadość postulatowi dotyczącym dostosowania krajowych rozwiązań prawnokarnych do wymagań płynących z obowiązujących aktów prawa międzynarodowego³⁵.

Ostatnią kategorią cyberprzestępstw opisanych w Konwencji Rady Europy z dnia 23 listopada 2001 r. są przestępstwa związane z naruszeniem praw autorskich i praw pokrewnych, które w polskim prawie uregulowane zostały przede wszystkim w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych³⁶. Zgodnie z art. 10 Konwencji, państwa–Strony w krajowych regulacjach powinny przewidzieć wprowadzenie karalności umyślnie podjętego zachowania polegającego na naruszeniu prawa autorskiego oraz praw pokrewnych (pojmowanych w sposób określony w jego prawie wewnętrznym) za pomocą systemu teleinformatycznego i podjętego na skalę komercyjną³⁷.

³⁴ W tej sprawie na etapie projektu wprowadzenia zmian do k.k. – por. M. Płachta, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń z 12 stycznia 201 r. (Sejm IV kadencji, druk nr 2031)*, sporządzona w Gdańsku, dnia 12.01.2004 r., s. 7, [http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/\(\\$All\)/4FC60869D85A3A73C1256E0B0047EE25/\\$File/I2677-03b.rtf?OpenElement](http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/($All)/4FC60869D85A3A73C1256E0B0047EE25/$File/I2677-03b.rtf?OpenElement) [dostęp: 21.11.2015].

³⁵ Por. A. Adamski, *Opinia na temat Rządowego projektu dostosowania polskiego kodeksu karnego do Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości*, s. 4–5. – PROSZĘ O DANE CYTOWANIA!!!

³⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.

³⁷ Poza Konwencją o cyberprzestępczości z 2001 r., zobowiązania wynikające z potrzeby zapewnienia ochrony praw autorskich wynikają także z innych aktów międzynarodowych, w tym przede wszystkim z: Aktu Paryskiego z dnia 24 lipca 1971 r., zmieniającego Konwencję Berneńską o ochronie dzieł literackich i artystycznych, Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, sporządzonego w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (Dz.U. z 1996 r., Nr 32, poz. 143), Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawach autorskich, sporządzonego w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r., Międzynarodowej Konwencji o ochronie wykonawców, producentów fonogramów organizacji nadawczych, zawartej w Rzymie, dnia 26 października 1961 r. (tzw. Konwencja Rzymska),

W odniesieniu do tej kategorii czynów, uwagę zwraca przede wszystkim bardzo ogólne sformułowanie czynności sprawczej, przez co z jednej strony, jak się wydaje bez trudu sprostać można wymaganiom dotyczącym usankcjonowania odpowiednich czynów przez krajowe przepisy karne, z drugiej jednak, powstaje wątpliwość czy określone w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. typy czynów zabronionych wyczerpują znamię „naruszenia”, wobec czego, czy przewidują odpowiedzialność za każdy możliwy sposób prowadzący do naruszenia praw autorskich i pokrewnych? Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie będzie jednak negatywna. Najlepszym przykładem zachowania nieposiadającego jasnego statusu prawnego (jako zachowania karalnego), pomimo że z moralnego punktu widzenia niewątpliwie wysoce nagannego, a przy tym dającego się zakwalifikować jako prowadzące do naruszenia prawa autorskiego jest *ghostwriting*, czyli wykonanie przez jedną osobę na zlecenie innej utworu (np. publikacji naukowej, tekstu do utworu muzycznego, sprawozdania etc.), której autorstwo następnie przypisuje sobie osoba, na zlecenie której powstał utwór, a także pewne jego odmiany np. *ghost authorship* (przy współautorstwie – pominięcie jednego/pewnych autorów) lub *honorary authorship* (powołanie jako autora osoby, której faktycznie nie można uznać za autora części opracowania, jednak z uwagi na jej wkład finansów figuruje ona jako jeden z autorów utworu). W dobie coraz powszechniejszego wykorzystania Internetu do publikacji utworów, zachowania takie stają się zarazem naruszeniem prawa autorskiego, bądź praw pokrewnych, o czym mowa w art. 10 omawianej Konwencji.

Po wtóre, warto odnotować również, że w art. 10 Konwencji mowa jest o systemie informatycznym, co – zgodnie z legalną definicją tego pojęcia, podaną w art. 1 lit. a) tego aktu prawa międzynarodowego, oznacza: „każde urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych”. Warto byłoby natomiast rozważyć posłużenie się w tym przypadku określeniem funkcjonującym na gruncie rodzimych przepisów, czyli w szczególności ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³⁸, a więc odnoszącym się do „systemu teleinforma-

Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS – ang. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), Dz.U. z 1996 r., Nr 32, poz. 143, stanowiącego zał. 1C do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu WTO, podpisanego w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994r. (opublikowane w Dz.U. z 1995 r., nr 98, poz.483) oraz Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie, dnia 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2003 r., Nr 41, poz. 375 (Konwencja zastrzega, iż nie dotyczy to praw osobistych przewidzianych przez powyższe Konwencje).

³⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1422 ze zm.

tycznego”. Zgodnie z art. 2 pkt. 3 tej ustawy, pod tym pojęciem należy rozumieć: „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.)”.

Jeszcze inną kwestią pozostaje natomiast samo sformułowanie użyte w art. 10 Konwencji, odnoszące się do „skali komercyjnej” (ang. *on a commercial scale*), na jaką mają być popełnione czyny opisane w tym artykule. Nie jest bowiem jasne, czy chodzi w nim o ograniczenie tych czynów do obrotu gospodarczego³⁹, czy też o aspekt związany z profesjonalnym charakterem podmiotów dopuszczających się ich popełnienia, czy może o ich wymiar na masową skalę, co zresztą wydaje się być interpretacją pozostającą w zgodzie z *ratio legis* tego przepisu. Wydaje się, że ten ostatni aspekt jest jednak nie do pominięcia, bowiem w przeciwnym wypadku, gdyby chodziło o sam związek czynu z działalnością gospodarczą (obrotem gospodarczym), prawodawca międzynarodowy wskazałby na to wyraźnie w treści art. 10 Konwencji. Z drugiej strony przymiotnik „komercyjny” nie pozwala na oderwanie czynu opisanego w tym artykule od jego kontekstu, którym ma być w tym wypadku „działalność nastawiona na osiągnięcie zysku”.

Karnomaterialną część regulacji zawartych w Konwencji o cyberprzestępczości uzupełniają zapisy przewidujące potrzebę rozszerzenia karalności opisanych wcześniej zachowań bezprawnych także na niesprawcze formy przestępnego współdziałania, uwzględnienie odpowiedzialności za usiłowanie ich popełnienia, określenie zasad odpowiedzialności podmiotów innych niż osoby fizyczne, tudzież usankcjonowanie ich odpowiednimi karami lub środkami karnymi. W tym względzie zadość oczekiwaniom, stawianym przez konwencję o cyberprzestępczości, czynią odpowiednie przepisy przewidziane Kodeksie karnym (w szczególności art. 13 § 1 i 2 oraz art. 18 § 2 i 3), jak również zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, uregulowane przede wszystkim w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁴⁰.

³⁹ Przymiotnik „komercyjny”, pochodzi od słowa „komercja” i oznacza działalność przynoszącą dochód, nastawioną na osiągnięcie zysku, uzależniającą działanie od ekwiwalentu pieniężnego, por. *Słownik wyrazów obcych PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2003, s. 572.

⁴⁰ Tekst jedn. z 2015 r., poz. 1212 ze zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne i perspektywy implementowania jej postanowień do krajowego porządku prawnego

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r., dotycząca ataków na systemy informatyczne, zastąpiła obowiązującą dotychczas w tym zakresie decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW. Powyższa dyrektywa obowiązuje od dnia 4 września 2013 r., a zasadniczym powodem jej uchwalenia było wzmocnienie współpracy między organami państw członkowskich UE, powołanymi do ochrony bezpieczeństwa systemów informatycznych, a także wyspecjalizowanymi agencjami i organami Unii, takimi jak Eurojust, Europol i należące do niego Europejskie Centrum ds. Walki z Cyberprzestępczością oraz Europejska Agencja ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji (ENISA) oraz ustanowienie pewnych minimalnych zasad dotyczących definicji i istoty przestępstw godzących w takie systemy. Ponadto uchwalenie tej dyrektywy ma służyć uzgodnieniu pewnych minimalnych standardów dotyczących odpowiedzialności za ich popełnienie⁴¹. Warto również odnotować, że dyrektywa 2013/40/UE stanowi odpowiedź na potrzebę dostosowania regulacji prawnych do podlegającego stałemu przeobrażaniu obliczu cyberprzestępczości. Jak trafnie zauważyli jej twórcy, wraz z pojawieniem się nowych źródeł zagrożeń, konieczne staje się również zapewnienie należytej ochrony przed takimi czynami na płaszczyźnie legislacyjnej. Najlepszym tego przykładem jest coraz powszechniejsze wykorzystywane „botnetów” do przeprowadzania ataków na systemy informatyczne. „Botnet” – to inaczej grupa komputerów zainfekowanych przez „boty”, czyli złośliwe oprogramowania (np. robaki), które umożliwiają zdalne kontrolowanie komputera należącego do innego użytkownika. Stąd też zainfekowany komputer bywa nazywany „zombie”, na wzór „żywego trupa” jakim staje się on wówczas, gdy użytkownik traci nad nim kontrolę⁴². Bowiem w tym przypadku inna osoba (cyberprzestępca) zarządza faktycznie bonetem. Botnety są współcześnie wykorzystywane do rozsyłania spamu czy rozprzestrzeniania wirusów, ale również często stanowią one narzędzie w rękach sprawców takich przestępstw, jak np.

⁴¹ Por. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne, Dz. Urz. WE L z dnia 14.08.2013 r., Nr 218, s. 8.

⁴² Więcej o tym, co to jest „botnet” i jak się przed nimi chronić, por. *Co to jest botnet i dlaczego jest niebezpieczny?* Gazeta.pl. Technologie z dnia 19 lutego 2009 r., http://technologie.gazeta.pl/technologie/1,81010,6295156,Co_to_jest_botnet_i_dlaczego_jest_niebezpieczny_.html [dostęp: 2.12.2015].

kradzież tożsamości (w tym *spoofing*, czyli bezprawne podszywanie się pod innego użytkownika system), kradzież haseł i innych danych, oszustwa komputerowe, *sniffing*, czyli „śledzenie” ruchów w sieci innego użytkownika itp.⁴³

Istota zachowań bezprawnych, określonych w dyrektywie z dnia 12 sierpnia 2013 r., w dużej mierze, zresztą zgodnie z deklaracją uczynioną w jej Preambule, nawiązuje do postanowień Konwencji o cyberprzestępczości z 2001 r. Opisy czynów zabronionych pokrywają się w znacznej mierze z tymi, jakie przewiduje ta ostatnia. Wspólnotowy akt prawny określa następujące kategorie czynów: bezprawny dostęp do systemów informatycznych (art. 3 dyrektywy), bezprawną ingerencję w systemy informatyczne (art. 4 dyrektywy), bezprawne usuwanie, uszkodzanie, pogarszanie, zmienianie lub eliminowanie danych (art. 5 dyrektywy), bezprawne przechwytywanie środkami technicznymi niepublicznych przekazów danych (art. 6 dyrektywy), wytwarzanie, sprzedaż, dostarczanie w celu użycia, przywóz, rozpowszechnianie lub udostępnianie w inny sposób programu komputerowego lub hasła komputerowego, kodu dostępu czy innych, podobnych danych umożliwiających dostęp do systemu informatycznego, wykorzystanych w celu popełnienia któregośkolwiek ze wspomnianych wyżej przestępstw. Pewną, dostrzegalną różnicą pomiędzy wspomnianą dyrektywą a Konwencją o cyberprzestępczości (pomijając nieistotną chronologię zapisów odnoszących się do poszczególnych przestępstw) jest większa precyzja, jaką wykazał się legislator wspólnotowy w opisie czynności sprawczej przestępstw określonych w art. 4 i 5 dyrektywy. Wskazuje on odpowiednio na: „poważne utrudnienie lub zakłócenie funkcjonowania systemu informatycznego poprzez wprowadzenie, przekazywanie, uszkodzanie, usuwanie, pogarszanie, zmienianie lub eliminowanie danych komputerowych lub czynienie ich niedostępnymi” oraz usuwanie, uszkodzanie, pogarszanie, zmienianie lub eliminowanie danych komputerowych w systemie informatycznym lub czynienie ich niedostępnymi”. Dopuszcza on także bezkarność tzw. „wypadków mniejszej wagi”, czego zresztą rodzimy ustawodawca (może i całkiem słusznie) nie przewiduje.

Wzorem zapisów przewidzianych w Konwencji o cyberprzestępczości, unijny prawodawca przewidział również rozszerzenie zasad odpowiedzialności na formy niesprawcze, usiłowanie popełnienia takich przestępstw oraz możliwość ponoszenia odpowiedzialności za nie osób prawnych, na zasadach określonych w wewnętrznym prawie każdego z państw członkowskich.

Warto również odnotować, że „poprzedniczka” ww. dyrektywy, tj. Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW, w zakresie penalizacji przestępstwa hackin-

⁴³ Więcej na ten temat: https://pl.wikipedia.org/wiki/Botnet_%28bezpiecze%C5%84stwo_komputerowe%29 oraz <https://www.cybsecurity.org/co-to-jest-botnet-i-dlaczego-nalezy-zachowac-ostroznosc> [dostęp: 2.12.2015].

gu, wymagała objęcia zakresem penalizacji zachowań polegających na uzyskaniu nielegalnego dostępu do informacji, podczas gdy polski k.k. przewidywał odpowiedzialność karną za bezprawne uzyskanie informacji przez osobę do tego nieuprawnioną. Zmiana art. 267 k.k., przeprowadzona za sprawą nowelizacji z dnia 24 października 2008 r., doprowadziła do dostosowania w tej mierze krajowych przepisów karnych do wymogów unijnych⁴⁴.

Podsumowanie

Obydwa zaprezentowane wyżej akty prawa międzynarodowego uznawane są aktualnie za kluczowe w walce z cyberprzestępczością. Można zatem śmiało uznać, że stanowią one trzon wyznaczający międzynarodowe standardy karne w tej dziedzinie. Oczywiście należy przy tym mieć na uwadze szeroki katalog innych aktów prawnych, w szczególności inne, niż opisana wyżej dyrektywy UE, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady, Zalecenia Rady Europejskiej itp., obejmujące swoim zakresem materię związaną z dziedziną informacji, bezpieczeństwa powszechnego, komunikacji etc. Ich kompleksowe omówienie na łamach tego opracowania, nawet w największym skrócie, byłoby niemożliwe. Zresztą dla problematyki walki z cyberprzestępczością wydają się mieć one drugorzędne znaczenie. Istotą jest bowiem w tym przypadku odpowiedź na pytanie o to, jakie działania są aktualnie podejmowane na płaszczyźnie międzynarodowej w kontekście zapobiegania temu zjawisku i walki z jego przejawami, w szczególności zaś, jakie rozwiązania prawne są w tej mierze promowane. Z kolei najlepiej o tym świadczą zapisy przewidziane w Konwencji o cyberprzestępczości z 2001 r. oraz jej wspólnotowym „odpowiedniku”, jakim jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. Ich znajomość pozwala na dokonanie oceny stanu dostosowania polskich przepisów karnych do wymagań dyktowanych obowiązującymi normami prawa międzynarodowego.

Uważna analiza wspomnianych regulacji prowadzi do wniosku, że nie w każdym przypadku krajowy ustawodawca karny w pełni pozostaje z nimi w zgodzie, zwłaszcza jeżeli wziąć „pod lupę” Konwencję o cyberprzestępczości z 2001 r. Nakreślona powyżej istota karnomaterialnych regulacji, zawartych w tej Konwencji, i ich porównanie z odpowiednimi przepisami k.k. oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wskazują, że pomimo kilku nowelizacji k.k., w jego przepisach nadal istnieją luki lub niedociągnięcia legislacyjne w omawianym względzie. Na ich obecność wskazują uwagi krytycznie poczynione w tym opracowaniu, a także inne działania, szczegól-

⁴⁴ Dz.U. Nr 214, poz. 1344.

nie kontrole przeprowadzane na szczeblu państwowym. Jak bowiem podkreśla Najwyższa Izba Kontroli w swoim raporcie, dotyczącym stanu realizacji przez podmioty państwowe „Rządowego projektu ochrony cyberprzestrzeni na lata 2011–2016”, „[...] administracja państwowa nie podjęła dotychczas niezbędnych działań, mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa teleinformatycznego Polski”, a co więcej dążenia do informatyzacji życia publicznego zdają się być odwrotnie proporcjonalne do działań zmierzających do ochrony systemów teleinformatycznych przed ich wykorzystaniem do celu popełnienia przestępstwa. NIK odnotowała szereg nieprawidłowości, wśród których znalazły się m.in. zarzuty dotyczące swoistej ignorancji nowych źródeł zagrożeń, jakie może nieść za sobą stały rozwój i doskonalenie technologii informatycznych, braku opracowania spójnych rozwiązań systemowych, pozwalających na monitorowanie bieżącego stanu zagrożenia systemów teleinformatycznych, w tym zwłaszcza zabezpieczenia infrastruktury krytycznych przed incydentami prowadzącymi do zakłócenia czy wręcz paraliżu pracy całego systemu, niedostateczne przygotowanie procedur reagowania na takie zdarzenia czy wreszcie braków dotyczących realizacji rządowego programu bezpieczeństwa narodowego w zakresie ochrony cyberprzestrzeni⁴⁵. Dokument ten dowodzi najlepiej, że w parze z doskonaleniem polskich regulacji karnych w dziedzinie bezpieczeństwa informacyjnego i ich dostosowaniem do standardów wyznaczonych międzynarodowymi aktami prawnymi, winny iść konkretne działania, zmierzające do ich wcielenia w życie.

Abstract

Cybercrime – international standards in combating this phenomenon and the Polish penal regulation

Subject of this study are issues relating to cybercrime. Starting point seems to be here the attempt to determine way of understanding of this concept. It allows to perform in the next step the dogmatic analysis of criminal law regulations relating to the main issue. Matters discussed in this paper are shown through the comparative legal prism. The aim of such an approach is to demonstrate and evaluate the extent of compliance some of Polish regulations and the acts of international law, which regard cybercrime. The latter in fact shall appoint certain criminal law standards in the field of protection of the information security.

Key words: criminal law, cybercrime, Council of Europe Convention on Cybercrime

⁴⁵ Por. *Realizacja przez podmioty państwowe zadań w zakresie ochrony cyberprzestrzeni RP. Informacja o wynikach kontroli*, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,8764,vp,10895.pdf> [dostęp: 11.11.2015].

Streszczenie
**Cyberprzestępczość – międzynarodowe standardy zwalczania zjawiska
a polskie regulacje karne**

Przedmiotem niniejszego opracowania są zagadnienia dotyczące cyberprzestępczości. Punktem wyjścia uczyniono w nim próbę wyjaśnienia samego pojęcia cyberprzestępczości, które nasuwa wiele wątpliwości. Zaprezentowano w nim również zagadnienia związane z etiologią zjawiska oraz pewne aspekty wiktymologiczne. Takie podejście umożliwia przeprowadzenie w następnej kolejności analizy dogmatycznej regulacji prawnokarnych odnoszących się do zasadniczej problematyki poruszanej w tym opracowaniu. Jak sygnalizuje to jego tytuł, przedstawiono w nim regulacje międzynarodowe, które, jak zwykle się współcześnie uznawać, wyznaczają standardy w zakresie ochrony systemów informatycznych. Tym samym zagadnienia omawiane w artykule naukowym zostały ukazane przez pryzmat prawnoporównawczy. Celem takiego podejścia było przede wszystkim wykazanie stanu dostosowania polskich regulacji karnych do aktów prawa międzynarodowego i jego końcowa ocena.

Słowa kluczowe: prawo karne, cyberprzestępczość, Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości

Jarosław R. Antoniuk

dr, Politechnika Śląska w Gliwicach, sędzia w Sądzie Rejonowym w Chorzowie

Obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego

Wprowadzenie

Spoczywający na gminie obowiązek zapewnienia lokalu socjalnego wynika z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (zwanej w dalszej części OchLokU)¹. Ten akt normatywny określa również przypadki i zasady, na jakich odbywa się realizacja tego obowiązku. Dla jasności dalszych rozważań wyjaśnić należy, że w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 OchLokU za lokal socjalny uznaje się lokal nadający się do zamieszkania ze względu na wyposażenie i stan techniczny, którego powierzchnia pokoi przypadająca na członka gospodarstwa domowego najemcy nie może być mniejsza niż 5 m², a w wypadku jednoosobowego gospodarstwa domowego 10 m² z tym, że lokal ten może być lokalem o obniżonym standardzie.

Wspomniany obowiązek gmina realizuje wydzielając z zasobu mieszkaniowego część lokali, które spełniają powyższe wymogi, z przeznaczeniem na wynajem, jako lokale socjalne (art. 22 OchLokU). Zaznaczyć jednakże należy, że obowiązkowi zapewnienia lokalu socjalnego nie należy utożsamiać z obowiązkiem zawarcia umowy najmu takiego lokalu socjalnego z osobą, która nie ma tytułu prawnego do lokalu i której dochody gospodarstwa domowego nie przekraczają wysokości określonej w uchwale rady gminy, podjętej w oparciu o art. 21 ust. 1 pkt 2 OchLokU, określający zasady wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy, a w szczególności, wysokość dochodu gospodarstwa domowego uzasadniającą oddanie w najem lokalu socjalnego. Z osobą, która spełnia określone w uchwale rady gminy kryteria uprawniające ją do ubiegania się o zawarcie umowy najmu lokalu socjalnego, gmina nie ma bowiem – w świetle art. 23 ust. 2 OchLokU – obo-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 150.

wiązku zawarcia takiej umowy. Osobie takiej nie przysługuje zatem roszczenie, zgodnie w art. 64 k.c., o zobowiązanie gminy do złożenia oferty zawarcia umowy lokalu socjalnego². W konsekwencji, zawarcie umowy najmu z taką osobą może być zależne chociażby od takiej okoliczności jak ilość wolnych lokali socjalnych znajdujących się w dyspozycji gminy.

Natomiast sytuację, w której na gminie ciąży obowiązek dostarczenia lokalu socjalnego precyzuje art. 14 ust. 1 OchLokU, który nakłada ten obowiązek w przypadku orzeczenia przez sąd w wyroku nakazującym opróżnienie lokalu uprawnienia do otrzymania lokalu socjalnego wobec osób, których nakaz ten dotyczy. Obowiązek ten dla wielu gmin stanowi znaczne obciążenie ze względu na ograniczone zasoby mieszkaniowe, zaś jego niedopełnienie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą gminy. Stanowić to musi asumpt do zastanowienia się nad możliwościami gminy kontestowania tego obowiązku.

Przesłanki nałożenia przez sąd na gminę obowiązku zapewnienia lokalu socjalnego

Na sądzie orzekającym w postępowaniu eksmisyjnym ciąży obowiązek orzeczenia o uprawnieniu do otrzymania lokalu socjalnego, bądź o braku takiego uprawnienia³ wobec osób, których dotyczy nakaz opróżnienia lokalu. Tym samym, orzeczenie sądu przyznające osobom obowiązany do opróżnienia lokalu prawo do lokalu socjalnego konkretyzuje wynikający z ustawy obowiązek gminy zaoferowania lokalu socjalnego. Obowiązek zapewnienia lokalu socjalnego ciąży na gminie właściwej ze względu na miejsce położenia lokalu podlegającego opróżnieniu (art. 14 ust. 1 zd. 2 OchLokU). Jeżeli w wyroku sąd orzekł o uprawnieniu do lokalu socjalnego dwóch lub więcej osób, gmina jest obowiązana zapewnić im co najmniej jeden lokal socjalny (art. 14 ust. 2 OchLokU). Orzekając o uprawnieniu do otrzymania lokalu socjalnego, sąd nakazuje wstrzymanie wykonania opróżnienia lokalu do czasu złożenia przez gminę oferty zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego (art. 14 ust. 6 OchLokU).

Na sądzie, orzekającym w postępowaniu eksmisyjnym, spoczywa obowiązek zbadania z urzędu czy wobec osób obowiązanych do opróżnienia lokalu zachodzą przesłanki do otrzymania lokalu socjalnego. Sąd rozważając tą kwestię winien mieć – stosownie do art. 14 ust. 3 OchLokU – na uwadze dotychczasowy sposób korzystania przez te osoby z lokalu oraz ich szczególną sytuację materialną i rodzinną. W zakresie oceny zaistnienia przesłanek do

² Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1997 r., III CZP 13/97, OSNC z 1997 r., nr 8, poz. 104.

³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2005 r., II CK 655/04, LEX nr 148318.

przyznania lokalu socjalnego sąd doznaje jednak daleko idącego ograniczenia, gdyż wyłączone jest orzeczenie przez sąd o braku uprawnienia do otrzymania lokalu socjalnego wobec określonych w art. 14 ust. 4 OchLokU kategorii osób, którym – z uwagi na ich stan fizjologiczny, wiek lub sytuację materialną – przysługuje prawo do lokalu socjalnego, jednakże pod warunkiem, że osoby te nie mogą zamieszkać w innym lokalu niż dotychczas używany (art. 14 ust. 4 OchLokU). Ograniczenie to dotyczy jednakże jedynie sytuacji, gdy podlegający opróżnieniu lokal wchodzi w skład publicznego zasobu mieszkaniowego albo też osób, które były uprawnione do używania lokalu na podstawie stosunku prawnego nawiązanego ze spółdzielnią mieszkaniową, albo z towarzystwem budownictwa społecznego (art. 14 ust. 7 OchLokU). Sąd może jednak orzec o braku uprawnienia do otrzymania lokalu socjalnego, pomimo istnienia takiego obowiązku, jeżeli lokator wykracza w sposób rażący lub uporczywy przeciwko porządkowi domowemu czyniąc uciążliwym korzystanie z innych lokali w budynku lub jeżeli lokator swoim rażąco naganym postępowaniem uniemożliwia wspólne zamieszkiwanie współlokatorom (art. 14 ust. 5 w zw. z art. 13 OchLokU)⁴. W przypadku zaś, gdy powodem opróżnienia lokalu jest stosowanie przemocy w rodzinie lub wykraczanie w sposób rażący lub uporczywy przeciwko porządkowi domowemu albo niewłaściwe zachowanie czyniące uciążliwym korzystanie z innych lokali w budynku, albo gdy zajęcie lokalu nastąpiło bez tytułu prawnego – sąd zwolniony jest z zamieszczenia w wyroku rozstrzygnięcia w przedmiocie uprawnienia, bądź braku uprawniania osób obowiązanych do opróżnienia lokalu do lokalu socjalnego (art. 17 OchLokU)⁵. Jednakże sąd może przyznać osobie samowolnie zajmującej lokal uprawnienie do lokalu socjalnego, jeżeli przyznanie tego prawa byłoby szczególnie usprawiedliwione w świetle zasad współżycia społecznego (art. 23 OchLokU)⁶.

Charakter prawny i treść obowiązku dostarczenia przez gminę lokalu socjalnego

W następnej kolejności należy się zastanowić nad charakterem prawnym obowiązku gminy dostarczania lokalu socjalnego. W rachubę wchodzić mogą dwie możliwości. Należy bowiem rozważać kwalifikację tego obowiązku jako

⁴ Tak Sąd Okręgowy w Białymstoku z dnia 8 listopada 2013 r., II Ca 503/13, LEX nr 1715517, a także F. Zoll, M. Olczyk, M. Pecyna, *Ustawa o ochronie praw konsumentów, mieszkaniowym zasobie gminy oraz o zmianie Kodeksu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 221.

⁵ Por. uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2005 r., III CZP 6/05, OSNC z 2006 r., nr 1, poz. 1.

⁶ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 r., III CZP 41/03, OSNC z 2004 r., nr 7–8, poz. 105.

administracyjnoprawnego lub cywilnoprawnego. Rozstrzygnięcie tej kwestii ma znaczenie dla realizacji zarówno uprawnienia do lokalu socjalnego osób obowiązanych do opróżnienia lokalu, jak i uprawnienia do odszkodowania przysługującego właścicielowi lokalu w przypadku niedopełnienia przez gminę jej obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego. Poza jednostkowymi wypowiedziami judykatury⁷, w dość zgodnej ocenie orzecznictwa⁸, obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego ma charakter administracyjnoprawny. Stanowi on bowiem jedną z form – właściwą ze względu na położenie podlegającego opróżnieniu lokalu – realizacji przez gminę nałożonego na nią zadania własnego, jakim jest obowiązek zapewnienia lokali socjalnych (art. 4 ust. 2 OchLokU).

Podkreślenia jednak wymaga, że wyrok wydany w sprawie o opróżnienie lokalu mieszkalnego nie jest tytułem egzekucyjnym przeciwko gminie, w szczególności nie stwierdza jej obowiązku nadającego się do przymusowego wykonania. Nie kreuje również po stronie uprawnionego roszczenia o zawarcie z nim umowy najmu lokalu socjalnego, bowiem cywilne roszczenie tego rodzaju musiałoby mieć konkretny przedmiot (konkretny lokal socjalny), a orzeczenie sądowe zapada niezależnie od tego, czy gmina dysponuje choćby jednym wolnym lokalem, który mógłby być wynajęty uprawnionemu jako socjalny. Natomiast wyrok taki stwierdza uprawnienie osoby zobowiązanej do opuszczenia, opróżnienia i wydania lokalu mieszkalnego, jako dłużnika od zrealizowania którego zależy możliwość skutecznego przeprowadzenia przez wierzyciela obowiązku postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 1046 k.p.c.⁹

Realizacja tego obowiązku przez gminę następuje w drodze jednej z tzw. niewładczych form działania administracji. Co prawda w art. 18 ust. 5 OchLokU mowa jest o „dostarczeniu lokalu socjalnego”, to jednak w art. 14 ust. 6 OchLokU wskazano, że „sąd nakazuje wstrzymanie wykonania opróżnienia lokalu do czasu złożenia przez gminę oferty zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego”. Obowiązek gminy, po uprzednim pozyskaniu stosownego lokalu do mieszkaniowego zasobu gminy, polega zatem na złożeniu uprawnionemu oferty zawarcia umowy najmu lokalu mieszkalnego spełniającego wymogi przewidziane dla lokalu socjalnego. Oferta ta musi spełniać wymogi określone w art. 66 § 1 k.c., tj. stanowić oświadczenie woli zawarcia umowy

⁷ Zob. niejednoznaczny w tej kwestii wyrok Sąd Okręgowy w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2011 r., III Ca 225/11, LEX nr 1713679.

⁸ Tak Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 10 czerwca 2011 r., III Ca 225/11, LEX nr 1713679; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r., I CSK 292/12, LEX nr 1274945; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 2/15, LEX nr 1755921.

⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r., I CSK 292/12, LEX nr 1274945; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897.

najmu lokalu określając istotne postanowienia tej umowy. Wykonanie obowiązku zaoferowania lokalu socjalnego do wynajęcia wymaga złożenia stosownego oświadczenia przez gminę wobec wszystkich tych, którym uprawnienie to zostało przyznane. Gmina nie ma jednakże obowiązku zaoferowania poszczególnym osobom, którym przyznano uprawnienie do lokalu socjalnego, samodzielnych lokali socjalnych, odrębnych od lokali oferowanych innym, współuprawnionym osobom (art. 14 ust. 2 OchLokU). Bez znaczenia natomiast, dla oceny realizacji przez gminę obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego, pozostaje kwestia czy oferta ta została przyjęta przez osobę uprawnioną do lokalu socjalnego. W konsekwencji obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego zostaje spełniony niezależnie od tego czy umowa najmu takiego lokalu została pomiędzy obowiązującą gminą a uprawnionym zawarta.

Pozycja procesowa gminy w sprawie o opróżnienie lokalu mieszkalnego

Kwestia pozycji procesowej gminy w sprawie o opróżnienie lokalu mieszkalnego nie powinna w zasadzie budzić wątpliwości. Ustawodawca bowiem w art. 15 ust. 3 zd. 1 *in principio* OchLokU wskazał, że do udziału gminy w sprawie o opróżnienie lokalu stosuje się odpowiednio przepisy o interwencji ubocznej, zaś gmina przystępuje do udziału w sprawie po stronie powoda. Natomiast na sądzie orzekającym w sprawie cięży, wynikający z art. 15 ust. 2 OchLokU, obowiązek zawiadomienia gminy, właściwej ze względu na miejsce położenia lokalu podlegającego opróżnieniu, celem umożliwienia wstąpienia jej do sprawy. Gmina jest przy tym, w świetle art. 15 ust. 3 zd. 2 *in principio* OchLokU, zwolniona od obowiązku wykazania interesu prawnego. Interes ten jest bowiem niejako zdeterminowany przepisami OchLokU – w razie przegranej lokatora i orzeczenia eksmisji lokatorowi przyznane może zostać prawo do lokalu socjalnego, co zaktualizuje obowiązek dostarczenia mu lokalu socjalnego¹⁰, zaś w przypadku jego niedostarczenia – na gminie ciążyć będzie obowiązek wypłaty odszkodowania na rzecz właściciela lokalu podlegającego opróżnieniu za okres, kiedy gmina lokalu nie dostarczyła. W sytuacji takiej, gmina może wstąpić jedynie po stronie powoda, a jej udział w procesie doznaje określonych ograniczeń – niedopuszczalna jest opozycja przeciw jej wstąpieniu, a nadto nie może on wstąpić w miejsce strony powodowej, jednakże działania gminy mogą pozostawać w sprzeczności z działaniami i oświadczeniami powoda (art. 15 ust. 3 OchLokU)¹¹.

¹⁰ Tak też J. Chaciński, *Ochrona praw lokatorów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 133.

¹¹ Tak, bez bliższej analizy, z którymi czynnościami i oświadczeniami powoda, czynności gminy mogą pozostawać w sprzeczności E. Bończak-Kucharczyk, *Ochrona praw lokatorów i najem*

Takie ukształtowanie pozycji procesowej gminy przez art. 15 ust. 3 OchLokU, w szczególności odejście od wyrażonej w art. 79 k.p.c. zasady, że czynności procesowe interwenienta ubocznego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, oznacza, że gmina – przystępując do sprawy po stronie powoda – uprawniona będzie do kwestionowania zgłoszonego przez pozwanego żądania przyznania mu uprawnienia do lokalu socjalnego¹² nawet wtedy, jeżeli powód do tego żądania w żaden sposób nie odniósł się lub uznał to żądanie za zasadne, czy też przyznał naprowadzone przez stronę pozwaną okoliczności faktyczne uzasadniające przyznanie pozwanemu prawa do lokalu socjalnego (art. 229 k.p.c.).

Rodzi się zatem pytanie, czy gmina, jako interwenient uboczny po stronie powoda, może kwestionować zawarte w pozwie żądanie przyznania pozwanemu lokalu socjalnego? Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi pozytywnej. Co prawda, gmina w takim przypadku popadnie w spór ze stroną, do której przystąpiła jako interwenient uboczny, ale nie sposób pominąć okoliczności, w których sąd w postępowaniu eksmisyjnym o uprawnieniu do lokalu socjalnego lub o jego braku orzeka z urzędu niezależnie od stanowiska stron w tej kwestii. Uprawnienie to nie jest zatem przedmiotem odrębnego żądania procesowego którejkolwiek ze stron postępowania eksmisyjnego, a jedynie wyrazem ich stanowiska procesowego. Zgłoszone przez powoda żądanie przyznania pozwanym lokalu socjalnego traktować można jedynie jako przyznanie określonych okoliczności faktycznych uzasadniających przyznanie pozwanemu prawa do lokalu socjalnego (art. 229 k.p.c.), a co za tym idzie, jak wskazano wyżej, gmina może podejmować czynności pozostające w sprzeczności z tym oświadczeniem. Dotyczy to w szczególności złożenia przez gminę wniosków dowodowych zmierzających do zanegowania przyznanych przez powoda faktów uzasadniających przyznanie lokalu socjalnego.

W tym kontekście postawić można pytanie, czy gmina – jako interwenient w postępowaniu – może kwestionować żądanie eksmisji zawarte w pozwie. W literaturze wyrażono pogląd, że w przypadku udziału gminy w postępowaniu o podział majątku wspólnego małżonków, w którego skład wchodzi prawo najmu lokalu, uprawnienia procesowe gminy, jako uczestnika postępowania nieprocesowego, realizowane mogą być tylko w zakresie wyznaczonym jej interesem w sprawie, ograniczającym się do kwestii istnienia,

lokali mieszkalnych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 349–350; J. Chaciński, *op. cit.*; s. 133; A. Doliwa, *Najem lokali. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 321; idem, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 264; R. Dżiczek, *Ochrona praw lokatorów. Dodatki mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów*, Warszawa 2015, s. 142; K. Zdun-Załęska, *Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 124–125.

¹² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r., I CSK 292/12, LEX nr 1274945.

bądź nieistnienia uprawnienia do otrzymania lokalu socjalnego przez jedno z małżonków zobowiązane do wydania lokalu. W konsekwencji orzeczenie w sprawie o podział majątku wspólnego – gmina może zaskarżyć jedynie w części obejmującej rozstrzygnięcie tej kwestii. Uzasadnia się to brakiem tzw. *gravamen*, tj. „pokrzywdzenia” po stronie gminy w zaskarżeniu postanowienia w pozostałym zakresie¹³.

W przypadku wstąpienia przez gminę do procesu o opróżnienie lokalu w charakterze interwenienta ubocznego po stronie powoda, gmina nie ma interesu prawnego w uwzględnieniu powództwa, ale w jego oddaleniu, a zatem ma interes w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na niekorzyść strony, do której przystąpiła. Następstwem wydania przez sąd wyroku uwzględniającego powództwo może być nałożenie na gminę obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego, a niedopełnienie tego obowiązku rodzić może odpowiedzialność odszkodowawczą gminy. Z klei oddalenie żądania pozwu automatycznie wyklucza taką możliwość. Naturalną tego konsekwencją wydaje się być, podejmowanie w procesie przez gminę, czynności leżące w interesie pozwanych żądających oddalenia powództwa, a sprzecznych z interesem powoda. Bez trudu można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której samo żądanie eksmisji jest bezzasadne, ale sytuacja życiowa i majątkowa pozwanego, w przypadku uwzględnienia żądania eksmisji, predestynuje go do przyznania mu prawa do lokalu socjalnego. Podobnie w postępowaniu o podział majątku wspólnego małżonków – w interesie gminy jest nie tylko kwestionowanie przyznania jednemu z byłych małżonków prawa do lokalu socjalnego, ale i samego obowiązku wydania lokalu przez tego małżonka.

Wyłączenie stosowania art. 79 k.p.c. doprowadzić może zatem do sytuacji, w której gmina, jako interwenient uboczny przystępujący do sprawy po stronie powoda, uprawniona będzie do kwestionowania żądania opróżnienia lokalu, nawet jeżeli pozwany żądanie to uzna. Gmina bowiem prezentować może stanowisko i podejmować czynności sprzeczne zarówno z powodem, jak i z pozwanym. W rezultacie gmina, na skutek zgłoszenia interwencji ubocznej, w istocie stać się może przeciwnikiem strony, do której przystąpiła, prowadząc z nią spór, a to stanowi zaprzeczenie istoty interwencji ubocznej, jaką jest popieranie stanowiska strony, do której interwenient przystąpił i jako takie budzić może wątpliwości. Z drugiej jednak strony pozwala to na kwestionowanie przez gminę żądania pozwu w przypadku „ustawionych” procesów, których celem jest uzyskanie przez pozwanego prawa do lokalu socjalnego, a przez powoda możliwości domagania się od gminy odszkodowania za niedostarczenie lokalu socjalnego.

¹³ Tak R. Dżiczek, *op. cit.*, s. 142–143.

W przypadku wątpliwości co do dopuszczalności kwestionowania przez gminę żądania eksmisji, zawiadomioną o sprawie w oparciu o art. 15 ust. 2 OchLokU, powstaje pytanie, czy gmina może przystąpić do procesu nie po stronie powoda, ale po stronie pozwanego. Z art. 76 *in principio* k.p.c. wynika, że z interwencją uboczną wystąpić może ten, kto ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron. Reguluacja art. 15 ust. 2 i 3 OchLokU ma charakter szczególny, przyznając gminie uprawnienie do wstąpienia do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego, zwalniając ją jednocześnie od konieczności wykazania interesu prawnego. Norma ta nie wyłącza jednakże możliwości wstąpienia gminy do procesu po stronie którejś ze stron, w tym także strony pozwanej. W tej jednakże sytuacji wstąpienie następuje na zasadach ogólnych, tj. w oparciu o art. 76 k.p.c., a na gminie ciążyć będzie obowiązek wykazania jej interesu prawnego we wstąpieniu do procesu, zaś przeciwko temu wstąpieniu, stosownie do art. 78 k.p.c., każda ze stron zgłosić może opozycję. Po stronie pozwanego interes prawny gminy we wstąpieniu wyraża się – o czym wspomniano wyżej – w tym, że oddalenie powództwa automatycznie eliminuje możliwość zaktualizowania się obowiązku gminy do dostarczenia lokalu socjalnego. Gmina uprawniona będzie zatem do kwestionowania żądania eksmisji. Jednocześnie jednak w takiej sytuacji, gmina, stosownie do art. 79 zd. 2 k.p.c., nie będzie mogła zajmować stanowiska, ani podejmować czynności sprzecznych z oświadczeniami i czynnościami pozwanego. W szczególności zatem, gmina nie będzie uprawniona do kwestionowania uznania przez pozwanego powództwa¹⁴, czy też wniosku pozwanego o przyznanie mu prawa do lokalu socjalnego.

Odszkodowanie za niedostarczenie lokalu socjalnego

Niedopełnienie przez gminę obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego, osobie uprawnionej do niego z mocy wyroku, rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą gminy wobec właściciela lokalu, opartą na art. 417 k.c. (art. 18 ust. 5 OchLokU). Odpowiedzialność gminy oparta na regulacji art. 18 ust. 5 OchLokU w zw. z art. 417 k.c. nie ma charakteru subsydiarnego, lecz charakter niezależny wobec unormowanej w art. 18 ust. 1 i 3 OchLokU odpowiedzialności osoby zajmującej lokal bez tytułu prawnego, której sąd przyznał

¹⁴ Tak Z. Resich, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. Z. Resich, W. Siedlecki, Warszawa 1969, s. 203; M. Jędrzejewska [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, Warszawa 2004, s. 216.

prawo do lokalu socjalnego wstrzymując wykonanie opróżnienia lokalu. Odpowiedzialność odszkodowawcza gminy pokrywa się jedynie z odpowiedzialnością osoby zajmującej lokal bez tytułu prawnego, określoną w art. 18 ust. 3 OchLokU¹⁵, który zobowiązuje te osoby do opłacania odszkodowania w wysokości czynszu albo innych opłat za używanie lokalu, jakie byłyby obowiązywane opłacać, gdyby stosunek prawny nie wygasł. Odpowiedzialność osoby zajmującej lokal bez tytułu prawnego, oparta na art. 18 ust. 1 i 3 OchLokU, ma charakter swoistej kary ustawowej (art. 485 k.c.), zaś odpowiedzialność gminy, oparta na art. 417 k.c., deliktowy, wobec czego odpowiedzialność tych podmiotów ma charakter *in solidum*¹⁶.

Przesłankami odpowiedzialności gminy, w oparciu o art. 18 ust. 5 OchLokU w zw. z art. 417 k.c., są – niezgodne z prawem – zaniechania polegające na niedostarczeniu przez gminę lokalu socjalnego, szkoda powstała po stronie właściciela na skutek niedopełnienia przez gminę jej obowiązku oraz związek przyczynowy między tą szkodą a zaniechaniem gminy. Na powódzie spoczywa nie tylko ciężar wykazania zaniechania gminy w dostarczeniu lokalu socjalnego, ale i okresu, w jakim zaniechanie to miało miejsce. Okres przez jaki gmina nie dopełnia swego obowiązku w zakresie dostarczenia lokalu socjalnego wpływa przy tym na wymiar odszkodowania. Pozostaje zatem poszukać odpowiedzi na pytanie za jaki okres odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi gmina. O ile przy tym określenie początku okresu, jaki objęty jest obowiązkiem odszkodowawczym gminy, jest źródłem wielu kontrowersji, o tyle określenie chwili z jaką obowiązek ten ustaje – nie wydaje się budzić wątpliwości.

Kontrowersje, jakie niesie z sobą określenie początku okresu jaki objęty jest obowiązkiem odszkodowawczym gminy, są wynikiem braku określenia w obowiązującej regulacji terminu w jakim gmina zobowiązana jest do dostarczenia lokalu socjalnego. W pierwszej kolejności należy uznać, jako następstwo odrzucenia koncepcji cywilnoprawnego charakteru obowiązku gminy dostarczenia lokalu socjalnego, że podstawą określenia tego terminu nie może być art. 455 k.c., regulujący termin spełnienia zobowiązań cywilnoprawnych o charakterze bezterminowym¹⁷. Przy przyjęciu administracyjno-

¹⁵ Tak SN w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., V CSK 31/08, LEX nr 457701.

¹⁶ Por. uchwałę SN z dnia 7 grudnia 2007 r., III CZP 121/07, OSNC z 2008 r., nr 12, poz. 137.

¹⁷ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., V CNP 32/13, LEX nr 1463429; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 2/15, LEX nr 1755921. Zob. też wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2011 r., III Ca 225/11, LEX nr 1713679, w którym Sąd ten nie opowiadając się jednoznacznie przeciwko cywilnoprawnemu charakterowi obowiązku gminy dostarczenia lokalu socjalnego odrzucił jednak możliwość zastosowania art. 455 k.c. uznając, że zobowiązanie gminy ma charakter terminowy i staje się wymagalne

prawnego charakteru obowiązku gminy dostarczenia uprawnionemu lokalu socjalnego rozważania wymagają trzy koncepcje.

Pierwsza z nich prezentowana zarówno w judykaturze¹⁸, jak i doktrynie¹⁹, odwołuje się do treści art. 365 § 1 k.p.c., który wskazuje, że prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd wydający orzeczenie, ale także inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach wskazanych w ustawie – także inne osoby. Z treści tej regulacji oraz administracyjnoprawnego charakteru obowiązku gminy dostarczenia lokalu socjalnego wyprowadza się wniosek, że wspomniany obowiązek aktualizuje się z momentem uprawomocnienia się wyroku nakazującego eksmisję. Przy tym obowiązek ten nie zależy w żadnym wypadku od działań podjętych przez lokatorów czy też właściciela lokalu, brak jest bowiem przepisu statuującego obowiązek wierzyciela czy też lokatora do zawiadomienia gminy o wyroku przyznającym prawo do otrzymania lokalu socjalnego i uzależniającego od tego faktu aktualizację obowiązku gminy w tym zakresie.

Druga z prezentowanych w judykaturze²⁰ koncepcji wiąże aktualizację obowiązku dostarczenia przez gminę lokalu socjalnego z powzięciem przez gminę wiedzy o treści wyroku eksmisyjnego, przyznającego pozwanemu prawo do lokalu socjalnego, niezależnie od tego czy zawiadomienia dokonał właściciel lub osoba uprawniona do lokalu socjalnego, czy też gmina powzięła wiedzę o swym obowiązku uczestnicząc jako interwenient uboczny w postępowaniu eksmisyjnym. W tym drugim przypadku obowiązek gminy aktualizuje się już z chwilą uprawomocnienia się wyroku eksmisyjnego. Rozbieżność zachodzi natomiast w orzecznictwie w ocenie, czy gmina swój obowiązek winna zrealizować bezzwłocznie²¹, czy też ocena bezprawności zaniechania gminy, uwzględniać winna możliwości gminy w pozyskaniu lokalu socjalnego z mieszkaniowego zasobu gminy, a co za tym idzie, realizacji wyroku w chwili uzyskania wiedzy o treści wyroku eksmisyjnego²².

z chwilą uprawomocnienia się wyroku. Pogląd ten jednak nie znajduje żadnego normatywnego oparcia.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2010 r., III Ca 328/10, LEX nr 1714179; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2011 r., III Ca 225/11, LEX nr 1713679.

¹⁹ Zob. F. Zoll, M. Olczyk, M. Pecyna, *op. cit.*, s. 244.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2014 r., I ACa 1071/13, LEX nr 1454466; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 maja 2014 r., V ACa 606/13, LEX nr 1498900; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., V CA 2/15, LEX nr 1755921.

²¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., V CA 2/15, LEX nr 1755921.

²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2014 r., I ACa 1071/13, LEX nr 1454466.

Trzecia z koncepcji, prezentowana zarówno w judykaturze²³, jak i doktrynie²⁴, uniezależnia określenie chwili zaktualizowania się obowiązku gminy dostarczenia lokalu socjalnego od tego, czy gmina wzięła udział w postępowaniu eksmisyjnym jako interwenient uboczny, wiążąc go z zawiadomieniem gminy o treści wyroku eksmisyjnego przyznającego pozwanemu prawo do lokalu socjalnego oraz o tym, że nie został on wykonany. Bez znaczenia jest przy tym czy tego zawiadomienia dokonał właściciel, czy też osoba uprawniona do lokalu socjalnego. Przypisanie gminie bezprawności uwarunkowane musi być obiektywnymi możliwościami gminy do zaoferowania, w chwili powzięcia wiadomości o ciąży na niej obowiązku, lokalu socjalnego. Nie sposób bowiem oczekiwać, że gmina bezzwłocznie zaoferuje uprawnionemu lokal socjalny. Ocena bezprawności winna zatem uwzględniać czas konieczny na znalezienie i przygotowanie dla osób uprawnionych odpowiedniego lokalu socjalnego. Koncepcję tą uznać należy za słuszną, a na jej uzasadnienie wskazać trzy istotne argumenty.

Po pierwsze przyjęcie, że obowiązek gminy aktualizuje się już z chwilą uprawomocnienia się wyroku, stwierdzającego uprawnienia osób obowiązanych do opróżnienia lokalu do lokalu socjalnego, prowadziłyby do sytuacji, że gmina jeszcze w trakcie trwania postępowania rozpoznawczego, pomimo niepewności co do czasu jego zakończenia oraz jego wyniku (a zatem co do samego obowiązku wydania lokalu mieszkalnego oraz istnienia uprawnienia do otrzymania przez osoby pozwane lokalu socjalnego, a następnie skorzystania przez uprawnionych z oferty najmu lokalu socjalnego), musiałaby mieć przygotowany odpowiedni lokal socjalny dla osób pozwanych, a zarazem potencjalnie uprawnionych do jego otrzymania. Taka wykładnia prowadziłyby do konieczności długotrwałego utrzymywania przez gminy wolnych zasobów mieszkaniowych obejmujących lokale socjalne w rozmiarze adekwatnym do liczby toczących się spraw o nakazanie opróżnienia lokali mieszkalnych, co nie byłoby działaniem ani społecznie, ani ekonomicznie racjonalnym²⁵.

Po drugie, na gminie nie ciąży obowiązek udziału w postępowaniu eksmisyjnym w charakterze interwenienta ubocznego, a jedynie takie uprawnienie, a co z za tym idzie, może ona nie być świadoma, że pozwanym przyznano uprawnienie do lokalu socjalnego. Tymczasem, mimo że samo powstanie

²³ Takie stanowisko wydaje się zajmować Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 3 kwietnia 2012 r., I ACa 250/12, LEX nr 1211554 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., V CNP 32/13, LEX nr 1463429.

²⁴ Takie stanowisko wydaje się prezentować J. Misztal-Konecka. Zob. J. Misztal-Konecka, *Odpowiedzialność za zajmowanie lokalu mieszkalnego bez tytułu prawnego w świetle art. 18 ustawy o ochronie praw lokatorów*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 22, s. 1202.

²⁵ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., V CNP 32/13, LEX nr 1463429.

tego uprawnienia związane jest z prawomocnością wyroku zawierającego takie postanowienie, to jednak odpowiedzialność podmiotu nim obciążonego zawsze związana jest z zarzucaną bezczynnością (zaniechaniem). A zatem aby można postawić ów zarzut zaniechania, podmiot zobowiązany (gmina) musi mieć świadomość istnienia obowiązku nałożonego w wyroku eksmisyjnym, a więc świadomość oczekiwanego i nakazanego zachowania, z którym OchLokU wiąże odpowiedzialność odszkodowawczą w razie jego niewykonania. Zawiadomienie gminy o treści wyroku eksmisyjnego z prawem do lokalu socjalnego jest więc tym momentem, który uruchamia tę odpowiedzialność, gdyż informuje zobowiązaną, że ma dostarczyć osobie eksmitowanej lokal socjalny²⁶.

Po trzecie, przeciwko przyjęciu koncepcji utożsamiającej początek aktualizacji obowiązku gminy z datą uprawomocnienia się wyroku eksmisyjnego, podnieść należy, że mogły zaistnieć okoliczności dezaktualizujące obowiązek przedstawienia ofert poszczególnym osobom eksmitowanym, takie jak odstąpienie powoda od realizacji wyroku eksmisyjnego i zawarcie z eksmitowanym nowej umowy najmu, dobrowolne wyprowadzenie się czy też śmierć lokatora²⁷. Należy bowiem podkreślić, że zasadą jest dobrowolne wykonanie wyroku przez dłużnika, a zatem obowiązek gminy aktualizuje się dopiero z chwilą zawiadomienia gminy przez dłużnika, iż chce on zrealizować przysługujące mu uprawnienie do lokalu socjalnego lub przez wierzyciela o bezczynności dłużnika w wykonaniu wyroku²⁸. Nawet jeżeli gmina ma wiedzę – jako strona postępowania sądowego – o treści wyroku eksmisyjnego, dopiero informacja, że wyrok ten nie został wykonany lub też płynący z niego obowiązek nie wygasł na skutek innych zdarzeń, aktualizuje obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego, którego wypełnienie warunkuje przymusowe wykonanie wyroku.

Nie budzi jednak wątpliwości, że odpowiedzialność gminy ustaje z chwilą związania gminy z osobą, której przyznano prawo do lokalu socjalnego, ofertą zawarcia najmu takiego lokalu²⁹. Termin w jakim gmina związana będzie złożoną przez siebie ofertą pozostawiono do jej uznania. Dla określenia chwili z jaką oferta zostaje złożona uprawnionemu do lokalu socjalnego, tak jak w przypadku innych oświadczeń woli, miarodajna będzie norma art. 61 § 1 k.c., która chwilę tą wiąże z możliwością zapoznania się z treścią oświadczenia

²⁶ Tak Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 27 maja 2014 r., V ACa 606/13, LEX nr 1498900.

²⁷ Tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., I ACa 1071/13, LEX nr 1454466.

²⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2015 r., V CA 1/15, LEX nr 1770897.

²⁹ Tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r., I CSK 292/12, LEX nr 1274945.

woli przez jej adresata. Dla realizacji tego obowiązku bez znaczenia fakt czy uprawniony lokator przyjął czy też odrzucił tę ofertę.

Obowiązek naprawienia szkody przez gminę obejmuje nie tylko szkodę spowodowaną niemożnością dysponowania lokalem przez właściciela i pobieraniem pożytków (*lucrum cessans*), ale i straty, jakie poniósł właściciel w związku z tym, że uprawniony do lokalu socjalnego nie uiszcza opłat za zajmowany lokal mieszkalny (*damnum emergens*)³⁰. Za tę ostatnią szkodę gmina odpowiada niezależnie od możliwości jej wyegzekwowania przez właściciela od byłego lokatora oraz *in solidum* z obowiązującym do zapłaty byłym lokatorem. Obowiązek naprawienia szkody przez gminę w zakresie strat, jakie poniósł właściciel w związku z tym, że uprawniony do lokalu socjalnego nie uiszcza opłat za zajmowany lokal mieszkalny, obejmuje nie tylko czynsz najmu, jaki byłby on zobowiązany opłacać, gdyby stosunek najmu nie wygasł, ale także opłaty związane z korzystaniem z lokalu, do jakich uiszczania, w świetle art. 18 ust. 3 OchLokU, obowiązany jest uprawniony do lokalu socjalnego³¹.

Nie budzi jednak wątpliwości, że niemożność dysponowania lokalem przez właściciela i pobieraniem pożytków z tytułu jego najmu pozostaje w normalnym związku przyczynowym z niedostarczeniem przez gminę uprawnionemu lokalu socjalnego. Natomiast w odniesieniu do opłat, jakie zobowiązana jest uiszczać osoba, której przyznano uprawnienie do lokalu socjalnego, w orzecznictwie początkowo wyrażono pogląd, iż powstanie szkody w postaci poniesienia przez właściciela niezrekompensowanych kosztów utrzymywania lokalu zajmowanego przez nieuiszczające należności osoby eksmitowane – nie jest normalnym następstwem braku zaoferowania przez gminę lokalu socjalnego. Wskazano, że odmienne stanowisko o istnieniu takiego związku przyczynowo-skutkowego prowadziłyby do niedającego się zaaprobować wniosku, że naturalnym następstwem niewykonywania przez gminę obowiązku przyznania lokalu socjalnego, wynikającego z wyroku sądowego, jest szkoda właściciela lokalu wynikająca z zaniechania uiszczania przez eksmitowanych, obciążających ich z mocy ustawy, należności z tytułu zajmowania dotychczasowego lokalu. W razie akceptacji takiego wniosku za normalne następstwo zaniechania gminy w łańcuchu przyczynowo-skutkowym należałoby konsekwentnie uznać zachowanie eksmitowanych niezgodne z obowiązującym pra-

³⁰ Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 czerwca 2008 r., III CZP 46/08, LEX nr 437195; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2010 r., II CSK 323/09, LEX nr 602680. Tak też J. Misztal-Konecka, *op. cit.*, s. 1202.

³¹ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 maja 2012 r., III CZP 12/12, OSNC z 2012 r., nr 12, poz. 138.

wem, którego to wniosku nie sposób przecież zaaprobować³². W późniejszym jednak orzecznictwie zaprezentowano pogląd, że w normalnym związku przyczynowym (z zaniechaniem przez gminę wypełnienia obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego) osobie do tego uprawnionej pozostaje strata właściciela lokalu mieszkalnego spowodowana nieuiszczeniem przez byłego lokatora opłat za używanie zajmowanego lokalu i że za i tę szkodę gmina ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 417 § 1 k.c.³³

Następną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest określenie chwili z jaką rozpoczyna bieg termin przedawnienia roszczenia odszkodowawczego przeciwko gminie. Termin ten – jako roszczenia odszkodowawczego – wynika z art. 442¹ k.c. i wynosi 3 lata od dnia, w którym właściciel dowiedział się o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia z tym, że termin ten nie może być dłuższy niż 10 lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Niewątpliwie właściciel od samego początku ma świadomość na terenie jakiej gminy znajduje się lokal podlegający opróżnieniu, a co za tym idzie – jaka gmina nie dopełniła obowiązku dostarczenia lokalu socjalnego i ponosi z tego tytułu odpowiedzialność odszkodowawczą. Odpowiedzieć należy zatem jedynie na pytanie – kiedy właściciel dowiaduje się o powstaniu szkody. Jest to dzień, w którym winien on otrzymać opłatę z tytułu zajmowania jego lokalu, gdyby go oddał w najem, a w zakresie odszkodowania należnego mu od osoby, która zajmuje lokal bez tytułu prawnego; dzień w jakim osoba zajmująca ten lokal nie uiściła należnego właścicielowi odszkodowania. Za ugruntowany już w orzecznictwie pogląd należy uznać, że odszkodowanie w wysokości czynszu oraz innych opłat, do którego uiszczania obowiązane są osoby, co do których orzeczono eksmisję z równoczesnym jej wstrzymaniem do czasu zaoferowania przez gminę lokalu socjalnego, na podstawie art. 18 ust. 1 i 3 OchLokU, ma charakter okresowy³⁴. Z regulacji art. 18 ust. 1 i 3 OchLokU wynika, iż odszkodowanie to winno być uiszczane przez osoby, co do których orzeczono eksmisję, w okresach miesięcznych. Przyjąć przy tym należy, że odszkodowanie o którym mowa, płatne jest – w odróżnieniu od czynszu najmu – z dołu. W konsekwencji, roszczenie odszkodowawcze przeciwko gminie ulegać będzie przedawnieniu z 3 letnim okresem liczonym odrębnie od dnia powstania każdej ze szkód poniesionych przez właściciela na

³² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CNP 98/08, LEX nr 738119.

³³ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2010 r., II CSK 323/09, LEX nr 602680.

³⁴ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 maja 2012 r., IV CSK 490/11, LEX nr 1243072; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r., IV CSK 303/12, Rzeczpospolita PCD z 2012 r., nr 265, s. 2; Sąd Apelacyjny w Białymstoku z dnia 22 marca 2013 r., I ACA 61/13, LEX nr 1294694; Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2014 r., IV CNP 33/13, LEX nr 143849; Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r., I ACA 1494/14, LEX nr 1665096.

skutek nieuiszczenia odszkodowania przez osobę zajmującą lokal mieszkalny bez tytułu prawnego za dany miesiąc.

Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania prowadzą po pierwsze do wniosku, że dolegliwy dla gminy obowiązek dostarczenia lokalu socjalnego, o którym zdecydować może sąd orzekając eksmisję z lokalu mieszkalnego, kontestowany może być przez gminę już na etapie postępowania o eksmisję, na skutek jej wstąpienia do procesu w charakterze interwenienta ubocznego nie tylko po stronie powoda, ale także po stronie pozwanego. Przystępując zaś do udziału w sprawie po stronie powoda gmina może podejmować wszelkie działania sprzeczne z działaniami i oświadczeniami powoda, w tym także kwestionować samo żądanie eksmisji.

Administracyjnoprawny charakter obowiązku dostarczenia lokalu skutkuje tym, że nie znajdują do niego zastosowania przepisy kodeksu cywilnego. Obowiązek ten aktualizuje się zatem po stronie gminy – niezależnie od tego czy wstąpiła ona do postępowania eksmisyjnego w charakterze interwenienta ubocznego – wraz z chwilą zawiadomienia jej o treści zapadłego wyroku i braku jego dobrowolnego wykonania przez dłużnika, przy uwzględnieniu czasu na znalezienie i przygotowanie dla osób uprawnionych odpowiedniego lokalu socjalnego. Kończy się zaś z chwilą przyjęcia lub ustania związania, złożoną przez gminę uprawnionemu ofertą zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego. Świadczenie odszkodowawcze gminy przedawnia się z terminem określonym w art. 442¹ k.c., liczonym odrębnie od dnia powstania każdej ze szkód poniesionych przez właściciela na skutek nieuiszczenia odszkodowania przez osobę zajmującą lokal mieszkalny bez tytułu prawnego za dany miesiąc.

Abstract

The obligation of the municipalities to provide social housing

The article discusses the obligation of municipalities to provide social housing, which was provided for in the provisions of the Law of 21 June 2001 on the protection of the rights of tenants, municipal residential resources and on amending the Civil Code. In his article, the author not only analyses the rules and the cases when the municipalities shall assume the duty, but also the legal character of this obligation, which he claims to be both administrative and legal. The author also reflects on the position of the municipalities in the proceedings for eviction, recognizing that the municipalities may join the proceedings as a secondary intervener not only the plaintiff's, but also on the

defendant's side. In both cases the municipalities is entitled to question the eviction claims. Finally, the author considers the extent of the compensation claim that the debtor is entitled to when the municipalities did not provide social housing, regarding that the compensation covers the period from notifying the municipalities of failing to execute eviction sentence voluntarily by the debtor, taking into account the time necessary to find and prepare the social housing for the entitled, until the municipalities make an offer to conclude a lease agreement for social housing to the tenant obliged to vacate the premises.

Key words: municipality, social housing, protection of the rights of tenants

Streszczenie **Obowiązek gminy dostarczenia lokalu socjalnego**

Artykuł stanowi analizę obowiązku gminy dostarczenia lokalu socjalnego, który przewidziany został w przepisach ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. W artykule autor nie tylko analizuje zasady i przypadki, w jakich obowiązek ten spoczywa na gminie, ale także charakter prawny tego obowiązku, który uznaje za administracyjnoprawny. Autor przeprowadza również rozważania odnośnie pozycji procesowej gminy w sprawie o opróżnienie lokalu uznając, iż gmina może wstąpić do procesu w charakterze interwenienta ubocznego nie tylko po stronie powoda, ale i pozwanego, w każdym z tych przypadków będąc uprawniona do kwestionowania żądania eksmisji. Wreszcie autor rozważa zakres odszkodowania, do którego wypłaty zobowiązana jest gmina w przypadku niedostarczenia lokalu socjalnego uznając, iż odszkodowanie to obejmuje okres od powiadomienia gminy o braku dobrowolnego wykonania przez dłużnika wyroku eksmisyjnego, przy uwzględnieniu czasu koniecznego na znalezienie i przygotowanie dla uprawnionego odpowiedniego lokalu socjalnego, do czasu złożenia przez gminę lokatorowi zobowiązanemu do opróżnienia lokalu oferty zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego.

Słowa kluczowe: gmina, lokal socjalny, ochrona praw lokatorów

Paweł Mazur

mgr, Uniwersytet Warszawski

Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej w angielskim prawie spółek – przebicie zasłony korporacyjnej oraz aktualne tendencje

Wprowadzenie

Ochrona aktywów spółki przed roszczeniami prywatnych dłużników wspólników (*entity shielding*) to istota koncepcji spółki, jako odrębnego bytu prawnego. W sensie funkcjonalnym stanowi ona lustrzane odbicie zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki (*owner shielding*)¹. Na gruncie prawa angielskiego, w niektórych sytuacjach tworzona przez te konstrukcje zasłona korporacyjna zostaje przebita, w wyniku czego wspólnicy oraz spółka traktowani są *de facto* jako jeden podmiot.

Celem niniejszego opracowania jest omówienie zagadnienia pominięcia odrębności spółek kapitałowych na gruncie prawa angielskiego. Należy zaznaczyć, że to właśnie wspomniana jurysdykcja uchodzi za kolebkę koncepcji przebicia zasłony korporacyjnej (*piercing of the corporate veil*). Pod wpływem angielskiej doktryny i orzecznictwa kształtują się poglądy przedstawicieli nauki prawa w innych ośrodkach². Z tego powodu zasadne wydaje się podjęcie próby możliwie szerokiego scharakteryzowania aktualnych tendencji panujących w prawie angielskim. Analiza przypadków, w których sądy zdecydowały się na pominięcie odrębnej podmiotowości prawnej spółek, zostanie jednak poprzedzona ogólnymi uwagami na temat skutków rejestracji osoby prawnej w zakresie prawa zobowiązań.

¹ H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *Law and the Rise of the Firm*, "Harvard Law Review" 2005, No. 119, s. 1336.

² Por. M. Romanowski, *Wnioski dla prawa polskiego wynikające z uregulowań prawa grup kapitałowych w wybranych systemach prawnych państw UE, Japonii i USA*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 2, s. 5.

Koncepcja załony korporacyjnej

Na gruncie prawa angielskiego, spółka nabywa osobowość prawną z chwilą rejestracji. W obecnym stanie prawnym niezależna podmiotowość korporacji wynika z ustawy (art. 16 ust. 2 Companies Act)³, jednak fundamenty owej odrębności ukształtowane zostały w wyniku prawotwórczej działalności orzecznictwa.

W tym kontekście kluczowe znaczenie należy przypisać XIX wiecznemu wyrokowi w sprawie *Salomon przeciwko Salomon*⁴. W stanie faktycznym, będącym podstawą omawianego orzeczenia, dyrektor i zarazem udziałowiec spółki, działając jako jej organ, zawarł z samym sobą umowę, na mocy której objął nowe udziały podmiotu w zamian za wkład niepieniężny w postaci przedsiębiorstwa. Nadwyżka wartości aportu nad wartością obejmowanych udziałów została zamieniona w przydzielone udziałowcowi obligacje, z pierwszeństwem zaspokojenia względem pozostałych wierzycieli, w razie niewypłacalności spółki. W związku z sytuacją rynkową wniesione przedsiębiorstwo zaczęło przynosić straty, doprowadzając spółkę do stanu niewypłacalności.

W postępowaniu sądowym wierzyciele domagali się uznania, że przedsiębiorstwo faktycznie było prowadzone przez współnika, a wykorzystanie formy spółki miało jedynie charakter pozorny. Spółka miała być najwyżej agentem, działającym w imieniu i na rzecz współnika, faktycznie prowadzącego przedsiębiorstwo. Stanowisko to, potwierdzone przez sądy pierwszej i drugiej instancji, nie zostało zaakceptowane przez Izbę Lordów. Stwierdziła ona, iż motywy kierujące osobami zakładającymi spółkę pozbawione są znaczenia i nie wpływają na jej pozycję, jako samodzielnego podmiotu prawa. Z całą mocą podkreślono, że z chwilą inkorporacji spółka staje się niezależnym podmiotem prawa – osobą prawną odrębną od udziałowców, dysponującą własnymi prawami i odpowiedzialną za własne zobowiązania. Konsekwencją tego stanowiska jest uznanie ograniczonej odpowiedzialności współników spółki.

Orzeczenie w sprawie *Salomon przeciwko Salomon* stanowi fundament angielskiego prawa spółek. Leżący u jego podstawy stan faktyczny wyraźnie wskazuje na immanentnie związane z koncepcją odrębnej osobowości prawnej napięcia między zasadą ograniczonej odpowiedzialności a dążeniem do ochrony wierzycieli i minimalizacją ponoszonego przez nich ryzyka⁵. Należy však wskazać, że pozwany udziałowiec w istocie nadużył konstrukcji spółki w celu pokrzywdzenia wierzycieli. Z tego powodu omawiane orzeczenie

³ Ustawa o spółkach (2006 Companies Act) z dnia 8 listopada 2006 r., c 46.

⁴ Wyrok Izby Lordów z dnia 16 listopada 1896 r. w sprawie *Salomon & Co Ltd przeciwko Salomon*, [1897] A.C. 22.

⁵ B. Clark, [w:] *Boyle & Birds' Company Law*, red. J. Boyle, Bristol 2014, s. 57.

spotkało się z silną krytyką angielskiej opinii publicznej⁶. Mimo upływu stu dwudziestu lat od jego wydania, w dalszym ciągu stanowi ono punkt odniesienia w rozważaniach dotyczących ponoszenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki i *vice versa*.

W angielskim piśmiennictwie i orzecznictwie, a w ślad za nim w doktrynie polskiej⁷, podkreśla się, że z odrębnej podmiotowości spółki oraz wspólników wynika oddzielenie ich tak zwaną zasłoną korporacyjną (*corporate veil*). Owa zasłona, zapewniająca odrębność majątku spółki od tego, należącego do wspólników, stanowi rdzeń współczesnego obrotu gospodarczego⁸. Ograniczenie odpowiedzialności umożliwiłoby akumulację kapitału, a ochrona aktywów spółki przed roszczeniami prywatnych wierzycieli wspólników zmniejsza koszty kredytu dla podmiotu korporacyjnego oraz stanowi ochronę przed niewypłacalnością wspólnika (zmniejszając tym samym koszty transakcyjne związane z badaniem wypłacalności kontrahenta – wystarczy, że obejmie ono samą spółkę, a nie wszystkich jej udziałowców na wszelkich polach ich aktywności)⁹. Z zasłoną korporacyjną wiążą się jednak również ryzyka, w szczególności rodzi ona zjawisko, określane przez ekonomistów mianem pokusy nadużycia¹⁰. Dążenie do ograniczenia możliwości nadużywania zasady ograniczonej odpowiedzialności doprowadziło angielskie sądy do wykształcenia koncepcji przebicia zasłony korporacyjnej. Zagadnieniu temu zostaną poświęcone dalsze rozważania.

Zmieniające się tendencje w orzecznictwie

Na przestrzeni ostatniego stulecia orzecznictwo angielskie nie zdołało sformułować jasnych i jednolitych kryteriów, pozwalających ocenić w jakim przypadku zasłona korporacyjna powinna zostać przebita, co prowadziłoby do potraktowania wspólnika i spółki jako jednego podmiotu. W zależności od aktualnych tendencji o charakterze filozoficzno-aksjologicznym propono-

⁶ A. Dignam, *Company Law. Hicks & Goos. Cases and Materials on Company Law*, Oxford 2011, s. 100.

⁷ Por. m.in.: A. Opalski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 7 lutego 2007 r., I ACa 1033/06*, „Glosa” 2008, nr 4, s. 32–45; M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 7, s. 4–12.

⁸ Szerzej o gospodarczym znaczeniu ograniczenia odpowiedzialności i odrębnej podmiotowości prawnej spółek kapitałowych: M. Romanowski, *Cel spółki i charakter prawny umowy spółki*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, nr 3, s. 63

⁹ H. Hansmann, R. Kraakman, R. Squire, *op. cit.*, s. 1344.

¹⁰ Wyczerpująco o nadużyciu formy spółki, z uwzględnieniem prawa polskiego: M. Litwińska-Werner, [w:] *Prawo spółek osobowych. System Prawa Prywatnego*, t. 16, red. A. Szajkowski, Warszawa 2008, s. 642. Zob. również: K. Pyzio, *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015, s. 147.

wane były odrębne koncepcje – dążono do zapewniania możliwie szerokiej ochrony działającym w dobrej wierze wierzycielom lub też możliwie pełnego poszanowania odrębności osobowości spółki.

Zgodnie z klasyfikacją zaproponowaną przez Alana Dignama oraz Johan Lowry’ego wyróżnić można trzy fazy w rozwoju orzecznictwa sądów angielskich¹¹. W początkowym okresie stanowisko wyrażone we wspomnianym orzeczeniu *Salomon przeciwko Salomon* było niemal niekwestionowalne – odrębność spółki oraz wspólników uznawano za jeden z nienaruszalnych dogmatów prawa spółek. Jednak już wówczas pojawiały się zwiastuny nowego kierunku. Jego wyrazem jest wydane w czasie I wojny światowej orzeczenie w sprawie *Daimler Co Ltd przeciwko Continental Tyre*¹². W chwili wydawania wspomnianego orzeczenia na terenie Wielkiej Brytanii obowiązywały przepisy ograniczające możliwość działania podmiotów z państw walczących po stronie Trójprzymierza. Mimo że powodowa spółka była zarejestrowana w Anglii i podlegała prawu angielskiemu sąd uznał ją za podmiot wrogi ze względu na niemiecką narodowość większości wspólników. Wspomniane orzeczenie stanowi jeden z pierwszych przykładów „spojrzenia” przez sąd za zasłonę korporacyjną (*looking behind the veil*)¹³.

Lata sześćdziesiąte i siedemdziesiąte ubiegłego stulecia to okres wzmożonego interwencjonizmu państwowego w gospodarce brytyjskiej. Tendencje te odbiły się echem na gruncie prawa prywatnego. Sądy angielskie w centrum zainteresowań postawiły zasadę bezpieczeństwa obrotu oraz ochronę wierzyciela, uznawanego za słabszą stronę relacji kontraktowych z osobami posługującymi się formami prawnymi, takimi jak spółki kapitałowe. W tym okresie skala odstępstw od zasad ukształtowanych w wyniku orzeczenia *Salomon przeciwko Salomon* osiągnęła szczytowy poziom¹⁴. Wspomniana linia orzecznicza kontynuowana była w latach osiemdziesiątych dwudziestego wieku.

Zapowiedzią nowego kierunku stało się fundamentalne, i często cytowane, orzeczenie w sprawie *Adams przeciwko Cape Industries PLC*¹⁵. Głównym żądaniem powoda, było uznanie, że możliwe jest dochodzenie roszczeń od spółki holdingowej, z siedzibą w Anglii, w związku z popełnieniem czynu niedozwolonego przez niewypłacalną spółkę zależną, zarejestrowaną na terenie Stanów Zjednoczonych (zakończenie działalności przez spółkę zależną i do-

¹¹ A. Dignam, J. Lowry, *Company Law*, Oxford 2014, s. 34.

¹² Wyrok Izby Lordów z dnia 30 czerwca 1916 r. w sprawie *Daimler Co Ltd przeciwko Continental Tyre & Rubber Co (Great Britain) Ltd*, [1916] 2 A.C. 307.

¹³ A. Dignam, J. Lowry, *op. cit.*, s. 65.

¹⁴ L. Sealy, S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford 2013, s. 54.

¹⁵ Wyrok Court of Appeal z dnia 27 lipca 1989 r. w sprawie *Adams przeciwko Cape Industries Plc*, [1990] Ch. 433.

prowadzenie jej do bankructwa miało związek ze spodziewanym wynikiem toczących się procesów). Wbrew wcześniejszym tendencjom, sąd uznał, iż nie można czynić zarzutu z posłużenia się prawnie dozwoloną konstrukcją spółki kapitałowej. Przebicie zasłony korporacyjnej możliwe byłoby jedynie w przypadku, w którym spółka jest tylko fasadą, mechanizmem mającym na celu wprowadzenie w błąd i oszukanie wierzycieli i uchylenie się od już istniejących zobowiązań. Jak podkreślano w *dicta*, względy sprawiedliwości w omawianej sprawie wskazywały na potrzebę uznania wypłacalnej spółki holdingowej za odpowiedzialną za zaspokojenie osób pokrzywdzonych działaniem spółki zależnej. Względy sprawiedliwości nie są jednak wystarczającym argumentem dla zlekceważenia faktu odrębnej podmiotowości prawnej. Tendencja zawężającego traktowania możliwości przebicia zasłony korporacyjnej oraz poszanowania zasad, wynikających z orzeczenia *Salomon przeciwko Salomon*, zdaje się dominować do dnia dzisiejszego¹⁶. Szczegółowe przedstawienie sytuacji, w których możliwe jest pominięcie odrębnej osobowości spółki kapitałowej, będzie przedmiotem dalszego wywodu.

Przesłanki przebicia zasłony korporacyjnej

Jak już zostało wspomniane angielskie orzecznictwo przez lata nie było wstanie wypracować jednoznacznych przesłanek, przemawiających za uchyleniem zasłony korporacyjnej. Stan ten nie wpływał korzystnie na poziom bezpieczeństwa prawnego. Dominująca uprzednio tendencja do stosunkowo swobodnego pomijania odrębności prawnej spółki i współników wiązała się z wysokim stopniem niepewności prawnej. Dawna swoboda sądów w uchylaniu zasłony korporacyjnej należy już jednak do przeszłości – obecnie przebicie zasłony korporacyjnej możliwe jest jedynie wyjątkowo.

Przejawem nowych, bardziej restrykcyjnych tendencji w orzecznictwie, jest pogląd wyrażony w orzeczeniu *Faiza Ben Hashem przeciwko Shayif*¹⁷. Zgodnie z nim sam fakt, że współnik jest, w sensie ekonomicznym, właścicielem spółki i sprawuje nad nią kontrolę nie jest wystarczającą przesłanką do pominięcia odrębności obu podmiotów. Będzie to możliwe tylko w razie zaistnienia pewnej nieprawidłowości działania (*impropriety*). Spółka musi być użyta jako środek umożliwiający dokonanie tegoż nagannie ocenianego zachowania. Odgrywa w nim *de facto* jedynie rolę fasady, chroniącej działającego przed odpowiedzialnością prawną.

¹⁶ Por. wyrok Supreme Court z dnia 12 czerwca 2013 r. w sprawie *Prest przeciwko Prodel Resources Ltd*, [2013] 2 A.C. 415.

¹⁷ Wyrok Family Division z dnia 12 grudnia 2009 r. w sprawie *Ben Hashem przeciwko Ali Shayif*, [2009] EWHC 3462 (Fam).

Obecnie podkreśla się, że sensem przebicia zasłony korporacyjnej jest umożliwienie dochodzenia odpowiedzialności przez osobę, która została dotknięta skutkami takiego niepożądanego działania i która nie dysponuje innymi środkami do dochodzenia sprawiedliwości. Pominięcie prawnej niezależności spółki kapitałowej stanowi więc *ultima ratio* – nie należy po nie sięgać, jeżeli istnieją inne sposoby zaspokojenia interesów osoby dotkniętej nieprawidłowością działania współnika¹⁸.

Podkreślenia wymaga, że nie powinno się odrzucać *a limine* wcześniejszych wypowiedzi judykatury. Pozwalają one wyróżnić grupę przypadków, w których przebicie zasłony korporacyjnej będzie możliwe. Jednak ich analiza powinna zostać uzupełniona o weryfikację aktualności, w oparciu o wyżej wspomniane kryteria. Omówienie sytuacji, w których możliwe jest odstępstwo od zasady odrębności prawnej spółek kapitałowych, będzie przedmiotem dalszej części opracowania.

Obejście prawa

Posłużenie się konstrukcją spółki kapitałowej może pozwolić na uniknięcie ograniczeń nakładanych przez prawo stanowione. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których prawo zakazuje dokonania określonych działań pewnym podmiotom. Rozpostarcie zasłony korporacyjnej umożliwia ich legalne podjęcie pod pozorem działania jako spółka kapitałowa. W sądownictwie ukształtowała się jednak postawa pozwalająca, w pewnych przypadkach, na pominięcie struktury spółki, w celu identyfikacji osób za nią stojących.

Wspomniana tendencja legła u podstaw orzeczenia w przytaczanej już sprawie *Daimler*, w której uznano, że spółka kapitałowa zarejestrowana w Anglii, której udziałowcami są obywatele państwa, z jakim toczy się wojna, jest w istocie podmiotem wrogim.

Podobnie oceniono utworzenie spółki zależnej przez podmiot obcy tylko w celu skorzystania z dotacji dla podmiotów krajowych. Przy uwzględnieniu ogółu okoliczności wyrażono pogląd, że spółka krajowa jest jedynie fasadą, mającą umożliwić skorzystanie ze wspomnianego przywileju przez zagranicznego udziałowca. W związku z powyższym uznano, że prawdziwym wnioskodawcą jest zagraniczna (a więc nieuprawniona do dotacji) spółka dominująca, a nie fikcyjna spółka zależna, inkorporowana w Anglii¹⁹.

¹⁸ Por. wyrok Supreme Court z dnia 12 czerwca 2013 r. w sprawie *Prest przeciwko Ptrodel Resources Ltd*, [2013] 2 A.C. 415.

¹⁹ Wyrok Chancery Division z dnia 18 lutego 1953 r. w sprawie *Re FG (Films) Ltd*, [1953] 1 W.L.R. 483.

Równie interesującym przykładem jest próba obejścia, przez kilku udziałowców, ustawowych wymagań warunkujących dokonanie przymusowego wykupu udziałów należących do udziałowców mniejszościowych w formule *squeeze out* (w prawie angielskim może to uczynić tylko jeden udziałowiec, posiadający co najmniej 90% udziałów)²⁰. W omawianej sprawie udziałowcy większościowi przenieśli swe prawa udziałowe na nowopowstały podmiot. Tym samym przesłanki przymusowego wykupu zostały spełnione (nowy podmiot posiadał więcej niż 90% udziałów). Rozpatrując powództwo wniesione przez udziałowców mniejszościowych, sąd uznał, że nowopowstała spółka ma charakter jedynie fasadowy. Jej działanie należy przypisać jej założycielom. Tym samym, w ocenie sądu, ustawowe warunki przymusowego wykupu akcji nie zostały spełnione (żaden z nich samodzielnie nie posiadał wymaganej liczby udziałów)²¹.

Uchylenie się od obowiązków zobowiązaniowych

Do drugiej grupy przypadków, w których sądy decydowały się na przebicie zasłony korporacyjnej, należy świadome wykorzystywanie przez wspólnika struktury korporacyjnej w celu uwolnienia się od obowiązków, czerpiących swe źródło w prawie zobowiązań lub zmierzających do utrudnienia egzekucji. W takim przypadku zignorowanie odrębnej podmiotowości spółki kapitałowej może spowodować odstępstwo od zasady ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki oraz obciążenie wspólnika długami spółki (ewentualnie spółki długami wspólnika).

Tak daleko posunięty interwencjonizm orzecznictwa narusza dwa fundamenty prawa spółek: wspomniane na wstępie zasady *entity shielding* oraz *owner shielding*. Z pewnością nie wpływa to korzystnie na poziom bezpieczeństwa prawnego. Brak jasnego rozgraniczenia majątku i zakresu odpowiedzialności spółki oraz udziałowca może mieć negatywne konsekwencje dla wszystkich wierzycieli osobistych. Utrudnia również ocenę ryzyka współpracy gospodarczej z danym podmiotem. Z tego powodu należy pozytywnie ocenić ostrożność, z jaką orzecznictwo w ostatnich dekadach podchodzi do omawianego zagadnienia.

Zasłona korporacyjna powinna być uchylana tylko w przypadkach rażących, wskazujących jednoznacznie, że posłużenie się konstrukcją spółki było celowym działaniem na szkodę kontrahenta. Dobrego przykładu dostarcza stan faktyczny w zachowującym aktualność orzeczeniu *Gilford Motor Co prze-*

²⁰ Por. art. 979 Companies Act 2006, 2006 r. c 46.

²¹ Por. wyrok Court of Appeal z dnia 11 listopada 1960 r. w sprawie *Re Bugle Press*, [1961] Ch. 270.

*ciwko Horne*²². Pozwany, ustępując ze stanowiska w zarządzie spółki wytaczającej powództwo, zobowiązał się nie zatrudniać jej pracowników i nie pozyskiwać jej klientów. Po zakończeniu współpracy ze spółką rozpoczął jednak prowadzenie działalności konkurencyjnej. Po pewnym czasie zdecydował się utworzyć spółkę kapitałową i w ramach wkładu wnieść prowadzone przedsiębiorstwo. Uznając, że nowoutworzona spółka nie jest związana z jego byłym pracodawcą żadną klauzulą antykonkurencyjną, rozpoczął pozyskiwanie klientów i pracowników Gliford Motor. Sąd rozpatrujący sprawę uznał, że skorzystanie z konstrukcji spółki kapitałowej miało na celu jedynie uwolnienie się od ciężących na nim zobowiązań umownych. W związku z powyższym uznano prawo powoda do dochodzenia odszkodowania zarówno od pozwanego, jako osoby fizycznej, jak i samej spółki.

Konieczność przyjęcia restrykcyjnego podejścia do przypadków, w których możliwe jest uchylenie zasłony korporacyjnej, znalazło potwierdzenie w *dicta* orzeczenia *Trustor AB przeciwko Smallbone*²³. W uzasadnieniu podkreślono, że podstawą prawa angielskiego jest zasada ukształtowana w wyroku w sprawie *Salomon przeciwko Salomon*, a odstępowanie od zasady odrębnej podmiotowości spółki możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy jest ona jedynie fasadą, mającą spowodować uniknięcie lub ograniczenie odpowiedzialności przez osobę się za nią skrywającą. W omawianej sprawie zarządzający trustem wyprowadzał jego majątek do spółki kapitałowej, której był udziałowcem. Sąd zdecydował się potraktować odbiór nienależnych sum przez spółkę na równi z ich odbiorem przez wspólnika, umożliwiając tym samym egzekucję przeciw temu ostatniemu.

W obu wyżej omówionych stanach faktycznych, spółki, których odrębność podmiotową zdecydowano się pominąć, utworzone zostały w celu pokrzywdzenia kontrahenta. Dopuszczalność takiego zabiegu utarła się w orzecznictwie i nie budzi obecnie większych wątpliwości²⁴. Bardziej kontrowersyjne jest uchylenie zasłony korporacyjnej w przypadku, gdy spółka wykorzystana do uchylenia się od obowiązków umownych istniała już wcześniej i została założona w prawnie dopuszczalnym celu. Zgodnie z poglądem restrykcyjnym, ukształtowanym na gruncie orzeczenia *Adams*²⁵, nie można nikomu czynić

²² Wyrok Court of Appeal z dnia 28 kwietnia 1933 r. *Gilford Motor Co Ltd przeciwko Horne*, [1933] Ch. 935.

²³ Wyrok Chancery Division z dnia 16 marca 2001 r. w sprawie *Trustor AB przeciwko Smallbone*, [2001] 1 W.L.R. 1177.

²⁴ Por. wyrok Chancery Division z 26 lipca 1961 r. w sprawie *Jones przeciwko Lipman*, [1962] 1 W.L.R. 832.

²⁵ Wyrok Court of Appeal z dnia 27 lipca 1989 r. w sprawie *Adams przeciwko Cape Industries Plc*, [1990] Ch. 433.

zarzutu z oparcia się, w prowadzonej działalności, na legalnej instytucji osoby prawnej i dokonywania z jej pomocą alokacji ryzyka. Nie brak również argumentów przemawiających za wykładnią rozszerzającą, wszak utworzona, w celu zgodnym z prawem, spółka może w czasie działalności nabrać charakteru fasadowego. Zagadnienie to jest szczególnie istotne w przypadku wzajemnych relacjach między spółkami wewnątrz grupy kapitałowej, co będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Zasłona korporacyjna a struktura grupy kapitałowej

Nadużywanie osobnej podmiotowości spółek kapitałowych²⁶ oraz instytucji ograniczonej odpowiedzialności szczególnego znaczenia nabiera w przypadku grup kapitałowych. Konstrukcje holdingowe wykorzystywane są w celu odpowiedniego zorganizowania działalności operacyjnej przedsiębiorstwa, alokacji ryzyka czy też optymalizacji podatkowej. W niektórych sytuacjach traktowanie spółek należących do grupy jako odrębnych podmiotów jest niekorzystne dla kontrahentów (na przykład w razie oddzielenia podmiotów ponoszących ryzyko od tych, do których transferowany jest zysk, a tym samym zmniejszenie szans kontrahenta na skuteczną egzekucję). Zjawisko to rodzi pokusę domagania się zniesienia zasłony korporacyjnej i potraktowania spółek jako jedności gospodarczej, np. w celu pociągnięcia spółki macierzystej do odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej.

Zwolennicy wspomnianej koncepcji podkreślają, że zasady ukształtowane w wyniku orzeczenia *Salomon przeciwko Salomon* nie przystają do realiów współczesnego obrotu gospodarczego, charakteryzujących się znaczną rolą grup kapitałowych (inaczej niż w okresie, w którym wydawano powyższe orzeczenie)²⁷. Co więcej, utworzenie spółki zależnej pozwala udziałowcom spółki dominującej na dokonanie *de facto* podwójnego ograniczenia odpowiedzialności.

Wskazuje się również, że w przypadku grup kapitałowych w zasadzie nie występuje rozróżnienie między spółką a jej udziałowcem (spółką dominującą). W sensie ekonomicznym i biznesowym grupa traktowana jest jako jedność. To udziałowiec w pełni kontroluje podmiot od niego zależny i powinien ponosić związane z tym ryzyko operacyjne. Jego sytuacja jest zdecydowanie odmienna od zwykłego akcjonariusza czy udziałowca, będącego tylko inwestorem, pozbawionym wpływu na bieżącą działalność operacyjną. W związku

²⁶ J. Payne, *Lifting the corporate veil: a reassessment of the fraud exception*, "Cambridge Law Journal" 1997, No. 7, s. 286.

²⁷ B. Clark, *op. cit.*, s. 68.

z powyższym obie grupy podmiotów powinny być traktowane odmiennie²⁸. Wnioskowanie takie prowadzi do konkluzji, że grupy kapitałowe powinno się traktować jako jedność nie tylko w sensie ekonomicznym, ale i prawnym.

W niektórych sytuacjach potraktowanie grupy kapitałowej jako jednego podmiotu może leżeć w interesie jej samej. Przykładu dostarcza stan faktyczny, który stał się podstawą do wydania orzeczenia w sprawie DHN przeciwko *Hamlets London Borough Council*²⁹. Nieruchomość, będąca własnością powodowej spółki, została wywłaszczona. Wysokość odszkodowania należnego właścicielowi zależała od tego, czy prowadził na nim działalność gospodarczą. Jednak rolą powodowej spółki w strukturze holdingu było jedynie utrzymywanie tytułu własności nieruchomości oraz administrowanie nimi – sklep wielkopowierzchniowy, ulokowany na spornym gruncie, prowadzony był przez inną spółkę z grupy kapitałowej. Rozpatrując sprawę Lord Denning, jeden z najwybitniejszych angielskich sędziów dwudziestego wieku, argumentował, że konieczne jest potraktowanie grupy jako jednego podmiotu. Działalność wszystkich należących do koncernu spółek stanowiła, w senesie ekonomicznym, jedność, a wzajemne zależności między nimi były tak silne, że traktowanie ich jako niezależnych podmiotów byłoby niezasadne. W efekcie powodowej spółce przyznane zostało odszkodowanie w wysokości przysługującej podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą.

Przedstawione wyżej stanowisko kontrastuje z poglądem reprezentowanym w nowszym orzecznictwie sądów angielskich. Kluczowe znaczenie należy przypisać, wielokrotnie już przywoływanemu, orzeczeniu w sprawie *Adams*, w którym podkreślono, że brak jest ogólnej zasady, zgodnie z którą grupę kapitałową należałoby traktować jako jedność. Z podstawowych zasad rządzących prawem spółek wynika, że każdy podmiot wchodzący w skład grupy jest niezależną osobą prawną, wyposażoną we własne prawa i zaciągającą we własnym imieniu zobowiązania. Uznano, że nie można czynić podmiotom prawa zarzutu z wykorzystywania legalnie istniejących form prowadzenia działalności gospodarczej, nawet w zamiarze dokonania alokacji ryzyka w ramach grupy kapitałowej.

Innej oceny wymagałaby sytuacja, w której celem powstania spółki zależnej byłoby uchylene się od już istniejących zobowiązań. Relevantny dla dokonania oceny wydaje się moment powstania spółki–córki. W przypadku orzeczenia *Adams* grupa kapitałowa została utworzona przed powstaniem

²⁸ P.T. Muchlinski, *Holding Multinationals to account: Recent Developments in English litigation and the Company Law Review II*, "Amicus Curiae. Journal of the Society for Advanced Legal Studies" 2002, No. 40, s. 25.

²⁹ Wyrok Court of Appeal z dnia 4 marca 1976 r. w sprawie DHN Food Distributors przeciwko Tower Hamlets LBC, [1976] 1 W.L.R. 852.

odpowiedzialności deliktowej³⁰. Nie sposób zatem argumentować, że miała ona charakter jedynie fasadowy i została utworzona dla uchylenia się od obowiązku odszkodowawczego³¹. Odmiennie należałoby traktować sytuację, w której spółka tworzona jest wyłącznie w celu uchylenia się od istniejącego obowiązku (na przykład wynikającego z umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, jak w przypadku orzeczenia *Jones przeciwko Lipman*, w którym zdecydowano się na uchylenie zasłony korporacyjnej)³².

Jak wynika z przedstawionej powyżej przekrojowej analizy stanowisk doktryny i orzecznictwa zagadnienie dopuszczalności przebicia zasłony korporacyjnej w odniesieniu do grup kapitałowych budzi spore kontrowersje. Mimo krytycznego stanowiska części doktryny³³ wydaje się, że należy opowiedzieć się za wykładnią zawężającą traktującą możliwość pominięcia odrębnej osobowości spółek kapitałowych. W efekcie, potraktowanie spółki holdingowej oraz jej spółek zależnych jako jednego podmiotu będzie możliwe tylko wówczas, jeżeli utworzenie tych ostatnich było celowym działaniem zmierzającym do uchylenia się od istniejących zobowiązań, niepodyktowanym względami o charakterze obiektywnym. Działanie takie nadaje spółkom zależnym cech fasadowych, przez co ich podmiotowość prawna nie zasługuje na obronę.

Nowe tendencje w prawie deliktowym

Jak próbowano powyżej wykazać, nowsze orzecznictwo angielskie z dużą ostrożnością odnosi się do zagadnienia pomijania osobowości prawnej spółek kapitałowych. Podejście to, jakkolwiek zasługujące na obronę ze względu na podniesienie poziomu bezpieczeństwa prawnego, może prowadzić do rezultatów niepożądanych z punktu widzenia społecznego poczucia sprawiedliwości. Sytuacja taka zachodzi w szczególności, jeżeli roszczenia odszkodowawcze osób, które doznały szkód, nie mogą zostać zaspokojone z powodu niewypłacalności spółki zależnej (mimo, że spółka dominująca dysponuje aktywami pozwalającymi na przeprowadzenie skutecznej egzekucji).

Podkreślenia wymaga, że osoby, które poniosły szkodę w wyniku popełnienia czynu niedozwolonego, są w większym stopniu obarczone negatywnymi konsekwencjami zasady ograniczonej odpowiedzialności współników za

³⁰ Co istotne w prawie angielskim, inaczej niż w jurysdykcjach, w których obowiązuje system prawa cywilnego, uznaje się, że wymagalne zobowiązanie powstaje w chwili zasądzenia odpowiedniej kwoty tytułem odszkodowania, nie zaś samego popełnienia czynu niedozwolonego.

³¹ J. Payne, *op. cit.*, s. 289.

³² Wyrok Chancery Division z dnia 26 lipca 1961 r. w sprawie *Jones przeciwko Lipman*, [1962] 1 W.L.R. 832.

³³ J. Payne, *op. cit.*, s. 290.

zobowiązania spółki, niż osoby posiadające wierzytelności z umów. Ci ostatni mogą jednak uwzględnić prawdopodobieństwo niewypłacalności kontrahenta oraz ograniczonej odpowiedzialności jego udziałowców, podejmując decyzję o zawarciu umowy. Wierzyciele deliktowi, są tej możliwości pozbawieni (różnicę między oboma grupami dobrze oddaje stosowany w doktrynie krajów *common law* podział na wierzycieli dobrowolnych i przymusowych)³⁴.

We współczesnych realiach gospodarczych, charakteryzujących się szerokim zakresem działania podmiotów ponadnarodowych, kluczowego znaczenia nabiera rozważenie możliwości pociągnięcia spółki dominującej do odpowiedzialności za czyny niedozwolone przez spółkę zależną w innym kraju³⁵. Jak już wspomniano zapadłe, na gruncie takiego właśnie stanu faktycznego, orzeczenie w sprawie *Adams* bardzo wysoko postawiło poprzeczkę dla potraktowania obu podmiotów jako jedności (wykazanie fasadowości spółki zależnej w większości przypadków jest niemożliwe). Wypracowaną w ostatnich latach przez angielskie orzecznictwo alternatywą, mającą zapewnić minimalny choćby zakres ochrony podmiotom poszkodowanym, jest objęcie spółki dominującej zakresem odpowiedzialności deliktowej za działania spółki zależnej.

Dla objęcia spółki dominującej odpowiedzialnością za działanie spółki zależnej (przy uwzględnieniu, że są to dwa odrębne w senesie prawnym podmioty) konieczne jest wykazanie, że istnieją między nimi tak silne związki, które pozwalają na stwierdzenie, iż podmiot zależny to w zasadzie *alter ego* podmiotu dominującego³⁶. Spółka holdingowa jest w sensie ekonomicznym właścicielem spółki zależnej, posiada decydujący wpływ na jej strategię biznesową, wyznacza kierunki jej działalności oraz jest beneficjentem generowanego przez nią zysku. W tych okolicznościach powinna również ponosić ryzyko jej działalności, wynikające z popełnienia czynu niedozwolonego.

Przedstawione wyżej stanowisko to *de facto* próba wprowadzenia zasady odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania deliktowe spółki w zawołowany sposób. Spotkało się ono jednak z szeroką akceptacją orzecznictwa (mimo jednoczesnej tendencji do zawężającego traktowania dopuszczalności zasłony korporacyjnej). Tytułem przykładu można wskazać objęcie spółki dominującej odpowiedzialnością deliktową za warunki pracy w prowadzonej przez spółkę zależną kopalni azbestu (wyrok w sprawie *Connelly przeciwko RTZ Corporation Plc*)³⁷ czy też za przestrzeganie przez spółkę zależną przepi-

³⁴ Ang.: *voluntary* oraz *involuntary creditors*, por. S. Ben-Ishalt, S. Lubbert, *Involuntary Creditors and Corporate Bankruptcy*, "U.B.C. Law Review" 2012, No. 45, s. 254.

³⁵ P.T. Muchlinski, *op. cit.*, s. 3.

³⁶ *Ibidem*, s. 4.

³⁷ Wyrok Queen's Bench Division z dnia 5 grudnia 1998 r. w sprawie *Connelly przeciwko RTZ Corp Plc* (No. 3), [1999] C.L.C. 533.

sów bezpieczeństwa i higieny pracy (wyrok w sprawie *Chandler przeciwko Cape Plc*)³⁸.

Objęcie spółki dominującej odpowiedzialnością deliktową za działania spółki zależnej prowadzi niemal do tych samych skutków co przebicie zasłony korporacyjnej. Jest jednak zabiegiem o innym charakterze. W dalszym ciągu zachowana bowiem zostaje niezależność i prawna odrębność obu podmiotów. Nie jest więc konieczne badanie czy zaszły okoliczności uzasadniające pominięcie prawnej podmiotowości spółki zależnej. Konieczne jest dokonanie badania *ad casum* czy stopień zależności między oboma podmiotami jest na tyle silny (ze względu na kierowniczą rolę spółki dominującej, korzystania z wypracowanych przez nią modeli biznesowych, wiedzy specjalistycznej, powiązań personalnych, *know-how* etc.), że uzasadnia on objęcie podmiotu dominującego odpowiedzialnością (własną) za niezgodne z prawem działania podmiotu zależnego.

Co istotne, powyższe rozważania dotyczą czynów niedozwolonych prowadzących do powstania szkody na osobie. Prawo angielskie wyróżnia dodatkowo delikty w obrocie gospodarczym (*commercial torts*), prowadzące zazwyczaj do powstania szkód na mieniu (przykładem może być odpowiedzialność za niezgodne z prawdą oświadczenia sprzedającego na etapie negocjowania umowy, które nie stały się jednak częścią samej umowy). W przypadku czynów niedozwolonych tego rodzaju sądy angielskie nie zdecydowały się na objęcie podmiotu dominującego odpowiedzialnością za działania spółki zależnej³⁹.

Podsumowanie

Zasada ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania podmiotów korporacyjnych służy minimalizacji ryzyka oraz umożliwia akumulację kapitału i podejmowanie znacznych przedsięwzięć inwestycyjnych. Wydaje się, że bez niej poziom innowacyjności światowej gospodarki uległby znacznemu ograniczeniu, co skłoniło niektórych autorów do uznania ograniczonej odpowiedzialności za jedno z największych odkryć współczesnego świata⁴⁰.

W angielskiej doktrynie i orzecznictwie już od dziesięcioleci zwraca się jednak uwagę na możliwość nadużywania zasady odrębności prawnej spółki i wspólników. Posłużenie się konstrukcją spółki może mieć na celu uchylenie się od istniejących obowiązków czy też ograniczeń o charakterze ustawowym

³⁸ Wyrok Court of Appeal z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie *Chandler przeciwko Cape Plc*, [2012] EWCA Civ 525.

³⁹ A. Dignam, J. Lowry, *op. cit.*, s. 47.

⁴⁰ Por. A. Hicks, *Corporate form: questioning the unsung hero*, "Journal of Business Law" 2007, No. 7, s. 307.

lub kontraktowym. W takich sytuacjach za zasadne uznawano potraktowanie spółki, i stojących za nią podmiotów, jako jedności.

Tak daleko idąca swoboda judykatury, w pomijaniu odrębności podmiotów prawa, nie wpływa jednak korzystnie na poziom bezpieczeństwa prawnego. Doprowadziło to do ograniczenia możliwości przebicia zasłony korporacyjnej tylko do przypadków rażącej naganności działania wspólnika, który tworzy spółkę wyłącznie w celu uchylecia się od odpowiedzialności i pokrzywdzenia innych uczestników obrotu. Osobowość prawna podmiotów, które nie mają charakteru li tylko fasadowego, zasługuje jednak na obronę. Pominięcie odrębnej podmiotowości spółek kapitałowych to *ultima ratio*. Jest możliwe tylko, jeżeli interesy osoby pokrzywdzonej nie mogą zostać zaspokojone w inny sposób.

W nowych warunkach przebijanie zasłony korporacyjnej będzie z pewnością stosowane jedynie wyjątkowo (poprzeczka postawiona została tak wysoko, że zasadne jest pytanie, czy będzie ono w praktyce w ogóle możliwe). Jednocześnie, nowe tendencje w prawie deliktowym, mające na celu objęcie podmiotów dominujących odpowiedzialnością odszkodowawczą za działania podmiotów zależnych, ma pozwolić na zapewnienie minimalnego choćby zakresu ochrony tych uczestników obrotu, których obarczenie konsekwencjami zasady ograniczonej odpowiedzialności byłoby niezasadne.

Abstract

The responsibility of shareholders for the liabilities in an association of capital in English corporate law – realities and current tendencies

The English doctrine of the veil lifting finds its supporters and followers in other jurisdictions, that do not recognize this legal instrument. Unlike in the past decades, in recent years English courts have been reluctant to disregard the principal of separate legal personality of a company and so to hold the shareholders liable for its debts. The jurisprudence has left only very limited scope of circumstances in which the veil of incorporation can be lifted. It is only possible if the shareholder uses the company as a mere façade concealing the true facts in order to evade existing legal and contractual obligations and encumbrances. On the other hand, however, new approach to the liability of shareholders for the torts committed by companies can create an alternative for the veil lifting, which is of fundamental importance in case of the holding structures.

Key words: company law, corporate veil, single economic unit

Streszczenie
Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej
w angielskim prawie spółek – przebicie zasłony korporacyjnej oraz
aktualne tendencje

Wykształcona w prawie angielskim zasada pomijania odrębnej podmiotowości spółek kapitałowych, określana mianem przebicia zasłony korporacyjnej, znajduje swoich zwolenników i naśladowców w innych systemach prawnych. Daleko posunięta swoboda judykatury angielskiej w obciążaniu wspólników zobowiązaniami spółki należy już jednak do przeszłości. W ostatnich latach orzecznictwo wypracowało surowe kryteria, których spełnienie jest konieczne w celu przebicia zasłony korporacyjnej. Sprawiają one, że będzie to możliwe jedynie w razie rażąco nagannego działania wspólnika, który wykorzystuje spółkę jako fasadowy instrument, mający ochronić go przed odpowiedzialnością i pozwalający na uchylenie się od istniejących zobowiązań i ograniczeń wynikających z prawa stanowionego lub stosunków umownych. Powstałą lukę wypełnia prawo deliktowe, pozwalając w niektórych sytuacjach na obciążenie spółki holdingowej odpowiedzialnością za czyny niedozwolone popełnione przez spółkę zależną.

Słowa kluczowe: prawo spółek, zasłona korporacyjna, grupy kapitałowe

Katarzyna Dziewulska
doktorantka, Uniwersytet Opolski

Skarga pauliańska w ochronie wierzytelności publicznoprawnych

Wprowadzenie

W ramach systemu prawnego tradycyjnie wyróżnia się prawo prywatne i prawo publiczne, bowiem obie te gałęzie charakteryzują się cechami odróżniającymi je od siebie¹. Pisząc o cechach należy przede wszystkim zwrócić uwagę na charakter stosunku łączącego strony. W prawie publicznym, do którego zalicza się przede wszystkim szeroko rozumiane prawo administracyjne, podatkowe oraz prawo ubezpieczeń społecznych, organ wykonujący określone zadania ma pozycję władczą, to znaczy obywatel jest podporządkowany jego kompetencjom². Inaczej jest natomiast w prawie cywilnym, stanowiącym trzon prawa prywatnego, ponieważ strony stosunku cywilnoprawnego kształtują go w sposób autonomiczny, to znaczy wolny od władczego podporządkowania³. Ta dowolność wynika bezpośrednio z art. 353¹ Kodeksu cywilnego⁴ (k.c.), który stanowi, że: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”.

Pomimo istnienia wskazanych wyżej odmienności, współcześnie zaciera się sztywna granica pomiędzy prawem prywatnym i publicznym, albowiem wiele gałęzi prawa posiada w sobie cechy zarówno prawa prywatnego, jak i publicznego⁵. W literaturze podkreśla się, że jako prywatne lub publiczne

¹ Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 192–193.

² Zob. *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 163.

³ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 2.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 2014.121).

⁵ Zob. *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, red. M. Goettel, Warszawa 2011, s. 14.

można tylko ocenić określone zjawiska i nie istnieje obiektywne kryterium pozwalające na zdecydowane odróżnienie tego co jest prawem prywatnym, a co publicznym⁶. Moim zdaniem powyższe twierdzenia są słuszne, a zaciera nie się granicy można by nazwać przenikaniem się stosunków prywatnoprawnych z publicznoprawnymi⁷. Obie gałęzie są częścią jednego systemu prawnego, który powinien być zupełny i spójny⁸. Dokonując próby klasyfikacji należy jednak odróżnić te, które ze swojej natury łączą oba tzw. bieguny⁹, od tych, które incydentalnie – na zasadzie odwołań lub analogii – stosują jakąś instytucję z innej gałęzi, a więc przenikają się. Przykładem takiego przenikania jest relacja łącząca dziedziny prawa cywilnego i prawa podatkowego. Mimo że wskazane dziedziny należą do różnych gałęzi prawa, to istnieją sytuacje, w których sztywna granica się zaciera i nie jest klarowne jaki charakter ma stosunek łączący strony. Jednym z takich przypadków jest nieuczciwe zachowanie dłużnika podatkowego, który poprzez doprowadzenie do swojej niewypłacalności działa z pokrzywdzeniem wierzyciela publicznoprawnego, a jedyną możliwą wówczas ochroną jest zastosowanie przez tegoż wierzyciela skargi pauliańskiej.

Praktyka sądowa i podstawa prawna

W ostatnich parunastu latach obserwujemy skutki zmiany tendencji w orzecznictwie sądów w zakresie możliwości dochodzenia swoich praw majątkowych przez podmioty prawa publicznego na podstawie art. 527 i n. Kodeksu cywilnego. Sytuacja ta jest również przedmiotem wielu sporów w doktrynie oraz polaryzuje środowisko prawnicze. Zagadnienie to jest o tyle skomplikowane,

⁶ Dosłownym reprezentantem takiego stanowiska był J. Nowacki, który twierdził, że walorów prywatności lub publiczności danego zjawiska nie można odkryć, tylko ocenić, ponieważ osoba dokonująca tej oceny kieruje się arbitralnym rozumieniem tych pojęć. Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 107.

⁷ W literaturze można się spotkać również z pojęciem krzyżowania się podziałów prawa. Zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 141–143.

⁸ O spójności i zupełności systemu prawa pisali A. Redelbach, S. Wronkowska i Z. Ziemiński twierdząc, że system prawa powinien być zbiorem wolnym wewnątrznie od niezgodności (zarówno prakseologicznej, jak i formalnej) oraz przede wszystkim od luk logicznych i konstrukcyjnych: Zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 218.

⁹ Za takie zostało uznane prawo pracy, które historycznie wywodzi się z prawa prywatnego, ale współcześnie zawiera w swojej strukturze wiele rozwiązań administracyjnoprawnych, a zatem stało się prawem o charakterze mieszanym: Zob. *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, red. M. Goettel, Warszawa 2011, s. 15; A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kuźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 159–160.

że dotyka bardzo czulej i z pewnością nielubianej sfery życia, jaką jest obowiązek podatkowy. Aby jednak w pełni zrozumieć istotę problemu należy prześledzić jak kształtuje się rzeczywistość i jaka jest praktyka sądów w rozważanym zakresie.

Podchodząc do zagadnienia chronologicznie na uwagę zasługuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lutego 1993 r., który mimo że nie odnosi się do ochrony wierzyciela publicznoprawnego, to rozważa o możliwości zastosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności o charakterze innym niż cywilnoprawny¹⁰. Idąc dalej, w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 maja 1999 r., skład orzekający wywiódł, iż skarga pauliańska – jako instytucja prawa materialnego cywilnego – służy wyłącznie ochronie wierzytelności cywilnoprawnych, a takiego charakteru nie mają wierzytelności publicznoprawne. Zdaniem tego sądu, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, przeważa pogląd o niedopuszczalności stosowania *actio pauliana* do zobowiązań podatkowych. Kolejnym Sądem Apelacyjnym, rozpatrującym przedmiotowe zagadnienie, był Sąd Apelacyjny w Katowicach, który w postanowieniu z dnia 29 czerwca 1999 r. stwierdził, że *actio pauliana* nie jest dopuszczalna dla ochrony wierzytelności podatkowych, ponieważ ochrona ta została uregulowana w ustawie o zobowiązaniach podatkowych i później w Ordynacji podatkowej, a te szczegółowe unormowania wyłączają ochronę w ramach skargi pauliańskiej¹¹. Należy jednak zaznaczyć, że we wskazanym orzeczeniu z dnia 29 czerwca 1999 r., sąd dokonał uogólnienia oraz nie dostrzegł faktu, iż ustawa z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych¹² (u.z.p.) w art. 45 przewidywała ochronę wierzyciela publicznoprawnego w przypadku zbycia majątku przez dłużnika podatkowego, natomiast obecnie obowiązująca Ordynacja podatkowa¹³ (o.p.) takiego unormowania nie przewiduje. Omawiane zagadnienie było również przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego (SN), który w postanowieniu z dnia 10 marca 1999 r. stwierdził, że: „jeśli więc powodowie opierają roszczenie na zdarzeniach prawnych wywołujących konsekwencje cywilnoprawne, to droga sądowa – choćby powoływane zdarzenia były fikcyjne lub w rzeczywistości nie rodziły skutków cywilnoprawnych – jest dopuszczalna”¹⁴. W kolejnym natomiast postanowieniu, wydanym w dniu 24 czerwca 1999 r., Sąd Najwyższy

¹⁰ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lutego 1993 r., I ACr 91/93, LEX nr 5572.

¹¹ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 czerwca 1999 r., I Acz 620/99, LEX nr 38465.

¹² Ustawa z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz.U. 1980.27.111).

¹³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2015.613).

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1999 r., II CKN 340/98, LEX nr 36385.

uznał, że dla stosunków prawnych opartych nie na równorzędności podmiotów, a na zasadzie nadrzędności (wierzytelność wynika z decyzji organu podatkowego) nie jest dopuszczalna skarga pauliańska. W orzeczeniu tym SN stwierdził również, iż sprawa cywilna istnieje tylko wtedy, gdy dotyczy ochrony praw podmiotowych, wynikających z relacji podlegających prawu cywilnemu. W świetle powyższego warto zauważyć, że Sąd Najwyższy, którego zadaniem jest ujednolicanie orzecznictwa¹⁵, na przestrzeni zaledwie trzech miesięcy, sam wyraża dwa różne stanowiska. Dopiero Trybunał Konstytucyjny (TK), w wyroku z dnia 10 lipca 2000 r.¹⁶ ukierunkowuje nową linię orzeczniczą, która stanowić będzie punkt wyjścia w orzecznictwie sądów powszechnych. Trybunał Konstytucyjny, rozszerzając w tym orzeczeniu rozumienie pojęcia sprawy cywilnej z art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁷ (k.p.c.) uznał, że: „art. 1 k.p.c. rozumiany w ten sposób, iż w zakresie pojęcia <sprawy cywilnej> nie mogą się mieścić roszczenia dotyczące zobowiązań pieniężnych, których źródło stanowi decyzja administracyjna, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Podstawą takiego rozstrzygnięcia było konstytucyjne prawo do sądu, które w rozumieniu TK obejmuje spory wynikające ze stosunków cywilnoprawnych, administracyjnoprawnych oraz rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów karnych, a i tak znaczenia tego prawa nie wyczerpuje wskazany katalog, albowiem przepis art. 1 k.p.c. stoi na straży praw podmiotów – również publicznoprawnych¹⁸. Mimo tego stanowiska, opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 17 lipca 2000 r., Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 31 października 2000 r. stwierdził, że ustawodawca przewidując odpowiedzialność osób trzecich w ustawie o zobowiązaniach podatkowych i Ordynacji podatkowej dał wyraz temu, że nie przewiduje on ochrony cywilnoprawnej dla stosunków publicznoprawnych (tu: *actio pauliana*). Rozstrzygnięcie to jest zatem sprzeczne z interpretacją dokonaną przez TK oraz nie uwzględnia różnic pomiędzy przepisami o odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe, unormowanych w ustawie o zobowiązaniach podatkowych oraz w Ordynacji podatkowej. Na wykładni art. 1 k.p.c., dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny w wyżej wskazanym wyroku, oparł się jednak Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 16 kwietnia 2002 r.¹⁹ uznał, że zachowaniem, którego kon-

¹⁵ Kompetencja ta została Sądowi Najwyższemu nadana mocą art. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2013.499).

¹⁶ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, LEX nr 41215 (Dz.U. 2000.55.665).

¹⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014.101).

¹⁸ Wskazane orzeczenie zostało wydane w sposób jednomyślny w składzie 5 sędziów.

¹⁹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CK 41/02, LEX nr 74358: orzeczenie to dopuszcza możliwość zastosowania skargi pauliańskiej do ochro-

sekwencje mogą być rozpoznawane w drodze sądowej, jest również akt administracyjny wywołujący skutki z zakresu prawa cywilnego. SN stoi bowiem na stanowisku, iż stosunek cywilnoprawny może wynikać z tak różnych źródeł, że nie sposób przyjąć, że to właśnie źródło stosunku prawnego przesądza o jego charakterze, a że stosunku cechującego się brakiem równorzędności nie może powstać stosunek prawny, w którym strony posiadają jednakowy status. Nadto w rozpoznawanej sprawie Sąd Najwyższy stwierdził, że zdarzeniem prawnym, stanowiącym podstawę zgłoszonego przez stronę powodową żądania, była niewątpliwie czynność prawna podjęta przez pozwanych, a nie decyzja organu. Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów w uchwale z dnia 12 marca 2003 r. przyjmując, iż: „nie można z góry wykluczyć możliwości powstania stosunku cywilnoprawnego między podmiotami związanymi stosunkiem administracyjnoprawnym, gdyż roszczenia cywilnoprawne wynikają z tak różnych źródeł, że nie sposób przyjąć, iż ich źródło przesądza charakter stosunku prawnego. Oznacza to, że również między osobami pozostającymi w stałym stosunku cechującym się brakiem równorzędności może dojść do ukształtowania więzi, w której podmioty te mają równorzędny status”. Ponadto uznał, że: „[...] sprawa ma charakter sprawy cywilnej, jeżeli treść łączących strony stosunków prawnych, obejmująca ich wzajemne prawa i obowiązki albo tworząca dany stan prawny, zakłada potrzebę ochrony interesów podmiotów w nich uczestniczących. Sprawa cywilna wymaga zatem pozostawiania dwóch lub więcej podmiotów w stosunku prawnym, regulowanym przepisami kodeksu cywilnego i innymi ustawami, którego podmioty – w wypadku sporu – występują jako równorzędni partnerzy”²⁰. W innej sprawie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 11 kwietnia 2003 r. stwierdził, że zdarzenia o charakterze administracyjnoprawnym także są źródłami stosunków o charakterze cywilnoprawnym, a dominująca rola organu nie ma tu znaczenia. Nadto uznał, że jeżeli dłużnik, wraz z osobą trzecią, podjął czynności o charakterze cywilnoprawnym i czynności te krzywdzą wierzyciela, a jedyną jego ochroną jest instytucja prawa cywilnego (*actio pauliana*), to wierzyciel, jako podmiot publicznoprawny, ma prawo z tej ochrony skorzystać²¹. Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 13 maja 2005 r.²² – w którym to odniósł się do należności podatkowych – przyjął tezę, zgodnie z którą konstrukcją cywilistycznej skargi pauliańskiej objęta jest także, w drodze zastosowania

ny niezrealizowanych należności tytułem składki na ubezpieczenie społeczne, a wynikającej przecież z decyzji administracyjnej.

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 12 marca 2003 r., III CZP 85/02, LEX nr 76145.

²¹ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2003 r., III CZP 15/03, LEX nr 77190.

²² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2005 r., I CK 677/04, LEX nr 153036.

analogii, wiarygodność publicznoprawna. W świetle powyższych rozważań na szczególną uwagę zasługuje jednak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., w którym SN podsumowuje dotychczasową linię orzecznictwa, tj. wskazuje, że pojęcie sprawy cywilnej należy rozumieć szeroko i zaliczać do niej także sprawy wynikające z aktów administracyjnych, a mające skutek w sferze prawa cywilnego – dopuszczalna jest wtedy droga sądowa. Nadto SN uznał, że zakaz stosowania analogii w prawie podatkowym ma charakter względny, ponieważ dotyczy tylko rozszerzania zakresu opodatkowania, tj. przez analogię nie można tworzyć nowych stanów faktycznych podlegających opodatkowaniu, a stosowanie skargi pauliańskiej nie ma takiego charakteru, dotyczy bowiem ochrony wierzyciela publicznoprawnego w przypadku wyzbywania się majątku przez dłużnika podatkowego. Sąd zaznaczył również, że to, iż Ordynacja podatkowa nie zawiera instytucji umożliwiającej ubezskuteczenie czynności prawnej dłużnika podatkowego względem wierzyciela publicznoprawnego jest usprawiedliwione i zasadne w świetle porządku konstytucyjnego, albowiem przyznanie organom takiej możliwości naruszałoby ten porządek i przyznałoby im kompetencje takie, jakie posiada bezstronny i niezawisły sąd. Ponadto zdaniem Sądu, niektóre instytucje prawa cywilnego stanowią wyraz podstawowych zasad porządku prawnego i nie jest istotne w jakiej gałęzi prawa zostały unormowane. Do takich należy zaliczyć przede wszystkim zakaz obchodzenia prawa, działania na szkodę wierzycieli, czy też czerpania korzyści z własnej niegodziwości. Przy braku ochrony przed takim działaniem, wierzyciel publicznoprawny może skorzystać w instytucji unormowanej w kodeksie cywilnym. W momencie ustalenia zobowiązania podatkowego, przepisy Kodeksu cywilnego postrzegać należy jako prawo wspólne dla całego systemu prawa, ponieważ zawarte w nim definicje mają uniwersalny charakter oraz dopuszczalne jest stosowanie niektórych umieszczonych w nim instytucji²³. Ze stanowiskiem tym nie sposób się nie zgodzić.

Pogląd SN znalazł odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów niższego szczebla. Przykładowo można tu wskazać wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, który w sprawie z powództwa Skarbu Państwa, reprezentowanego przez Naczelnika Urzędu Skarbowego o uznanie umowy sprzedaży bezskuteczną względem powoda, oddalił apelację pozwanego, a zatem udzielił ochrony Skarbowi Państwa, jako stronie, która w wyniku działań dłużnika i osoby trzeciej, doznała pokrzywdzenia w rozumieniu art. 527 Kodeksu cywilnego. Sąd przychylił się do twierdzenia sądu I instancji, który stwierdził, że wykorzystanie

²³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 227/10, LEX nr 672686.

konstrukcji skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych jest dopuszczalne²⁴. W innej sprawie, Sąd Okręgowy w Słupsku, w wyroku z dnia 22 marca 2013 r., również objął ochroną Skarb Państwa, w imieniu którego Dyrektor Izby Celnej domagał się uznania umowy darowizny za bezskuteczną względem powoda. Sąd Okręgowy, jako sąd II instancji zgodził się z twierdzeniem sądu I instancji, że skarga pauliańska może mieć zastosowanie – w drodze analogii – także do ochrony należności podatkowych²⁵. Podobnie Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 17 października 2013 r. stwierdził, że sąd I instancji wyprowadził trafny wniosek co do istnienia podstaw do uwzględnienia powództwa, poprzez uznanie za zgodne z ugruntowaną linią orzecniczą dopuszczalność wykorzystania w drodze *per analogiam* skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych. We wskazanym wyroku nie zostały poczynione dodatkowe rozważania w tej kwestii²⁶. Ponadto Sąd Okręgowy w Siedlcach, w wyroku z dnia 17 grudnia 2013 r., stwierdził: „zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Sądu Najwyższego w przypadku roszczeń publicznoprawnych, a za takie należy uznać roszczenia o charakterze podatkowym, skarga pauliańska jest dopuszczalna ze względu na *analogiae* między wierzytelnością cywilną, a publicznoprawną (orzeczenie SN z dnia 27 lipca 2006 r., III CSK 57/2006, uchwała z dnia 11 kwietnia 2003 III CZP 15/03, uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 12 marca 2003 III CZP 85/2002)”²⁷. Z kolei Sąd Apelacyjny w Krakowie, w wyroku z dnia 4 września 2014 r., uznał, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem skarga pauliańska dopuszczalna jest w sprawach dotyczących ochrony wierzytelności publicznoprawnych. We wskazanym wyroku sąd stwierdził ponadto, iż bezzasadne jest twierdzenie, jakoby zastosowanie skargi pauliańskiej rozszerzało odpowiedzialność członków rodziny podatnika za jego zobowiązania podatkowe, albowiem wyrok pauliański pozwala na prowadzenie egzekucji z majątku osoby trzeciej, którą nie zawsze jest członek rodziny²⁸. Na uwagę zasługuje również wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 kwietnia 2015 r., w którym to sąd nie poczynił żadnych ustaleń w zakresie dopuszczal-

²⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 22 sierpnia 2012 r., I ACa 816/11, LEX nr 1216401.

²⁵ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 22 marca 2013 r., IV Ca 35/13, źródło: [http://orzeczenia.slupsk.so.gov.pl/details/\\$N/151020000002003_IV_Ca_000035_2013_Uz_2013-03-22_001](http://orzeczenia.slupsk.so.gov.pl/details/$N/151020000002003_IV_Ca_000035_2013_Uz_2013-03-22_001), [dostęp: 09.04.2016].

²⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 października 2013 r., I ACa 413/13, LEX nr 1383434.

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z dnia 17 grudnia 2013 r., I C 1237/12, LEX nr 1717838.

²⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 września 2014 r., I ACa 750/14, LEX nr 1587230.

ności zastosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych, a skupił się jedynie na ocenie spełnienia przesłanek z art. 527 k.c. Jak sądzę wnioskować zatem można, że w rozpatrywanej sprawie sąd uznał dopuszczalność zastosowania *actio pauliana* do ochrony wierzytelności publicznoprawnych za oczywiste i nie wymagające dalszych rozważań²⁹. Z kolei Sąd Okręgowy we Wrocławiu, w wyroku z dnia 20 sierpnia 2015 r., na podstawie art. 527 i n. k.c. stwierdził bezskuteczność względną czynności prawnej – podczas gdy wierzytelność jest niezrealizowaną należnością podatkową – która nie wkracza w obszar uprawnień i obowiązków podatkowych, a zatem nie dochodzi do poszerzenia zakresu lub tworzenia nowych obowiązków publicznoprawnych, a ochronie podlega ustalona już wierzytelność publicznoprawna³⁰.

Wskazana zmiana w linii orzeczniczej oraz wynikająca z niej obecna praktyka, dopuszczająca możliwość zastosowania *actio pauliana* do ochrony wierzytelności publicznoprawnych, może być związana z uchynieniem ustawy z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych. Ustawa ta obowiązywała w okresie od 1 stycznia 1981 r. do 1 stycznia 1998 r., tj. do momentu wejścia w życie obecnie obowiązującej Ordynacji podatkowej. Moment ten mógł być tym „punktem kulminacyjnym”, który przyczynił się do zmiany postrzegania kwestii dopuszczalności ochrony wierzytelności publicznoprawnych w drodze *actio pauliana*. Ustawa o zobowiązaniach podatkowych w art. 45 przewidywała bowiem instytucję bardzo podobną do unormowania art. 527–534 k.c., a stanowiła ona ochronę wierzyciela publicznoprawnego w przypadku zbycia całości lub części majątku podatnika³¹. W judykaturze

²⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 kwietnia 2015 r., V ACa 860/14, LEX nr 1724090.

³⁰ Zob. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 sierpnia 2015 r., I C 254/13, źródło: [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/155025000000503_I_C_000254_2013_Uz_2015-09-01_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/155025000000503_I_C_000254_2013_Uz_2015-09-01_001), [dostęp: 09.04.2016].

³¹ Nabywca całości lub części majątku podatnika odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem za jego zaległości podatkowe powstałe przed nabyciem majątku podatnika, jeżeli ten majątek albo obrót, przychód lub dochód z niego został przyjęty do podstawy ustalenia zobowiązań podatkowych. Zakres odpowiedzialności nabywcy określa się w takim stosunku do zobowiązań podatkowych podatnika, w jakim nabyty majątek albo obrót, przychód lub dochód został przyjęty do podstawy ustalenia zobowiązań podatkowych, jednakże tylko do wysokości wartości nabytego majątku podatnika.

2. Jeżeli nabywcą majątku podatnika jest członek rodziny podatnika, odpowiada on za zaległości podatkowe podatnika do wysokości wartości nabytego majątku bez względu na to, czy nabyty majątek albo obrót, przychód lub dochód z niego został przyjęty do podstawy ustalenia zobowiązań podatkowych.

3. Przepisów ust. 1 i 2 nie stosuje się w razie nabycia towarów w wyniku czynności handlowych objętych działalnością podatnika oraz nabycia majątku podatnika w trybie postępowania egzekucyjnego.

podkreśla się, że *ratio legis* art. 45 u.z.p. polega na zabezpieczeniu interesów Skarbu Państwa, gdy podatnik okaże się niewypłacalny na skutek zbycia w całości lub w części majątku osobie trzeciej³². Nabywcą majątku, w rozumieniu omawianego przepisu, będzie każdy podmiot, który nabył własność rzeczy lub innych praw majątkowych podatnika, a jednocześnie bez znaczenia jest, czy przeniesienie prawa własności następuje odpłatnie, czy też pod tytułem darmym³³. Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Szczecinie: „dla odpowiedzialności za zaległości podatkowe podatnika obojętne jest również to, że nabywca przyjął darowiznę w dobrej wierze i nie odniósł z niej żadnej korzyści, ponieważ o odpowiedzialności tej decyduje sam fakt nabycia majątku od podatnika po powstaniu zaległości podatkowej, z ograniczeniem do wysokości wartości nabytego majątku”³⁴. Na uwagę zasługuje również fakt, że dla orzekania o odpowiedzialności nabywcy majątku podatnika niezbędne jest, aby zobowiązania podatkowe, w związku z którymi powstała zaległość podatkowa, były ustalone, pozostawały w określonym związku z nabytym majątkiem oraz powstały przed nabyciem majątku i nie uległy przedawnieniu³⁵. Ponadto odpowiedzialność nabywcy majątku podatnika oraz podatnika jest solidarna³⁶.

Powyższe rozważania uwypuklają pokrewieństwo pomiędzy art. 45 u.z.p. oraz *actio pauliana* unormowaną w Kodeksie cywilnym, z tym że ta pierwsza jest o wiele bardziej ingerencyjna w skutkach. Skarga pauliańska opiera się bowiem na bezskuteczności względnej, której rezultatem jest możliwość zaspokojenia się pokrzywdzonego wierzyciela tylko z będących przedmiotem

³² Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 1995 r., III SA 37/95, LEX nr 23471; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 1996 r., III SA 324/95, LEX nr 26717; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 13 listopada 1998 r., I SA/Gd 230/97, LEX nr 36101; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 19 maja 1999 r., SA/Sz 1043/98, LEX nr 36857.

³³ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 26 maja 1995 r., SA/Rz 536/94, LEX nr 25646; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 1995 r., III SA 37/95 LEX nr 23471, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 13 listopada 1998 r., I SA/Gd 230/97 LEX nr 36101, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 19 maja 1999 r., SA/Sz 1043/98, LEX nr 36857.

³⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 19 maja 1999 r., SA/Sz 1043/98, LEX nr 36857.

³⁵ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 26 maja 1995 r., SA/Rz 536/94, LEX nr 25646; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 1995 r., III SA 37/95 LEX nr 23471, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 13 października 1995 r., SA/Sz 1601/95, LEX nr 30114.

³⁶ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 20 kwietnia 1994 r., SA/Kr 2994/93, LEX nr 1688768; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 1996 r., I SA/Po 853/96, LEX nr 1691170.

powództwa pauliańskiego aktywów, które wyszły z majątku dłużnika lub do niego nie weszły³⁷, natomiast *meritum* art. 45 u.z.p. była odpowiedzialność całym majątkiem nabywcy majątku podatnika. Ponadto dla odpowiedzialności osoby trzeciej, na gruncie art. 45 u.z.p., nieistotna jest dobra wiara nabywcy i jego stan świadomości o ewentualnym pokrzywdzeniu, albowiem liczy się sam fakt przesunięcia majątku. Przepisy *actio pauliana* – pomimo istnienia domniemań ułatwiających wierzycielowi dochodzenie swoich praw – zawierają obowiązek udowodnienia świadomości albo wiedzy osoby trzeciej (pозwanego w procesie pauliańskim) o zamiarze pokrzywdzenia wierzyciela. Istotne jest również to, że przepis art. 45 u.z.p. tak samo traktuje czynności odpłatne oraz o charakterze darmym, podczas gdy przepisy regulujące skargę pauliańską obejmują większą ochroną te pierwsze³⁸.

Po scharakteryzowaniu unormowania z art. 45 u.z.p. oraz wskazaniu podstawowych różnic dzielących obie instytucje pozostaje jednak wątpliwość, czy usunięcie wskazanego przepisu z porządku prawnego pozbawiło wierzyciela publicznoprawnego instytucji chroniącej przed nieuczciwym wyzbywaniem się majątku przez dłużnika. W istocie Ordynacja podatkowa nie zawiera takiego unormowania i tym samym podmiot prawa publicznego nie ma możliwości zaspokoić się na jej gruncie w sytuacji dokonywania przez dłużnika czynności prawnych z pokrzywdzeniem tegoż wierzyciela. Takiego rodzaju ochrona, tj. *actio pauliana*, przewidziana jest jedynie w Kodeksie cywilnym oraz na zasadzie odwołań w ustawie z dnia 28 lutego 2003 prawo upadłościowe³⁹. Należy zatem postawić sobie pytanie, dlaczego art. 45 uchylonej ustawy o zobowiązaniach podatkowych nie znalazł się w obecnie obowiązującej Ordynacji podatkowej. Otóż hipotezy mogą być dwie. Racjonalny ustawodawca⁴⁰ albo nie wprowadził tej ochrony, ponieważ istnieje ona w systemie prawa prywatnego (i niepotrzebne jest powtarzanie tej instytucji w Ordynacji podatkowej, ani też odsyłanie do niej), albo nie chciał objąć taką ochroną wierzytelności publicznoprawnych, dlatego też usuwając art. 45

³⁷ W kwestii skutków bezskuteczności względnej wynikającej z uwzględnienia skargi pauliańskiej: zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995, s. 163, a także M. Jasińska, *Skarga pauliańska. Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 2014, s. 58.

³⁸ Mniejsza ochrona czynności prawnej nieodpłatnej wynika przede wszystkim z art. 528 i 529 k.c.

³⁹ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz.U. 2015.233).

⁴⁰ Koncepcja racjonalnego ustawodawcy zakłada, że stosując prawo zakładamy, że tekst prawny został sformułowany przez pracodawcę świadomie, z intencją wywołania skutków lub zachowań w nim przewidzianych oraz że jest to w danej sytuacji najlepsze z możliwych rozwiązań: zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 224 – wnioskując *a contrario* skoro ustawodawca nie umieścił skargi pauliańskiej w przepisach Ordynacji podatkowej, musiał mieć taki cel i jego działanie jest racjonalne.

o.p. nie zaproponował nic w zamian. W mojej opinii milczenie ustawodawcy w tym względzie oznacza, że wierzyciel publicznoprawny ma prawo korzystać z ochrony skargi pauliańskiej. Co więcej jest to racjonalne rozwiązanie chroniące spójność i zupełność systemu prawa, w którym – zgodnie zasadami techniki prawodawczej – ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach⁴¹. Uważam również, że pomimo braku zawartych w Ordynacji podatkowej odesłań do skargi pauliańskiej, wierzyciel publicznoprawny ma prawo skorzystać z tej instytucji, a umieszczenie przepisów odsyłających jest zbyteczne – przepisy Kodeksu cywilnego postrzegać należy bowiem jako prawo wspólne dla całego systemu prawa⁴². Jak sądzę na uznanie zasługuje wyłącznie pierwsza hipoteza, albowiem to z niej wynika racjonalność ustawodawcy. Ustawodawca, eliminując art. 45 z obrotu prawnego, wyeliminował normę, która z jednej strony ochraniała wierzyciela, podobnie jak skarga pauliańska, ale z drugiej strony stanowiła podstawę do nadmiernej ingerencji tego wierzyciela w prawa majątkowe obywateli.

Skarb Państwa i jednostka samorządu terytorialnego jako podmioty prawa cywilnego

Argumenty przytoczone w powyższym punkcie nie są jedynym uzasadnieniem dopuszczalności zastosowania *actio pauliana* jako formy ochrony wierzytelności publicznoprawnych. Wierzyciel publicznoprawny, którym jest Skarb Państwa albo jednostka samorządu terytorialnego, posiada podmiotowość prawną chronioną przez prawo cywilne. Wynika to z art. 33 Kodeksu cywilnego, a także z ustaw regulujących funkcjonowanie samorządu terytorialnego i przyznających jednostkom osobowość prawną⁴³. Wskazane unormowania należy interpretować w oparciu o normę wywiedzioną z art. 1 k.c., który zakresem regulacji kodeksu obejmuje stosunki cywilnoprawne pomię-

⁴¹ § 4 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. zasady techniki prawodawczej stanowi, że: „Ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach”.

⁴² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 2010 r., II CSK 227/10, LEX nr 672686.

⁴³ Rozważania na temat Skarbu Państwa, będącego wierzycielem publicznoprawnym, należy również odnieść do jednostek samorządu terytorialnego, albowiem one również są osobami prawnymi w rozumieniu Kodeksu cywilnego, a więc są zdolne do bycia podmiotem praw i obowiązków, mogą pozywać i być pozywane oraz mogą żądać ochrony swojego mienia, do którego należą również należności podatkowe. Ich podmiotowość prawną wynika z art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2015.1515); art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 2015.1445); art. 6 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. 2015.1392).

dzy osobami fizycznymi i prawnymi. Z przepisów bezpośrednio wynika, że Skarb Państwa jest osobą prawną, będącą podmiotem praw i obowiązków wynikających z prawa cywilnego i dlatego – w oparciu o art. 1 k.c. – podlega przepisom prawa cywilnego. Reasumując należy uznać, że Skarb Państwa oraz jednostka samorządu terytorialnego, będące osobami prawnymi – a więc podmiotami prawa cywilnego – którym ustawa przyznaje prawo do poboru należności podatkowych, mogą żądać ochrony wierzytelności wynikających z zobowiązań podatkowych w drodze powództwa do sądu powszechnego. Nieuzasadnione i niesprawiedliwe byłoby pozbawienie Skarbu Państwa i jednostki samorządu terytorialnego ochrony, ponieważ każdemu z podmiotów prawa cywilnego przysługuje ona w równym stopniu.

Możliwość dochodzenia należności stanowiącej przedmiot wierzytelności publicznoprawnej nie jest tylko uprawnieniem. Wierzyciel publicznoprawny, jako podmiot posiadający osobowość prawną, a więc podlegający ochronie na gruncie prawa cywilnego, jest również zobowiązany do dochodzenia przysługujących mu należności, albowiem zachowanie przeciwne stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych unormowane w art. 5 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁴. W doktrynie podkreśla się, że niedochodzenie należności następuje wtedy, gdy należność przysługująca wierzycielowi publicznoprawnemu wynika z ustawy, aktu wykonawczego bądź uchwały samorządowego organu stanowiącego, a jej niedochodzenie jest zaniechaniem podjęcia określonych prawem czynności⁴⁵. Takie zachowanie jest niedopuszczalne w świetle przywołanej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przymusowość jako cecha wierzytelności publicznoprawnych i cywilnoprawnych

Wierzytelnością publicznoprawną, będącą przedmiotem rozważań, jest należność wynikająca z zobowiązania podatkowego, tj. podatek. Zgodnie z art. 6 o.p., zawierającym definicję legalną, za podatek uważa się: „publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej”. Wierzytelnością cywilnoprawną natomiast jest świadczenie wynikające ze stosunku cywilnoprawnego, który charakteryzuje się dobrowolnością

⁴⁴ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2013.168).

⁴⁵ Zob. L. Lipiec-Warzecha, *Komentarz do art. 5*, [w:] L. Lipiec-Warzecha, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, wyd. 2, LEX 2012.

stron⁴⁶. Pozostaje jednak pytanie, czy pojęcie wierzytelności publicznoprawnej jest całkiem odmienne od pojęcia wierzytelności cywilnoprawnej, oraz czy ta druga nie zawiera w sobie żadnych elementów przymusu? W obu omawianych stosunkach prawnych strona uprawniona zwykle jest zainteresowana przyjęciem świadczenia, dlatego też różnic i podobieństw należy doszukiwać się w nastawieniu strony zobowiązanej do spełnienia świadczenia. W przypadku zobowiązań podatkowych fakt przymusowości jest oczywisty. Natomiast stosunek cywilnoprawny cechuje się zwykle dobrowolnością wynikającą bezpośrednio z zasady swobody umów i tylko od woli podmiotu zależy, czy będzie stroną takiego stosunku, czy też nie. Takie rozumienie wydaje się być jednak zbyt prostym uproszczeniem, albowiem nie zawsze źródłem zobowiązania cywilnego jest wola stron. Istnieją przecież sytuacje, w których podmioty stają się stronami bez swojej woli, a świadczenie jednej z nich jest przymusowe i skonkretyzowane przez sąd powszechny. Jako przykład można podać odpowiedzialność deliktową, unormowaną w tytule VI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego, w której strona zobowiązana do odszkodowania lub zadośćuczynienia nie czyni tego dobrowolnie. W takim zakresie stosunek cywilnoprawny można uznać za podobny do publicznoprawnego, a poprzez istnienie przymusowości następuje przenikanie się prawa publicznego i prywatnego.

Analiza problemu

Pomimo że aktualna linia orzecznicza dopuszcza możliwość objęcia ochroną wierzytelności publicznoprawnej, do której uprawniony jest podmiot prawa publicznego, sądzę, iż warto przyrzeć się bliżej temu zagadnieniu. Punktem wyjścia do niniejszych rozważań jest stwierdzenie Sądu Najwyższego, że akt administracyjny może wywołać skutki w zakresie prawa cywilnego, a zdarzeniem prawnym, stanowiącym podstawę do zastosowania *actio pauliana*, jest czynność dokonana pomiędzy dłużnikiem i osobą trzecią⁴⁷. Myślę, iż takie rozumienie wskazanego zagadnienia jest jak najbardziej zasadne. Ponadto uważam, że relacja pomiędzy podatnikiem a wierzycielem publicznoprawnym jest bardziej złożona niż zwykle się przyjmować. Dokonanie dychotomicznego podziału stosunków prawnych cywilnoprawne i administracyjnoprawne oraz

⁴⁶ Zasada swobody umów została wyrażona w art. 353¹ k.c., zgodnie z którym: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Według doktryny zasada swobody umów to: „[...] kompetencja do kształtowania przez podmioty wiążących je stosunków prawnych w drodze dwu- lub wielostronnych oświadczeń woli”: Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 126.

⁴⁷ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CK 41/02, LEX nr 74358.

określenie ich mianem odpowiednio równorzędnych i nierównorzędnych jest pewnego rodzaju uproszczeniem. Tak jak wcześniej zostało nadmienione, że prawo prywatne i prawo publiczne mogą się przenikać, tak uważam, że w ramach stosunku podatkowego, strony mogą – w zależności od sposobu naruszenia prawa przeciwnika – poszukiwać ochrony w drodze postępowania podatkowego lub cywilnego.

Podstawą żądania przez państwo należności podatkowych jest wola wyłączanie ustawodawcy, który w drodze ustawy określa okoliczności kreujące obowiązek podatkowy. Dopuszczalność tworzenia obowiązków podatkowych wynika z zasady *nullum tribulum sine lege*, tj. z art. 217 Konstytucji RP⁴⁸. Oznacza to, że ta sfera życia poddana została wyłącznie regulacjom ustawowym (zasada wyłączności ustawowej) i nie jest możliwe uregulowanie tego w akcie niższego rzędu⁴⁹. Poprzez regulację prawną – zobowiązującą adresata norm do wymaganego zachowania – ustawodawca bezpośrednio wkracza w życie społeczne, co powoduje, że stosunek w prawie podatkowym nie jest następstwem woli podmiotów, lecz zaistniałego stanu faktycznego odpowiadającego hipotezie normy⁵⁰. Stosunek podatkowy składa się z obowiązku podatkowego i zobowiązania podatkowego. Jeśli chodzi o definicję legalną pojęcia obowiązku podatkowego, to wyrażona ona została w art. 4 Ordynacji podatkowej, który stanowi, że: „obowiązkiem podatkowym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach”. Należy zatem stwierdzić – co wynika *expressis verbis* z cytowanego przepisu – że źródłem obowiązku podatkowego jest ustawa, a powstanie jest uzależnione od zaistnienia danego stanu faktycznego. Inaczej rzecz się ma z zobowiązaniem podatkowym, które nie jest tożsame z pojęciem obowiązku podatkowego. Wynika to z art. 5 o.p., który stanowi, iż: „zobowiązaniem podatkowym jest wynikające z obowiązku podatkowego zobowiązanie podatnika do zapłacenia na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu albo gminy podatku w wysokości, w terminie oraz w miejscu określonych w przepisach prawa podatkowego”. Zobowiązanie podatkowe uznać można zatem za skonkretyzowany obowiązek podatkowy, co oznacza, że wynika on wprost z tego obowiązku.

Rozróżnienie obu pojęć ma istotne znaczenie w świetle rozważanego zagadnienia, albowiem dla oceny stosowania skargi pauliańskiej, jako ochrony wiarygodności publicznoprawnej, należy wyznaczyć moment, po nastąpieniu

⁴⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 997.78.483).

⁴⁹ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 217 Konstytucji RP*, [w:] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 7, LEX 2013.

⁵⁰ Zob. *Prawo finansowe...*, *op. cit.*, s. 162.

którego relacja pomiędzy stronami stosunku podatkowego staje się najbardziej podobna do stosunku cywilnoprawnego. Co prawda istnienie samego obowiązku podatkowego nie ma zbyt wiele wspólnego z relacją łączącą podmioty stosunku cywilnoprawnego – obowiązek podatkowy jest jedynie nieskonkretyzowaną powinnością wynikającą tylko z ustaw – ale takiej pewności nie można mieć przy ocenie charakteru zobowiązania podatkowego, którego przyczyną jest zaistnienie określonego wydarzenia. W zobowiązaniu podatkowym – podobnie jak w stosunku cywilnoprawnym – występują dwie strony. W literaturze podkreśla się, że: „mianem tym określimy podmiot czy też podmioty, które ze względu na inne elementy stosunku prawnego, tj. przedmiot i treść, znajdują się względem siebie w takiej sytuacji, że jeden z nich jest posiadaczem uprawnienia do żądania spełnienia świadczenia, drugi zaś nosicielem obowiązku zadośćuczynienia interesowi uprawnionego podmiotu”⁵¹. Najistotniejszym momentem jest chwila przekształcenia obowiązku podatkowego na zobowiązanie podatkowe. W chwili wystąpienia zdarzenia wyczerpującego zakres hipotezy normy podatkowej, pewien nieskonkretyzowany obowiązek staje się konkretną relacją pomiędzy podmiotem zobowiązanym i uprawnionym, a obowiązek przekształca się w zobowiązanie podatkowe i zmienia się charakter tego stosunku. Powstają wówczas strony stosunku zobowiązaniowego, w którym Skarb Państwa albo jednostka samorządu terytorialnego jest wierzycielem publicznoprawnym, podatnik – dłużnikiem podatkowym, a należnością – podatek. Oczywiście nie można uznać, że w momencie konkretyzacji obowiązku podatkowego, strony łączy stosunek cywilnoprawny. Organ administracji dysponuje przecież szeregiem instytucji stosowanych w celu uzyskania należnego publicznoprawnemu wierzycielowi świadczenia podatkowego. Przykładem takich instytucji są czynności sprawdzające, kontrola podatkowa oraz egzekucja administracyjna. Wskazane instytucje stosowane są jako forma przymusu państwowego, albo w celach prewencyjnych – w odniesieniu do czynności sprawdzających i kontroli podatkowej – albo w celach represyjnych, jako przymusowe ściągnięcie należności wynikającej z zobowiązania podatkowego – w odniesieniu do egzekucji administracyjnej. W tym zakresie strony znajdują się na nierównorzędnych pozycjach. Do zastosowania wskazanych instytucji, unormowanych w Ordynacji podatkowej oraz w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁵², nie jest jednak wymagane wydanie przez sąd orzeczenia, albowiem czynności te są dokonywane bezpośrednio przez organ zaintereso-

⁵¹ P. Borszowski, *Elementy stosunku prawnego zobowiązania podatkowego*, Kraków 2004, s. 45.

⁵² Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. 2014.1619).

wany ściągnięciem wierzytelności. Dlatego właśnie stosunek pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem w doktrynie uważany jest wciąż za stosunek administracyjnoprawny i należy się z tym zgodzić.

Jednak wbrew powyższej konstatacji należy zauważyć, że istnieje zakres, w którym omawiana relacja przybiera charakter równorzędnej. W przypadku poszukiwania przez wierzyciela publicznoprawnego ochrony w ramach skargi pauliańskiej, obie strony stosunku podatkowego (pionowego) stają się równorzędne przed sądem. Arbitrem ich konfliktu jest sąd, który rozstrzyga spór niezależnie od faktu władczego charakteru samego stosunku podatkowego. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy dłużnik podatkowy ma na celu doprowadzić do swojej niewypłacalności i tym samym spowodować pokrzywdzenie wierzyciela publicznoprawnego. W wyniku nieuczciwego wyzbywania się majątku przez podatnika, osłabia on pozycję organu podatkowego, przez co organ ten nie ma możliwości dochodzić swoich praw, stąd też konieczność zastosowania *actio pauliana*. Sprawa cywilna wymaga pozostawiania podmiotów w stosunku równorzędnym, a w omawianej sytuacji tak niewątpliwie jest⁵³. Gdyby nie przepisy prawa cywilnego, wierzyciel publicznoprawny pozostałby bez ochrony, co powodowałoby nierówność podmiotów. Organ nie może zastosować w takim przypadku instytucji unormowanych w Ordynacji podatkowej, albowiem żadna nie stanowi remedium na nieuczciwe wyzbywanie się majątku przez dłużnika podatkowego. Skoro zatem żadna ustawa prawa podatkowego nie normuje instytucji ochrony wierzyciela publicznoprawnego przed nieuczciwością dłużnika podatkowego – a takie działania, jako wynikające z natury ludzkiej, muszą być brane pod uwagę – to może właśnie racjonalny ustawodawca uznać, że wkracza tu instytucja *actio pauliana* unormowana jako instytucja prawa cywilnego.

Actio pauliana jako remedium na nieuczciwość

Relacje istniejące pomiędzy przepisami prawa nie są jedynym uzasadnieniem dopuszczalności zastosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych. Należałoby się bowiem zastanowić nad celem *actio pauliana* w kontekście nieuczciwego zachowania podatnika. Ogólnym celem skargi pauliańskiej jest ochrona interesów wierzyciela na wypadek nieuczciwego postępowania dłużnika, który z pokrzywdzeniem wierzyciela wyzbywa się składników swego majątku na rzecz osób trzecich lub majątek ten obciąża zaciągając kolejne zobowiązania i w ten sposób stwarza lub pogłębia stan

⁵³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 12 marca 2003 r., III CZP 85/02, LEX nr 76145.

swojej niewypłacalności⁵⁴. Z racji tego, że takie zachowanie nie może być tolerowane, ustawodawca przewidział możliwość ubezskuteczenia czynności prawnej względem wierzyciela przy pozostawieniu jej całkowitej ważności⁵⁵. To że pokrzywdzony wierzyciel zasługuje na ochronę, która realizuje zasadę sprawiedliwości i słuszności – jest oczywiste. W związku z powyższymi rozważaniami na temat podmiotowości Skarbu Państwa i jednostki samorządu terytorialnego należy uznać, że jako osoby prawne, prawo do ochrony swoich interesów mają takie samo, jak inne podmioty. Nie można przecież przyjąć, że przebiegłość podatnika będzie uznana za dopuszczalną oraz że Skarb Państwa winien przewidzieć potencjalną nieuczciwość dłużnika podatkowego. Możliwość skutecznego wniesienia powództwa pauliańskiego przez organ działający na rzecz Skarbu Państwa czy jednostki samorządu terytorialnego, jest jedynym remedium na nieuczciwe wyzbywanie się majątku przez dłużnika podatkowego i zapewnia ochronę wierzytelności publicznoprawnej, a tym samym interesów wierzyciela.

Analogia legis i zasada in dubio pro tributario

W związku z tym, że przepisy Ordynacji podatkowej nie zawierają przepisów o *actio pauliana*, wydawać by się mogło, iż nie ma możliwości zastosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności podatkowych oraz że odwołanie się do instytucji unormowanej w prawie cywilnym stanowi niedopuszczalną w prawie podatkowym analogię do ustawy oraz godzi w zasadę *in dubio pro tributario*. Takiego rozumowania nie można jednak przyjąć. Zgadzam się bowiem z twierdzeniem SN, że niedopuszczalność zastosowania analogii dotyczy jedynie obowiązku podatkowego⁵⁶. Nie można bowiem – poprzez nawiązanie do jakiegoś obowiązującego przepisu – opodatkować sytuacji nie wskazanej w ustawie wprost przez ustawodawcę, albowiem niezależnie od jego zamiaru, milczenie co do podatkowości danego stanu faktycznego, stanowi obszar wolny od opodatkowania, a nie lukę prawną podlegającą wypełnieniu w drodze analogii⁵⁷. Uważam, że niedopuszczalność analogii jest fundamentem pewności prawa podatkowego⁵⁸. Potencjalny podatnik musi

⁵⁴ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego*, t. VI, red. A. Olejniczak, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 1226 i n.

⁵⁵ M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela...*, *op. cit.*, s. 163.

⁵⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 227/10, LEX nr 672686.

⁵⁷ Zob. *Prawo finansowe...*, *op. cit.*, s. 210.

⁵⁸ Tak o pewności prawa pisze R. Mastalski: „Zasada państwa prawnego wymaga, aby normy prawne nakładające na obywateli obowiązki podatkowe były na tyle jasne i zrozumiałe, by ciężar podatkowy stał się możliwy do przewidzenia. Jest to wymóg zasad pewności prawa,

bowiem wiedzieć, jakie zachowanie wpisuje się w dyspozycję przepisu, nakładającego obowiązek podatkowy. Nie można nakładać dodatkowych obowiązków niewynikających wprost z ustawy. Takie zachowanie naruszałoby normy wywiedzione z art. 7 oraz 217 Konstytucji RP, zgodnie z którymi organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, a obowiązek podatkowy może wynikać jedynie z ustawy. Przenosząc rozważania o analogii na tematykę niniejszego opracowania należy uznać, że zastosowanie skargi pauliańskiej – właśnie w drodze analogii – byłoby jednak niemożliwe w przypadku obowiązku podatkowego. Jak już zostało nadmienione, obowiązkiem jest nieskonkretyzowana powinność, a do uwzględnienia skargi pauliańskiej wiarytelność musi istnieć zarówno w chwili dokonywania czynności krzywdzącej, jak i w momencie wytoczenia powództwa⁵⁹. Dopuszczalność zastosowania skargi pauliańskiej powstaje w momencie powstania zobowiązania podatkowego. Nadto możliwa jest sytuacja, w której potencjalny podatnik celowo wyzbędzie się majątku przed podjęciem działań opisanych w hipotezie przepisu nakładającego obowiązek podatkowy. W takiej jednak sytuacji Skarb Państwa oraz jednostka samorządu terytorialnego nie zasługują na ochronę przewidzianą w przepisach art. 527–534 k.c., albowiem w chwili zaistnienia zdarzenia, doprowadzającego potencjalnego dłużnika do niewypłacalności, wiarytelność publicznoprawna nie istnieje. Zastosowanie skargi pauliańskiej jest dopuszczalne tylko w przypadku spełnienia przesłanek z art. 527 k.c., a w przypadku stosunku podatkowego ma to miejsce dopiero po skonkretyzowaniu obowiązku podatkowego. W przypadku postępowania w sprawie powstania zobowiązania podatkowego, zastosowanie zabiegu analogii jest możliwe tylko w odniesieniu do prawa procesowego. Nie można bowiem zastosować – na zasadzie *analogii legis*⁶⁰ – instytucji prawa materialnego do przebiegu postępowania z dwóch powodów. Po pierwsze, procedury sądowe i administracyjne są bardzo sformalizowane oraz poddane ścisłej kontroli ze strony państwa i obywateli, a po drugie zastosowanie przepisów regulujących poszczególne instytucje prawa materialnego byłoby konstrukcyjnie nie-

bezpieczeństwa prawnego oraz zaufania do państwa i stanowiącego w nim prawa, wyprowadzanych wspólnie z zasady państwa prawnego.”: Zob. R. Mastalski, *Konstytucyjne granice opodatkowania*, [w:] M. Zubik, *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 563.

⁵⁹ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela...*, *op. cit.*, s. 42.

⁶⁰ Mowa tu tylko o sytuacji, w której brak danego unormowania w przepisach prawa procesowego. Należy jednak pamiętać o regulacjach zawartych w prawie materialnym, a używanych w postępowaniu, np. zdolność prawna i do czynności prawnych, kwestie przedstawicielstwa, sposobu obliczania terminów etc. W zasygnalizowanym problemie chodzi jedynie o sytuacje, w której organ stosujący prawo powołuje się na przepisy uregulowane w ramach jakiejś instytucji, np. skargi pauliańskiej, czy umowy nazwanej i wybiórczo stosuje przepisy aktualnie nadające się do wykorzystania.

możliwe. Ochrona w postaci instytucji skargi pauliańskiej wkracza dopiero po zakończeniu postępowania, a więc ustaleniu zobowiązania podatkowego i ma na celu ochronę skonkretyzowanej wierzytelności publicznoprawnej.

Zasada *in dubio pro tributario* jest nie tylko postulatem, ale również zasadą prawną wprowadzoną do Ordynacji podatkowej ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r.⁶¹, a zmieniającą tę Ordynację z dniem 1 stycznia 2016 r. Na mocy art. 2a o.p. zasada ta zyskała rangę powszechnie obowiązującej i jest kierunkiem wykładni, którą muszą stosować organy podatkowe⁶². Istotą tego przepisu jest zakaz interpretowania niejasnych i wieloznacznych regulacji prawnych na niekorzyść podatnika, albowiem zasada ta nakazuje odtworzyć z przepisu taką normę prawną, która uwzględnia interes podatnika⁶³. Państwo nie może czerpać korzyści z wprowadzenia nieprecyzyjnych przepisów i dlatego nie mogą one być interpretowane w myśl zasady *in dubio pro fisco*⁶⁴. Jednak pozostaje pytanie o zastosowanie tej zasady w sytuacji spełnienia się przesłanek z art. 527 k.c., kiedy to dłużnik podatkowy wyzbywa się majątku w celu doprowadzenia do swojej niewypłacalności i uniemożliwia tym zachowaniem zaspokojenie się wierzyciela publicznoprawnego. W takim przypadku nie ma możliwości posłużenia się wykładnią zgodną z omawianą zasadą, albowiem wówczas nie ma żadnych wątpliwości co do obowiązku podatkowego. Obowiązek ten powstał, a dłużnik podatkowy, mimo świadomości jego istnienia, decyduje się na podjęcie czynności zmierzających do nieuczciwego uniknięcia obowiązku zapłaty należnego podatku. Nie może być mowy o wykładni wspierającej podatnika w sytuacji, gdy przepisów sankcjonujących jego nieuczciwość (tu: *actio pauliana*) nie ma w Ordynacji podatkowej. Zasada ta jest kierunkiem wykładni tylko w przypadku wątpliwości co do obowiązku podatkowego lub statusu podatnika w trakcie postępowania podatkowego.

Czy funkcje prawa podatkowego stoją w opozycji do zastosowania skargi pauliańskiej jako formy ochrony wierzyciela publicznoprawnego?

W literaturze podkreśla się, że celem podatków jest gromadzenie przez państwo środków zasilających dochody budżetowe, które są niezbędne do finansowania jego zadań, a obecnie wykorzystuje się je do realizacji zadań

⁶¹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.1197).

⁶² Zob. Ł. Matusiakiewicz, *Rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych na korzyść podatnika*, [w:] Ł. Matusiakiewicz, *ABC – Komentarz praktyczny*, LEX 2015.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

o charakterze nie tylko fiskalnym, ale również gospodarczym, społecznym i politycznym⁶⁵. Wynika to z tego, że system podatkowy nie funkcjonuje niezależnie, tylko stanowi część całego układu społeczno-gospodarczego i systemu finansowego państwa⁶⁶. Istotne znaczenie mają również funkcje prawa podatkowego, do których należy zaliczyć przede wszystkim funkcję dochodową, która służy przede wszystkim finansowaniu wydatków publicznych państwa, oraz funkcję niefiskalną, której realizacja wiąże się z oddziaływaniem systemu podatkowego na zjawiska i stosunki społeczno-gospodarcze, na przykład poprzez ich ochronę i utrzymanie, zmianę lub przekształcenie, czy też spowodowanie ustania lub ich ograniczenie⁶⁷. Prawo podatkowe nie stanowi bezcelowej ingerencji w prawo własności obywateli, lecz jest wyrazem dbania o nich, ponieważ odnoszą oni korzyści z realizowania przez państwo zadań publicznych. Nadto uważam, że funkcjonowanie systemu podatkowego jest wyrazem realizacji art. 1 Konstytucji RP, albowiem dzięki środkom pochodzącym z danin publicznych, władze są w stanie dbać o dobro wspólne. To, że prawo podatkowe charakteryzuje się przymusowością wynika – moim zdaniem – z tego, że obywatele są niezdolni do dobrowolnego przeznaczania części aktywów swojego majątku na cele społeczne, a więc potrzeba instytucji, które będą wspierały zadania wynikające z umowy społecznej⁶⁸. Rozważania na temat funkcji oraz celu prawa podatkowego dowodzą, że wierzytelność publicznoprawna winna być chroniona, albowiem jej realizacja sprzyja wykonywaniu przez państwo jego zadań. Podejmowanie przez wierzyciela publicznoprawnego prób zaspokojenia się, jest wyrazem troski o obywateli oraz o ich dobro wspólne, gdyż realizacja zdań publicznych ma przecież służyć wszystkim obywatelom. Niesankcjonowana nieuczciwość dłużnika podatkowego stanowi przykład unikania opodatkowania, a biorąc pod uwagę naturę ludzką, prowadzi do rozpowszechnienia takiego zachowania i tym samym przyczynia się do znacznego zmniejszenia wpływów do budżetu.

Skarga pauliańska a Ordynacja podatkowa

Analizując zagadnienie będące przedmiotem opracowania może nasunąć się pytanie, czy nie byłoby słuszne unormowanie skargi pauliańskiej w Ordynacji podatkowej, poprzez umieszczenie w niej przepisów identycznych do art. 527–534 k.c. Wprowadzenie tej instytucji do przepisów regulujących

⁶⁵ Zob. S. Dolata, *Podstawy wiedzy o polskim systemie podatkowym*, Warszawa 2009, s. 24.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Zob. A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 270–273.

⁶⁸ Zob. J.J. Rousseau, *Umowa Społeczna*, wyd. 5, Kęty 2007, s. 18–20.

postępowanie podatkowe mogłoby się przyczynić do ujednoczenia doktryny i położyłoby kres sporom dotyczącym możliwości zastosowania *actio pauliana* do ochrony wierzytelności publicznoprawnych. Uważam jednak, że na postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Moim zdaniem wprowadzenie skargi pauliańskiej do Ordynacji podatkowej i uznanie, że instytucja ta stanowi część postępowania podatkowego, dałoby organom podatkowym zbyt szeroki wachlarz możliwości, co doprowadziłoby do arbitralnego decydowania o skuteczności czynności prawnych oraz nadałoby organowi podatkowemu kompetencje sądu cywilnego – przy jednoczesnym zainteresowaniu rozstrzygnięciem sprawy. Taka sytuacja godziłaby w zasadę wyrażoną w rzymskiej paremii *nemo est iudex in propria causa*, której celem jest stanie na straży sprawiedliwości rozstrzygnięć. Podobne stanowisko zostało również wyrażone w wielokrotnie już przywoływanym wyroku SN z dnia 28 października 2010 r., w którym Sąd stwierdził, że nieprzyznanie organowi podatkowemu uprawnienia do ubezskuteczenia czynności prawnych jest usprawiedliwione i zasadne z punktu widzenia porządku konstytucyjnego, bowiem w przeciwnym wypadku organy posiadałyby kompetencje niezawisłych sądów⁶⁹. Powyższe nie jest jedynym uzasadnieniem niedopuszczalności unormowania skargi pauliańskiej w Ordynacji podatkowej. Taka regulacja bowiem – gdyby, podobnie jak w Kodeksie cywilnym, uprawnionym do rozstrzygnięcia był sąd powszechny – godziłoby w zasadę wywiedzioną z § 4 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej⁷⁰, zgodnie z którymi ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach. Przepis ten dotyczy tzw. powtórzeń zewnętrznych, czyli tych dokonanych w różnych ustawach, polegających na zamieszczeniu przepisu w takim samym kształcie słownym w kilku aktach normatywnych⁷¹. Za niesłuszne uważam również umieszczenie w Ordynacji podatkowej przepisów regulujących *quasi* skargę pauliańską. Mam tu na myśli *actio pauliana* w zmienionym kształcie, np. pozbawioną domniemań, poszerzającą zakres obligatoryjnych przesłanek czy też przewidującą krótszy termin zawity. Wskazane możliwe zmiany pozbawiałyby tak naprawdę skargę pauliańską jej szczególnego charakteru, łączącego wystarczającą ochronę wierzyciela z dostatecznym usankcjonowaniem nieuczciwości dłużnika i osoby trzeciej. Każdy kierunek zmiany byłby nieuzasadniony. Ułatwienia dla wierzyciela publicznoprawnego stanowiłyby nadmierną ingerencję w prawa

⁶⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 227/10, LEX nr 672686.

⁷⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. 2016.283).

⁷¹ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 2 czerwca 2002 r.*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 34.

majątkowe obywateli, natomiast utrudnienia – na przykład poprzez usunięcie domniemania świadomości lub wiedzy – czyniłoby *actio pauliana* zbyt trudną w zastosowaniu.

Powyższe rozważania, dotyczące umieszczenia w Ordynacji podatkowej przepisów regulujących skargę pauliańską, wskazują jednoznacznie, że takie działanie ustawodawcy nie byłoby właściwe. Dlatego też należy się zastanowić, czy nie słuszne jest umieszczenie w Ordynacji podatkowej przepisów odsyłających do instytucji unormowanej w art. 527 i n. Kodeksu cywilnego. Taki zabieg legislacyjny mógłby ostatecznie rozjaśnić wszelkie wątpliwości co do zasadności stosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych. Kwestia ta również była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 12 marca 2003 r. uznał, że nie jest wymagane istnienie przepisu szczególnego, wyraźnie przewidującego możliwość postąpienia się przez wierzyciela publicznoprawnego instrumentem prawa cywilnego w celu wyeliminowania skutków nieuczciwości dłużnika podatkowego⁷². Zdaniem Sądu, jeżeli wierzyciel publicznoprawny w ogóle nie ma możliwości wykorzystania drogi postępowania administracyjnego, to nie powinno mu się ograniczać drogi sądowej tylko dlatego, że celem jest ochrona wierzytelności publicznoprawnej⁷³. Uważam, że powyższe stanowisko jest słuszne oraz podzielam wspomniane wcześniej stwierdzenie SN, iż niektóre instytucje prawa cywilnego – w tym skarga pauliańska – stanowią wyraz podstawowych zasad porządku prawnego oraz przenikają cały system prawa⁷⁴. W mojej opinii nie jest zasadne umieszczanie przepisów odsyłających do *actio pauliana*, albowiem nie można wykluczyć potrzeby zastosowania również innych – istniejących obecnie lub w przyszłości – instytucji prawa cywilnego, do których należałoby również odesłać. Przyjęcie takich rozwiązań może prowadzić do interpretacji, że instytucje, do których nie odesłano, nie będą mieć zastosowania.

Jak już zostało nadmienione w przypadku nieuczciwego działania dłużnika podatkowego, na które nie ma remedium w Ordynacji podatkowej, wierzyciel publicznoprawny zmuszony jest korzystać ze skargi pauliańskiej dla ochrony interesu publicznego i w tym celu oczekiwać na rozstrzygnięcie sądu powszechnego, bowiem w tym sporze oba podmioty są równorzędne względem siebie. Skarga pauliańska, jako instrument prawa cywilnego, bezsprzecznie chroni wszystkich wierzycieli niezależnie od źródła powstania ich wierzytelności.

⁷² Zob. uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 12 marca 2003 r., III CZP 85/02, LEX nr 76145.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 227/10, LEX nr 672686.

Abstract

Fraudulent transfer and the defence of legal debt claim

The aim of this article is to analyze the admissibility of the *actio Pauliana* for the protection of public debts. These considerations are based mainly on judicial decisions made by common courts, the Constitutional Court as well as on the author's own observations. This article focuses on a situation where debtors intentionally lead to their insolvency and thus render it impossible for the public creditors to recover their debts. In spite of the fact that courts initially dismissed the possibility of applying the provision of the civil law to protect public debts, they changed their stance following the Constitutional Court judgment passed in 2000. Since then, the protection of public creditors has been considered to be admissible under the civil law. Such an approach was justified by turning public creditors into the subjects of the civil law. Therefore, public creditors are protected by the civil law if there are no public instruments available to them. Hence, the admissibility to apply an *actio Pauliana* in this case does not stand in opposition to the ban to use an analogy in the tax law as well as to the principle of *in dubio pro tributario* as the ban mentioned above refers to the scope of taxation, whereas the invoked principle only to the conduct of tax proceeding. Moreover, it is irrelevant that the institution of the *actio Pauliana* was not regulated in the Tax Ordinance Act as it was considered improper to repeat the provisions of the articles 527–534 of the Civil Code in the Tax Ordinance Act or to include the provisions referring to the *actio Pauliana* thereto.

Key words: the *actio Pauliana*, protection, debt, public

Streszczenie

Skarga pauliańska w ochronie wierzytelności publicznoprawnych

Celem artykułu jest analiza zagadnienia dopuszczalności zastosowania skargi pauliańskiej do ochrony wierzytelności publicznoprawnych. Rozważania opierają się głównie na badaniu orzecznictwa sądów powszechnych i Trybunału Konstytucyjnego oraz na własnych obserwacjach autora. Niniejszy artykuł omawia sytuację, w której dłużnik celowo doprowadza do swojej niewypłacalności, przez co uniemożliwia zaspokojenie się wierzyciela publicznoprawnego. Mimo, iż sądy pierwotnie odrzucały możliwość zastosowania prawa cywilnego do ochrony wierzytelności, których źródłem jest prawo publiczne, to od wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2000 r. stanowisko w badanej sprawie uległo zmianie. Od tamtej pory uważa się, że cywilnoprawna ochrona wierzyciela publicznoprawnego jest dopuszczalna. Takie podejście uzasadnione jest uznaniem wierzyciela publicznoprawnego za podmiot prawa cywilnego, a więc w przypadku braku publicznoprawnych instrumentów przysługuje mu również ochrona cywilnoprawna. Możliwość zastosowania skargi pauliańskiej w omawianej sytuacji nie stoi w opozycji do zakazu stosowania analogii w prawie podatkowym oraz do realizacji zasady *in dubio pro tributario*, albowiem wskazany zakaz odnosi się do zakresu opodatkowania,

a przywołana zasada wyłącznie do przebiegu postępowania podatkowego. Ponadto nie ma znaczenia fakt, że instytucja skargi pauliańskiej nie została uregulowana w Ordynacji podatkowej, albowiem za niewłaściwe uznane zostało zarówno powielenie przepisów art. 527–534 Kodeksu cywilnego w Ordynacji podatkowej, jak i zamieszczenie w niej przepisów odsyłających do *actio pauliana*.

Słowa kluczowe: skarga pauliańska, ochrona, wiarytelność, publicznoprawny

Paulina Wilhelmina Konarska

mgr, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Pobieranie i przeszczepianie narządów, tkanek i komórek *post mortem* w Azji na przykładzie Singapuru i Indii – wybrane aspekty

Transplantacja – wprowadzenie

Transplantacja uznawana jest obecnie za rutynową metodę leczenia, która umożliwia przedłużenie życia lub poprawę jego jakości u osób zmagających się ze skrajną niewydolnością narządów. Transplantacja (łac. *transplantare* – przesadzać) definiowana jest jako „zabieg przeniesienia komórek (np. szpiku), tkanek (np. skóry) lub narządów (np. serca, nerek, wątroby) w obrębie jednego organizmu lub między dwoma organizmami”¹. Współcześnie funkcjonuje wiele sposobów klasyfikowania przeszczepów. Jednym z nich jest podział, uwzględniający zgodność genetyczną, który pozwala dokonać rozróżnienia na tak zwaną autotransplantację polegającą na przemieszczeniu narządu, tkanek i komórek z jednego miejsca w inne, w ramach tego samego organizmu; homotransplantację polegającą na pobraniu narządu, tkanek lub komórek od jednej osoby i przeszczepieniu ich innej osobie, przy czym zarówno dawca jak i biorca są przedstawicielami tego samego gatunku oraz heterotransplantację polegającą na przemieszczeniu narządu, tkanek lub komórek od osobnika jednego gatunku do osobnika innego gatunku².

W większości aktów prawnych poruszających problematykę transplantacji przesądzającym kryterium podziału jest vitalność dawcy. Kryterium to pozwala dokonać rozróżnienia na tak zwaną transplantację *post mortem*, która polega na pobraniu narządu, tkanek lub komórek z organizmu dawcy zmar-

¹ M. Makara-Studzińska, A.J. Kowalska, K. Jakubowska, *Poziom wiedzy oraz opinie pielęgniarzek na temat transplantacji organów*, „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2012, t. 18, nr 1, s. 31.

² T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1982, s. 100.

łego i przeniesieniu ich do organizmu biorcy żyjącego oraz transplantację *ex vivo*, która polega na pobraniu narządu, tkanek lub komórek z organizmu dawcy żyjącego i przeniesieniu ich do organizmu biorcy żyjącego. Ze względu na obszerność poruszanej tematyki dalsze rozważania zostaną ograniczone do transplantacji *post mortem*.

Światowe standardy w zakresie pobierania i przeszczepiania narządów

Sięgając do tekstów rozmaitych dokumentów prawnych i pozaprawnych poruszających problematykę pobierania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek, wyodrębnić można kilka zasad ogólnych dotyczących zagadnienia poruszanego w niniejszej pracy. Jako jedną z podstawowych zasad transplantacji wymienia się zasadę pierwszeństwa dawstwa *post mortem*³. Przyjmuje się bowiem, że dopiero gdy brak jest odpowiedniego dawcy zmarłego oraz gdy brak jest równie skutecznej, alternatywnej metody leczenia dopuszczalne staje się przeprowadzenie pobrania narządów, tkanek i komórek od osoby żyjącej. Wynika to z faktu, że pobranie i przeszczepienie narządów, tkanek lub komórek *ex vivo* dla dawcy wiąże się zawsze ze stosunkowo dużym ryzykiem, z tego względu większość państw wprowadziła szereg rygorystycznych przesłanek, które należy spełnić, by móc przeprowadzić taki zabieg.

Kolejną zasadą jest zasada donacji, zgodnie z którą narządy, tkanki i komórki powinny być ofiarowane dobrowolnie i nieodpłatnie⁴. Zasadę tą wyraża zakaz przyjmowania zapłaty lub innych korzyści majątkowych za przeszczepy. Zgodnie z brzmieniem art. 21 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny⁵ ciało ludzkie i jego części stanowią dobro wykluczone z obrotu. Z kolei zgodnie z art. 21 Protokołu dodatkowego do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczącym transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego⁶ ciało ludzkie i jego części nie mogą, jako takie, stanowić źródła zysku ani innej

³ World Health Organization, *WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf, s. 3 [dostęp: 14.06.2016].

⁴ *Ibidem*, s. 5.

⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r., http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [dostęp: 17.06.2016].

⁶ Protokół dodatkowy do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczący transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego przyjęty w dniu 24 stycznia 2002 r. w Strasburgu, <http://bip.kprm.gov.pl/download/75/7511/uwagiMS2.pdf> [dostęp: 17.06.2016].

porównywalnej korzyści. Zakazuje się także reklamy i ogłoszenia zapotrzebowania na narządy bądź tkanki lub oferowania ich, w zamian za majątkową lub inną porównywalną korzyść.

Wśród światowych standardów transplantacji wymienia się również obowiązek dokonania autoryzacji pobrania⁷. Dokonanie autoryzacji pobrania, w zależności od przyjętego przez konkretne państwo rozwiązania, polega na ustaleniu, czy dawca lub upoważnieni do tego członkowie rodziny wyrażają zgodę na pośmiertne pobranie narządów. Zasadniczo dokonuje się rozróżnienia na tak zwany model zgody domniemanej (*system opt-out*), w którym obowiązuje prawnie wiążące domniemanie, że każda osoba wyraża zgodę na pobranie narządów po śmierci. Domniemanie to można jednak wzruszyć ustalając, że dawca lub osoba bliska wyraziła sprzeciw wobec pobrania. Drugim rozwiązaniem, znajdującym powszechne zastosowanie, jest model zgody rzeczywistej (*system opt-in*), w którym potencjalny dawca lub jego najbliżsi muszą bezpośrednio wyrazić zgodę na pośmiertne pobranie narządów. W praktyce wskazuje się, że przyjęty przez państwo model wyrażania zgody jest jednym z najważniejszych czynników wpływających na dostępność narządów.

Naczelną zasadą transplantacji jest również zachowanie bezstronności zespołu medycznego dokonującego pobrania⁸. Zasadę tą wyraża postulat by lekarze i inni członkowie personelu medycznego opiekujący się biorcą, a także komisja dokonująca stwierdzenia śmierci dawcy nie brali udziału w postępowaniu obejmującym pobieranie i przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów od tego dawcy. Przykładowo, zgodnie z art. 16 zdanie drugie Protokołu dodatkowego do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczącym transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego, lekarzami stwierdzającymi zgon nie mogą być osoby biorące bezpośrednio udział w pobraniu od tej osoby narządów lub tkanek, ani uczestniczące w późniejszych etapach procesu przeszczepienia, czy też osoby odpowiedzialne za leczenie potencjalnych biorców narządów lub tkanek.

Ostatnią, wspólną dla większości prawodawstw zasadą transplantacji jest zasada sprawiedliwej alokacji pobranych narządów, tkanek i komórek⁹. Wymaga się by państwa gwarantowały istnienie wewnętrznych systemów zapewniających pacjentom oczekującym na przeszczepienie sprawiedliwy dostęp do usług transplantacyjnych (art. 3 Protokołu dodatkowego do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczącym transplantacji narządów i tkanek

⁷ World Health Organization, *WHO Guiding Principles...*, s. 2.

⁸ *Ibidem*, s. 3.

⁹ *Ibidem*, s. 7.

pochodzenia ludzkiego). W większości państw standardem jest, że narządy, tkanki i komórki przydzielane są wyłącznie osobom wpisanym na krajową listę osób oczekujących na przeszczep, zgodnie z przejrzystymi, obiektywnymi, niedyskryminującymi i należycie uzasadnionymi kryteriami medycznymi (art. 3 zdanie drugie Protokołu dodatkowego do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczącym transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego). Prawidłowo funkcjonujący krajowy system transplantacyjny powinien zapewniać realizację wszystkich wymienionych wyżej zasad.

Problematyka niedoboru narządów do przeszczepienia

Procedura pobrania i przeszczepienia narządu, tkanek lub komórek jest żmudna i bardzo skomplikowana, a na jej sukces składa się wiele, nierzadko niezależnych od siebie, czynników, takich jak chociażby świadomość społeczna, kwalifikacje zespołu medycznego, ilość środków finansowych przekazywanych na opiekę zdrowotną z budżetu państwa czy obowiązujące ustawodawstwo. By przeprowadzić zabieg pobrania *post mortem* konieczne jest spełnienie nie tylko licznych warunków medycznych, lecz również prawnych. Do podstawowych przesłanek legalności transplantacji *post mortem* zalicza się: określenie celu pobrania (najczęściej będzie to cel diagnostyczny, leczniczy, naukowy lub dydaktyczny); stwierdzenie zgodnie z obowiązującymi regulami śmierci dawcy; dokonanie autoryzacji pobrania, a w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo, ustalenie czy właściwy organ nie wyraża sprzeciwu wobec zamiaru pobrania.

Jednakże, pomimo swej niezaprzeczalnej skuteczności medycyna transplantacyjna wciąż boryka się z licznymi problemami. Poza kwestiami *stricto* medycznymi, w zakresie transplantacji pojawia się wiele problemów etycznych, społecznych, psychologicznych, socjologicznych, kulturowych i prawnych. Jednym z najbardziej dotkliwych jest problem niedoboru narządów. Wskazuje się, że „w ciągu ostatnich dziesięcioleci wykorzystanie narządów ludzkich do przeszczepów stale rośnie, [zaś – P.K.] przeszczepianie narządów jest obecnie najbardziej opłacalnym sposobem leczenia całkowitej niewydolności nerek i jedyną dostępną metodą leczenia całkowitej niewydolności takich narządów jak wątroba, płuca czy serce”¹⁰. Niestety, pomimo ogromnego postępu jaki ostatnimi czasy dokonał się w medycynie, transplantacja nadal

¹⁰ Komisja Wspólnot Europejskich, *Komunikat Komisji dawstwo i przeszczepianie narządów: działania polityczne na poziomie UE*, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2007\)0275_JCOM_COM\(2007\)0275_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2007)0275_JCOM_COM(2007)0275_pl.pdf), s. 2 [dostęp: 8.04.2016].

nie jest metodą powszechnie dostępną dla każdej osoby, która potrzebuje leczenia. Niedobór organów to problem, z którym w większym lub mniejszym stopniu zmagają się współcześnie znakomita większość państw na świecie.

Wskaźniki przeszczepialności w państwach azjatyckich są niższe niż w państwach innych regionów świata. Wyniki przeprowadzanych badań wskazują, że na niedobór narządów w państwach azjatyckich wpływa szereg różnych czynników¹¹. Po pierwsze, większość państw azjatyckich uznawanych jest wciąż za kraje rozwijające się. Ogólny, zły stan finansów państwa powoduje, że nie przeznaczają się odpowiedniej ilości środków na, w gruncie rzeczy stosunkowo kosztowną, procedurę jaką jest transplantacja¹². Po drugie dużym problemem są poglądy Azjatów, którzy ze względu na wyznawaną religię lub przyjętą tradycję są w stanie odmówić akceptacji kryterium śmierci mózgowej lub sprzeciwić się idei pośmiertnego dawstwa narządów¹³. W końcu w większości państw azjatyckich nadal istnieje szereg barier prawnych, administracyjnych i organizacyjnych, które uniemożliwiają wykorzystanie w pełni potencjału dawstwa *post mortem*. Brak przepisów regulujących w sposób szczegółowy kryteria i sposób stwierdzenia śmierci mózgu, brak odpowiednich instytucji nadzorujących i koordynujących procedury transplantacyjne, przyjęcie przez większość państw modelu zgody rzeczywistej (*system opt-in*), a także wciąż widoczne zjawiska patologiczne, takie jak handel organami, to tylko niektóre z przyczyn powodujących, że wskaźniki przeszczepialności w państwach azjatyckich są wciąż o wiele niższe niż w państwach europejskich.

Wybrane aspekty pobierania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek w Singapurze

Medical (Therapy, Education and Research) Act z 1972 r.

Zasady i procedurę przeszczepiania narządów, tkanek i komórek w Singapurze regulują głównie dwa akty prawne. Pierwszym z nich jest uchwalony 28 marca 1972 r. Medical (Therapy, Education and Research) Act (dalej: MTERA), który reguluje problematykę pobierania wszystkich narządów, tkanek i komórek w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych. Pod rządami MTERA każda osoba (niezależnie od narodowości), która ukończyła 18 rok życia, może za życia wyrazić zgodę na pośmiertne

¹¹ L. Chung-Mau, *Deceased Donation in Asia: Challenges and Opportunities*, "Liver Transplantation" 2012, No. 18, s. 5.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

pobranie narządów¹⁴, jednakże zgoda obcokrajowca będzie skuteczna jedynie na terytorium Singapuru¹⁵. Zgodę można wyrazić w formie pisemnej lub w formie ustnej w obecności co najmniej dwóch świadków¹⁶. W sytuacji gdy potencjalny dawca przed śmiercią nie złożył odpowiedniego oświadczenia, zgodę na pobranie mogą wyrazić jego bliscy¹⁷. Wśród osób uprawnionych do wyrażenia zgody wymieniono małżonka, pełnoletnie dzieci, rodziców, pełnoletnie rodzeństwo, pełnomocnika ustanowionego za życia oraz każdą inną osobę uprawnioną lub zobowiązaną do dysponowania ciałem zmarłego¹⁸. Potencjalny dawca może ofiarować swoje narządy na rzecz konkretnego biorcy lub bez wskazania konkretnego biorcy¹⁹, zaś biorca uprawniony jest przyjąć lub odrzucić przekazany przez potencjalnego dawcę dar²⁰.

Zasadniczym celem przyświecającym ustawodawcy było uczynienie transplantacji *post mortem* rutynową, powszechnie dostępną metodą leczenia. Niestety, pod rządami uchwalonego w 1972 r. MTERA wskaźnik przeszczepialności w Singapurze był bardzo niski i pomimo licznych, rządowych akcji edukacyjno-informacyjnych oscylował wokół 1–2 % zadeklarowanych dawców pośmiertnych²¹. Wskazuje się, że w latach 1970–1978 w Singapurze przeprowadzono jedynie 22 przeszczepienia nerek, zaś w latach 1979–1981 nie odbył się tam ani jeden taki zabieg²². Problem chronicznego niedoboru narządów, skłonił władze do zmiany obowiązującego modelu wyrażania zgody²³.

Human Organ Transplant Act z 1987 r.

W 1987 r. Singapur stał się pierwszym krajem azjatyckim, w którym przyjęto model zgody domniemanej²⁴. Uchwalony w 1987 r. Human Organ Transplant Act (dalej: HOTA) w pierwotnej wersji swym zakresem obejmował je-

¹⁴ Medical (Therapy, Education and Research) Act, Part II, sec. 3, <http://statutes.agc.gov.sg/aol/download/0/0/pdf/binaryFile/pdfFile.pdf?CompId:57f7ffd6-6599-4c21-a2a7-80a4de6b129d> [dostęp: 18.04.2016].

¹⁵ Ministry of Health, *Understanding HOTA*, https://www.liveon.sg/content/dam/moh_liveon/docs/info_booklets/SO20870_Hota_english2013.pdf, s. 14 [dostęp: 16.04.2016].

¹⁶ Medical (Therapy, Education and Research) Act, Part. II, sec. 8.

¹⁷ *Ibidem*, Part II, sec. 4.

¹⁸ *Ibidem*, The schedule.

¹⁹ *Ibidem*, Part II, sec. 10.

²⁰ *Ibidem*, Part II, sec. 11.

²¹ J.L. Chin, T.H. Kwok, *Ethical challenges in the deceased organ donation programme: Asian perspectives. After presumed consent: a review of organ donation in Singapore*, "Indian Journal of Medical Ethics" 2015, Vol. XI, No. 3, s. 139.

²² National Library Board Singapore, *Human Organ Transplant Act (HOTA)*, http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html [dostęp: 10.04.2016].

²³ J.L. Chin, T.H. Kwok, *op. cit.*, s. 139.

²⁴ K.S. Prabhakar, *Cadaveric and living organ donation. natural limitations. Possible solutions. Singapore experience*, "Annals of Transplantation" 2004, No. 9 (1), s. 31.

dynie pobranie nerek od osób zmarłych w wyniku wypadku²⁵. Obecnie, na skutek nowelizacji dokonanej w 2004 r., ustawa swym zakresem przedmiotowym obejmuje nie tylko pobranie nerek, lecz również wątroby, serca i rogówki²⁶. Na skutek zmiany z 2004 r. pobrania można dokonać od wszystkich osób zmarłych, niezależnie od przyczyny śmierci²⁷. Początkowo HOTA znajdowało zastosowanie do wszystkich obywateli i stałych rezydentów Singapuru pomiędzy 21 i 60 rokiem życia, z wyjątkiem tych, którzy są muzułmanami oraz tych, którzy cierpią z powodu zaburzeń psychicznych²⁸.

Zakres podmiotowy ustawy uległ jednak zmianie na skutek dwukrotnej nowelizacji aktu. Pierwsza z nich dotyczyła likwidacji górnej granicy wieku (60 lat)²⁹. Druga skutkowałą rozszerzeniem zakresu stosowania HOTA na muzułmanów. Pierwotnie muzułmanie zostali bowiem wyłączeni spod zastosowania HOTA³⁰. Do 2007 r., zgodnie z postanowieniami HOTA, mogli oni wyrazić zgodę rzeczywistą wobec pobrania lub przekazać organy zgodnie z postanowieniami MTERA³¹. Na skutek zmiany stanowiska Rady Religii Islamskiej w 2008 r. usunięto przepisy zakładające automatyczne wyłączenie muzułmanów spod zastosowania konstrukcji zgody domniemanej³². W przypadku osoby, która nie ukończyła 21 roku życia pobrania można dokonać jeśli przedstawiciel ustawowy takiej osoby wyraził zgodę na zabieg³³.

Ustawa z 1987 r. wprowadziła model zgody domniemanej, zgodnie z którym pobrania można dokonać tak długo, jak długo nie ustalono, że potencjalny dawca, za życia wyraził sprzeciw wobec pośmiertnego dawstwa. Zgłoszenie

²⁵ A. Chern, *Regulation of Organ Transplants: A Comparison Between the Systems in the United States and Singapore*, <https://dash.harvard.edu/handle/1/8963882>, s. 22 [dostęp: 18.04.2016].

²⁶ T.K. Kwek, T. Lew, H. Ling Tan, S. Kong, *The Transplantable Organ Shortage in Singapore – Has Implementation of Presumed Consent to Organ Donation Made a Difference?*, "Annals Academy of Medicine Singapore" 2009, No. 38, s. 347.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Bertelsmann Stiftung Foundation, *Organ Transplant Act*, http://www.hpm.org/en/Surveys/University_of_Singapore_-_Singapore/01/Organ_Transplant_Act.html [dostęp: 7.04.2016].

²⁹ Ministry of Health, *Understanding...*, s. 9.

³⁰ Przyczyną takiego stanu rzeczy było związane z wyznawaną religią podejście do śmierci, zgodnie z którym śmierć człowieka następuje dopiero wtedy gdy obumrą wszystkie części jego ciała. W tym rozumieniu potencjalny dawca, pomimo stwierdzonej śmierci mózgu, poddawany resuscytacji krążeniowo-oddechowej nadal żyje, z tego względu niedopuszczalne jest usunięcie narządu do dawstwa, L. Chee Han, *Giving and receiving: Organ transplantation in Singapore*, <http://scholarbank.nus.edu.sg/bitstream/handle/10635/14438/Cover%20thesis.pdf?sequence=1>, s. 36 [dostęp: 8.04.2016].

³¹ J.L. Chin, T. H. Kwok, *op. cit.*, s. 140.

³² *Ibidem*.

³³ Human Organ Transplant Act, Part II, sec. 5 (2), <http://statutes.agc.gov.sg/aol/download/0/0/pdf/binaryFile/pdfFile.pdf?CompId:d3834cf4-6822-486c-b91f-a9edfdc3bb20> [dostęp: 18.04.2016].

sprzeciwu, zgodnie z obowiązującym prawem, powinno nastąpić w formie pisemnej, poprzez wypełnienie odpowiedniego formularza i następnie przesłania go do właściwej instytucji – National Organ Transplant Unit³⁴. Sprzeciw, zgłoszony przez potencjalnego dawcę, może dotyczyć zarówno wszystkich jak i tylko wybranych narządów³⁵. Ma on również charakter odwoalny³⁶. Pod rządami nowej ustawy członkowie rodziny potencjalnego biorcy formalnie nie mają prawa do zgłoszenia sprzeciwu wobec pobrania, niemniej jednak w praktyce ich zdanie jest przez lekarzy brane pod uwagę i w przypadku zgłoszenia stanowczego sprzeciwu, odstępuje się od pobrania³⁷. W sytuacji uzasadnionego podejrzenia, że zgon potencjalnego dawcy nastąpił w wyniku czynu zabronionego, stanowiącego przestępstwo, przed dokonaniem pobrania należy ustalić, czy właściwy organ (ang. *coroner*) nie wyraża sprzeciwu wobec zamiaru pobrania³⁸.

Interpretation Act z 1965 r.

Trzecim aktem regulującym problematykę pobierania narządów, tkanek i komórek w Singapurze jest Interpretation Act z 1965 r.³⁹ Interpretation Act zawiera m.in. definicję, kryteria i sposoby stwierdzenia śmierci⁴⁰. W Singapurze, podobnie jak w Polsce i wielu innych krajach⁴¹, za przesądzające kryterium, umożliwiające pobranie narządów, tkanek i komórek uznano nieodwracalne ustanie czynności mózgu (śmierć neurologiczną) oraz alternatywnie nieodwracalne ustanie krążenia. Kryteria i sposoby stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia oraz trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu określa Interpretation Act. Nieodwracalne ustanie czynności mózgu, na podstawie kryteriów określonych w ustawie, w Singapurze jednomyślnie stwierdza komisja złożona z dwóch lekarzy, posiadających odpowiednie kwalifikacje, przy czym, zgodnie z zasadą obiektywizmu – co najmniej jeden z nich nie może być zaangażowany w proces leczenia pacjenta oraz żaden z lekarzy nie może brać udziału w procedurze pobrania i przeszczepienia narządów⁴².

³⁴ Ministry of Health, *Understanding...*, s. 10.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ L. Chin, T.H. Kwok, *op. cit.*, s. 140.

³⁸ Human Organ Transplant Act (HOTA), Part II, sec. 6.

³⁹ L. Chee Han, *Giving and receiving: Organ transplantation in Singapore*, <http://scholarbank.nus.edu.sg/bitstream/handle/10635/14438/Cover%20thesis.pdf?sequence=1>, s. 37 [dostęp: 8.04.2016].

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Kryterium śmierci mózgu przyjęły min. Australia, Austria, Dania, Holandia, Niemcy, Kanada, Polska, Zjednoczone Królestwo oraz Stany Zjednoczone.

⁴² Interpretation Act, Part I, sec. 2a <http://statutes.agc.gov.sg/aol/download/0/0/pdf/binaryFile/pdfFile.pdf?CompId:1fb973ed-6e4f-481c-8715-fa173b545ba5> [dostęp: 18.04.2016].

Aktualny status transplantologii w Singapurze

Model zgody domniemanej w Singapurze obowiązuje już przeszło 29 lat. Pomimo wielkich nadziei, jakie w nim pokładano, dziś wiadomo, że wprowadzenie systemu *opt-out* nie przyniosło oczekiwanego efektu w postaci znacznego wzrostu liczby potencjalnych dawców z bijącym sercem⁴³, a wskaźniki przeszczepialności w Singapurze wciąż pozostają bardzo niskie w porównaniu z innymi krajami⁴⁴. Pod rządami HOTA w latach 1987–2004, jedynie 222 pacjentów otrzymało przeszczep nerek⁴⁵. Od drugiej połowy 2004 r., na skutek nowelizacji HOTA, liczba przeprowadzanych rokrocznie zabiegów nieznacznie wzrosła⁴⁶. W 2007 roku, przeprowadzono 46 przeszczepień nerki, 12 przeszczepień wątroby, 4 przeszczepienia serca i 106 przeszczepień rogówek⁴⁷. Dla porównania, w Polsce w 2007 r., przeprowadzono 652 przeszczepienia nerki, 178 przeszczepień wątroby i 64 przeszczepienia serca⁴⁸.

Przyczyn takiego stanu rzeczy można wymienić wiele. Przede wszystkim, pomimo wzrostu poziomu wykształcenia ogółu społeczeństwa, w Singapurze wciąż widoczna jest ogólna niechęć do oddawania narządów po śmierci⁴⁹. Wiele osób nadal wierzy, że konieczne jest zachowanie „jedności” ciała po śmierci, a jego rozczłonkowanie może przynieść nieszczęście lub zaburzyć spokój osoby zmarłej⁵⁰. Po wtóre, w Singapurze wciąż widoczne jest zjawisko tak zwanego „efektu gapowicza” (ang. „*free rider*”) ⁵¹. „Gapowicz” to osoba, która pragnie korzystać z dobrodziejstw systemu transplantacyjnego, jeśli pojawi się u niej taka potrzeba, jednakże nie ma zamiaru w nim partycypować, tj. nie zamierza ofiarować swoich organów po śmierci⁵². By wyeliminować to zjawisko, na mocy postanowień HOTA, w Singapurze wprowadzono reguły pierwszeństwa w zakresie alokacji narządów⁵³. Na mocy przyjętych reguł każ-

⁴³ Wskaźnik przeszczepialności w Singapurze w 2004 r. wyniósł 35 pmp, zaś w 2012 r. wyniósł 34 pmp - Ministry of Health, *Organ transplant rates*, https://www.moh.gov.sg/content/moh_web/home/pressRoom/Parliamentary_QA/2013/organ-transplant-rates.html [dostęp: 20.04.2016].

⁴⁴ T.K. Kwek, T. Lew, H. Ling Tan, S. Kong, *op. cit.*, s. 352.

⁴⁵ National Library Board Singapore, *Human Organ Transplant Act (HOTA)*, http://eresources.nlb.gov.sg/infopedia/articles/SIP_1401_2009-01-08.html [dostęp: 10.04.2016].

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Poltransplant, *Statystyka 2007*, http://www.poltransplant.org.pl/statystyka_2007.html [dostęp: 20.04.2016].

⁴⁹ T.K. Kwek, T. Lew, H. Ling Tan, S. Kong, *op. cit.*, s. 352.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A. Zúñiga-Fajuri, *Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile*, “Bulletin of the World Health Organization” 2015, No. 93, s. 199–202.

⁵² J.A. Chandler, *Priority Systems in the Allocation of Organs for Transplant: Should We Reward Those Who Have Previously Agreed to Donate?*, “Health Law Journal” 2005, No. 13, s. 122.

⁵³ A. Zúñiga-Fajuri, *op. cit.*

da osoba, która zdecyduje się ofiarować swoje narządy po śmierci, otrzyma pierwszeństwo w sytuacji, gdy sama potrzebować będzie przeszczepienia⁵⁴. Jeżeli potencjalny dawca złoży sprzeciw wobec pobrania, utraci pierwszeństwo w toku procedury alokacji narządu⁵⁵. Ze względu na dużą liczbę pacjentów oczekujących na przeszczepienie, szanse osoby, która utraciła pierwszeństwo na otrzymanie narządu są bliskie zeru⁵⁶. Niestety, ani zmiana obowiązującego modelu wyrażania zgody, ani wprowadzenie reguł pierwszeństwa nie spowodowało oczekiwanego wzrostu liczby potencjalnych dawców narządów, stąd wniosek, że inne czynniki, obok obowiązującej regulacji prawnej, mają większy wpływ na wskaźniki przeszczepialności.

Wybrane aspekty pobierania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek w Indiach

Przez wiele lat Indie uznawano za „lidera” w zakresie przeszczepiania nerek. W kraju, w którym jedna na trzy osoby żyje w skrajnym ubóstwie, wprowadzenie możliwości ofiarowania swoich organów osobie niespokrewnionej doprowadziło w krótkim czasie do komercjalizacji transplantacji oraz do rozwoju turystyki transplantacyjnej⁵⁷. Wzrost liczebności klasy średniej, brak krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych oraz rosnąca dysproporcja między bogatymi i biednymi to tylko niektóre z czynników, które wpłynęły na komercjalizację transplantacji w Indiach⁵⁸. Wzrost różnego rodzaju zjawisk patologicznych, takich jak sprzedaż narządów⁵⁹, w krótkim czasie doprowadził do rozwoju turystyki transplantacyjnej. Pacjenci z innych krajów zaczęli podróżować do Indii, by tam stosunkowo szybko, za odpowiednią opłatą, otrzymać potrzebny narząd, na który w innym państwie musieliby czekać miesiącami bądź nawet latami. W końcu, pod wpływem nacisków ze strony środowiska międzynarodowego i mediów, rząd indyjski przyjął ustawę⁶⁰ regulującą problematykę pobierania, przechowywania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek pochodzenia ludzkiego, zakazującą ich komercyjnego obrotu.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ A. Chern, *op. cit.*, s. 24.

⁵⁷ S. Shroff, *Legal and ethical aspects of organ donation and transplantation*, „Indian Journal of Urology” 2009, No. 25 (3), s. 348–355, <http://www.indianjurol.com/article.asp?issn=0970-1591;year=2009;volume=25;issue=3;spage=348;epage=355;aulast=Shroff> [dostęp: 18.04.2016].

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

Transplantation of Human Organ Act z 1994 r.

Uchwalona 11 lipca 1994 r. *Transplantation of Human Organ Act* (dalej: THOA) wzorowana była na ustawie brytyjskiej⁶¹. Po ogłoszeniu ustawy w 1995 r. rząd wydał do niej przepisy wykonawcze – *Transplantation of Human Organ Rules* (dalej: THOR)⁶². Ustawę transplantacyjną zmieniono w 2011 r., zaś reguły nowelizowano dwukrotnie – w 2008 i 2014 r. Do czasu uchwalenia THOA w Indiach praktycznie nie pobierano organów od dawców zmarłych – za wyjątkiem dwóch stanów, pobranie narządów, tkanek lub komórek od osoby zmarłej było bowiem nielegalne⁶³. Dopiero wyżej wskazana ustawa wprowadziła kryteria i sposoby stwierdzenia trwałego, nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgowia) oraz zalegalizowała eksplantacje *post mortem*, co pozwoliło na wykorzystanie narządów pochodzących od zmarłych dawców⁶⁴.

Niemniej jednak, pomimo uchwalenia THOA, potencjał transplantacji *post mortem* nie jest w Indiach w pełni wykorzystywany. Przykładowo, w latach 1994–2003 od dawców zmarłych przeszczepiono tam jedynie 600 organów⁶⁵. Przyczynami takiego stanu rzeczy są przede wszystkim: brak odpowiednich funduszy rządowych, brak aktywności szpitali w zakresie identyfikacji potencjalnych dawców oraz brak akceptacji kryterium śmierci neurologicznej przez społeczeństwo⁶⁶. Niestety, również uchwalona w 1994 r., wielokrotnie nowelizowana indyjska ustawa transplantacyjna przyczyniła się w pewnym stopniu do niepowodzenia programu dawstwa *post mortem*⁶⁷. Liczne luki prawne w THOA spowodowały, że była i nadal jest ona interpretowana oraz wdrażana przez władze i szpitale w różny sposób, a co za tym idzie, brak jest spójności w jej stosowaniu⁶⁸.

⁶¹ L. Srivastava, *Law & Medicine*, New Delhi 2010, s. 106.

⁶² Ministry of Health and Family Welfare, *Transplantation of Human Organs Rules*, [http://notto.nic.in/WriteReadData/Portal/images/THO-Rules-1995-\(Original-Rules\).pdf](http://notto.nic.in/WriteReadData/Portal/images/THO-Rules-1995-(Original-Rules).pdf) [dostęp: 16.04.2016].

⁶³ V.R. Muraleedharan, S.R. Prasad, *Regulation in Health Care in Tamil Nadu (India): A Study of the Implementation of Transplantation of Human Organs Act (THOA) 1994, and Consumer Protection Act (CPA) 1986*, http://r4d.dfid.gov.uk/PDF/Outputs/HealthEcFin_KP/ WP08_03.pdf, s. 27 [dostęp: 11.04.2016].

⁶⁴ S. Srinivasan, *Will the law against organ sale remain a moral victory?*, <http://infochangeindia.org/public-health/analysis/will-the-law-against-organ-sale-remain-a-moral-victory.html> [dostęp: 11.04.2016].

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ S. Seshdri, *Organ transplantation in India: Problems and solutions*, "The National Medical Journal of India" 2008, Vol. 21, No. 2, s. 60.

⁶⁷ S. Shroff, *op. cit.*, s. 348–355.

⁶⁸ *Ibidem*.

Pobieranie i przeszczepianie narządów, tkanek i komórek w Indiach pod rządami THOA

Zasada celowości w indyjskiej ustawie transplantacyjnej określona została bardzo wąsko – bowiem obejmuje ona jedynie cel leczniczy⁶⁹. W aktualnym stanie prawnym pobranie narządów, tkanek lub komórek ludzkich w jakimkolwiek innym celu jest niedopuszczalne, co niewątpliwie należy ocenić negatywnie. Podobnie jak w innych państwach azjatyckich, w Indiach obowiązuje obecnie *system opt-in*, co w praktyce oznacza, że konieczne jest wyrażenie rzeczywistej zgody na pośmiertne pobranie narządów. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem THOA, upoważnionym do wyrażenia zgody w pierwszej kolejności był potencjalny dawca, jednak pod warunkiem, że ukończył 18 rok życia⁷⁰. Zgoda taka powinna być wyrażona w formie pisemnej lub ustnie w obecności co najmniej dwóch świadków⁷¹. W takiej sytuacji biorcą narządu mogła być dowolna osoba⁷². Jeśli dawca nie wyraził zgody w formie pisemnej, zgodę mogła wyrazić osoba uprawniona do dysponowania ciałem zmarłego, np. członek rodziny, jednakże przyjmując to rozwiązanie biorcą mogła być jedynie osoba najbliższa⁷³. W przypadku osób zmarłych w szpitalu lub w więzieniu, w stosunku do których nie można było ustalić najbliższych krewnych w ciągu czterdziestu ośmiu godzin od chwili śmierci danej osoby, podmiotem uprawnionym do wyrażenia zgody był podmiot zarządzający szpitalem lub więzieniem bądź osoba przez niego upoważniona⁷⁴.

Przyjęte rozwiązanie okazało się jednak nieskuteczne. By zwiększyć dostępność narządów, tkanek i komórek w 2014 r. dokonano nowelizacji THOA w zakresie przeprowadzania autoryzacji pobrania. Od tej pory każdy lekarz ma obowiązek ustalić, czy członkowie najbliższej rodziny pacjenta, przebywającego na oddziale intensywnej opieki medycznej (wobec którego rozpoczęto procedurę stwierdzenia śmierci pnia mózgu), wyrażają zgodę na pośmiertne pobranie narządów (model *required request*)⁷⁵. Zatem aktualnie, nawet jeśli potencjalny biorca wyrazi za życia zgodę na donację *post mortem*, lecz jego najbliżsi w toku autoryzacji sprzeciwia się pobraniu, lekarz nie będzie mógł

⁶⁹ The Transplantation of Human Organs Act, Preamble, <http://notto.nic.in/WriteReadData/Portal/images/THOA-ACT-1994.pdf> [dostęp: 16.04.2016].

⁷⁰ *Ibidem*, chap. II sec. 3 (1).

⁷¹ *Ibidem*, chap. II sec. 3 (2).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, chap. II sec. 3 (3).

⁷⁴ *Ibidem*, chap. II sec. 5 (1).

⁷⁵ S. Nagral, J. Amalorpavanathan, *Deceased organ donation in India: where do we go from here?*, "Indian Journal of Medical Ethics" 2014, Vol. XI, No. 3, s. 164.

przeprowadzić eksplantacji⁷⁶. Ze względu na przyjęcie tego rozwiązania postuluje się wyrabianie kart dawcy (które jednak nie mają waloru prawnego, aczkolwiek sygnalizują wolę potencjalnego dawcy) oraz informowanie członków najbliższej rodziny o chęci ofiarowania swych narządów po śmierci⁷⁷.

Stwierdzenie śmierci pnia mózgu

Podobnie jak w innych państwach, w Indiach warunkiem pobrania organów jest uprzednie stwierdzenie śmierci mózgu (konkretnie śmierci pnia mózgu)⁷⁸. W Indiach śmierć pnia mózgu stwierdza komisja złożona z czterech lekarzy (z czego dwóch lekarzy zatwierdzanych jest przez władze rządowe) przeprowadzających odpowiednie badania i testy, dwukrotnie, w odstępie maksymalnie 6 godzin⁷⁹. Diagnozowanie śmierci mózgu w Indiach może mieć miejsce tylko i wyłącznie w autoryzowanych jednostkach (obecnie odbywa się to na wybranych oddziałach intensywnej opieki medycznej)⁸⁰. Niestety tego typu oddziałów jest w Indiach stanowczo za mało, a ich lokalizacja przypada zazwyczaj jedynie w dużych szpitalach. Brak odpowiednich procedur organizacyjnych oraz przeciążenie pracowników medycznych powoduje, że procedura wysunięcia śmierci mózgu przeprowadzana jest nadzwyczaj rzadko. W przeciwieństwie do innych państw, Indie nie posiadają również żadnego centralnego organu, którego zadaniem byłoby zarządzanie procedurą transplantacyjną. Brak krajowego rejestru dawców oraz brak krajowej listy osób oczekujących na przeszczepienie prowadzi do wielu nieetycznych praktyk i nierzadko skutkuje utratą z trudem pozyskanych organów⁸¹.

Aktualny status transplantologii w Indiach

Indie posiadają jeden z najniższych na świecie wskaźników przeszczepialności – od wielu lat oscyluje on wokół 0,08 PMP (ang. *persons as organ donors per million population*)⁸². Jeszcze do niedawna przeszczepiano tam właściwie

⁷⁶ The Organ Receiving & Giving Awareness Network (ORGAN) India, *Become a donor*, <http://www.organindia.org/become-a-volunteer> [dostęp: 16.04.2016].

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ The Transplantation of Human Organs Act, chap. II, sec. 3 (5).

⁷⁹ S. Shroff, *op. cit.*, s. 348-355.

⁸⁰ N. Nadir, *Law And Medicine: An Analysis Of The Organ Transplantation Law In India*, <http://www.legalserviceindia.com/article/1224-Organ-Transplantation-Law-In-India.html> [dostęp: 18.04.2016].

⁸¹ The Organ Receiving & Giving Awareness Network (ORGAN) India, *A study of the deceased organ donation environment in Delhi/NCR. An initiative of the Parashar Foundation in partnership with MOHAN Foundation*, <http://organindia.org/wp-content/uploads/2014/11/ORGAN-Research-Report.pdf>, s. 11.

⁸² The Times of India, *About organ Donation*, <http://timesofindia.indiatimes.com/aboutorgan>

jedynie nerki od żywych dawców niespokrewnionych⁸³. Pomimo iż Indie uznawane są za lidera w zakresie przeszczepiania nerek, ok. 90% pacjentów z krańcową niewydolnością tego narządu umiera jakiś czas po zdiagnozowaniu⁸⁴. Szacuje się, że jedynie ok. 2,5% chorych ostatecznie otrzymuje potrzebny narząd⁸⁵. Pozostali przez wiele lat są dializowani⁸⁶. W zakresie innych narządów, takich jak serce, płuca, czy wątroba, statystyki są jeszcze gorsze⁸⁷.

Indie nie wykorzystują w pełni potencjału dawstwa *post mortem*. Dzieje się tak z kilku powodów. Po pierwsze nadal brakuje tam infrastruktury niezbędnej do pozyskiwania narządów⁸⁸. Jak już wcześniej wspomniano procedurę wysunięcia podejrzenia śmierci mózgowej przeprowadza się jedynie w dużych szpitalach. Konieczne jest jednak wykorzystanie potencjału mniejszych szpitali posiadających OIOM-y⁸⁹. Kolejnym powodem jest stosunkowo niska świadomość społeczna⁹⁰. Mieszkańcy Indii nierzadko nie wiedzą czym w istocie jest śmierć mózgu oraz że możliwe jest pobranie narządów od osoby zmarłej⁹¹. Nawet wśród lekarzy brak jest odpowiedniej wiedzy i doświadczenia⁹². Ponadto, w wielu regionach Indii wciąż panuje przekonanie, że ofiarowanie narządów po śmierci jest sprzeczne z islamem⁹³. W celu eliminacji tego problemu postulować należy stałe promowanie idei dawstwa *post mortem* (również przez osoby duchowne) oraz systematyczne edukowanie społeczeństwa. Przyczyną społecznej niechęci wobec pośmiertnego dawstwa może być również występujące wciąż w praktyce zjawisko handlu organami⁹⁴. By jednak wyeliminować to zjawisko nie wystarczy wprowadzanie surowszych i bardziej kazuistycznych przepisów prawnych. Konieczne jest również propagowanie odpowiednich postaw i wprowadzenie instrumentów, które zagwarantują transparentność całej procedury.

donation.cms [dostęp: 11.04.2016].

⁸³ S. Nagral, J. Amalorpavanathan, *op. cit.*, s. 162.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 163.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ S. Srinivasan, *Will the law...*, *op. cit.*

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

Podsumowanie: pobieranie narządów, tkanek i komórek od zmarłych dawców w Azji

Współcześnie „medycyna transplantacyjna ma, z punktu widzenia interesu człowieka – zarówno jako jednostki, jak i całego społeczeństwa, znaczenie nad wyraz istotne. Dzięki postępowi osiągniętemu w tej dziedzinie powstały i nadal powstają jakościowo nowe oraz szerokie możliwości ratowania zdrowia i życia ludzkiego”⁹⁵. Jednakże, pomimo starań lekarzy, bez odpowiedniej liczby potencjalnych dawców, gotowych ofiarować swoje narządy, możliwość ratowania zdrowia i życia ludzkiego przy pomocy transplantacji stanie się iluzoryczna. Brak odpowiedniej ilości materiału transplantacyjnego to problem, z którym zmagają się obecnie znakomita większość państw. Niemniej jednak wśród państw azjatyckich jest on o wiele bardziej dotkliwy niż w innych regionach świata. Azja to kontynent pod wieloma względami bardzo różnorodny. Nawet w obrębie poszczególnych krajów, brak tam jednolitych poglądów religijnych, politycznych, społecznych i kulturowych⁹⁶. Z całą pewnością ta mozaika poglądów powinna być brana pod uwagę w toku dyskusji nad promocją idei dawstwa *post mortem*⁹⁷.

W większości krajów azjatyckich brak jest odpowiednich struktur administracyjno-organizacyjnych dotyczących omawianej metody leczenia. By zagwarantować transparentność procedur transplantacyjnych należy postulować ustanawianie ogólnokrajowych, niezależnych organów zajmujących się nadzorowaniem i koordynowaniem owych procedur. Konieczne jest również wprowadzenie centralnych rejestrów potencjalnych dawców (ewentualnie zgłoszonych sprzeciwów) oraz krajowych list osób oczekujących na przeszczepienie. Wydaje się bowiem, że jedynie wprowadzenie tego typu rejestrów jest w stanie zagwarantować sprawiedliwy i przejrzysty proces alokacji pozyskanych narządów⁹⁸. Postęp w zakresie transplantacji – czy to *post mortem*, czy też *ex vivo* nie będzie również możliwy bez odpowiedniego zwiększenia ilości przekazywanych ze środków publicznych funduszy.

Ponadto, w wielu krajach azjatyckich wciąż brakuje odpowiednich regulacji prawnych. Wprowadzenie jednolitych, wewnętrznie spójnych regulacji wraz z odpowiednimi przepisami wykonawczymi przyczyniłoby się dodatko-

⁹⁵ A. Skorek, *Pośmiertne dawstwo organów – kwestie prawne i etyczne w protokole II do EKB w sprawie transplantacji organów i tkanek pochodzenia ludzkiego*, „Kardiochirurgia i Torakochirurgia Polska” 2008, nr 5 (3), s. 339.

⁹⁶ L. Chung-Mau, *Deceased Donation...*, *op. cit.*, s. S6.

⁹⁷ *Ibidem*, s. S7.

⁹⁸ The Organ Receiving & Giving Awareness Network (ORGAN) India, *Recommendations – Future Strategy and Action Plan*, <http://www.organindia.org/recommendations-future-strategy-action-plan-2> [dostęp: 18.04.2016].

wo do lepszego wykorzystania potencjału omawianej metody leczenia. Zarówno w Singapurze, jak i w Indiach nadal widoczna jest również ogólnospołeczna niechęć do poruszania tematyki śmierci i kwestii z nią związanych. Wiele osób wciąż nie rozumie bądź nie akceptuje kryterium śmierci mózgu, co w efekcie prowadzi do wyrażania sprzeciwu wobec pośmiertnego dawstwa w momencie dokonywania autoryzacji przez personel medyczny. By uzyskać zaufanie społeczeństwa konieczne jest nie tylko wprowadzenie przejrzystych procedur stwierdzania śmierci mózgu⁹⁹, lecz również uczynienie kryterium śmierci mózgu przedmiotem publicznej debaty. Jedynie przeprowadzona na szeroką skalę, ogólnokrajowa akcja informacyjno-edukacyjna może przynieść rozwiązanie tego problemu.

De lege ferenda w krajach azjatyckich należałoby postulować wprowadzenie tak zwanego modelu hiszpańskiego. Model hiszpański oparty jest na kilku podstawowych zasadach. Po pierwsze, w Hiszpanii podstawowym źródłem materiału transplantacyjnego są osoby zmarłe w wyniku nieodwracalnego ustania czynności mózgu¹⁰⁰, co w praktyce oznacza ograniczenie do niezbędnego minimum zabiegów z udziałem dawców żyjących, dla których zabiegi takie, jak już na wstępie niniejszego opracowania wspomniano, są bardzo ryzykowne. Po drugie, formalnie obowiązuje tam model zgody domniemanej, niemniej jednak w praktyce członkowie rodziny zmarłego zawsze mają prawo wyrazić sprzeciw wobec pobrania. Przyjęcie takiego rozwiązania z całą pewnością buduje zaufanie społeczeństwa nie tylko wobec personelu medycznego, lecz również wobec samej metody leczenia jaką jest transplantacja.

Niezależnie jednak od przyjętego modelu wyrażania zgody na pobranie, fundamentem modelu hiszpańskiego jest instytucja koordynatora transplantacyjnego. Wskazuje się, że „przeważnie funkcję koordynatora transplantacyjnego pełni osoba z wykształceniem medycznym (lekarz, pielęgniarka), która organizuje, nadzoruje, koordynuje i dokumentuje całość złożonej, wielodyscyplinarnej i rozciągniętej w czasie pracy zespołów transplantacyjnych w zakresie identyfikacji i kwalifikacji dawcy narządów, opieki nad dawcą, pobrania wielonarządowego, alokacji, dystrybucji i przeszczepienia narządów oraz wczesnej i późnej opieki nad biorcą przeszczepu”¹⁰¹. Zadaniem koordynatora jest ponadto „kształtowanie wizerunku transplantologii klinicznej w społeczeństwie w ogóle i w społeczności medycznej”¹⁰². W Hiszpanii koordynato-

⁹⁹ J.L. Chin, T.H. Kwok, *op. cit.*, s. 142.

¹⁰⁰ R. Matesanz, B. Dominguez-Gil, E. Coll, G. de la Rosa, R. Marazueta, *Spanish Experience as a Leading Country: What Kind of Measures Were Taken?*, “Transplant International” 2011, No. 24, s. 334.

¹⁰¹ Poltransplant, *Koordinator Transplantacyjny*, <http://www.poltransplant.org.pl/kt.html> [dostęp: 20.06.2016].

¹⁰² *Ibidem*.

rzy działają na trzech poziomach: krajowym, regionalnym oraz na poziomie szpitala¹⁰³. Koordynacja całej procedury przez osoby wysoce wykształcone, posiadające odpowiednie przygotowanie skutkuje nie tylko szybszą identyfikacją i kwalifikacją dawców, lecz również wzrostem liczby uzyskiwanych autoryzacji. Wydaje się zatem, że wprowadzenie w krajach azjatyckich funkcji koordynatora transplantacyjnego mogłoby wpłynąć pozytywnie na ilość dokonywanych zabiegów¹⁰⁴.

Wartym wprowadzenia rozwiązaniem, przyjętym w Hiszpanii, jest również przekazywanie dodatkowych środków finansowych szpitalom przeprowadzającym zabiegi pobrania i przeszczepienia narządów, tkanek i komórek¹⁰⁵. W modelu hiszpańskim takie podmioty za każdym razem otrzymują z budżetu państwa określoną ilość środków na sfinansowanie materiałów oraz personelu niezbędnych do przeprowadzenia pobrania. Takie rozwiązanie wpływa pozytywnie na aktywność poszczególnych szpitali w zakresie transplantacji i bezpośrednio przyczynia się do wzrostu liczby przeprowadzanych zabiegów. Hiszpania od wielu lat pozostaje światowym liderem w zakresie ilości rokrocznie przeprowadzanych przeszczepień – wskaźnik przeszczepialności od 2011 r. oscyluje tam wokół 33–35 PMP (ang. *persons as organ donors per million population*)¹⁰⁶. Ze względu na powyższe, model hiszpański został w powodzeniem przyjęty w wielu innych państwach (min. w Polsce, na Węgrzech, w Portugalii oraz w Brazylii¹⁰⁷). Z całą pewnością inkorporowanie choćby wybranych elementów modelu hiszpańskiego w państwach azjatyckich przyczyniłoby się do wzrostu wskaźników przeszczepialności.

Pomimo że na świecie większość narządów, tkanek i komórek przeszczepia się od osób zmarłych, w Azji prawdopodobnie jeszcze przez najbliższych kilka lat żyjący dawcy pozostaną głównym źródłem materiału transplantacyjnego. Wydaje się, że nawet zmiana obowiązujących przepisów prawnych i ustanowienie odpowiednich struktur nie jest w stanie zmienić tej sytuacji, bowiem jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, „transplantacja to szczególny rodzaj leczenia, wymagający akceptacji społecznej”¹⁰⁸. Zatem by w pełni wykorzystać ogromny potencjał omawianej metody leczenia w krajach azjatyckich

¹⁰³ R. Matesanz, B. Dominguez-Gil, E. Coll, G. de la Rosa, R. Marazuela, *op. cit.*, s. 334.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Organ and Tissue Authority, *International approaches to organ donation reform*, http://www.donatelife.gov.au/sites/default/files/OTA_Fact_Sheets_-_International_approaches_to_organ_donation_reform_November_2013.pdf, s. 4.

¹⁰⁶ European Hospital, *The Spanish Model*, <http://www.healthcare-in-europe.com/en/article/10030-the-spanish-model.html> [dostęp: 20.06.2016].

¹⁰⁷ R. Matesanz, B. Dominguez-Gil, E. Coll, G. de la Rosa, R. Marazuela, *op. cit.*, s. 336.

¹⁰⁸ B. Król, J. Zembala-John, *Transplantacja narządów aspekty medyczne, prawne i organizacyjne*, Zabrze 2013, s. 9.

konieczna jest przede wszystkim zmiana ogólnospołecznego nastawienia do transplantacji. Systematyczne upowszechnianie wiedzy o transplantacji wśród społeczeństwa oraz wprowadzenie funkcji koordynatora transplantacyjnego mogłoby pozytywnie wpłynąć na ilość dokonywanych autoryzacji, a co za tym idzie, na ilość rokrocznie przeprowadzanych pobrań. Niemniej jednak należy pamiętać, że jedynie działania podejmowane na różnych szczeblach, wielotorowo są w stanie wesprzeć program dawstwa *post mortem*, a co za tym idzie, ograniczyć niezwykle dotkliwy problem niedoboru narządów w krajach azjatyckich.

Abstract

The *post mortem* taking and transplant of organs, tissues and cells in Asia: the case of Singapore and India – selected aspects

Nowadays, transplantation is regarded as a routine method of treatment. Transplantation can greatly improve quality of patients life. Despite its undeniable effectiveness transplantation medicine still suffers from many problems. One of the most severe is the problem of shortage of organs. The shortage of organs is a problem with which to a greater or lesser extent, is struggling today the vast majority of countries in the world. However, transplantation rates in Asian countries are lower than in the other regions of the world. The results of the research indicate that the shortage of organs in the Asian countries affected by a variety of factors. To fully exploit the potential of this method of treatment in Asian countries it is necessary to change the general social attitude. The systematic dissemination of knowledge, increase the funds transferred from the state budget, the introduction of independent central coordinating bodies and amend the existing laws may contribute to the development program of post-mortem donations and thus, influence the limit problem shortage of organs in the Asian countries.

Key words: deceased donation, organ shortage, Singapore, India

Streszczenie

Pobieranie i przeszczepianie narządów, tkanek i komórek *post mortem* w Azji na przykładzie Singapuru i Indii – wybrane aspekty

Transplantacja uznawana jest obecnie za rutynową metodę leczenia, która umożliwia przedłużenie życia lub poprawę jego jakości u osób zmagających się ze skrajną niewydolnością narządów. Pomimo swej niezaprzeczalnej skuteczności medycyna transplantacyjna wciąż boryka się z licznymi problemami. Jednym z najbardziej dotkliwych jest problem niedoboru narządów. Niedobór organów to problem, z którym w większym lub mniejszym stopniu zmagają się współcześnie znakomita większość państw na świecie. Niemniej jednak, wskaźniki przeszczepialności w państwach azjatyckich są o wiele niższe niż w państwach innych regionów świata. Wyniki przeprowadzanych badań

wskazują, że na niedobór narządów w państwach azjatyckich wpływa szereg różnych czynników. By w pełni wykorzystać ogromny potencjał omawianej metody leczenia w krajach azjatyckich konieczne jest podjęcie na różnych szczeblach szeregu działań. Systematyczne upowszechnianie wiedzy o transplantacji; zwiększenie funduszy przekazywanych z budżetu państwa na opiekę zdrowotną; wprowadzenie niezależnych, centralnych organów koordynujących i nadzorujących procedury transplantacji oraz zmiana obowiązującego prawa mogą przyczynić się do rozwoju programu dawstwa *post mortem*, a co za tym idzie, wpłynąć na ograniczenie problemu niedoboru narządów w krajach azjatyckich.

Słowa kluczowe: transplantacja *post mortem*, niedobór narządów, Singapur, Indie

Marta Rzadkowska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zachowania samobójcze wśród dzieci i młodzieży – charakterystyka ryzyka i profilaktyka

Wprowadzenie

Samobójstwa wśród najmłodszych członków społeczeństwa są trudnym i kontrowersyjnym tematem. Niepokojącym zjawiskiem była gwałtownie rosnąca w latach 90. XX wieku liczba samobójstw wśród nastolatków w wieku 15–19 lat. Na początku lat 90. samobójstwa stanowiły ok. 10% wszystkich zgonów w tej grupie wiekowej, a w 2000 r. – już ponad 16%. Ten wysoki status nadal się utrzymuje i – pomimo istotnego spadku ogólnej liczby zgonów wśród młodych osób – zamachy samobójcze w 2013 r. stanowiły przyczynę prawie 1/5 ich zgonów¹. Ze względu na skalę zjawiska oraz rozpowszechnienie się zachowań parasuicydalnych i prób samobójczych w młodszych grupach wiekowych – temat pozostaje wciąż otwarty i wymaga zebrania szczegółowej wiedzy. Niniejszy artykuł przybliży problematykę samobójstw dzieci i młodzieży poprzez próbę definicji oraz przedstawianie zakresu wiedzy i badań dotyczących tego zjawiska w Polsce i na świecie oraz czynników ryzyka. Konsekwencją zebrania wiedzy z wielu dyscyplin zajmujących się problematyką samobójstw młodzieżowych jest zaproponowanie skutecznych działań profilaktycznych.

Definicja i charakterystyka zjawiska

Samobójstwo to zjawisko uniwersalne w dziejach człowieka. Ogólnie rzecz ujmując, samobójstwo jest przedmiotem badań wielu dyscyplin naukowych: kryminologii, socjologii, psychologii oraz medycyny. Stąd wielość spojrzeń

¹ Główny Urząd Statystyczny, *Podstawowe informacje o rozwoju demograficznym Polski do 2014 roku*, Warszawa 2015.

i definicji. Klasyczne rozumienie przedstawił Emil Durkheim i określa je jako „każdy przypadek śmierci będący wynikiem bezpośredniego lub pośredniego negatywnego lub pozytywnego działania, wykonanego przez samą ofiarę, która wie, jaki będzie rezultat tego działania”². Mimo dużej pojemności znaczeniowej, podana definicja jest obciążona pewnymi wadami—nie rozróżnia samobójstw pod względem motywacji, albo szeroko pojętych zachowań ryzykownych, autodestrukcyjnych. Tymczasem samobójstwo traktuje się we współczesnej literaturze w bardziej złożony sposób. Naukowcy odchodzą od definiowania w kategoriach jednostkowego, tragicznego przypadku, na rzecz myślenia o samobójstwie, jako wieloetapowym procesie.

Kryzys suicydalny, składa się z kilku faz powiązanych ze sobą w czasie. Teoria ta opiera się na holistycznej koncepcji człowieka, kiedy zachowania, dążenia, i jego procesy poznawcze (myśli, fantazje, wyobrażenia) są ze sobą powiązane. Samobójstwo widziane jest zatem jako złożony problem—zarówno w swoich motywach, działaniu, jak i antycypacji skutków. Jednym z badaczy, który zwraca uwagę na złożony i procesowy charakter samobójstwa, jest Brunon Hołyst. Według niego takie działanie „było kulturową formą rozwiązywania problemów życiowych wedle nakazów zewnętrznych, [...] społeczną formą wyłączenia się z obiegu świadczeń [...], formą psychicznej dezakceptacji określonej formy życia, biologiczną formą ucieczki przed bólem, ideologiczną formą buntu wobec nieuchronności śmierci, którą można uczynić aktem wyboru czasu, miejsca i sposobu odejścia ze świata żywych”³. Hołyst podaje cztery etapy, które składają się na zamach samobójczy: samobójstwo wyobrażone (pojawienie się myśli o samobójstwie, jako sposobie rozwiązania problemów), upragnione (narastające myśli, które formułują się w konkretny zamiar, cel), usiłowane (próby samobójcze bez osiągnięcia celu) oraz dokonane (zamach kończący się śmiercią)⁴. Zenomena Płużek opisuje, że sytuacja suicydalna jest swoistym kontinuum zaczynając od myśli samobójczych, poprzez tendencje, aż po sam akt samobójczy, kiedy „człowiek przezwycięża wahania, lęk i niepewność oraz podejmuje świadomą decyzję o śmierci”. W literaturze znane są podobne definicje zachowań samobójczych⁵. Agnieszka Gmitrowicz podaje definicję samobójstwa jako zamierzonego, samodzielnego działania, które jest zagrażające życiu i może skutkować śmiercią. Stanowi także przejaw nasilonej agresji, nie tylko nakierowanej na samobójcę, ale tak-

² E. Durkheim, *Samobójstwo. Studium z socjologii*, Warszawa 2011.

³ B. Hołyst, *Samobójstwo – przypadek czy konieczność*, Warszawa 1983, s. 12–13.

⁴ *Ibidem*; M. Studzińska-Makra, *Wybrane zagadnienia z problematyki suicydologii*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2001, t. XXVI (17), s. 219–230.

⁵ Z. Płużek, *Samobójstwa jako wyraz autoagresji*, [w:] *Wybrane zagadnienia z psychologii osobowości*, red. P. Oleś, Lublin 1997, s. 11–39.

że na całe otoczenie osoby targającej się na swoje życie⁶. Kryzys suicydalny jest także przedstawiany w literaturze z punktu widzenia powodów, które doprowadziły do podjęcia tego rodzaju czynu. Według Susłowskiej i Sztompki chroniczny stres, konflikty i frustracje powodują tzw. atmosferę samobójczą, czyli narastającą niechęć do życia, która prowadzi do pojawienia się myśli o śmierci. W atmosferze samobójczej jest gotowość do popełnienia czynu, ale działania wyzwała bezpośredni powód, który można nazwać „kroplą przelewająca szalę goryczy”. Wynikiem jest akt samobójczy. Także niejednokrotnie sugerowanie się bezpośrednim powodem samobójstwa jest niewystarczające do zrozumienia całego procesu suicydalnego. Dlatego istotna jest wiedza dotycząca zarówno motywów bezpośrednich, jak i pośrednich – prawdziwych, głębokich, często trudnych do identyfikacji w pierwszym kontakcie z osobą w kryzysie⁷. Z punktu widzenia medycyny i kryminologii samobójstwo jest rodzajem śmierci gwałtownej. Do śmierci tej dochodzi wówczas, gdy na cały ustroj lub ważne dla życia układy czy narządy zadziałały szkodliwe czynniki zewnętrzne, wywołując uraz, którego natężenie powoduje przekroczenie granic wytrzymałości lub adaptacji danego ustroju, ponad możliwość zachowania życia w zmienionych warunkach⁸.

Samobójstwo, w kategorii zjawiska społecznego uważane, jest za przejaw dezintegracji społecznej. Pojawianie się tego zjawiska świadczy o osłabieniu mechanizmów kontroli społecznej, a także rozluźnianiu powszechnie akceptowanych norm i wartości. Każde społeczeństwo boryka się z zachowaniami destrukcyjnymi, czy dezadaptacyjnymi, do których zaliczamy: przestępczość, autodestrukcję, a także kwestie patologii instytucji. Współcześnie zjawiska patologii społecznej wynikają z intensywnych zmian politycznych, gospodarczych i kulturowych. „Nasilenie dewiacyjnych zachowań można sprowadzić do trzech kategorii uwarunkowań szeroko omawianych w literaturze przedmiotowej: osłabienie więzi społecznych, osłabienie mechanizmów kontroli społecznej, wzrost napięcia między celami i możliwościami ich realizacji (duża rozpiętość między najniższymi i najwyższymi szczeblami drabiny społecznej)”⁹.

Zamachy samobójcze podzielić można na dwie grupy: dokonane oraz usiłowane (niedokonane). Do drugiej grupy włącza się także demonstracje

⁶ A. Gmitrowicz, *Psychiatryczno-psychologiczna ocena młodocianych po zatruciach samobójczych*, „Psychiatria Polska” 1998, nr 10, s. 113–121; eadem, *Uwarunkowania zachowań samobójczych młodzieży*, „Suicydologia” 2005, nr 1, s. 71–76.

⁷ M. Studzińska-Makra, *op. cit.*

⁸ L. Bednarski, A. Urbank, *Śmierć samobójcza – perspektywa kryminologiczna i pedagogiczna*, Kraków 2012.

⁹ K. Kuberska-Przekwas, *Samobójstwa dzieci i młodzieży jako choroba społeczna*, „Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy. Nauki Społeczne. Wyższa Szkoła Informatyki i Ekonomii Towarzystwa Wiedzy Powszechnej” 2014, nr 9, s. 51–69.

samobójcze – zdecydowanie liczniejsze wśród młodych ludzi i kobiet. Postrzegane są one jako „wołanie o pomoc”. Według światowej Organizacji Zdrowia (WHO) próba samobójcza to „działanie podjęte bez tragicznego zakończenia życia, w którym jednostka rozważa: albo zapoczątkowanie nietypowego zachowania, albo przyjęcie substancji w dawce większej niż terapeutyczna w celu osiągnięcia zmiany poprzez aktualne lub oczekiwane fizyczne konsekwencje”¹⁰. Warto w tym miejscu wspomnieć także o pojęciu Erwina Ringela – zespołu presuicydalnego. Według badacza jest to zespół cech, które charakteryzują szczególnie osoby zamierzające targnąć się na swoje życie. Na zespół ten składają się: przeżywanie silnych, negatywnych emocji, w tym szczególnie lęku i niepokoju, zaniżona samoocena, poczucie beznadziejności, co prowadzi do rezygnacji. Kolejną cechą zespołu presuicydalnego są przejawy autoagresji, a trzecią – rozważanie samobójstwa w kontekście rozwiązania wszelkich problemów. Ringel opisał także szereg sygnałów, które otoczenie osoby w zespole presuicydalnym, może odebrać jako ostrzeżenie. Zaliczył do nich, między innymi, żegnanie się poprzez np. pisanie listów, testamentu, wizyty u bliskich w takim celu, częste mówienie o śmierci, rozważanie na jej temat, przygotowywanie miejsca lub środków do popełnienia samobójstwa w tym leków, sznura lub ostrych narzędzi. Należy zwrócić uwagę na nagłą poprawę stanu psychicznego osoby, która znajdowała się w głębokiej depresji lub na skraju popełnienia samobójstwa. Taka sytuacja nazywana jest „złowieszczym spokojem” i może świadczyć o tym, że osoba chora podjęła ostateczną decyzję i już nie odczuwa nasilonego niepokoju, a wręcz ulgę ze względu na postrzegane rozwiązanie wszystkich problemów¹¹.

Podsumowując, wielość definicji i sposobów widzenia aktów samobójczych potwierdza szerokie zainteresowanie tym tematem. Wszystkie podane definicje i teorie można odnosić nie tylko do dorosłych, ale także do dzieci i młodzieży. Rośnie świadomość i zainteresowanie problemem autoagresji i samobójstw właśnie w najmłodszych grupach wiekowych. Z punktu widzenia osób dorosłych, takie czyny dokonywane przez młodych ludzi, mogą wydawać się niepojęte. Jednak w związku z rosnącym problemem na świecie oraz w Polsce, należy przyjrzeć się temu zjawisku, aby dobrze je zbadać, co może dać podstawę do planowania skutecznych działań profilaktycznych.

¹⁰ B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2004; eadem, *Osobowościowe korelaty prób samobójczych u młodzieży*, Kraków 2005.

¹¹ E. Ringel, *Gdy życie traci sens. Rozważania o samobójstwie*, Szczecin 1987; *Samobójstwo. Stare problemy, nowe rozwiązania*, red. J. Stojer-Polańska, J. Biderman-Zaręba, Kraków 2013; M. Studzińska-Makra, *op. cit.*

Czynniki ryzyka i przyczyny samobójstw u dzieci i młodzieży

Jednym z podstawowych czynników ryzyka wystąpienia kryzysu suicydalnego jest sytuacja rodzinna młodego człowieka. Najnowsze badania wskazują, że samobójstwa dotyczą nie tylko rodzin wieloproblemowych, lecz są zjawiskiem występującym w takim samym stopniu w tzw. rodzinach dobrze funkcjonujących. Także status majątkowy rodziny nie jest podstawowym predyktorem wystąpienia samobójstwa u dziecka. Do negatywnie wpływających czynników zalicza się: występowanie zaburzeń psychicznych w rodzinie (przede wszystkim depresji i choroby afektywnej dwubiegunowej), uzależnienia od środków psychoaktywnych i przemocy domowej (włącznie z używaniem przemocy fizycznej wobec dziecka oraz molestowaniem seksualnym). Ryzyko popełnienia samobójstwa zależy także od przyjętego stylu wychowawczego. Zauważono, że skrajne sposoby wychowywania mogą przyczynić się do powstania zamiaru samobójczego. Zarówno autorytarny sposób podchodzenia do dzieci, jaki mało zaangażowany, zaniedbujący są czynnikami ryzyka. Wykazano, że nieprawidłowe relacje z rodzicami przyczyniają się do samobójstw dzieci i młodzieży. Najczęściej występującymi relacjami w rodzinach, w których doszło do czynów samobójczych, była: nadmiernie zaangażowana, krytyczna i kontrolująca matka przy wycofanym, cichym, niezaangażowanym ojcu. Wiele spośród badanych osób stwierdziło, że ich relacje z ojcem były niewystarczające – ojcowie nie stanowili wsparcia ani autorytetu¹². Klimat emocjonalny i atmosfera w rodzinie są niejednokrotnie przyczynami wystąpienia samobójstw wśród dzieci. Brak bliskości emocjonalnej, mała ilość czasu i uwagi poświęcana dzieciom, a także niezaspokajanie podstawowych potrzeb emocjonalnych – to jedne z najczęściej wymienianych czynników ryzyka. Do istotnych predyktorów wystąpienia autoagresji w rodzinie, zalicza się podobne przypadki zachowań w przeszłości, a także destrukcyjne wzorce rodzinne. Traumatyczne zdarzenia w okresie dzieciństwa niekorzystnie wpływają na dalsze życie młodych ludzi, szczególnie jeśli nie było interwencji psychologicznej lub wsparcia ze strony znaczących osób dorosłych. W rodzinach, w których dorastają dzieci o skłonnościach samobójczych często przejawiają liczne cechy, świadczące o dysfunkcji i niestabilności. Dane empiryczne wskazują, że młodzi ludzie o skłonnościach samobójczych pochodzą z rodzin, w których współlistnieje co najmniej kilka z wymienionych problemów oraz dochodzi do ich kumulacji. Do pogłębiania się ryzyka samobójczego może przyczynić się izolacja rodziny i brak wsparcia zewnątrz-

¹² A. Carr, *Depresja i próby samobójcze młodzieży. Sposoby przeciwdziałania i reagowania*, Gdańsk 2004; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*; eadem, *Osobowościowe korelaty...*, *op. cit.*; *Samobójstwo. Stare problemy...*, *op. cit.*

nego, ponieważ dzieci są lojalne wobec rodziców i mają przekonanie, że nie powinny ujawniać sekretów rodzinnych, więc powstrzymują się od szukania pomocy poza najbliższym otoczeniem¹³.

Duże znaczenie w kształtowaniu się zamiaru samobójczego przypisuje się obecnie Internetowi oraz mediom. W globalnej sieci powstają specjalne fora, witryny oraz strony poświęcone tematyce samobójstw. Wymieniane miejsca są rodzajem swoistych „poradników” dla osób pragnących popełnić samobójstwo. Nawet jeśli nie nakłaniają wprost, to stanowią ogólnodostępną bazę wiedzy z zakresu sposobów odebrania sobie życia. Stosunkowo nowym zjawiskiem w dziedzinie autoagresji są transmisje internetowe aktów samookaleczeń, a nawet samobójstw, rejterowane za pomocą kamer internetowych. Biorąc pod uwagę sprawność i zainteresowanie młodych ludzi nowymi mediami, w tym Internetem, można zauważyć jak duże znaczenie jest przypisywane sieci i może być także czynnikiem ryzyka w powstawaniu myśli i tendencji samobójczych. W związku z tym „British Medical Journal” w 2008 roku przygotował raport, pod kierunkiem Lucy Biddle, opisujący zjawisko wpływu Internetu na zamachy samobójcze wśród młodych ludzi. Naukowcy poddali analizie 480 stron internetowych, które powiązali z tematem samobójstw. Z przeprowadzonych badań wynika, że ponad połowa serwisów internetowych dotyczących autoagresji zachęcała to popełniania tego typu czynów. Ponad 40 przebadanych stron zawierało informację na temat metod i sposobów odebrania sobie życia. Tyle samo witryn stanowiło bezpośrednie relacje z czynów autoagresywnych. Tylko 62 serwisy internetowe, spośród wszystkich poddanych analizie, poświęcone były zapobieganiu samobójstwom. Różnica ujawniła się także w pozycjonowaniu stron internetowych – zdecydowanie łatwiej i szybciej można wyszukać informacje dotyczące zachęcania do popełniania tego typu czynów, niż profilaktyki. Nie mamy wpływu na treści umieszczane na zagranicznych serwerach, odnalezienie stron analizowanych w raporcie „British Medical Journal” nie jest problemem dla polskich odbiorców. Z punktu widzenia zagrożenia, największe niosą ze sobą strony i serwisy, które stanowią bazę wiedzy na temat sposobów i metod odebrania sobie życia¹⁴.

¹³ A. Bąbik, D. Olejniczak, *Uwarunkowania i profilaktyka samobójstw wśród dzieci i młodzieży w Polsce*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2004, nr 13 (2), s. 99–121; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kusztal, *Dziecko zagrożone wykluczeniem. Elementy diagnozy, działania profilaktyczne i pomocowe*, Kraków 2011; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młodzież wobec zjawiska śmierci samobójczej*, „Człowiek i Społeczeństwo” 1997, nr 15, s. 97–110; R. O’Connor, N. Sheehy, *Zrozumieć samobójcę*, Gdańsk 2002; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*

¹⁴ P. Drzewiecki, *Samobójstwa nastolatków w Internecie w perspektywie pedagogiki mediów*, „Kultura – Media – Teologia” 2011, nr 2, s. 61–72.

Należy zauważyć, że namawianie do popełnienia zamachu samobójczego jest karalne na podstawie art. 151 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny (Dz.U. 1997 r. Nr 88 poz. 553 z późn. zm), który stanowi, że ten, kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że przestępstwo określone w art. 151 k.k. ścigane jest z urzędu, funkcjonowanie stron internetowych zachęcających do podejmowania zachowań suicydalnych winno być przedmiotem szczególnego zainteresowania organów ścigania zwłaszcza, że w wielu przypadkach ofiarami są dzieci i młodzież. Czyn sprawcy, polegający na doprowadzeniu do targnięcia się na własne życie osoby małoletniej czy niepełnoletniej, powinien być surowiej karany niż czyn sprawcy polegający na doprowadzeniu do targnięcia się na własne życie osoby mogącej w pełni rozpoznać znaczenie swojego działania. Gdyby w konkretnym przypadku okazało się, że zachęta do popełnienia samobójstwa ze strony internetowej mogła mieć wpływ na podjęcie decyzji i próby samobójczej, mielibyśmy ewidentnie do czynienia z przestępstwem z art. 151 k.k., choć wykazanie związku treści internetowych z próbą popełnienia samobójstwa może być trudne.

Czynniki środowiskowe, które mogą wpłynąć na ryzyko samobójstwa młodej osoby, to niekorzystna sytuacja w środowisku rówieśniczym, szczególnie w szkole i klasie. Odrzucenie, brak akceptacji, przemoc fizyczna, psychiczna i seksualna to najczęstsze dysfunkcje występujące w środowisku osób, które targnęły się na swoje życie. Ponadto wymienia się także niekorzystny stosunek do szkoły i nauki, brak sukcesów, złe zachowanie i przynależność do grup zdemoralizowanych. Także brak zaangażowania w instytucje i grupy o charakterze rozwojowym, afiliacyjnym oraz niestabilny system wartości i przekonań religijnych¹⁵.

Ryzyko samobójstwa jest większe w przypadku osób przejawiających szereg specyficznych cech osobowościowych i charakterologicznych. Cechy, które współwystępują z okresem adolescencji, są także powiązane z pojawieniem się ryzyka zamachu samobójczego. Zaliczamy do nich: labilność emocjonalną, nadmierną autoanalizę, podkreślanie skrajnych opinii i sądów (co może przyczynić się do wyobcowania, odrzucenia, poczucia bycia niezrozumianym).

Z ryzykiem samobójczym związane są także: wysoka impulsywność zachowania, nadmierna wrogość i agresja, często powiązana z autoagresją i skłonnością do samookaleczenia się. Czynniki osobowościowe, które są ponadto

¹⁵ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kusztal, *op. cit.*; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młodzież wobec...*, *op. cit.*; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*; W. Pilecka, *Psychologia zdrowia dzieci i młodzieży. Perspektywa kliniczna*, Kraków 2011.

wymienianie jako predyktory zachowań autoagresywnych to: mała odporność na stres powiązana z brakiem adekwatnych sposobów radzenia sobie, wahania samooceny, niska motywacja osiągnięć powiązana niejednokrotnie z zachowaniami gwałtownymi (typu *acting-out*), drażliwość, skłonność do doznawania rozczarowań, wysoki poziom lęku, poczucie niższości, prowokacyjne zachowania, niepewność co do własnej tożsamości lub orientacji seksualnej. Szereg problemów o charakterze poznawczym: sztywność myślenia, tendencja do fantazjowania, niski poziom inteligencji. Brak hobby, zainteresowań i przynależności do grupy dającej oparcie to kolejne czynniki ryzyka¹⁶. Wymienione cechy osobowości często występują w połączeniu z zaburzeniami psychicznymi. Duże zainteresowanie budzi związek między cechami osobowości, stylem poznawczym, a ryzykiem czynów autodestrukcyjnych wśród młodych ludzi, jednak wciąż brakuje danych na temat konkretnych czynników determinujących takie zachowania. Samobójstwa najczęściej występują w grupie dzieci i młodzieży, u których zdiagnozowano co najmniej jedno zaburzenie. Najczęstszym predyktorem samobójstwa jest współwystępowanie depresji z poniżej opisanymi zaburzeniami i dysfunkcjami psychicznymi oraz z zachowaniami antyspołecznymi (wysokiego poziomu agresji i autoagresji przy niskim poziomie lęku). Depresyjne dziewczęta mają silną tendencję do wycofywania się, stają się milczące, przygnębione i beczynne. W tej grupie często współwystępują zaburzenia odżywiania, szczególnie anoreksja i bulimia. Chłopcy, u których diagnozowana jest depresja, częściej przejawiają zachowania agresywne wobec otoczenia, co dodatkowo stanowi czynnik ryzyka przyczyniając się do ich alienacji i osamotnienia w środowisku. Depresja nie jest jednak czynnikiem determinującym wystąpienie zachowań samobójczych, ale te dwa zjawiska często współwystępują. Co więcej depresja jest także jednym z sygnałów ostrzegawczych dla otoczenia¹⁷. Zaburzenia zachowania, zaburzenia lękowe, epilepsja oraz nadużywanie substancji psychoaktywnych to kolejne problemy zdrowotne, które niejednokrotnie leżą u podłoża tego

¹⁶ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; A. Czabański, *Młódzież wobec...*, *op. cit.*; M. Janos-Kozik, *Samobójstwa w populacji rozwojowej*, „Świat Lekarza” 2015, nr 3, s. 42–45; R. O’Connor, N. Sheehy, *op. cit.*; M. Penkowska, *Dziecko po próbie samobójczej wstępna analiza badań przeprowadzonych w Klinice Psychiatrii Rozwojowej, Zaburzeń Psychotycznych i Wieków Podeszłego Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego im. Prof. T. Bilikiewicza GUM*, „Zdrowie i Dobrostan” 2014, nr 3, s. 109–116; J. Szymańska, *Warunki skuteczności pedagogiki szkolnej*, „Remedium” 2007, nr 8, s. 4–5.

¹⁷ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kusztal, *op. cit.*; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młódzież wobec...*, *op. cit.*; idem, *Charakterystyka zachowań samobójczych młodzieży*, [w:] *Samobójstwo wśród młodzieży – wołanie o pomoc*, Materiały z Międzynarodowej Konferencji Naukowej z 22.01.2010, Szkoła Wyższa im. Bogdana Jańskiego, Chełm 2010; A. Gmitrowicz, *Uwarunkowania zachowań...*, *op. cit.*, s. 71–76; M. Janos-Kozik, *op. cit.*; R. O’Connor, N. Sheehy, *op. cit.*

typu zachowań. Historia prób samobójczych oraz leczenia psychiatrycznego jest istotnym czynnikiem ryzyka dla powtórnych zachowań samobójczych. Szczególnie niebezpieczne jest połączenie wcześniejszych prób samobójczych, problemy natury psychicznej, odrzucanie pomocy oraz autoagresja w postaci samookaleczania się¹⁸.

Nagle, niedawne traumatyczne zdarzenia życiowe to czynniki, które mogą wyzwać (przyspieszać) decyzję o zamachu samobójczym. Młode osoby, które przejawiają skłonności autoagresywne, mają także niską odporność na stres oraz nieadekwatne sposoby radzenia sobie z trudnościami. Współwystępowanie tego typu czynników jest dodatkowym obciążeniem, które nie pozwala radzić sobie z trudnościami takimi, jak: utrata bliskiej osoby z rodziny lub kręgu przyjaciół, istnienie silnego konfliktu rodzinnego lub w grupie rówieśniczej, ciężka choroba somatyczna związana z odczuwaniem chronicznego bólu. Zdarzenia życiowe mogące stać się wyzwalaczami zachowań suicydalnych, to także porażka w ważnym dla młodej osoby zadaniu, niechciana ciąża, chęć naśladowania osób będących autorytetami lub idolami. Zatem stresujące zdarzenia życiowe często poprzedzają zachowanie samobójcze poprzez powodowanie poczucia bezradności, beznadziejności i rozpacz¹⁹.

Bezpośrednio, o zagrożeniu samobójstwem mogą świadczyć gromadzone informacje na temat sposobów popełnienia samobójstwa, dostępność metod (np. leki) a także listy i poeznania²⁰.

Statystyki i badania dotyczące zjawiska w Polsce i na świecie

Sytuacja na świecie

Według Światowej Organizacji Zdrowia każdego roku w Europie popełnia samobójstwo 150 tys. ludzi. Z czego 10% to osoby poniżej 24 roku życia²¹. Z raportu opublikowanego w 1999 roku wynika, że mężczyźni częściej popełniają samobójstwa niż kobiety, a stosunek ten wynosi 3:1. Wśród kobiet

¹⁸ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kusztal, *op. cit.*; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młodzież wobec...*, *op. cit.*; idem, *Charakterystyka zachowań...*, *op. cit.*; M. Janos-Kozik, *op. cit.*; H. Kędziela-Olech, G. Żak, B. Kalinowska et al., *Częstotliwość zamierzonych samookaleczeń bez intencji samobójczych – Nonsuicidal Self-Injury (NSSI) wśród uczniów szkół ponadpodstawowych w odniesieniu do wieku i płci*, „Psychiatria Polska” 2015, nr 4, s. 765–778.

¹⁹ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kusztal, *op. cit.*; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młodzież wobec...*, *op. cit.*; idem, *Charakterystyka zachowań...*, *op. cit.*; M. Janos-Kozik, *op. cit.*; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*

²⁰ A. Carr, *op. cit.*; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2004; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*

²¹ A. Gmitrowicz, *Uwarunkowania zachowań...*, *op. cit.*

częstsze są myśli samobójcze oraz próby odebrania sobie życia. W młodszych grupach wiekowych samobójstwa chłopców to druga przyczyna śmierci (po wypadkach), a w populacji dziewcząt – czwarta. W Szwecji samobójstwa są na pierwszym miejscu przyczyn zgonów zarówno wśród dziewcząt, jaki chłopców. W Stanach Zjednoczonych na przestrzeni lat 1980–1992 wskaźnik samobójstw w przedziale między 10. a 14. rokiem życia wzrósł o 120%. Taki wynik upatruje się w większej dostępności do narzędzi takich jak broń palna i substancje psychoaktywne²². Prawie we wszystkich krajach Europy i w Stanach Zjednoczonych stosunek wskaźnika samobójstw dla chłopców do wskaźnika samobójstw dla dziewcząt w grupie wiekowej 10–14 lat jest mniejszy od 1, a w grupach wiekowych 15–19 lat i 20–24 większy niż 1 i wzrasta z wiekiem²³. Niezależnie od grupy wiekowej, liczebność dziewcząt po próbie samobójczej jest 2–3 razy większa niż chłopców. Z przeglądu badań wynika, że występowanie prób samobójczych (roczne i w ciągu życia) wśród uczniów szkół podstawowych i średnich stwierdzono u 1,3–20%, natomiast myśli samobójczych – w szerokich granicach 3–59% badanych. Około 10–40% młodocianych osób, które podjęły pierwszą próbę samobójczą, ponawia ją w ciągu najbliższego roku. Odrębne badania dotyczą osób chorych psychicznie²⁴.

Sytuacja w Polsce

W ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat uległa zmianie struktura i dynamika samobójstw. Przede wszystkim wzrósł wskaźnik samobójstw w populacji ogólnej, który w pierwszym dziesięcioleciu XXI w. wynosił około 15/100 tys., osiągając najwyższy poziom w 2009 roku (16,9/100 tys.). To lokuje Polskę na 16 miejscu w regionie europejskim i w pierwszej dwudziestce na świecie. Zwiększył się również udział samobójstw w młodszych grupach wiekowych. Zmianie podlegają także przekonania dotyczące samobójstw. W przeciągu ostatnich kilkunastu lat zmieniło się nastawienie społeczne do samobójstw – ludzie mają większą wiedzę na temat przyczyn samobójstwa, są skłonni zgłaszać takie przypadki, częściej też mówi się o tym problemie w ogólnych mediach i środkach przekazu. Z danych Światowej Organizacji Zdrowia wynika, że liczba zamachów dokonanych w tym czasie wzrosła w Polsce trzykrotnie.

Inaczej przedstawiają się dane statystyczne Komendy Głównej Policji i Głównego Urzędu Statystycznego. W 2010 roku zostało odnotowanych przez Policję ponad pięć tysięcy zamachów samobójczych z czego ponad cztery tysiące to samobójstwa dokonane. Natomiast według GUS w 2010 roku

²² B. Pilecka, *Osobowościowe korelaty...*, *op. cit.*

²³ A. Gmitrowicz, *Uwarunkowania zachowań...*, *op. cit.*

²⁴ *Ibidem.*

dokonano ponad sześć tysięcy samobójstw. W 2013 roku, według Komendy Głównej Policji ponad osiem tysięcy zamachów samobójczych, z czego sześć tysięcy było zakończonych zgonem. Podobnie, jak w danych światowych także w Polsce widać dużą dysproporcję w liczbie samobójstw popełnianych przez mężczyzn w stosunku do aktów samobójczych kobiet. Notuje się prawie pięciokrotną różnicę. Samobójstwa są jedną z trzech podstawowych przyczyn zgonów młodych ludzi w wieku od 15 do 25 lat. Roczny wskaźnik prób samobójczych wynosił 3,5 %, wskaźnik prób w ciągu życia – 7 %, co stanowi średni poziom w skali Europy²⁵. W populacji szpitalnej pacjentów z zaburzeniami psychicznymi próby samobójcze występują u ponad 50 % badanych²⁶. W Polsce, spośród wszystkich odnotowanych samobójstw, stwierdzono 41 zamachów wśród dzieci poniżej 14 roku życia, natomiast w grupie 15–19 lat – 418²⁷. Samobójstwa to 23% wszystkich zgonów w grupie wiekowej 1–19 lat, co stanowi drugą przyczynę śmierci nieletnich, po wypadkach. Zauważono także różnicę według płci – samobójstwa chłopców to ok. 26% wszystkich przyczyn zgonów, a wśród dziewcząt ok. 16%. Z danych GUS wynika, że w 2008 roku odnotowano 302 zgony z powodu samobójstw w grupie wiekowej 10–19 lat. Współczynnik zgonów w grupie 10–14 lat u chłopców wynosił 1,8, a u dziewczyn 0,8. Im starszą grupę się rozpatruje, tym wyższe są współczynniki. Na przykład dla grupy wiekowej 15–19 lat współczynnik ten wynosił 16,2 u chłopców, a 4,1 u dziewczyn. Według Głównego Urzędu Statystycznego najwyższy współczynnik samobójstw wśród młodych ludzi, przypada w województwach: podlaskim (13,3), lubelskim (12,9) i zachodniopomorskim (11,6). Z kolei najniższy współczynnik odnotowano w województwie świętokrzyskim (5,8), wielkopolskim (5,9) i śląskim (6,1)²⁸. Wśród młodzieży znacznie częstsze są próby samobójcze, w porównaniu z innymi populacjami. Najistotniejszym predyktorem wystąpienia prób samobójczych w najmłodszej grupie wiekowej, jest leczenie psychiatryczne. Samobójstwa dzieci i młodzieży, zgodnie z wynikami badań, w takim samym stopniu dotyczą dużych aglomeracji miejskich, jak i terenów wiejskich. Także samobójstwa młodzieżowe cechuje jedna zmienna. Im starsze osoby popełniają zamach, tym częściej jest on zakończony zgonem²⁹.

Współczynnik samobójstw wykazuje tendencję wzrostową u obu płci. Miesiącami, w których dzieci i nastolatki popełniały najwięcej samobójstw były maj i styczeń. Mogło to być związane z sytuacją szkolną, a dokładniej

²⁵ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

²⁶ M. Janos-Kozik, *op. cit.*

²⁷ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem*, B. Pilecka, *Osobowościowe korelaty... op. cit.*

z nieotrzymaniem promocji do następnej klasy. Najmniej tych zdarzeń zanotowano w lipcu i sierpniu, co może sugerować, że stres szkolny jest jednym z głównych przyczyn samobójstw wśród dzieci i młodzieży³⁰.

Sposoby zapobiegania i profilaktyka

Sposoby zapobiegania samobójstwom powinny przybierać formę szeroko zakrojonej profilaktyki zaburzeń i zachowań ryzykownych. Skuteczność podejmowanych działań zależy od wielu czynników, przede wszystkim od zakresu odbiorców, którzy są objęci wsparciem. Odpowiednio wdrażana profilaktyka dostarcza narzędzi do zapobiegania skłonnościom autodestrukcyjnym i ich skutkom. Brunon Hołyst wyróżnia pięć poziomów oddziaływań profilaktycznych: pierwszy, najogólniejszy obejmuje całe społeczeństwo i składa się z działań promujących życie oraz edukujących w zakresie adekwatnych sposobów radzenia sobie z trudnościami, co w konsekwencji ma kształtować tzw. „postawy antysuicydalne”. Kolejny poziom skierowany jest do grupy osób, które mogą być zagrożone podejmowaniem zachowań ryzykownych. Trzeci poziom skierowany został do poszczególnych osób, które znajdują się w systemie instytucji i są w grupie największego ryzyka. Czwarty i piąty poziom profilaktyki zakłada działania postsuicydalne, czyli oferuje opiekę i wsparcie dla osób, które już targnęły się na swoje życie, tak aby objąć je terapią i skutecznym zapobieganiem kolejnym próbom. Działania z tych poziomów profilaktyki obejmują także rodzinę i bliskich osoby, która próbowała popełnić samobójstwo zgodnie z założeniem, że występowanie zachowań suicydalnych w rodzinie jest jednym z najistotniejszych predyktorów zagrożenia ponowną próbą samobójczą³¹.

Przy okazji rozważań nad profilaktyką samobójstw warto wymienić także czynniki chroniące przed podejmowaniem zachowań autodestrukcyjnych. Zaliczane są do nich: czynniki indywidualne, osobowościowe, takie jak: pozytywna samoocena, umiejętność przyjmowania i poszukiwania pomocy, adekwatne sposoby radzenia sobie z trudnościami i stresem itp. Dobre relacje z bliskimi i rodziną to kolejny aspekt chroniący przed aktem samobójczym. W szerszym kontekście można rozpatrywać także znaczenie czynników społecznych i kulturowych – zaangażowanie w życie społeczności lokalnej: w pracy, szkole lub miejscu zamieszkania, uprawianie sportu, uczestnictwo w życiu duchowym i religijnym, dobre relacje społeczne. Jednym z najważniejszych grup czynników chroniących są te, związane ze zdrowiem psychicznym³².

³⁰ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

³¹ *Ibidem*; A. Carr, *op. cit.*; A. Czabański, *Młodzież wobec...*, *op. cit.*; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*

³² *Ibidem*; A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; L. Bednarski, A. Urbanek, *op. cit.*; K. Biel, J. Kuształ, *op. cit.*

Bezpośrednie działania zapobiegające zamiarom samobójczym, w grupie wysokiego ryzyka nazywane są profilaktyką presuicydalną. Skuteczność tych działań w dużej mierze zależy od momentu, kiedy zostały wdrożone. Ten rodzaj profilaktyki należy planować jako dłuższe i wielostronne działania. Pierwszym krokiem do wdrażania skutecznych metod jest diagnoza osób w grupie ryzyka. Stopień zagrożenia targnięciem się na swoje życie określany jest poprzez obserwację szeregu czynników, charakterystycznych dla zespołu presuicydalnego, opisanego powyżej według Erwina Ringela³³. Anthony Mitchel twierdzi, że należy przede wszystkim zwrócić uwagę, na to czy osoba zaczyna się żegnać, rozdawać swoje przedmioty, wprost mówi o śmierci, jako o rozwiązaniu problemu, gromadzi środki, które mogą jej posłużyć do odebrania sobie życia (np. leki, ostre narzędzia itp.). W grupie najwyższego ryzyka są osoby, które już wcześniej próbowały popełnić samobójstwo oraz chorujący psychicznie, szczególnie na schizofrenię oraz choroby afektywne³⁴.

Badania American Association of Suicidology pokazują, że około 80% osób zamierzających popełnić samobójstwo, zanim zdecyduje się ostatecznie, stara się dać znać otoczeniu o swojej sytuacji i poszukuje wsparcia³⁵. Według Joanny Szymańskiej 25% nastolatków, po próbach samobójczych twierdziło, że pomimo poszukiwań pomocy oraz wsparcia u bliskich i znaczących osób dorosłych, jej nie otrzymało. Biorąc pod uwagę wyniki tych badań, można założyć, że istotnym elementem profilaktyki jest psychoedukacja szeroko rozumianego otoczenia osób młodych zagrożonych popełnieniem samobójstwa³⁶. Osoby z najbliższego otoczenia stanowią najważniejszą grupę wsparcia dla jednostki zagrożonej zamachem samobójczym. Stąd, rozpowszechnianie rzetelnej wiedzy na temat zaburzeń psychicznych, objawów i profilaktyki zamachów, samobójczych ma kluczowe znaczenie. Szybka i przemyślana reakcja otoczenia może być jednym z najskuteczniejszych sposobów zapobiegania, a zwłaszcza wykształcanie umiejętności rozpoznawania wczesnych objawów oraz udzielania pomocy. Profilaktyka samobójstw powinna obejmować wiele instytucji i środowisk, a jej skuteczność zależy od wielotorowego działania. Działania powinny być podejmowane na płaszczyźnie rodziny, szkoły, policji, ochrony zdrowia oraz administracji rządowej i samorządowej. Zgodnie z tymi założeniami Joanna Szymańska proponuje podział działań profilaktycznych na uniwersalne, wskazujące i selektywne. Pierwsze są skierowane do wszystkich – młodzieży, rodziców, opiekunów oraz nauczycieli. Działania

³³ E. Ringel, *op. cit.*

³⁴ *Ibidem*; A.T. Mitchel, *Dlaczego? Czyli samobójstwa i inne zagrożenia wieku dorastania*, Warszawa 1994.

³⁵ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom dzieci i młodzieży. Poradnik dla pracowników szkół i placówek oświatowych oraz rodziców*, Warszawa 2012.

³⁶ *Ibidem*.

te zakładają zajęcia edukacyjne dotyczące zarówno znajomości prawidłowego rozwoju młodych ludzi, jak i zagrożeń oraz sposobów radzenia sobie z nimi. Profilaktyka ta powinna opierać się na szkoleniach osób będących w bezpośrednim kontakcie z dziećmi i młodzieżą w zakresie potrzeb rozwojowych, a także wypracowania procedur, np. w instytucjach i szkołach, które będą działały w przypadku wykrycia zagrożenia. Natomiast zajęcia dla uczniów powinny wzmacniać ich poczucie wspólnoty, więzów ze szkołą lub instytucją, a także ukształtować pozytywne umiejętności psychospołeczne – współpraca, poszukiwanie pomocy, umiejętność reagowania w sytuacjach trudnych, otwartość itp. Profilaktyka selektywna jest skierowana do grup zwiększonego ryzyka np. uczniów, u których zauważono występowanie szeregu czynników zagrażających (problemy materialne, konflikty w rodzinie, choroby, zaburzenia psychiczne itp.) i wobec tej diagnozy oraz rozpoznania, która już jest działaniem profilaktycznym, dobór odpowiednich metod wsparcia i opieki. Trzeci, ostatni poziom profilaktyki, według Szymańskiej jest przeznaczony dla grup uczniów z wysokim ryzykiem aktu samobójczego (np. z diagnozą choroby psychiatrycznej, próbujących środków psychoaktywnych i po próbach samobójczych). Tu działania powinny obejmować cały system społeczny, w którym jednostka się znajduje – klasę, szkołę, rodzinę. Dzięki odpowiedniemu wsparciu i edukacji zarówno osoby będące w bezpośrednim otoczeniu młodego człowieka, jak i on sam jest w stanie wrócić do zdrowia i funkcjonować w ramach codziennych obowiązków. Na te działania składają się: dyskretna obserwacja, wsparcie ze strony znaczących osób, opieka specjalistów, terapia, kierowanie rodziców do grup wsparcia oraz na zajęcia edukacyjne³⁷.

Mówiąc o profilaktyce samobójstw wśród młodych ludzi należy także wziąć pod uwagę formę docierania do odbiorców. Internet i nowe technologie nie tylko mogą być postrzegane jako nośniki zagrożenia, ale także jako atrakcyjny i skuteczny sposób dotarcia z ważnymi treściami do młodzieży. Zwolennicy upatrują w nim sposobu na dotarcie do zagrożonych jednostek i wczesną próbę pomocy. Formami pomocy w Internecie są między innymi: strony internetowe mające zapobiegać samobójstwom i informujące o tej tematyce, fora dyskusyjne, czaty mające na celu wsparcie emocjonalne oraz terapie online³⁸.

Otoczenie stanowi ważne źródło wsparcia dla młodych ludzi. Każda grupa społeczna czy instytucja, pośrednio i bezpośrednio związana z dzieckiem, może mieć znaczenie w profilaktyce zachowań ryzykownych, w tym samobójstw. Po pierwsze rodzina, jak wynika z badań Hanny Malickiej-Gorzelań-

³⁷ J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom...*, *op. cit.*

³⁸ *Ibidem*; P. Drzewiecki, *op. cit.*

czyk, ma największe znaczenie w zapobieganiu tendencjom autodestrukcyjnym. Wartość profilaktyczną mają: wiedza na temat zagrożeń, okazywanie wsparcia i pomocy, budowanie roli autorytetów przez rodziców. Rodzina to miejsce, w którym od najmłodszych lat kształtują się istotne umiejętności i postawy mające kluczowe znaczenie dla prawidłowego rozwoju i zapobiegania nieadekwatnym zachowaniom³⁹. Problemy emocjonalne mają swoje źródło we wczesnych latach życia dziecka. Zachowania ryzykowne, których przejawy najwyraźniej widać w okresie dojrzewania, mają swój początek i są widoczne w młodszym wieku. Joanna Szymańska zauważa, że pewne wzorce zachowania dziecka kształtują się w okresie szkolnym, do 8 roku życia i później są trudne do modyfikacji. Najmłodsze dzieci cechuje duża plastyczność i zmienność w zakresie zachowania, natomiast widząc przejawy patologicznych działań, zaburzeń należy traktować je jako predyktory późniejszych zachowań ryzykowanych, w tym samobójstw. Reakcja na wczesnym etapie rozwoju dziecka daje duże szanse zahamowaniu trudności. „Skuteczne posługiwanie się trudnymi zachowaniami hamuje lub blokuje uczenie się umiejętności życiowych niezbędnych w radzeniu sobie z własnymi emocjami i w kontaktach z otoczeniem społecznym. Powstałe deficyty umiejętności w przyszłości będą utrudniać dziecku nawiązywanie relacji z rówieśnikami i dorosłymi spoza rodziny”⁴⁰. Rodzina powinna wspierać kształtowanie się empatii, wrażliwości, współpracy i innych umiejętności interpersonalnych. Ze strony rodziców dużą rolę odgrywa ich uważność i zaangażowanie w wychowanie oraz umiejętność rozpoznawania zmian w zachowaniu, które mogą świadczyć o niepokojących problemach dziecka. Szybkie wdrażanie odpowiednich działań wychowawczych i profilaktycznych zależy od znajomości problemów dzieci przez ich rodziców, ich rozpoznawanie i szybkiej reakcji oraz wiedzy na temat możliwości uzyskania profesjonalnej pomocy⁴¹. Jedną z ważniejszych ról profilaktycznych w życiu młodych ludzi pełni szkoła. Ustawa z dnia 7 września 1991 roku o systemie oświaty (Dz.U. 2015.2156) stanowi, że system oświaty zapewnia możliwość korzystania z pomocy psychologiczno-pedagogicznej. Osoby bezpośrednio związane dziećmi i ich wychowaniem muszą być szczególnie wrażliwe na sygnały zagrożenia płynące z zachowania uczniów. Nie tylko wiedza na temat rozpoznawania trudności i problemów jest ważna, ale także kluczowe znaczenie ma umiejętność reagowania zarówno ze strony nauczycieli jak i całej szkoły oraz budowanie sieci wsparcia i porozumienia pomiędzy instytucjami zajmującymi się młodzieżą

³⁹ H. Malicka-Gorzelańczyk, *Opinie młodzieży o samobójstwie*, Bydgoszcz 2002.

⁴⁰ J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom...*, *op. cit.*; eadem, *Warunki skuteczności...*, *op. cit.*

⁴¹ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*; A. Carr, *op. cit.*; B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*; J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom...*, *op. cit.*; eadem, *Warunki skuteczności...*, *op. cit.*

a rodzinami. W kontekście profilaktyki prowadzonej w szkole Szymańska zwraca szczególną uwagę na działania, które pomimo dobrych założeń mogą być nietrafione, a nawet szkodliwe. Autorka do niekorzystnych działań zalicza: prowadzenie zbyt krótkich (2–4 godzinnych) zajęć dotyczących wyłączenie samobójstw, ukazywania samobójstwa jako reakcji na stres, pokazywania filmów i innych materiałów wizualnych prezentujące zachowania samobójcze oraz nakłaniania młodych ludzi po próbach samobójczych, aby opowiadali o swoich przeżyciach⁴².

Znaczenie ma również propagowanie wiedzy na temat systemu opieki psychiatrycznej i psychoterapeutycznej. Podstawowa opieka zdrowotna daje możliwość wsparcia lekarza pierwszego kontaktu i pielęgniarki środowiskowej, a konsultacja z lekarzem psychiatrą nie musi być poprzedzona skierowaniem. Do tego rodzaju specjalisty można zgłosić się w każdym momencie, kiedy obserwuje się niepokojące objawy u dziecka. Ważna jest jak najszybsza reakcja oraz zainteresowanie ze strony osób dorosłych tak, aby wszcząć specjalistyczne działania, zwłaszcza psychoterapię i jeśli będzie to wymagane, farmakoterapię⁴³. Nie tylko system opieki zdrowotnej może przyczynić się do zapobiegania samobójstwom młodych ludzi, ale także administracja, czyli jednostki samorządowe. Województwa są zobowiązane do wspierania osób z problemami psychicznymi na mocy ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego. Działania samorządowców winny się uzupełniać i tworzyć spójny system pomocy dla osób z zaburzeniami psychicznymi (ustawa z 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego Dz.U.2011.231.1375). Samorządy mają tworzyć szereg ośrodków i organizacji, które obejmują pomocą osoby zagrożone problemami psychicznymi: Ośrodki Pomocy Społecznej, Powiatowe Centra Pomocy Rodzinie, a także Regionalne Ośrodki Polityki Społecznej⁴⁴.

W kryzysie suicydalnym, potrzebna jest profesjonalna pomoc. Wsparcie terapeutyczne powinno być udzielane jak najszybciej, zanim kryzys ulegnie zaostrzeniu. Dlatego tak istotna jest dostępność ośrodków interwencji kryzysowej, rozumianej jako „działanie zmierzające do odzyskania przez osobę dotkniętą kryzysem zdolności jego samodzielnego pokonania”. Interwencja kryzysowa odwołuje się do aktywnej, krótkotrwałej terapii, która zakłada, że myśli i tendencje samobójcze nie są trwałe, a więc aktom samobójczym można zapobiegać⁴⁵. Głównym celem jest ocalenie życia. Barbara Pilecka po-

⁴² J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom...*, *op. cit.*

⁴³ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*; A. Carr, *op. cit.*; J. Szymańska, *Zapobieganie samobójstwom...*, *op. cit.*; eadem, *Warunki skuteczności...*, *op. cit.*

⁴⁵ B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*; eadem, *Osobowościowe korelaty...*, *op. cit.*

wołuje się na Szwedzką Narodową Radę Zapobiegania Samobójstwom, która opracowała sześć czynników prewencji samobójstwa: prowadzenie rozmów o śmierci i samobójstwie; dotarcie do sposobu rozumienia terminu „samobójstwo”, ponieważ ma różne znaczenia w odmiennych sytuacjach życiowych; proces suicydalny polega na przekształceniu myśli w czyny, ewoluuje, należy więc sprawdzić na jakim etapie jest zagrożona jednostka; samobójstwo nie jest nieuniknionym przeznaczeniem, można mu zapobiec przez odpowiednie działania; pomoc jest dostępna poprzez szarzenie wiedzy i rozwój systemu wsparcia, w tym interwencji kryzysowej. Pomoc powinna zatem dotyczyć wielu zakresów: psychologicznego, medycznego, socjalnego i prawnego. Interwencja polega na zbudowaniu relacji z terapeutą i obejmuje całe środowisko osoby zagrożonej próbą samobójczą. Ten typ oddziaływań ma swoje zastosowanie także w profilaktyce postsuicydalnej, gdy w środowisku doszło już do próby samobójczej. „Celem interwencji kryzysowej w rodzinie po próbie samobójczej jest: szybkie zmobilizowanie rodziny do udzielenia bliskiemu wsparcia i zapewnienie mu bezpieczeństwa, wzmocnienie więzi rodzinnych w celu profilaktyki następnych ewentualnych zamachów samobójczych”⁴⁶. Zapobieganiu samobójstwom ma służyć także działalność Policji, która jest zobowiązana ustawowo (na mocy art. 1 ust. 2 pkt. 1–3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji. Dz.U.2015.355) do ochrony zdrowia i życia, działań zapobiegającym przestępstwom i zjawiskom kryminogennym. Na mocy tych ustaleń można stwierdzić, że Policja jest także odpowiedzialna za profilaktykę samobójstw wśród dzieci i młodzieży oraz współpracę w tym zakresie z innymi organami państwa i organizacjami. Komenda Główna Policji jest także zobowiązana do tworzenia programów edukacyjnych dotyczących zagrożeń, problemów dzieci i młodzieży. Działania te należy wdrażać we współpracy z instytucjami, które zajmują się opieką i wychowaniem młodych ludzi – szkołami, ośrodkami, poradniami. Jednym z elementów działań profilaktycznych jest także wspieranie i edukacja osób sprawujących opiekę nad dziećmi – rodzicami, nauczycielami i wychowawcami poprzez organizowanie spotkań i pracę na rzecz integracji całego środowiska⁴⁷. Na koniec warto wspomnieć o profilaktyce postsuicydalnej, czyli nakierowanej na pomoc i zapobieganie nawrotom prób u osób, które atak samobójczy mają za sobą. Ten rodzaj oddziaływań ma również wspierać rodziny, bliskich i otoczenie dotknięte doświadczeniem próby lub dokonanego samobójstwa. System opieki postsuicydalnej obejmuje działania wielu służb i organizacji: lekarzy, psychologów, pracowników socjalnych, policjantów, a także duchownych. Pomoc

⁴⁶ B. Pilecka, *Kryzys psychologiczny...*, *op. cit.*; A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

⁴⁷ A. Bąbik, D. Olejniczak, *op. cit.*

postsuicydalna powinna gwarantować łatwy dostęp do terapii i wsparcia psychologicznego oraz konsultacji psychiatrycznej. Ważne jest, aby profilaktyka zawierała tworzenie grup wsparcia dla różnorodnych odbiorców⁴⁸.

Podsumowanie

Rozważania na temat samobójstw wśród młodych ludzi obejmują zagadnienia czynników ryzyka oraz czynników chroniących przed targnięciem się na swoje życie. Z przytoczonych źródeł wywnioskować można, że profilaktyka zachowań ryzykownych, w tym samobójstw, powinna być zadaniem priorytetowym dla wielu służb, organizacji, instytucji związanych z opieką i wychowaniem dzieci. Mimo że można zidentyfikować czynniki ryzyka samobójstw wśród dzieci i młodzieży, prawdopodobnie żadna profilaktyka nigdy nie wyeliminuje tego problemu w 100%, z uwagi na jego złożoność oraz zbyt wiele występujących czynników zewnętrznych i wewnętrznych, które mają znaczący wpływ w każdym przypadku. Dlatego w realizacji oddziaływań profilaktycznych należy oczekiwać częściowej redukcji problemu a nie całkowitego wyeliminowania zachowań ryzykownych u adolescentów.

Na problem należy patrzeć wielowymiarowo, łącząc wiedzę, a także osiągnięcia wielu dziedzin – psychologii, socjologii, prawa, administracji i wielu innych. Współdziałanie i edukacja szeroko pojętej społeczności daje największe szanse na zapobieganie trudnościom młodych ludzi, które mogą mieć swoje rozwinięcie w postaci zachowań suicydalnych.

Wciąż jednak powinna trwać dyskusja oparta na badaniach oraz obserwacji, która da możliwość pogłębiania integracji działań oraz tworzenia skutecznego i dostępnego systemu zabezpieczającego młode osoby i ich bliskich.

Abstract **Risk factors and prevention of suicidal behaviour in children and adolescents**

Suicide behavior in children and adolescents is a leading cause of injury and death in the paediatric age group. Recent statistics indicate that the number of suicides and suicide-related events in adolescents has risen in past few years. Boys succeed in their suicide attempts more frequently than girls, mainly because they use more lethal methods, such as firearms or hanging. Girls generally attempt suicide by ingesting pills and are more frequently resuscitated. According to the literature, there are following risk factors of suicide: demographic, psychological, psychiatric, economic, biological. Information about the epidemiology and risk factors of such behavior is important for

⁴⁸ *Ibidem.*

policy-making and prevention. The method of suicide prevention found to be most effective is a systematic, direct-screening procedure, early identification and cooperation of different institutions with high risk groups and families.

Key words: suicide, risk factors, adolescents, prevention

Streszczenie
Zachowania samobójcze wśród dzieci i młodzieży
– charakterystyka ryzyka i profilaktyka

Samobójstwa dzieci i młodzieży to jedna z najczęstszych przyczyn zgonów w tej grupie wiekowej. Dane epidemiologiczne pokazują, że zarówno w Polsce, jak i na świecie zjawisko samobójstw i zachowań parasuicydalnych wzrasta w grupach młodzieżowych. Dziewczęta częściej popełniają próby samobójcze poprzez zażycie tabletek, natomiast chłopcy częściej dokonują skutecznych zamachów poprzez powieszenie lub użycie broni palnej. Na podstawie literatury przedmiotu można wskazać czynniki ryzyka: demograficzne, psychologiczne, psychiatryczne, ekonomiczne, biologiczne. Rozpoznanie czynników ryzyka i przyczyn zachowań suicydalnych pozwala na tworzenie skutecznych programów profilaktycznych. Wśród najbardziej skutecznych strategii zapobiegania samobójstwom wyróżnia się współpracę wielu służb z grupami i rodzinami wysokiego ryzyka, wczesne wykrywanie problemu i monitorowanie.

Słowa kluczowe: samobójstwo, czynniki ryzyka, młodzież, profilaktyka

Katarzyna Zawiślan

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
aplikant adwokacki

Dorota Polak-Hawranek

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
prokurator, Prokuratura Rejonowa, Kraków

Łukasz Chechelski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Drobna przestępczość – problematyka zjawiska

W pierwszej kolejności, przed przystąpieniem do analizy zagadnień i problemów, które nieodzownie towarzyszą tzw. „drobnej przestępczości”, należy wskazać na zakres pojęciowy tego zwrotu. Mając na uwadze rodzime ustawodawstwo karne, które w sposób konsekwentny przyjmuje dualizm przestępstw dzieląc je na zbrodnie i występki – licząc od kodyfikacji karnej z 1932 r., należy podkreślić, że rozgraniczenie to ma głównie na uwadze ciężar gatunkowy czynów zabronionych. Niewątpliwie ww. rozdział miarkowany jest głównie społeczną szkodliwością czynu. Z racji przyjęcia dwupodziału przestępstw, poza ich kategorią pozostają wykroczenia, które są odrębnym rodzajem czynów zabronionych o niskiej społecznej szkodliwości, jednak w szeroko rozumianym interesie społecznym nie mogą być akceptowalne i pozbawione karalności. W myśl art. 1 § 1 k.w. wykroczeniem jest czyn zabroniony zagrożony karą aresztu, ograniczenia wolności do 1 miesiąca, grzywny do 5000 zł lub nagany. Kara grzywny za wykroczenie jest określona kwotowo, a jej wysokość w górnym zagrożeniu nie może przewyższać 5000 zł. Natomiast kara grzywny, przy występku w górnym zagrożeniu, musi przekraczać 30 stawek dziennych. Zatem w kodeksie karnym i kodeksie wykroczeń zastosowano różne systemy wymiaru kary grzywny, co też ułatwia odróżnienie występku od wykroczenia w tym aspekcie. W literaturze przedmiotu wielokrotnie zwracano uwagę na konsekwencje związane z taką systematyką oraz na problemy powstające w przypadku czynów granicznych. Przykładem kontrawencjonalizacji z kategorii przestępstw do wykroczeń może być dawny

przepis art. 178a § 2 k.k., dotyczący zachowania polegającego na kierowaniu innego pojazdu niż mechaniczny (np. rower) przez nietrzeźwego. Przepis ten został uchylony¹ i ujęty w art. 87 kodeksu wykroczeń, poprzez dodanie § 1a, który stanowi, że „Tej samej karze [areszt albo grzywna nie niższa niż 50 złotych – przyp. aut.] podlega ten, kto znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem podobnie działającego środka, prowadzi na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu inny pojazd niż określony w § 1”.

Przykład ten jest charakterystyczny ze względu na fakt, iż w piśmiennictwie czyn polegający na prowadzeniu pojazdów innych niż mechaniczne w stanie nietrzeźwości był wielokrotnie określany jako czyn o charakterze granicznym, oscylujący pomiędzy wykroczeniem a występkiem. Problem określenia czy czyn zabroniony ma charakter występkę w literaturze próbowano rozwiązać testem, polegającym na tzw. zasadzie wyłączenia, tj. jeżeli czyn nie jest zbrodnią ani nie jest wykroczeniem, jest występkiem².

Na potrzeby niniejszej pracy jej autorzy posługują się definicją „drobnej przestępczości”, która zawiera w sobie zarówno występkę cechującą się stosunkowo niską społeczną szkodliwością czynu, bądź mogą być kwalifikowane jako wypadki mniejszej wagi, jak też wykroczenia, które mają charakter graniczny, np. jak w przypadku dawnego art. 178a § 2 k.k. Powyższe jest następstwem swobodnego braku konsekwencji ustawodawcy w określaniu ustawowego katalogu czynów zabronionych i nader często występującej depenalizacji częściowej.

Przechodząc do kwestii „wypadku mniejszej wagi” na próżno można szukać definicji w kodeksach zarówno z 1932 r., 1969 r., a także w kodeksie obowiązującym obecnie z 1997 r. Ustawodawca nie pomyślał o uregulowaniu takiej definicji, nie określił również elementów, które powinny przesądzić o zakwalifikowaniu czynu jako wypadku mniejszej wagi. W konsekwencji zwrot „wypadek mniejszej wagi” jest mało precyzyjny i trudny do zdefiniowania. Kodeks karny z 1932 r. zawierał zapisy o „przypadku mniejszej wagi”, o których mowa w zaledwie trzech artykułach (art. 257 § 2, art. 263 § 2, art. 264 § 2). Ponadto ww. ustawa karna w razie zaistnienia przypadku mniejszej wagi przewidywała obligatoryjne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie przewidywała natomiast odrębnej sankcji karnej dla przypadków mniejszej wagi, a co za tym idzie charakter „przypadku mniejszej wagi” nie budził wątpliwości. Jednak w kodeksie karnym z 1969 r. wprowadzono odrębne sankcje dla wypadków mniejszej wagi, co stało się przyczynkiem

¹ Na mocy art. 12 pkt. 3 ustawy o zmianie ustawy Kodeks Postępowania Karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27.09.2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247), która w tym zakresie weszła w życie dnia 9.11.2013 r.

² Tak też A. Zoll, [w:] *Kodeks karny*, red. A. Zoll, Kraków 2013, s. 129.

sporów w doktrynie³. Kodeks karny z 1997 r., podobnie jak ten z 1969 r., posługuje się określeniem „wypadku mniejszej wagi”, które zawiera się m.in. w art. 144 § 2, 228 § 2, 229 § 2, 271 § 2, 278 § 3, 286 § 3, 287 § 2, 286 § 3, 287 § 2, 288 § 2, 291 § 2, 296a § 3, 303 § 3 obowiązującego kodeksu karnego. Ponadto zaznaczyć należy, że pojęcie wypadku mniejszej wagi jest również ujęte w kodeksie karnym skarbowym, gdzie definicja legalna „wypadku mniejszej wagi” jest wyjaśniona w treści przepisu karnego art. 53 § 8 k.k.s. Zgeneralizowany charakter wypadku mniejszej wagi z art. 53 § 8 k.k.s., wspólny dla wielu wykroczeń skarbowych, przybiera postać elastyczną, a to za sprawą posłużenia się przez ustawodawcę kryterium stopnia społecznej szkodliwości, określonej jako niska⁴. Ze względu na autonomiczność regulacji kodeksu karnego skarbowego oraz odmiennej roli, jaką odgrywa w nim wypadek mniejszej wagi, kwestia wypadku mniejszej wagi w kodeksie karnym skarbowym nie będzie przedmiotem niniejszej pracy.

Instytucja wypadku mniejszej wagi swym charakterem, jako że znacząco wpływająca na wymiar kary, przypomina instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jednak obszar przesłanek przy instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary jest zdecydowanie szerszy, ponieważ wpływa na niego całokształt okoliczności, które brane są pod uwagę przy jej wymierzaniu. Należy również zauważyć, że istnieje różnica w sposobie ustalania zagrożenia karą, dlatego że ustawodawca wskazał wprost konkretne zagrożenie w każdym przypadku w wypadkach mniejszej wagi⁵. Wielu przedstawicieli doktryny uznaje wypadek mniejszej wagi za uprzywilejowany typ przestępstwa, bądź wskazuje, że jest szczególną odmianą uprzywilejowanego typu przestępstwa⁶. W. Wolter zaznaczał, że: „typ nie musi być w pełni opisany. Element uprzywilejowujący nie występuje sam, ale w powiązaniu z typem podstawowym, gdzie muszą wystąpić jakieś elementy opisowe”⁷. Prezentowane są jednak także poglądy opowiadające się za traktowaniem tej instytucji odmiennie, tzn. jako instytucji sądowego wymiaru kary⁸. K. Buchała twierdził, że instytucja wypadków

³ K. Banasik, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 48.

⁴ O. Włodkowski, *Wypadek mniejszej wagi w Kodeksie karnym skarbowym*, „Monitor Podatkowy” 2014, nr 7, s. 23–29.

⁵ P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 7–8, s. 32.

⁶ J. Brzezińska, *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, t. XXXI, Wrocław 2014, s. 50.

⁷ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 110; A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 125; T. Hajduk, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi (ze szczególnym uwzględnieniem kradzieży z włamaniem)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 5, s. 51 i n.

⁸ P. Lewczyk, *op. cit.*, s. 34.

mniejszej wagi należy do dziedziny wymiaru kary i nie jest uprzywilejowaną postacią czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego”. „Ów autor wskazywał, że „w typie uprzywilejowanym w odniesieniu do typu zwykłego (podstawowego) można mówić tylko wówczas, gdy te typy o podobnej strukturze różnią się znamieniem, które prowadzi do łagodniejszej sankcji niż zawarta w typie podstawowym. Typ uprzywilejowany wyraża wówczas mniejszy ładunek bezprawia niż podstawowy. Wypadek mniejszej wagi zaś to problem wymiaru kary”⁹. W takim ujęciu okoliczności wpływające na przyjęcie wypadku mniejszej wagi pokrywają się w większej mierze z okolicznościami wpływającymi na wymiar kary¹⁰.

Wypadki mniejszej wagi, przewidziane w obecnie obowiązującym kodeksie karnym, w dziesięciu przypadkach są alternatywnie zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch, w dziewięciu przypadkach alternatywnie karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, w czterech przypadkach mowa jest o zagrożeniu od 3 miesięcy do lat pięciu, natomiast dwukrotnie mowa jest wyłącznie o karze grzywny albo ograniczenia wolności oraz o podstawie do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Należy zatem zauważyć, że za wypadek mniejszej wagi kodeks karny przewiduje karę łagodniejszą w stosunku do typu podstawowego. Nadto sąd może wobec sprawcy orzec także określone środki karne z art. 39 k.k. Na podstawie art. 69 § 1 i art. 70 § 1 k.k. sąd może warunkowo zawiesić wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności. Zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności, sąd może również orzec grzywnę na podstawie art. 71 § 1 k.k., ale jedynie w wysokości do 270 stawek dziennych, jeżeli jej wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe. Ponadto sąd wobec skazanego orzec może określić obowiązki probacyjne z art. 72 k.k.

Wypadek mniejszej wagi to zagadnienie będące przedmiotem szerokiej dyskusji w judykaturze. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 1996 r. wskazał, że „należy poświęcić nieco więcej uwagi pojęciu „wypadek mniejszej wagi”, którym ustawodawca posłużył się między innymi w art. 203 § 2 k.k. Niewątpliwie sformułowanie to jest czynnikiem wartościującym, a tym samym mało precyzyjnym i ocennym, którego interpretację i praktyczne zastosowanie ustawodawca pozostawił orzecznictwu sądowemu i doktrynie. Sąd Najwyższy podsumował tendencje istniejące w nauce prawa karnego na

⁹ K. Buchała, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 1996 r. V KKN 79/96*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 9, s. 111 i n.

¹⁰ P. Bogacki, *Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 16, s. 851–855.

ten temat, wyodrębniając trzy stanowiska: całościowe, które zrównuje zakres elementów decydujących o wypadku przestępstwa mniejszej wagi z zakresem wszystkich okoliczności wpływających na wymiar kary; przedmiotowo-podmiotowe, określające zakres kryteriów wypadku mniejszej wagi według elementów przedmiotowych i podmiotowych danego czynu oraz przedmiotowe, ograniczające się wyłącznie do przesłanek związanych ze stroną przedmiotową czynu¹¹. W innym wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że „wypadek mniejszej wagi jest to bowiem uprzywilejowana postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego charakteryzująca się przewagą łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych¹². Zatem kompleksowe ujęcie czynników wpływających na przyjęcie wypadku mniejszej wagi determinuje ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu, która winna być stosunkowo obniżona w opozycji do stopnia uzasadniającego wymiar kary według ustawowego zagrożenia. Przy uwzględnieniu stopnia społecznej szkodliwości czynu Sąd bierze pod uwagę kilka czynników, takich jak rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności oraz stopień ich naruszenia¹³. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w wyroku z dnia 29.09.2010 r. stwierdził, że o przyjęciu wypadku mniejszej wagi decydują przedmiotowe i podmiotowe znamiona czynu. Zaś wśród znamion strony przedmiotowej istotne znaczenie mają w szczególności: rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo, zachowanie się i sposób działania sprawcy, użyte środki, charakter i rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej dobru chronionemu prawem, czas, miejsce i inne okoliczności popełnienia czynu oraz odczucie szkody przez pokrzywdzonego¹⁴. Z kolei dla elementów strony podmiotowej istotne są: stopień zawinienia i motywacje oraz cel działania sprawcy. Dodatkowo Sąd uznał, że stopień społecznej szkodliwości czynu jest podstawowym kryterium oceny czy dany czyn zakwalifikować można jako wypadek mniejszej wagi¹⁵. Uznanie czynu za wypadek mniejszej wagi może nadto zaistnieć w przypadku sytuacji, gdy przewaga łagodzących elementów

¹¹ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa z 1997 r. poz. 27, Wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., sygn. V KKN 79/96.

¹² Wyrok SN z dnia 6 lutego 1997 r. – V KKN 79/96.

¹³ Art. 115 § 2 kodeksu karnego.

¹⁴ W postanowieniu Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 28 października 2013 r. III KK 129/13 z kolei zaakcentowano, że zakwalifikowanie określonego zachowania jako wypadku mniejszej wagi jest rezultatem ustalenia, iż zachodzi zespół okoliczności przedmiotowo-podmiotowych, wśród których sama wysokość szkody jest jednym z elementów uzasadniających przyjęcie takiego wypadku.

¹⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29.09.2010 r. II AKa 270/10. LEX nr 621279.

przedmiotowo-podmiotowych jest tak znaczna, że przypisanie przestępstwa w typie podstawowym byłoby rażąco niesprawiedliwe¹⁶.

Z kolei Sąd Apelacyjny w Krakowie dał wyraz swojemu zapatrywaniu na temat wypadku mniejszej wagi zauważając, iż wypadek mniejszej wagi to sytuacja, w której znamiona przestępstwa – zwłaszcza przedmiotowe – cechują się niewielką szkodliwością, na tyle nieznaczną, że nie powinno się stosować do jego sprawcy zwykłych zasad odpowiedzialności za dane przestępstwo. Oceny tej nie należy wiązać z osobowością sprawcy, trybem jego poprzedniego życia czy zachowaniem po popełnieniu przestępstwa, jak również z nagminnością takich czynów¹⁷. Sąd Apelacyjny w Krakowie orzekł tak już wcześniej, jak w dniu 30 listopada 2001 roku – II AKA 260/01 (KZS 12/01 poz. 31). Niewątpliwie jak już wykazano, sam charakter prawny wypadku mniejszej wagi jest trudny do określenia, ponieważ posiada on cechy uprzywilejowanego typu czynu zabronionego przy jednoczesnym braku znamienia, które uzasadniałoby przyjęcie takiej postaci. Trudno dokładnie rozgraniczyć elementy decydujące o wypadku mniejszej wagi od zakresu okoliczności, które wpływają na wymiar kary. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach¹⁸ przeczytać możemy: „Niska wartość przestępstwa z góry nie przesądza przyjęcia wypadku mniejszej wagi, ale może skutkować uznaniem, iż zachodzi przesłanka nadzwyczajnego złagodzenia kary, określona w przepisie art. 60 § 1 k.k., a mianowicie szczególnie uzasadniony wypadek, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Stwierdzić trzeba, iż kategorycznie należy rozdzielić przesłanki, które decydują o ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu i determinują przyjęcie wypadku mniejszej wagi od przesłanek, które zezwalają na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, a tym samym kreują wymiar kary za konkretne przestępstwo”. Reasumując próbę zdefiniowania wypadku mniejszej wagi można dojść do wniosku, że jest to czyn zabroniony, który realizuje znamiona typu podstawowego, o winie sprawcy oraz stopniu społecznej szkodliwości znacznie niższymi niż w typowych wypadkach popełnienia przestępstwa typu podstawowego, aczkolwiek nie są dostatecznie małe, by stwierdzić ich znikomość tak, aby odjąć czynowi charakter przestępczy.

Jak już na wstępie wspomniano – dla omawianej problematyki kwestia społecznej szkodliwości czynu jest niezwykle doniosła. Zagadnienie to

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku – II Wydział Karny z dnia 10 kwietnia 2014 r. II AKA 59/14.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie – II Wydział Karny z dnia 11 maja 2011 r. II AKA 88/11.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 grudnia 2005 r., II Aka 375/05, KZS 2006, nr 4, poz. 52.

zostało uwzględnione w części ogólnej kodeksu karnego w art. 1 § 2 oraz w art. 115 § 2. Artykuł 1 k.k. przyjmuje brak przestępności czynu w razie istnienia znikomego stopnia społecznej szkodliwości. Zatem należy ustalić, czy czyn, jakiego dopuścił się sprawca, charakteryzuje się społeczną szkodliwością w stopniu większym niż znikomy, w myśl zasady *nullum crimen sine periculo sociali*. Większa niż znikoma społeczna szkodliwość jest warunkiem bytu przestępstwa¹⁹. Co do zasady rolą prokuratora bądź sądu jest w pierwszej kolejności poczynienie ustaleń co do kompletności znamion, karygodności czynu, a następnie co do jego stopnia społecznej szkodliwości. Stwierdzenie, że stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu jest mniejszy niż znikomy skutkuje, zgodnie z treścią art. 17 § 1 pkt. 3 k.p.k., koniecznością wydania postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania karnego, a jeśli stwierdzenie takie nastąpiło już po wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, postanowienia o umorzeniu. Pomimo że w obecnym stanie prawnym postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu dochodzenia nie wymagają sporządzenia pisemnego uzasadnienia, to wydaje się, iż w przypadku przyjęcia, jako podstawy umorzenia lub odmowy wszczęcia dochodzenia właśnie znikomej społecznej szkodliwości, organ procesowy winien wskazać przyczyny i przekonywająco uzasadnić powody decydujące o zasadności braku wszczęcia lub umorzenia postępowania karnego. Na stanowisku takim stoi również Sąd Najwyższy wyrokując, że „stwierdzając znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu organ procesowy przyjmuje na siebie obowiązek wskazania przyczyn i przekonywującego uzasadnienia powodów decydujących o zasadności braku wszczęcia lub umorzenia wszczętego postępowania karnego”²⁰.

Podstawowym zagadnieniem, z jakim przychodzi się zmierzyć podmiotom stosującym przepis art. 1 § 2 k.k., jest konieczność ustalenia, jakie okoliczności mają wpływ na wysokość społecznej szkodliwości. Od dawna było to zagadnieniem spornym i aby ujednoczyć okoliczności, jakie decydują o stopniu społecznej szkodliwości w kodeksie karnym wprowadzono katalog nakazujący sądom i prokuratorom brać pod uwagę:

- rodzaj i charakter naruszonego dobra;
- rozmiar wyrządzonej lub grożącej szkody;
- sposób i okoliczności popełnienia czynu;
- wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków;
- postać zamiaru;
- motywację sprawcy;

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14.03.2012 r. II Aka 54/12 POSAG 2012/3/146–164.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.04.2011 r. IV KK 382/10 LEX nr 846390.

- rodzaj naruszonych reguł ostrożności;
- stopień naruszenia reguł ostrożności.

Powyższy katalog ma charakter kompleksowy, co też potwierdza w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy twierdząc, że „ocena stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania powinna być oceną całościową, uwzględniającą okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k., nie zaś sumą, czy pochodną ocen cząstkowych takiej czy innej «ujemności» tkwiącej w poszczególnych okolicznościach i dlatego też, jeżeli w art.1 § 2 k.k. mówi się o znikomej społecznej szkodliwości czynu to wymóg znikomości dotyczy społecznej szkodliwości ocenianej kompleksowo, nie zaś jej poszczególnych czynników²¹. Daje się wyraźnie zauważyć, że okoliczności świadczące o znikomej społecznej szkodliwości odnoszą się jedynie do samego czynu. W redakcji art. 115 § 2 k.k. nie znajdziemy żadnych okoliczności dotyczących sprawcy przestępstwa. Zdanie to podziela także Sąd Najwyższy wnioskując, iż katalog okoliczności istotnych dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu nakazuje przyjąć, że relewantne dla takiej oceny są okoliczności bezpośrednio związane tylko z czynem, a nie z osobą sprawcy. Oczywiście jest, że ustalenie braku społecznej szkodliwości (podobnie jak ustalenie jej w stopniu znikomym) w rezultacie dotyczy jedynie stwierdzenia takich cech konkretnego czynu, które dalece od założonego przez ustawodawcę wzorca czynu zabronionego ujawniają, że nie pozwalają przyjąć, iż czyn ten jest społecznie szkodliwy, a więc karygodny. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem oceny stosującego prawo może być jedynie konkretny czyn, a więc przykładowo konkretna kradzież – a nie typ zachowania, a zatem kradzież w ogóle²². W dalszej kolejności należy zauważyć, iż niewątpliwie na stopień społecznej szkodliwości nie wpływają takie okoliczności, jak niekaralność lub karalność sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, sytuacja materialna i rodzinna. Są to okoliczności uwzględniane przez sądy przy wymiarze kary. Także kwestia stopnia poczytalności sprawcy w chwili czynu nie wpływa na ocenę stopnia społecznej szkodliwości jego czynu.

Zagadnieniem wymagającym uwagi jest również to, czy stopień społecznej szkodliwości uzależniony jest od ustawowego zagrożenia karą. Nie można wprost wysnuć takiej zależności. Trudno sobie jednak wyobrazić aby czyny, charakteryzujące się wysokim ustawowym zagrożeniem, np. zbrodnie, mogły być uznane za znikomo społecznie szkodliwe. Niemniej jednak w przypadkach granicznych jest to kwestia dyskusyjna, tym bardziej, jeśli mamy do czynienia z przemieszczeniem z kategorii wykroczeń do przestępstw, a na-

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.02.2009r. WA 1/09 OSNwSK 2009/1/343.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17.12.2003 r. V KK 222/03 LEX 83772.

stępnie depenalizacją częściową, jak w przypadku dawnego art. 178a § 2 k.k. i „pijanych rowerzystów”.

Kolejnym problemem wartym rozważenia jest relacja wypadku mniejszej wagi a znikomej społecznej szkodliwości. Jak już wspomniano – z uwagi na to, że obecny stan prawny nie ma wypracowanej legalnej definicji wypadku mniejszej wagi, której nie było także w kodeksach z 1932 r. i 1969 r., zasadniczo nie do końca wiadomo jakie okoliczności winno się brać pod uwagę aby kwalifikować dane przestępstwo jako wypadek mniejszej wagi. Ustawodawca nie pokusił się chociażby, jak w przypadku społecznej szkodliwości, o podanie katalogu okoliczności zawierających się w zakresie jej definicji legalnej. Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że przy ocenie wypadku mniejszej wagi znaczenia niewątpliwie fundamentalne ma stopień społecznej szkodliwości, a katalog okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu ma decydujące znaczenie dla prawidłowego wymiaru kary, także dla czynów mieszczących się w przedziale typowego dla danego zestawu znamion stopnia społecznej szkodliwości i stosowania instytucji związanych z oceną stopnia społecznej szkodliwości²³. Odnośnie stopnia winy, w kontekście ww. wyводу, należy wskazać, iż w przypadku oceny, z punktu widzenia społecznej szkodliwości czynu, okoliczność ta jest pomijalna ze względu na to, że nie została ujęta w art. 115 § 2 k.k., a sam stopień winy powinien podlegać ocenie jako odrębnym czynnik²⁴.

Ujęcie znikomej społecznej szkodliwości w stosunku do tzw. „drobnej przestępczości” jest bardzo ciekawe szczególnie dlatego, że wydawać by się mogło, iż właśnie wśród tej grupy przestępstw najczęściej mamy do czynienia z przypadkami o znikomej społecznej szkodliwości. W nauce prawa karnego od dawna istnieje problem co robić z przestępstwami „małej wagi”. Częściowo próbę zaradzenia temu problemowi podjął ustawodawca przesuwając kilka kategorii czynów, o częstokroć małej społecznej szkodliwości, do kodeksu wykroczeń. Mówimy w tym wypadku o tzw. czynach przepołowionych. Zaliczamy do nich np. kradzież czy paserstwo, gdzie jako kryterium przynależności czynu do przestępstwa lub wykroczenia przyjęto wartość mienia. Czyny przepołowione – zarówno w postaci wykroczenia, jak i przestępstwa – to czyny społecznie szkodliwe. Stopień społecznej szkodliwości jest jednak znacznie wyższy w tym drugim przypadku. Według T. Bojarskiego wykro-

²³ Tak też E. Plebanek, [w:] E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, „e-Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 5.

²⁴ A. Zoll, *Drobna przestępczość” jako problem dogmatyki prawa karnego i polityki karnej*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 452 i n.

czenie to czyn społecznie szkodliwy w stopniu znikomym, zagrożony karą przewidzianą w kodeksie wykroczeń, o ustawowo określonych znamionach, bezprawny i zawiniony²⁵. W związku ze zmniejszoną społeczną szkodliwością wykroczeń odmienny jest katalog kar. W przypadku wykroczeń są to: kara aresztu, ograniczenia wolności, grzywny lub nagany. Jak widać większość kar za przestępstwa ma swoje odpowiedniki w karaniu wykroczeń, jednakże kary te są odpowiednio niższe, biorące pod uwagę poziom społecznej szkodliwości. W obecnym porządku prawnym zarówno przestępstwa, jak i wykroczenia znajdują się w jurysdykcji sądów powszechnych. Pojęcie społecznej szkodliwości wykroczeń jest właściwie tożsamo rozumiane z przestępstwem. Początkowo kodeks wykroczeń nie zawierał katalogu, jaki należy brać pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości. Jednak obecnie art. 47 § 6 k.w. zawiera, podobnie jak art. 115 § 2 k.k., kryteria oceny społecznej szkodliwości, które są tożsame dla wykroczeń i przestępstw. Brak jest natomiast w kodeksie wykroczeń odpowiednika art. 1 § 2 k.k. Aprobując wypowiada się na ten temat T. Bojarski pisząc, że „anulowanie karalności czynu wykroczeniowego z powodu spadku społecznej szkodliwości czynu byłoby rozwiązaniem wprost sztucznym, praktycznie zbędnym. Psułoby też ogólną zasadę relacji, jaka z tego punktu widzenia zachodzi między przestępstwami, a wykroczeniami. Przyjmując, że wykroczenia to czyny społecznie szkodliwe w stopniu znikomym, trzeba zgodzić się z założeniem, że dalsze stopniowanie tej znikomości w kierunku punktu zerowego dla tej oceny i ze skutkami w postaci upadku karalności czynu wykroczeniowego nie byłoby celowe”²⁶.

Przechodząc do kwestii realizacji założeń prawa materialnego i procesowego należy zauważyć, że liczba spraw dotycząca „drobnej przestępczości” rozpatrywana w sądach powszechnych jest liczbą istotną w obrębie kategorii spraw karnych i wykroczeniowych ogółem. Ze względu na decyzje Ministerstwa Sprawiedliwości wyjątkowo ważnym w tej materii był rok 2010, m.in. ze względu na zmianę sposobu rozpatrywania tychże spraw. Zgodnie ze sprawozdaniem z działalności sądów powszechnych w 2010 roku rejestry spraw sądowych wskazywały liczbę wpływu na poziomie 12,9 mln spraw (łącznie, zarówno karnych, cywilnych, gospodarczych itd.). Wraz ze sprawami będącymi w toku (tzw. pozostałością z 2009 roku wynoszącą 1,6 mln do załatwienia było 14,5 mln) załatwiono (w sposób merytoryczny lub formalny) 12,8 mln spraw. Wartości te wskazują, że pozostało w toku 1,7 mln spraw. Wpływ spraw w porównaniu z rokiem 2009 wzrósł o 8,7% (z 11,9 mln do 12,9 mln). Zatem załatwiono o 5,9% spraw więcej (w 2009 r. 12,1 mln,

²⁵ T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003.

²⁶ *Ibidem*.

w 2010 r. 12,8 mln), z czego wynika, że nie opanowano wpływu (załatwiono mniejszą liczbę spraw niż zarejestrowano o 143 tysiące), co w konsekwencji spowodowało wzrost o 9,2% pozostałych spraw i wyniósł 1,7 mln. Wskaźnik opanowania wpływu wynosił 98,9, co oznacza, że załatwiono niespełna 99 spraw spośród stu rejestrowanych. Ogólny wskaźnik pozostałości wynosił 1,57 miesiąca, co oznacza, że na załatwienie sprawy czekano co najmniej 47 dni. Do sądów rejonowych wpłynęło 12 010 tys. (92,85%) spraw, do okręgowych – 836,6 tys. (6,46%) i do apelacyjnych – 87,7 tys. (0,67%). W sądach rejonowych znaczący udział w liczbie wpływających spraw miały sprawy karne (2,3 mln, 19,35%). Wzrost tej liczby o 3,8% stanowił wypadkową zwiększenia liczby wpływu spraw podlegających rozpoznaniu według przepisów o procesie (o 2,3%), spraw tzw. ogólnych (o 3,7%), wykroczeniowych (o 11,1%). Warto podkreślić, że w 2010 r. odnotowano znaczne pogorszenie się załatwalności tych spraw, co w efekcie spowodowało ponad 50% wzrost liczby spraw niezadowolonych. Wskaźnik opanowania wpływu wyniósł 94,18 i prawdopodobnie źródło tego stanu rzeczy należy upatrywać w znoszeniu sądów grodzkich²⁷, które załatwiały ponad 60% spraw w czasie zdecydowanie krótszym, niż są załatwiane sprawy tzw. drobne²⁸ w zwykłych wydziałach karnych²⁹.

Na terenie samej Apelacji Krakowskiej do sądów rejonowych wpłynęło łącznie 1094,6 tys. spraw (w całej Polsce 12 010,5 tys.), co stanowi 9,1% wpływu spraw ogółem w Polsce. W Apelacji Krakowskiej do sądów rejonowych w okręgu Krakowskim wpłynęło 569,6 tys. spraw, tj. 52,0%; do sądów rejonowych w okręgu Kieleckim 273,0 tys. spraw, tj. 24,9%; do sądów rejonowych w okręgu Nowosądeckim 140,4 tys. spraw, tj. 12,8%; do sądów rejonowych w okręgu Tarnowskim 111,6 tys. spraw, tj. 10,2%. Sprawy o charakterze karnym i wykroczeniowym (obejmujące zarówno zbrodnie, występki oraz wykroczenia) to – 231 639 przypadków, co stanowiło 21,2% wpływu wszystkich spraw (z liczby 1 094 600 spraw ogółem, które wpłynęły do sądów na terenie Apelacji Krakowskiej – tzn. zarówno cywilnych, karnych, gospodarczych itd.). Z tego 107 859 spraw wpłynęło do okręgu Sądu Okręgowego w Krakowie. Na obszarze Apelacji Krakowskiej można zauważyć panujący

²⁷ Na mocy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2009 r. w sprawie zniesienia Sądów grodzkich (Dz.U. Z dnia 24 grudnia 2009 r.), które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2010 r., doszło do likwidacji Sądów grodzkich.

²⁸ W rozumieniu spraw o wykroczenia, o wykroczenia skarbowe oraz o przestępstwa skarbowe z wyjątkiem spraw podlegających rozpoznaniu w postępowaniu zwyczajnym, o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego, o pozostałe przestępstwa, podlegające rozpoznaniu w karnym postępowaniu uproszczonym.

²⁹ *Opis statystyczny działalności sądów powszechnych w 2010 r.*, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010> [dostęp: 27.07.2014].

trend w skali kraju dotyczący zmniejszenia załatwialności spraw w stosunku do roku 2009 r.³⁰

Jako sztandarowy przykład „drobnej przestępczości” można uznać wspomniany wcześniej dawny art. 178a § 2 k.k. W 2010 r. w skali kraju doszło do skazania 51 078 osób z art. 178a § 2 k.k. Ogółem wymierzono 19 840 razy grzywnę samoistną /38,8%/, w 15 673 przypadkach orzeczono karę ograniczenia wolności /30,7%/, a w 15 559 /30,5%/ przypadkach orzeczono karę pozbawienia wolności (z czego 14 636 z zawieszeniem jej wykonania /94,1%/, a 923 sprawy bezwzględnie pozbawienia wolności /5,9%/). Grzywnę substytucyjnie zastosowano 6922 razy. Z kolei odnośnie skazanych z art. 278 § 1, 2, 3 ich liczba w skali kraju wyniosła łącznie 33 619 osób, z czego ogółem wymierzono 3 567 razy grzywnę samoistną /10,6%/. W 5 183 przypadkach orzeczono karę ograniczenia wolności /15,4%/. Karę pozbawienia wolności orzeczono aż w 24 859 /73,9%/ przypadkach (z czego 20, 687 z zawieszeniem jej wykonania /83,2%/, a 4 172 sprawy bezwzględnie pozbawienia wolności /16,8%/). Grzywnę substytucyjnie zastosowano 11 799 razy.

Dla porównania 2,663 spraw miało kwalifikację z art. 278 § 3 k.k. (wypadek mniejszej wagi), gdzie 1 057 razy wymierzono grzywnę samoistną 1 267 razy orzeczono karę ograniczenia wolności, 338 razy skazano na karę pozbawienia wolności, 248 razy zawieszając jej wykonanie. 85-krotnie posilkowano się grzywną subsydiarną. Mając na uwadze ww. dane statystyczne należy zauważyć, że dominującym rodzajem kary wymierzonej sprawcom jest kara grzywny samoistnej oraz kara pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem. Ponadto warto zaznaczyć, iż kary nieizolacyjnie stanowią znakomitą większość orzeczonych kar w stosunku do tych przestępstw, a bezwzględne pozbawienie wolności stanowi znikomy odsetek.

Podsumowując, należy zwrócić uwagę na szereg nieścisłości i problemów rodzących się przy analizie zagadnienia „drobnej przestępczości”. Nie sposób odmówić racji twierdzeniu, że ustawodawca bagatelizuje tę problematykę, zarówno w aspekcie karno-materialnym, jak też procesowym, a nawet organizacyjnym (w sensie prędkości załatwiania spraw). Powyższe wynika zapewne z tego, iż czyny kwalifikowane do „drobnej przestępczości” nie wzbudzają wśród społeczeństwa zbyt wielu emocji, a zatem nie mogą stanowić pożytki dla tzw. „populizmu karnego”, który – jak pokazują realia współczesności – jest narzędziem nader skutecznym. Marginalizowanie problemu sprawia, że sądownictwo staje się coraz bardziej niewydolne, a tego rodzaju niewydolność wystawia złe świadectwo całemu wymiarowi sprawiedliwości.

³⁰ *Analiza statystyczna działalności sądów wg apelacji w 2010 r.*, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010> [dostęp: 27.07.2014].

Abstract

The issue of the so-called petty crime

Domestic criminal legislation consistently applies the idea of dualism of crimes dividing them into felonies and misdemeanors. This demarcation has in mind primarily the gravity of the offenses. The bifurcation is mostly based on the degree of social harm resulting from the act. However infractions, with low social harm, do not qualify as either of the two. Deeds classified as “petty crime” do not arouse excessive emotions among the public. Such marginalization of the problem results in the judiciary becoming increasingly inefficient and this kind of failure reflects badly on the whole criminal justice system.

Key words: petty crime, misdemeanor, offense, degree of social harm, infraction, lesser degree offense, criminal law

Streszczenie

Drobna przestępczość – problematyka zjawiska

Rodzime ustawodawstwo karne w sposób konsekwentny przyjmuje dualizm przestępstw, dzieląc je na zbrodnie i występki. Rozgraniczenie to ma na uwadze głównie ciężar gatunkowy czynów zabronionych. Wyżej wymieniony rozdział miarkowany jest głównie szkodliwością społeczną czynu. Natomiast poza kategorią pozostają wykroczenia, które są odrębnym rodzajem czynów zabronionych o niskiej społecznej szkodliwości. Czyny kwalifikowane do „drobnej przestępczości” nie wzbudzają wśród społeczeństwa nadmiernych emocji. Marginalizowanie problemu sprawia, iż sądownictwo staje się coraz bardziej niewydolne, a tego rodzaju niewydolność wystawia złe świadectwo całemu wymiarowi sprawiedliwości.

Słowa kluczowe: drobna przestępczość, występki, czyn zabroniony, szkodliwa społeczność czynu, wykroczenie, wypadek mniejszej wagi, prawo karne

GLOS Y

GLOSSES

Anna Juryk

dr, Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie

Dariusz Michta

dr, adwokat

**Zmiana postanowienia oddalającego żądanie
w postępowaniu nieprocesowym.
Uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 15 września 2011 r., sygn. II CSK 718/10**

1. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 września 2011 r., sygn. II CSK 718/10, wskazał, że ubiegający się o zmianę prawomocnego postanowienia powinien wykazać zmianę okoliczności sprawy, gdyż odstępstwo od zasady powagi rzeczy osądzonej, wyrażonej w art. 523 zdanie pierwsze k.p.c., jest dopuszczalne tylko na podstawie i w granicach zmiany okoliczności. Dla zastosowania art. 523 zdanie drugie k.p.c. należy porównać okoliczności sprawy, które stanowiły stan faktyczny decydujący o oddaleniu wniosku ze stanem faktycznym, który wskutek zmiany może pozwolić na uwzględnienie wniosku. Nie jest to zatem ocena prawna tego samego, lecz zmienionego stanu faktycznego.

2. Postępowanie nieprocesowe jest, obok procesu, głównym trybem postępowania rozpoznawczego. Jest ono jednak dużo bardziej zróżnicowane w porównaniu z procesem¹. Dotyczy to zarówno przedmiotu, zasad procedowania, jak i skutków prawnych orzeczeń. W przeciwieństwie do procesu liczba zainteresowanych może być różna, a ich interesy nie muszą być sprzeczne. W postępowaniu nieprocesowym częściej niż w procesie zapadają orzeczenia konstytutywne (tworzące lub kształtujące stosunki prawne). Podstawową formą rozstrzygnięcia sądu w postępowaniu nieprocesowym jest postanowienie (art. 516 k.p.c.). W prawie polskim merytoryczne orzeczenia wydane w postępowaniu nieprocesowym uważa się za akty jurysdykcyjne wymiaru

¹ A. Miączyński, *Z rozważań nad istotą i funkcją orzeczeń nieprocesowych*, Acta Universitatis Wratislaviensis, No1028, Prawo CLXX, Wrocław 1990, s. 132.

sprawiedliwości, umożliwiające realizację podstawowej funkcji postępowania cywilnego, tj. ochronę prawną². Jest ono imperatywnym rozstrzygnięciem (decyzją) sądu, tj. aktem stosowania prawa. Merytoryczne postanowienia nieprocesowe są traktowane jako odpowiedniki wyroków w postępowaniu procesowym, w związku z czym posiadają analogiczne cechy: prawomocność, skuteczność, wykonalność³. Z punktu widzenia różnic zewnętrznych forma postanowienia jest bardziej elastyczna od formy wyroku. Dzięki temu sąd w postępowaniu nieprocesowym dysponuje większą swobodą działania. Jest ona w doktrynie ujmowana szerzej jako pogląd o występowaniu w postępowaniu nieprocesowym tzw. „prawa sędziowskiego”⁴. Pod tym pojęciem należy rozumieć szersze niż w procesie uprawnienia sądu do działania z urzędu, co przy elastycznych regulacjach postępowania nieprocesowego daje mu większe możliwości dostosowania werdyktu, sposobu rozstrzygnięcia do specyfiki danej sprawy.

Wyrok wydany w procesie co do zasady ma bilateralny charakter, ponieważ rozstrzyga spór prawny prowadzony przez dwie przeciwstawne sobie strony. Merytoryczne postanowienie w postępowaniu nieprocesowym może mieć charakter unilateralny, jeśli rozstrzyga o sytuacji prawnej jednej osoby lub multilateralny, jeśli rozstrzyga o sytuacji prawnej kilku osób uczestniczących w postępowaniu nieprocesowym⁵.

3. Podstawową ideą prawa procesowego jest wydanie słusznego orzeczenia. Przywołując słowa A. Miączyńskiego: „orzekanie nie ma być [...] loterią, w której na skutek szczęśliwego przypadku możemy czasem trafić na słusne rozstrzygnięcie, ale jest najważniejszą czynnością sądu w postępowaniu cywilnym”⁶.

Wydanie słusznego (trafnego) orzeczenia jest wynikiem sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu dokonanego w oparciu o zgodne z prawdą ustalenia faktyczne oraz na podstawie prawidłowo zastosowanych norm prawa materialnego i procesowego. Nie zawsze jest to zadanie proste, dlatego towarzyszy mu ryzyko popełnienia błędu, zarówno celowych, jak i niewynikających ze złej woli orzekających. Jako główne powody występujących w orzeczeniach uchybień wskazuje się na błędy w rozumowaniu na płaszczyźnie prawnej

² *Ibidem*, s. 133.

³ Szerzej *ibidem*, s. 132; także K. Korzan, *Skutki orzeczeń rozstrzygających sprawę co do istoty (prawomocność, wykonalność, skuteczność)*, „Rejent” 2005, nr 4, s. 10–18.

⁴ A. Miączyński, *Z rozważań...*, *op. cit.*, s. 132.

⁵ *Ibidem*, s. 139.

⁶ A. Miączyński, *Zaskarżenie uzasadnienia orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 5, s. 717.

albo faktycznej oraz błędy w postępowaniu⁷. Konieczne jest zatem stworzenia w ramach orzekania sytemu środków prawnych służących korygowaniu orzeczeń oraz usuwaniu błędów pojawiających się w związku z rozpoznawaniem konkretnej sprawy. Kontroli orzeczeń sądowych w postępowaniu cywilnym służą środki zaskarżenia. Prawo do ich wnoszenia stanowi jedno z podstawowych uprawnień człowieka i obywatela oraz istotną gwarancję państwa prawa. Wśród środków zaskarżenia w tytule VI księgi pierwszej, części pierwszej, k.p.c.⁸ uregulowano kolejno: apelację, zażalenie, skargę kasacyjną, skargę na orzeczenie referendarza sądowego, wznowienie postępowania oraz skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Nie są to jednak wszystkie środki zaskarżenia, o jakich mowa w przepisach k.p.c. W innych miejscach kodeksu odnaleźć można takie środki zaskarżenia jak: sprzeciw od wyroku zaocznego (art. 344 § 1), zarzuty od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym (art. 493 § 1) oraz sprzeciw od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym (art. 503 § 1), skargę na czynności komornika (art. 767), zarzuty w postępowaniu egzekucyjnym, a także skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego⁹ (art. 1205–1211). Są to środki zaskarżenia charakterystyczne dla konkretnego rodzaju orzeczenia lub postępowania (np. odrębnego, egzekucyjnego).

Środki zaskarżenia mogą przysługiwać w toku instancji od orzeczeń nieprawomocnych (apelacja, zażalenie), jak również służyć mogą do korekty orzeczeń prawomocnych (skarga kasacyjna, wznowienie postępowania, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia).

W postępowaniu nieprocesowym apelacja przysługuje od nieprawomocnych merytorycznych postanowień, natomiast zażalenie – od postanowień proceduralnych (formalnych, które nie orzekają co do istoty sprawy, art. 518 k.p.c.)¹⁰. Z kolei skarga kasacyjna przysługuje od prawomocnego merytorycznego postanowienia oraz od postanowienia w przedmiocie odrzucenia wniosku i umorzenia postępowania kończących postępowanie z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 519 [1] k.p.c. Można także żądać stwierdzenia

⁷ T. Zembrzusi, *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011, s. 13–14, i powołana tam literatura.

⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U.1964.43.29.

⁹ Środek ten bywa traktowany także jako samodzielne powództwo, T. Ereciński, [w:] J. Ciszewski, P. Grzegorzczak, K. Weitz, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, s. 811; także A. Zielony, *Kilka uwag o naturze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego*, Warszawa 2010, s. 706 i n.; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2006, s. 197.

¹⁰ Na temat zwyczajnych środków zaskarżenia w postępowaniu nieprocesowym por. A. Zieliński, *Zwyczajne środki zaskarżenia (odwoławcze) w postępowaniu nieprocesowym*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 2, s. 57–62.

niezgodności z prawem prawomocnego merytorycznego postanowienia sądu drugiej instancji kończącego postępowanie w sprawie¹¹, jeżeli na skutek jego wydania stronie została wyrządzona szkoda, a zmiana lub uchylenie tego postanowienia w drodze przysługujących stronie środków prawnych nie było i nie jest możliwe (art. 519 [2] k.p.c.). Uczestnik postępowania może ponadto żądać wznowienia postępowania zakończonego prawomocnym merytorycznym postanowieniem (art. 524 k.p.c.). Wznowienie postępowania nie jest jednak dopuszczalne, jeżeli postanowienie kończące postępowanie może być zmienione lub uchylone.

Zgodnie z zasadą ogólną, wyrażoną w art. 13 § 2 k.p.c., przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w k.p.c. W celu uniknięcia powtórzeń regulacja środków zaskarżenia postanowień wydanych w postępowaniu nieprocesowym w księdze drugiej części pierwszej k.p.c. nie jest kompletna. Zatem w zakresie nieuregulowanym analogicznie znajdują zastosowanie właściwe przepisy dotyczące środków zaskarżenia orzeczeń wydanych w postępowaniu procesowym.

Konieczność zagwarantowania orzeczeniu stabilności i niepodważalności wyznacza granicę kontroli orzeczeń za pomocą środków zaskarżenia. W postępowaniu nieprocesowym obowiązuje zasada, że prawomocne merytoryczne postanowienie nie może być zmienione ani uchylone (art. 523 k.p.c.).

W doktrynie wyróżnia się prawomocność formalną (art. 363 k.p.c.) oraz materialną (art. 365 i 366 k.p.c.), traktowane jako dwa wzajemnie uzupełniające się aspekty (kierunki) działania tej samej prawomocności. Prawomocność formalna to brak możliwości zaskarżenia orzeczenia w drodze środków zaskarżenia w toku instancji lub brak możliwości zmiany orzeczenia, które wynika z faktu jego niezaskarżalności w drodze przewidzianych prawem środków zaskarżenia. Zgodnie z ogólnymi zasadami wynikającymi z k.p.c. dotyczącymi chwili uprawomocnienia się orzeczenia, postanowienie orzekające co do istoty sprawy, wydane w postępowaniu nieprocesowym, staje się prawomocne formalnie, jeśli nie przysługuje od niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia (art. 363 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Oznacza to, że postanowienie zaskarżalne, tj. takie, od którego przysługuje środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia, staje się formalnie prawomocne, gdy: a) strona zainteresowana nie wniosła w ustawowym terminie środka zaskarżenia – z chwilą bezskutecznego upływu tego terminu, oraz b) po wyczerpaniu toku instancji. Należy doprecyzować, że postanowienie uzyskuje

¹¹ Wprowadzona do k.p.c. na podstawie art. 2 ustawy z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U.2010.155.1037.

prawomocność z chwilą bezskutecznego upływu terminu dla uczestnika postępowania, w stosunku do którego termin upływa później, bowiem termin do wniesienia środka zaskarżenia może rozpoczynać swój bieg w różnym czasie dla poszczególnych uczestników. Natomiast postanowienie niezaskarżalne staje się prawomocne formalnie – co do zasady – z chwilą jego ogłoszenia, a jeśli nie podlega ogłoszeniu – z chwilą jego wydania, tj. podpisania sentencji, a w przypadku postanowień formalnych (niekończących postępowania w sprawie) wydanych na posiedzeniu jawnym – wpisania do protokołu. Przykładowo postanowienie jest niezaskarżalne, gdy przepis prawa dopuszcza tylko jednoinstancyjne postępowanie albo gdy sądem właściwym do rozpoznania sprawy w pierwszej i jedynej instancji jest Sąd Najwyższy.

Co do zasady uzyskanie prawomocności formalnej poprzedza i jest warunkiem uzyskania prawomocności materialnej. Dzięki niej ochrona prawna udzielona w orzeczeniu staje się stabilna i niepodważalna, strona niezadowolona z orzeczenia traci możliwość zmiany sytuacji prawnej, wynikającej z prawomocnego rozstrzygnięcia, a sądy i inne organy państwa są zobowiązane do jej respektowania¹². To związanie sądu wydanym przez niego orzeczeniem oraz związanie nim innych sądów i organów państwowych to skutek pozytywny prawomocności materialnej. W przypadku orzeczeń merytorycznych prawomocność materialna ma jeszcze dodatkowo skutek negatywny w postaci powagi rzeczy osądzonej, tj. zakazu wszczęcia i rozpoznawania po raz drugi tej samej sprawy między tymi samymi stronami.

Zasada wyrażona w art. 523 k.p.c. wskazuje zatem, że prawomocność dotyczy także postanowień nieprocesowych. Ponadto pod względem skutków są one zrównane z wyrokami w procesie cywilnym.

4. Opisana wyżej zasada stabilności postanowień nieprocesowych doznaje pewnych ograniczeń wynikających z art. 523 k.p.c. Po pierwsze dotyczy to sytuacji, gdy przepis szczególnie przewiduje możliwość zmiany lub uchylecia prawomocnego merytorycznego postanowienia. Spod pojęcia „przepisów szczególnych” należy od razu wykluczyć wyżej wspomniane nadzwyczajne środki zaskarżenia prawomocnych merytorycznych postanowień¹³. Możliwość skorzystania ze wznowienia postępowania oraz stwierdzenia niezgodno-

¹² Bogata literatura o pozytywnym aspekcie prawomocności materialnej i jej relacji do powagi rzeczy osądzonej por. P. Grzegorzczak, [w:] M. Jędrzejewska, P. Grzegorzczak, K. Weitz, T. Ereciński, J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, część 1: Postępowanie rozpoznawcze, część 2: Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2011, s. 127–132.

¹³ Warto odnotować, że dodane w 2010 r. przepisy dotyczące stwierdzenia niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia umieszczono przed przepisem wyrażającym wspomnianą zasadę, że prawomocne merytoryczne postanowienie nie może być zmienione ani uchylone. Wyjątek poprzedza zatem regułą ogólną, wbrew zasadom poprawnej legislacji.

ści z prawem prawomocnego merytorycznego postanowienia dotyczy tylko takich postanowień, które nie mogą być zmienione lub uchylone na innej podstawie. Po drugie sąd w razie zmiany okoliczności sprawy może zmienić prawomocne postanowienie oddalające wniosek (tzw. postanowienia negatywne). Przepisy ustanawiające wyjątki interpretuje się ściśle, a *contratio* prawomocne postanowienie uwzględniające wniosek nie może być zmienione w razie zmiany okoliczności sprawy.

W drodze wykładni art. 523 k.p.c. można zatem wyróżnić postanowienia uwzględniające żądanie, tj. pozytywne (kształtujące, ustalające) oraz postanowienia oddalające żądanie, tj. negatywne, odmowne. O ile prawomocne postanowienie orzekające co do istoty sprawy (tzw. postanowienia pozytywne) nie może być zmienione ani uchylone, to prawomocne postanowienie oddalające wniosek (postanowienie negatywne) może być przez sąd zmienione zawsze, ilekroć ulegną zmianie okoliczności sprawy.

5. Ograniczenia zasady stabilności postanowień nieprocesowych, z mocy z art. 523 k.p.c., spowodowały w doktrynie pewne wątpliwości. Pierwsza z nich wynika z samego brzmienia przepisu art. 523 k.p.c. Chodzi o wzajemną relacją tych ograniczeń, tj. czy są one rozłączne. Należy opowiedzieć się za odpowiedzią twierdzącą. Możliwość zmiany prawomocnego postanowienia oddalającego wniosek, wynikająca z 2 zd. art. 523 k.p.c. nie jest przepisem szczególnym w rozumieniu zd. 1 art. 523 k.p.c.¹⁴ Przykładowo przepis szczególny art. 577 k.p.c. całkowicie znosi zakaz ponownego rozpoznania sprawy wynikający z powagi rzeczy osądzonej. Zezwala on zatem na zmianę postanowienia zarówno w sytuacji, gdy poprzednio rozważane okoliczności faktyczne w ogóle nie uległy zmianie, jak i gdy nie zaistniały żadne nowe okoliczności. Tymczasem prawomocne negatywne postanowienie może być zmienione wyłącznie na podstawie nowych okoliczności, tj. takich, które wystąpiły po jego wydaniu. Poprzednie okoliczności nie mają żadnego znaczenia dla tego ograniczenia. W tym przypadku przyjmuje się założenie, że cały materiał dowodowy, stanowiący podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, uległ prekluzji z wyjątkiem okoliczności mogących stanowić podstawę do wznowienia postępowania¹⁵.

Druga wątpliwość dotyczy tego, czy prawomocne negatywne postanowienia korzystają z powagi rzeczy osądzonej. Innymi słowy czy art. 523 zd. 2 k.p.c. nie pozbawia negatywnych i merytorycznych postanowień nieprocesowych cechy prawomocności materialnej w jej aspekcie negatywnym.

¹⁴ K. Korzan, *Skutki orzeczeń...*, *op. cit.* s. 11.

¹⁵ *Ibidem*, s. 11.

W polskiej doktrynie panuje zgodność co do tego, że pozytywne i merytoryczne postanowienia nieprocesowe korzystają z powagi rzeczy osądzonej¹⁶. Przemawia za tym przede wszystkim treść art. 523 zd. 1 k.p.c., zgodnie z którym powaga rzeczy osądzonej nie przysługuje prawomocnym postanowieniom merytorycznym zarówno pozytywnym, jak i negatywnym tylko wyjątkowo, jeśli przewiduje to przepis szczególny. Dla sądu oznacza to brak możliwości odrzucenia wniosku zgodnie z art. 199 § 1 pkt 2) k.p.c. na tej podstawie, że sprawa została już prawomocnie rozstrzygnięta.

Ponadto większość doktryny opowiada się za przyjęciem, że negatywny aspekt prawomocności dotyczy także postanowienia oddalającego wnioszek¹⁷. Zakaz ponownego rozstrzygania sprawy przestaje wiązać z chwilą zmiany okoliczności faktycznych sprawy. Spotyka się jednak także pogląd odmienny przyznający negatywnym postanowieniom jedynie warunkową (względną) powagę rzeczy osądzonej¹⁸.

Można także spotkać poglądy, że zasadniczy skutek prawomocności, czyli związaną treścią sentencji postanowienia orzekającego co do istoty sprawy, zależy w postępowaniu nieprocesowym – inaczej niż w postępowaniu procesowym – od charakteru postanowienia¹⁹. Kładzie się w tym wypadku akcent na pozytywny aspekt prawomocności materialnej.

Niezależnie jednak od przyjętego sposobu argumentacji, możliwość zmiany lub uchylecia negatywnego postanowienia merytorycznego w postępowaniu nieprocesowym nie oznacza pozbawienia go prawomocności w żadnym z jej aspektów.

Na niewielką przydatność tworzonych podziałów oceny prawomocności postanowień nieprocesowych może wskazywać milczenie przedstawicieli nauki w zakresie jej pozytywnego aspektu. Nikt przecież nie kwestionuje, że negatywne postanowienie wiąże osoby zainteresowane oraz sąd, który je wydał, a także inne sądy i organy władzy publicznej. Zakaz zmiany lub uchylecia, stanowiący istotę powagi rzeczy osądzonej oznacza, że postanowienie może realnie wiązać, i na odwrót – ustanowienie zasady związania treścią postanowienia wyklucza możliwość jego zmiany lub uchylecia. Natomiast czym innym jest dopuszczenie – w drodze wyjątku – sytuacji, w której postanowienie przestaje wiązać, co jest możliwe na skutek jego zmiany lub uchylecia. Przy-

¹⁶ K. Lubiński, *Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 11, s. 46 oraz literatura podana w przypisie 17; K. Korzan, *Skutki orzeczeń...*, *op. cit.* s. 10.

¹⁷ K. Korzan, *Orzeczenia konstytucyjne w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972, s. 111.

¹⁸ Por. literatura przytoczona przez K. Lubiński, *op. cit.*, s. 46, zwłaszcza przypis 18.

¹⁹ Por. J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, t. III, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 129.

wołując słowa A. Miączyńskiego „jak długo nie doszło do zmiany orzeczenia tak długo orzeczenie to zachowuje pełną prawomocność”²⁰.

6. Kwestia prawomocności postanowień nieprocesowych budzi także wątpliwości w innych państwach²¹. Duże różnice poglądów w tej sprawie wynikają z różnic w zakresie oceny celu i charakteru postępowania nieprocesowego.

Można wyodrębnić trzy główne stanowiska. Według pierwszego – orzeczenia nieprocesowe korzystają z prawomocności materialnej w takim samym zakresie jak orzeczenia procesowe, bo tego wymaga potrzeba zagwarantowania podmiotom ochrony prawnej²². Nie może być ona słabsza dla podmiotów postępowania nieprocesowego.

Drugie stanowisko odmawia orzeczeniom nieprocesowym prawomocności materialnej, ponieważ traktuje je jako akty administracyjne²³. Nie korzystają one z jednorazowości i ostateczności charakterystycznych dla orzeczeń sądowych.

Z kolei trzecie – pośrednie stanowisko – przyznaje orzeczeniom nieprocesowym materialną prawomocność w zależności od charakteru tego orzeczenia, przy czym zwraca się uwagę, że ma ona węższy zakres niż w procesie z powodu charakteru samego postępowania nieprocesowego²⁴. Wszędzie tam, gdzie sąd w postępowaniu nieprocesowym rozstrzyga spór prawny (na podobieństwo postępowania procesowego), orzeczenie nieprocesowe korzysta z prawomocności materialnej. W pozostałych sprawach należy zbadać, czy dochodzi do wydania ostatecznego rozstrzygnięcia. Jeśli tak to należy mu zagwarantować pełną stabilność i niezmienności, dzięki korzystaniu z materialnej prawomocności. W przeciwnym wypadku orzeczeniu nie przyznaje się prawomocności, przykładowo nie korzystają z powagi rzeczy osądzonej orzeczenia w sprawach z zakresu opieki prawnej. Można spotkać się z poglądami, że w takim przypadku sprawiedliwość indywidualna ustępuje miejsca bezpieczeństwu prawnemu.

²⁰ A. Miączyński, *Ochrona praw jednostki w postępowaniu nieprocesowym*, „ZNUJ. Prace Prawnicze” 1975, z. 85, s. 62.

²¹ K. Lubiński, *op. cit.*, s. 43–47 oraz powołana tam literatura (przypisy 1–15, 21–23, 25).

²² Przeważa ono w prawie niemieckim, austriackim, niektórych kantonach szwajcarskich (Zurich). *Ibidem*, s. 44–45.

²³ Charakterystyczne dla prawa francuskiego, orzeczenia nieprocesowe z założenia mają tymczasowy charakter, dopuszcza się w szerokim zakresie możliwość ich zmiany lub uchylecia, por. *ibidem*, s. 46 oraz literatura podana w przypisie 15–16; także *Prawo francuskie*, t. 1, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, Kraków 2004, s. 220–221; ponadto por. definicję procedury administracyjnej i cywilnej (postępowanie niesporne) w prawie francuskim: *Dictionnaire de la culture juridique*, red. D. Alland, S. Rials, PUF, Paris 2003, s. 1222–1230.

²⁴ Tak w prawie bułgarskim, greckim, holenderskim, rumuńskim, włoskim, turecki, por. szerzej *ibidem*, s. 46–47.

Konkludując, różnice poglądów na temat prawomocności materialnej orzeczeń nieprocesowych występują nie tylko na gruncie systemów prawnych różnych państw, ale także w doktrynie i orzecznictwie poszczególnych państw. Jest ona wynikiem różnic w zakresie celów i funkcji postępowania nieprocesowego, tj. charakteru spraw rozpatrywanych w tym trybie.

Rafał Bernat

doktorant, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

**Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 29.10.2015 r., II FSK 2274/13.
Uprawdopodobnienie braku winy w sprawie
o przywrócenie terminu**

Wyrok

Dyrektor Urzędu Kontroli Skarbowej przesłał decyzję podmiotowi kontrolowanemu. Pomimo dwukrotnego awiza, przesyłka nie została podjęta przez adresata i w konsekwencji została zwrócona do organu. Następnie skarżący złożył wniosek o przywrócenie terminu do złożenia odwołania od decyzji Dyrektora UKS. Podatnik oświadczył, że informację o wysłanej decyzji powziął od Naczelnika Urzędu Skarbowego, który przesłał mu upomnienie w odrębnym postępowaniu. Wedle stanowiska podatnika, brak odbioru decyzji organu kontroli skarbowej wynikało z sytuacji prywatnej podatnika, który był zastraszany przez bliżej nieokreślone osoby i którego przebywanie w miejscu wskazanym do doręczeń groziło realnym niebezpieczeństwem. Obawa o życie i zdrowie podatnika oraz członków jego rodziny była powodem relokacji w inne miejsce zamieszkania. Podatnik wskazał, że akty wandalizmu, skierowanego wobec jego osoby, mają formę niszczenia przedmiotów znajdujących się w obrębie nieruchomości, w tym także skrzynki pocztowej. Zawiadomienia awizo dotyczące przesyłki Dyrektora UKS zostały prawdopodobnie zabrane przez osoby dokonujące aktów wandalizmu wobec skarżącego. Zdaniem podatnika, nie miał on możliwości odbioru adresowanej do niego przesyłki. Dyrektor Izby Skarbowej odmówił przywrócenia terminu. Uzasadził to tym, że zdarzenia opisywane przez podatnika co prawda miały miejsce w przeszłości, ale były przedmiotem postępowania umorzonego z uwagi na brak znamion czynu zabronionego. Nawet gdyby akty wandalizmu znalazły potwierdzenie w rzeczywistości, a skrzynka pocztowa była uszkodzona, to podatnik

powinien dokonać jej naprawy lub zmienić adres do korespondencji, jako bezpieczny od wszelkich zagrożeń. Zdaniem organu, nie ma podstaw przywrócenia terminu jeśli strona wykazała się chociażby lekkim niedbalstwem.

Podatnik skierował w sprawie tego aktu administracyjnego skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy, która została w całości oddalona. Sąd rozpoznał w zachowaniu podatnika brak staranności w prowadzeniu własnych spraw. Nie miało znaczenia powoływanie się przez stronę na fakt uszkodzenia przesyłki lub obawy o życie i zdrowie swojej rodziny oraz własne. Z perspektywy sądu, pozostawienie przesyłki w uszkodzonej skrzynce odznaczało się takim samym ryzykiem, co pozostawienie jej w drzwiach mieszkania bądź w widocznym miejscu przy wejściu na posesję adresata. Stan techniczny skrzynki zależał wyłącznie od woli podatnika, który mógł dokonać niezbędnych napraw. Świadomość toczącego się postępowania uprawdopodobnia dodatkowo tezę, że mimo przeszkód w doręczeniu pism z organu kontroli skarbowej, podatnik mógł te przeszkody usunąć, ustanawiając inny adres do doręczeń. Od tego wyroku skarżący wniósł skargę kasacyjną, w którym zarzucił m.in. naruszenie art. 150 Ordynacji podatkowej¹ poprzez błędną wykładnię przepisu dokonaną przez sąd, tj. przyjęcie, że brak informacji o miejscu pozostawienia powtórnego awiza nie stanowi naruszenia art. 150 ust. 1a OP, który to przepis nakazuje zawiadomienie adresata o miejscu pozostawienia pisma.

Skarga została przez Naczelną Sąd Administracyjny oddalona w całości, a wyrok WSA w Bydgoszczy utrzymany w mocy. Na początku uzasadnienia, sąd administracyjny II instancji poddał analizie prawidłowość zastosowania doręczenia w trybie art. 150 OP. Przyznał, że chociaż nie ma informacji gdzie pozostawiono powtórne awizo, to za miarodajną należy jednak uznać informację Poczty Polskiej o pozostawieniu awiza w skrzynce oddawczej. Gdyby stwierdzono nieprawidłowość doręczenia zastępczego, oznaczałoby to brak wejścia do obrotu prawnego wydanej decyzji. Wtedy wniosek o przywrócenie terminu do złożenia odwołania byłby bezzasadny. Zdaniem NSA postanowienie stwierdzające wniesienie odwołania z uchybieniem terminu jest dokumentem urzędowym gdyż zostało sporządzone przez organy władzy publicznej w formie określonej obowiązującymi przepisami. Treść dokumentu urzędowego nie podlega swobodnej ocenie przez organ prowadzący postę-

¹ W tekście zastosowano następujące akty normatywne: ustawa z 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2012, poz. 749) – zwana także „OP”; ustawa z 30.08.2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2012, poz. 270 ze zm.); ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2013, poz. 267). Źródłem poniższych wyroków sądów administracyjnych jest: Centralna Baza Orzecznictwa Sądów Administracyjnych.

powanie dowodowe i dopóki znajduje się w obiegu prawnym to należy go oceniać zgodnie z jego treścią. W przedmiotowej sprawie dowód, w postaci postanowienia organu dotyczącego wniesienia odwołania z uchybieniem terminu, nie jest przedmiotem badania. Postępowanie przed NSA dotyczyło *de facto* przekroczenia terminu do wniesienia odwołania. Sąd nie uznał żadnej z podstaw kasacyjnych, jednocześnie wskazał prawidłowość ustaleń organu i sądowej kontroli decyzji przez WSA.

Zdaniem NSA podatnik nie uprawdopodobnił uchybienia terminu. Zgodnie ze stanowiskiem sądu istnieją cztery przesłanki warunkujące przywrócenie terminu i należy spełnić je kumulatywnie. Jedną z nich jest uprawdopodobnienie braku winy podatnika (w uzasadnieniu sąd nie wymienia wprost pozostałych). Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu w znaczeniu ścisłym (zwolnionym od formalności dowodowych), dającym jedynie prawdopodobieństwo istnienia jakiegoś faktu. Brak winy w uchybieniu terminowi jest oceniane na podstawie pełnej wiedzy o okolicznościach oraz o zachowaniu tego, który nie dochował terminu (w kontekście miernika staranności). Zdaniem NSA brak winy zachodzi gdy podatnik nie mógł (mimo znacznego wysiłku) przezwyciężyć przeszkody w zachowaniu terminu. Za takie przeszkody należy uznać zdarzenia nieplanowane (nagłe) mające wymiar klęsk żywiołowych oraz zdarzeń *vis maior*. Sąd nie dopatrzył się tego rodzaju przeszkody w zdarzeniach zaistniałych w sprawie, przejawiających się w aktach wandalizmu wobec podatnika oraz podnoszonej przez niego obawy o życie i zdrowie członków rodziny. Przywrócenie terminu nie byłoby dopuszczalne nawet gdyby skarżący dopuścił się choćby lekkiego niedbalstwa.

Podatnik musiał mieć świadomość, że dewastacje skrzynki pocztowej oraz nieobecność kogokolwiek pod adresem do doręczeń może skutkować niedopełnieniem obowiązków, jakie ciążyą na stronie w toczącym się postępowaniu (o którym wiedział skarżący). Brak minimum staranności w zakresie zapewnienia organom możliwości doręczenia mu korespondencji wyrażał się m.in. w tym, że nie ustanowił innego adresu do doręczeń, nie zasięgał informacji w jednostce pocztowej o możliwości rozwiązania problemu z doręczeniem i nie ustanowił pełnomocnika, co mogłoby usunąć przeszkodę. Prawdą jest, że w Ordynacji podatkowej nie wprowadzono przepisu obligującego podatnika do ustanawiania pełnomocnika do doręczeń, jednakże brak podjęcia logicznych (w tym wypadku) działań pozbawia podatnika przymiotu działania z należytą starannością. Obowiązek zapewnienia adresu do doręczeń, wolnego od wad, spoczywa wyłącznie na podatniku, który powinien podjąć efektywne działania zmierzające do zapewnienia nowego adresu w razie trwałej niemożności doręczenia do dotychczasowego. W interesie skarżącego jest

wypełnienie tego obowiązku, który pozwoliłby na uniknięcie niekorzystnych dla niego konsekwencji (w tym przypadku uchybienia terminu i braku możliwości wniesienia odwołania od decyzji).

Konkludując, Naczelny Sąd Administracyjny określił przeszkodę podaną przez podatnika jako uniemożliwiającą dochowania terminu na wniesienie odwołania – jako możliwą do pokonania. Ponadto, podatnik nie uprawdopodobnił należycie braku winy, o której mowa w art. 162 OP i finalnie nie mógł skorzystać z dobrodziejstwa instytucji przywrócenia uchybionego terminu.

Komentarz

Instytucja przywrócenia terminu stanowi wyjątek od zasady dotrzymywania terminów ustawowych na dokonanie konkretnych czynności. Procedura podatkowa przewiduje szereg terminów, których realizacja ma zapewnić sprawne i szybkie rozstrzygnięcie sprawy². Przewlekłość postępowania albo opieszale wykonywanie czynności przez podatnika, jak i organ podatkowy, wpływa negatywnie na charakter postępowania. Aby procedura była przeprowadzona rzetelnie istotne jest, aby podatnik wypełniał obowiązki związane z terminowym wykonywaniem konkretnych czynności. Jeśli termin jest chybiony, skorzystanie z prawa do wniesienia środka zaskarżenia jest niemożliwe. Organ w takim wypadku nie bada wniesionego pisma pod względem merytorycznym. Ustawodawca przewidział jednak w artykułach 163–165 OP nadzwyczajną procedurę, której zastosowanie może uprawniać do dokonania czynności po terminie. Nie oznacza wtedy, że środek zaskarżenia lub inne pismo zostało wniesione po terminie ustawowym. Stosowane jest wtedy rozwiązanie, wedle którego przywracany jest termin, a wykonana przy tym czynność traktowana jest jako dokonana w przewidzianym przepisami czasie.

Wedle art. 162 § 1 Ordynacji podatkowej w razie uchybienia terminu należy przywrócić termin na wniosek zainteresowanego, jeżeli uchybienie nastąpiło nie z jego winy. Organ podatkowy nie może wezwać podatnika do skierowania takiego wniosku ani też *ex cathedra* wydać postanowienie o przywróceniu terminu. Podanie o przywrócenie terminu należy skierować w ciągu 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi. Jednocześnie z wniesieniem podania należy dopełnić czynności, dla której był określony termin. Tym samym, przywrócenie terminu jest możliwe gdy zaistnieje określony

² Istotą postępowania podatkowego jest konieczność weryfikacji sposobu wykonania normy prawa podatkowego przez podatnika – por. G.K. Walkowski, *System polskiego prawa podatkowego w praktyce. Wybrane zagadnienia*, t. I, Bydgoszcz 2012, s. 510. Jeśli terminy nie są zachowywane zarówno przez stronę jak i organ podatkowy, weryfikacja ta nie dochodzi do skutku lub jest niekompletna.

stan faktyczny, a zainteresowany złoży wniosek w przewidzianym terminie i dopełni czynności, dla której przewidziano uchybiony termin. Stan faktyczny, który jest w tej sprawie wymagany, nie zależy wprost od zainteresowanego. Skoro nie był winny uchybieniu to po upływie terminu nie może swoim działaniem ukształtować tego stanu. Niemniej jednak istotne jest aby wykazał brak winy. Spełnienie tej przesłanki wydaje się najtrudniejsze, a wynik tej oceny przez organy w każdym przypadku może być odmienny³. Pozostałe przesłanki wydają się mieć charakter formalny – zarówno wystosowanie wniosku, jak i dokonanie czynności, której dotyczył termin.

Istnieje jeszcze kryterium czasowe uzależnione od ustania przyczyny uchybienia. W takim wypadku organ musi także zbadać czy dochowano 7-dniowego terminu. Jeśli podatnik popełnił błąd co do rzeczywistego momentu ustania przyczyny uchybienia terminowi, to należy uznać, że przywrócenie terminu będzie nieskuteczne⁴. Można zatem złożyć wniosek o przywrócenie terminu tylko jeśli został dochowany termin do zastosowania takiego środka (w myśl art. 162 OP). W sytuacji gdy organ nie może ustalić czy termin został dochowany, stosowanie środka przewidzianego w art. 164 OP wydaje się nieuprawnione⁵. Nie można domniemywać dochowania terminu przez podatnika – strona musi to wyraźnie wykazać (nie wystarczy wtedy uprawdopodobnienie). W świetle art. 163 OP w sprawie przywrócenia terminu postanawia właściwy w sprawie organ podatkowy. Wnioskodawca może także skierować żądanie wstrzymania wykonania aktu administracyjnego. Ordynacja podatkowa nie reguluje przesłanek, które organ powinien uwzględnić rozpatrując wniosek o wstrzymanie wykonania rozstrzygnięcia – działa zatem organ w granicach uznania administracyjnego⁶. Należy założyć, że organ działa racjonalnie mając na względzie interes publiczny, jak i interes podatnika. Jeśli przywrócenie terminu wiązałoby się ze znaczną zmianą sytuacji podatnika, w postępowaniu dotyczącym wysokiej kwoty zobowiązania podatkowego, to wstrzymanie wykonania aktu wydaje się w pełni uprawnione. W sytuacji gdy

³ Zob. M. Szubiakowski, *Przywrócenie uchybionego terminu*, „Przegląd Podatkowy” 2001, nr 9, s. 48.

⁴ Zob. L. Żukowski, *Glosa do wyroku NSA z dnia 2 sierpnia 2000 r. sygn. SA/Bk 142/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, z. 5, poz. 72.

⁵ Tak wyroki WSA w Warszawie z 01.12.2009 r., III SA/Wa 1174/09 i z 16.12.2009 r., III SA/Wa 1172/09. Fakt, że nie można skierować środka zaskarżenia na postanowienie o odrzuceniu wniosku o przywrócenie terminu (art. 162 § 2 OP) z uwagi na uchybienie terminowi z potwierdza tezę, że postępowanie to ma charakter jednoinstancyjny – por. M. Michał, *Glosa do wyroku WSA z 15.04.2004, III SA 2973/02*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2006, nr 2, s. 69–73.

⁶ H. Dzwonkowski, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2013, s. 740 i P. Pietrasz, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz Lex*, red. C. Kosikowski, L. Eteł, Warszawa 2013, s. 930.

zachodzi prawdopodobieństwo, że wstrzymanie wykonania rozstrzygnięcia ma jedynie służyć obstrukcji wobec przewidywalnego rozstrzygnięcia wobec strony nie ma podstaw aby zawieszać działanie aktu administracyjnego w oczekiwaniu na decyzję w zakresie uznania za zasadny (bądź niezasadny) wniosku o przywrócenie terminu w postępowaniu podatkowym.

W analizowanym orzeczeniu wyrażono pogląd, wedle którego obowiązkiem podatnika jest zapewnienie odpowiedniego adresu do doręczeń, a w sytuacji gdy przesyłanie na dotychczasowy adres wiąże się z prawdopodobieństwem braku rzeczywistego doręczenia, podatnik zobligowany jest do zmiany adresu we własnym zakresie. Sąd uznał także, że uprawdopodobnienie braku winy jest środkiem zastępczym w ścisłym znaczeniu i oznacza uczynienie jakiegoś zdarzenia prawdopodobnym. Nie należy zatem mylić uprawdopodobnienia braku winy z udowodnieniem niewinności⁷. Wedle doktryny prawa administracyjnego, udowodnienie służy celowi przekonania organu orzekającego o prawidłowości pewnego twierdzenia, a uprawdopodobnienie służy obudzeniu w organie ufności w to, że pewne twierdzenie odpowiada prawdzie⁸. Pierwsza sytuacja oznacza zatem wskazanie sytuacji, której zaistnienie jest wysoce prawdopodobne. Wystarczy, że podatnik przedstawi taki stan faktyczny aby każdy, kto dokonuje analizy tej sytuacji, mógł w sposób naturalny wyciągnąć wniosek – zdarzenie mogło mieć miejsce.

W rozpatrywanym orzeczeniu NSA odniósł się do obowiązującej linii interpretacyjnej w zakresie art. 163–165 OP i instytucji przywrócenia uchybionego terminu. Oceniając brak winy przyjął obiektywny miernik staranności, jakiej można oczekiwać od osoby należycie dbającej o swoje interesy, która dochowałaby terminu gdyby nie zaistniała okoliczność niezależna od działania podatnika⁹. Dodatkowo, podatnik ten powinien podjąć starania do usunięcia tej przeszkody. Intensyfikacja działań podatnika jest uzależniona od jego możliwości, a oceniana według zwyczajowo przyjętych norm postępowania w konkretnej sytuacji. Właściwym przykładem do przedstawienia miernika staranności jest przypadek, gdy podatnik jest chory, lecz charakter dolegliwości nie wyłącza jego świadomości¹⁰. Przyjmuje się, że powinien wtedy

⁷ Wyrok WSA w Gliwicach z 03.06.2008 r., III SA/GI 100/08 i wyrok WSA w Warszawie z 01.04.2004 r., III SA 1983/03; wyrok WSA we Wrocławiu z 07.02.2011 r., I SA/Wr 912/06.

⁸ A. Wróbel, [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz Lex*, Warszawa 2013, s. 417 za E. Iserzon, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wzory, formularz*, Warszawa 1970, s. 135.

⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 08.01.2016 r., III SA/Łd 1081/15; wyrok NSA z 10.11.2015 r., II FSK 2339/13; wyrok WSA w Gdańsku z 13.10.2015 r., I SA/Gd 1307/15.

¹⁰ Wyrok WSA w Łodzi z 22.10.2015 r., I Sa/Łd 938/15; postanowienie NSA z 26.05.2008 r., I OZ 428/08. Gdy podatnik wymaga hospitalizacji to twierdzenie, jako uchybienie terminu

zapewnić sobie pomoc w zakresie odbioru korespondencji. Przesłanką eskulacyjną nie są wyjaśnienia podatnika poświadczone przez lekarza. Prawem podatnika jest kierowanie wniosku o przywrócenie terminu, przedstawiając dokumenty na potwierdzenie odbytej choroby, zaś obowiązkiem organu badanie zasadności zastosowania instytucji przywrócenia terminu. Podatnik będzie dążył do przywrócenia terminu podając niekiedy sytuacje występujące w życiu codziennym, niestanowiące przeszkody w dochowaniu terminu. Na organie podatkowym spoczywa ciężar weryfikacji tych sytuacji w kontekście zasadności powołania się na art. 163 OP.

Mając na względzie orzecznictwo sądów administracyjnych za przesłankę uzasadniającą uchybienia terminu może być uznany¹¹: nagły wyjazd za granicę, spowodowany szczególną okolicznością, powódź, pożar oraz kataklizm naturalny. Cechy, które są charakterystyczne dla tych zdarzeń to: nieprzewidywalność, incydentalność, nagłe wystąpienie. Przeszkoda może wystąpić zarówno od początku do końca terminu na dokonanie czynności, jak też mieć miejsce w ostatnim dniu terminu¹². Podatnik ma dowolność w zakresie podjęcia decyzji kiedy dokona czynności w przewidzianym prawem terminie. Organ podatkowy nie może podnosić zarzutu, że podatnik powinien przewidzieć wystąpienie przeszkody niedającej się usunąć w ostatnich dniach i dlatego wykonać czynność niezwłocznie, tj. nie oczekując na ostatni dopuszczalny dzień gdy można jej dokonać.

Nie każda czynność nagła (niezaplanowana) sprawiająca, że podatnik znalazł się w sytuacji ekstremalnej, jest przesłanką przywrócenia terminu. Wedle judykatury¹³ kolizja drogowa nie może stanowić uzasadnienia dla niedochowania przewidzianego prawem terminu. Podobnie winy podatnika nie wyłącza: nieznajomość prawa, błędne przekonanie o zasadności decyzji, pomyłka przy wylczeniu terminu, nieprawidłowości organizacyjne oraz zaniedbania pracowników czy doręczenie pisma osobie nieuprawnionej w siedzibie przedsiębiorcy¹⁴. Ponadto częsta zmiana miejsca zamieszkania spowodowana oba-

nastąpiło bez jego winy jest uprawnione – wyrok NSA z 18.10.2012 r., I FSK 2179/11.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z 18.11.2015 r. WSA w Warszawie, VIII SA/Wa 149/15.

¹² Podobnie twierdzi na gruncie prawa administracyjnego – P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 202.

¹³ Wyrok WSA w Kielcach z 17.01.2008 r., I SA/Ke 584/07. Przy powołaniu się skarżącego na fakt choroby, sądy odnoszą się do okresu jej trwania, intensywności oraz wpływu na możliwość udziału strony w postępowaniu – wyrok WSA we Wrocławiu z 07.02.2007 r., I SA/Wr 912/06; wyrok NSA z 11.03.1998 r., I SA/Po 865/97; wyrok WSA w Krakowie z 28.07.2009 r., I SA/Kr 145/09. Na tym gruncie tezę wyroku NSA z 11.10.1996 r. (SA/Lu 2473/95) dotyczącą możliwości weryfikacji zwolnienia lekarskiego w kontekście zasady *in dubio pro tributario* należy uznać za zdezaktualizowaną źródło: CBOSA.

¹⁴ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Leksykon Ordynacji podatkowej*, Wrocław 2010, s. 734–736 i powołane tam orzecznictwo.

wą (choćby co do bezpieczeństwa podatnika) nie może uzasadniać unikania przez podatnika osób doręczających mu korespondencję w postępowaniu. Nawet gdyby pismo zostało doręczone w miejscu, w którym osoba przebywa chwilowo (jednak ponad wszelką wątpliwość da się ustalić jej tożsamość), odbiór przez nią pisma można uznać za skuteczne¹⁵. Ważny jest rezultat w postaci skutecznego doręczenia, a nie sam fakt przesłania pisma z organu na adres wskazany przez stronę w postępowaniu. Jednak porównując powyżej przedstawioną linię orzecniczą, w zakresie możliwości przywrócenia terminu do trybu art. 87 Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, zaobserwować można, że sądy administracyjne w pojedynczych przypadkach wobec stron postępowania sądownoadministracyjnego okazują większą wyrozumiałość dla wskazywanych przeszkód w dochowaniu terminu. Zdaniem sądów administracyjnych opieka nad osobą niepełnosprawną, obniżona (z uwagi na wiek) komunikatywność i sprawność w poznaniu prawa – stanowi przesłankę do wyłączenia winy w niedochowaniu terminu¹⁶. Biorąc jednak pod uwagę pełne orzecznictwo w tej sprawie należy wskazać, że orzeczenia sądów administracyjnych dotyczące art. 163–165 OP, art. 87 in. PPSA oraz art. 58–60 Kodeksu postępowania administracyjnego są podobne i cechują się niemal identycznym uzasadnieniem. Może to prowadzić do konkluzji, że w orzecznictwie sądownoadministracyjnym ukształtowała się linia orzecnicza w zakresie przesłanek uprawdopodobnienia braku winy strony w uchybieniu terminowi wskazanemu w ustawie (niezależnie czy na gruncie KPA, OP czy PPSA).

Warto podkreślić, że dochowanie bądź uchybienie terminowi w postępowaniu podatkowym nie może mieć odniesienia do oceny merytorycznej czynności, jakiej dotyczył termin. Dlatego też podatnik nie może się uwolnić od winy poprzez wskazanie, że po upływie terminu pojawiła się szansa na pozytywne rozstrzygnięcie środka zaskarżenia, co skutkowało wniesieniem np. odwołania lub zażalenia¹⁷. Należy zatem wyraźnie oddzielić kwestie formalne związane z doręczaniem korespondencji od aspektów merytorycznych

¹⁵ NSA wyraził się tak o możliwości doręczenia na posterunku Policji – wyrok z 24.04.2015 r., I FSK 358/14.

¹⁶ Wymienione sytuacje występują kolejno w postanowieniu NSA: z 10.05.2016 r., II GZ 434/16 i z 24.10.2014 r., I OZ 921/14. Zdaniem B. Gruszczyńskiego w aktualnym orzecznictwie sądowym dotyczącym art. 163–165 OP zaczyna przeważać „łagodniejsze stanowisko sądów” w kwestii przesłanek wyłączających winę – tenże, [w:] S. Babiarczyk, B. Dauter, B. Gruszczyński, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 752. Autor pomija różnice jurydyczne pomiędzy instytucjami przywrócenia terminu na gruncie Ordynacji podatkowej, Kodeksu postępowania administracyjnego i ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, m.in. wynikające z treści art. 85–89 PPSA, które to przepisy posiadają konstrukcje właściwą dla przepisów procesu sądowego.

¹⁷ Wyrok NSA z 14.05.2003 r., III SA 181/03.

związanych bezpośrednio z materią sprawy. Brak podjęcia awiza, a finalnie możliwości zapoznania się z treścią kierowanego do podatnika pisma, w kontekście jego stanowiska rozpatrywany jest jako zdarzenie neutralne. Co więcej, ustanowienie nowego adresu do doręczeń, wykazanie czynnego działania podatnika celem skutecznego doręczenia nie może być rozumiane jako podjęcie decyzji przez stronę co do wniesienia środka zaskarżenia. W świetle przyjętej argumentacji należy stwierdzić, że dopełnienie obowiązku podatnika w zakresie zapewnienia odpowiedniej komunikacji z organem świadczy jedynie o wypełnianiu ustawowych wymogów przewidzianych wobec adresu do doręczeń podatnika i nie należy wywodzić z tego dalszych wniosków (np. dotyczących stanowiska podatnika co do argumentacji ujętej w piśmie).

Glosowany wyrok stanowi przykład potwierdzenia przez sąd istoty realizacji zasady praworządności. Organy podatkowe prowadzą postępowanie zgodnie z literą prawa. Podatnik, który nie uprawdopodobnił braku winy w dochowaniu terminu ustawowego nie może skutecznie przywrócić terminu. Oznacza to, że niektóre prawa podatnika mają charakter ograniczony czasowo. Warta podkreślenia jest sądowa argumentacja odnosząca się do świadomości podatnika w zakresie możliwych skutków doręczenia korespondencji przez organ w toczącym się postępowaniu, gdy podatnik nie zawiadamia organu o zmianie adresu (choć zaistniały podstawy do skierowania takiego zgłoszenia). Podatnik ponosi ciężar zapewnienia aktywnego adresu do doręczeń w prowadzonym postępowaniu podatkowym, a wystąpienie nieprzewidzianych, trudnych do usunięcia przeszkód, nie oznacza, że wspomniany ciężar można przerzucić na organ podatkowy. W rozpatrywanej sprawie na aprobatę zasługuje stanowisko NSA dotyczące kwalifikacji sytuacji w jakiej znalazł się podatnik jako przeszkody, którą mógł usunąć dochowując należyłą staranność. Istotne jest to, że organ nie może modyfikować terminów postępowania z uwagi na szczególną sytuację strony. Należy dążyć do tego, aby prawa i obowiązki stron postępowania podatkowego były możliwie takie same.

Damian Synowiec

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Jurysdykcja sądu w postępowaniu z powództwa osoby trzeciej – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 stycznia 2016 r. sygn. C-521/14

Głosowany wyrok dotyczy wykładni art. 6 pkt 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. 2001, l 12, s. 1 – wyd. spec. w j. polskim, rozdz. 19, t. 4, s. 42), zwane dalej *rozporządzeniem*. Teza wyroku stanowi, że wspomniany przepis należy interpretować w ten sposób, że jego zakres stosowania obejmuje powództwo wytoczone przez osobę trzecią, zgodnie z przepisami prawa krajowego przeciwko pozwanemu w pierwotnym postępowaniu, mające za przedmiot roszczenie ściśle związane z pierwotnie podnoszonym roszczeniem i którego celem jest uzyskanie zwrotu kwot odszkodowania wypłaconych przez tę osobę trzecią na rzecz powoda w tymże pierwotnym postępowaniu, pod warunkiem, że powództwo to nie zostało wytoczone jedynie w celu wyłączenia pozwanego spod jurysdykcji sądu dla niego właściwego.

Stan faktyczny

Ofiara wypadku drogowego na terenie Niemiec, będący obywatelem Finlandii, wytoczyła powództwo przeciwko zakładowi ubezpieczeń SOVAG¹, u którego był ubezpieczony pojazd sprawcy szkody. Powództwo zostało wytoczone przed sąd pierwszej instancji na terenie Finlandii (region Uusimaa). Poszkodowany zażądał m.in. stwierdzenia, że w następstwie tego zdarzenia doznał on ciężkiego urazu czaszkowo-mózgowego i kręgosłupa szyjnego, co spowodowało jego trwałą niezdolność do pracy. Przed tym faktem, z uwagi na to, że zdarzenie to było wypadkiem przy pracy – zgodnie z interpretacją

¹ Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs-Aktiengesellschaft z siedzibą w Niemczech.

z ustawy o ubezpieczeniach wypadkowych², zakład ubezpieczeń IF³ wypłacił świadczenie odszkodowawcze poszkodowanemu z tytułu wypadku. Następnie po wytoczeniu powództwa przez poszkodowanego przeciwko SOVAG, IF wytoczył powództwo przeciwko SOVAG przed tym samym sądem, wnosząc o rozpoznanie sprawy w tym samym postępowaniu i stwierdzenie, że poszkodowany doznał m.in. ciężkiego urazu czaszkowo-mózgowego i kręgosłupa szyjnego, w wyniku których stał się trwale niezdolny do pracy oraz (powołując się na § 61 ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach wypadkowych) orzeczenia, że SOVAG ma obowiązek zwrotu na rzecz IF wszystkich wypłaconych świadczeń, a także tych, które IF jeszcze wypłaci w przyszłości wraz z odsetkami. SOVAG w odpowiedzi na pozew IF podniósł zarzut braku jurysdykcji sądu fińskiego do rozpoznania sprawy.

Postanowieniem z dnia 20 grudnia 2012 r. sąd pierwszej instancji (Länsi-Uudenmaan käräjäoikeus w zachodniej Uusimaa) odrzucił, na podstawie przepisów sekcji 3 rozdziału II rozporządzenia nr 44/2001, powództwo IF przeciwko SOVAG jako niedopuszczalne z powodu braku jurysdykcji sądów fińskich, uznając, że zgodnie z art. 8 owego rozporządzenia w sprawach dotyczących ubezpieczenia jurysdykcję określa – bez uszczerbku dla art. 4 i art. 5 pkt 5 – wyłącznie sekcja 3 rozdziału II wspomnianego rozporządzenia.

Na podstawie zażalenia wniesionego przez IF, sąd apelacyjny (Turun hovioikeus w Turku) wydał postanowienie z dnia 24 kwietnia 2013 r., którym uchylił postanowienie sądu pierwszej instancji. Zdaniem sądu apelacyjnego w postępowaniu głównym zastosowanie miał art. 6 pkt 2 rozporządzenia nr 44/2001, a nie przepisy sekcji 3 rozdziału II rozporządzenia, ponieważ powództwo wytoczone przez IF przeciwko SOVAG miało bezpośredni związek ze sporem między poszkodowanym a SOVAG.

SOVAG wniósł od tego postanowienia zażalenie do sądu najwyższego (Korkein oikeus). Wobec czego sąd najwyższy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z w/w pytaniem prejudycjalnym: „Czy art. 6 pkt 2 rozporządzenia 44/2001 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on powództwo ściśle związane z pierwotnym powództwem, które osoba trzecia w dopuszczalny na mocy prawa krajowego sposób wnosi przeciwko jednej ze stron w celu rozstrzygnięcia go w tym samym postępowaniu sądowym?” Pytanie zostało sformułowane celem ustalenia czy art. 6 pkt 2 rozporządzenia nr 44/2001 należy interpretować w ten sposób, że jego zakres stosowania obejmuje powództwo wytoczone przez osobę trzecią, zgodnie z przepisami prawa krajowego przeciwko pozwanemu w pierwotnym postępowaniu, mające za

² Ustawa w j. angielskim (tłum. nieoficjalne): <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1948/en19480608.pdf>.

³ If Vahinkovakuutusyhtiö Oy z siedzibą w Finlandii.

przedmiot roszczenie ściśle związane z pierwotnie podnoszonym roszczeniem i którego celem jest uzyskanie zwrotu kwot odszkodowania wypłaconych przez tę osobę trzecią na rzecz powoda w tymże pierwotnym postępowaniu.

Stanowisko trybunału

Wbrew twierdzeniom SOVAG, że artykuł 6 pkt. 2 rozporządzenia nie powinien mieć zastosowania w niniejszej sprawie wobec faktu, że art. 8 rozporządzenia nie wymienia tegoż przepisu jako branego pod uwagę przy określaniu jurysdykcji w sprawach dotyczących ubezpieczenia, trybunał przyjął na wstępie, że sekcja 3 rozdziału II rozporządzenia nie obejmuje tej części postępowania głównego, która dotyczy wyłącznie stosunków pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami obrotu w sektorze ubezpieczeń. O ile stosowanie wskazanej sekcji jest zasadne przy ustalaniu jurysdykcji dla postępowania głównego, wówczas gdy w postępowaniu tym bierze udział strona uznawana za słabszą (zgodnie z motywem 13 rozporządzenia⁴), o tyle ustalenie jurysdykcji pomiędzy profesjonalistami powinno odbywać się na podstawie art. 6 pkt. 2 rozporządzenia.

Trybunał musiał rozważyć także kwestię brzmienia art. 6 pkt. 2 w różnych wersjach językowych. Rozbieżności powodowało przede wszystkim porównanie wersji językowych: niemieckiej, francuskiej, fińskiej i szwedzkiej, które nie wykluczały jurysdykcji sądu rozpatrującego pierwotnie podniesionego roszczenia do rozpoznania niniejszej sprawy, w stosunku do wersji językowej angielskiej, która ogranicza zakres zastosowania tego przepisu do roszczeń podnoszonych wobec osób trzecich. Zgodnie jednak z utrwalonym orzecnictwem⁵, rozbieżności pomiędzy różnymi wersjami językowymi tekstu prawa Unii należy interpretować uwzględniając ogólną systematykę i cel uregulowania, które jest przedmiotem interpretacji. Dlatego też w rozpatrywanym przypadku, przyjęto wykładnię zgodną z motywem 15⁶ oraz 12⁷ rozporządze-

⁴ W sprawach ►C2 dotyczących ubezpieczenia, umów z udziałem konsumentów i z zakresu ◀ prawa pracy strona słabsza powinna być chroniona przez przepisy jurysdykcyjne dla niej bardziej korzystne niż przepisy ogólne.

⁵ Zob. wyrok Jakutis i Kretingales kooperatine ŽUB, CC-103/14 EU:C:2015:752, pkt 103.

⁶ W interesie zgodnego wymiaru sprawiedliwości należy unikać tak dalece, jak jest to tylko możliwe, równoległych postępowań, aby w dwóch Państwach Członkowskich nie zapadały niezgodne ze sobą orzeczenia. Należy przewidzieć jasną i skuteczną regulację w celu wyjaśnienia kwestii zawisłości sprawy i postępowań pozostających w związku, jak również w celu zapobiegania problemom wynikającym z różnego określenia w poszczególnych państwach momentu, od którego postępowanie uważa się za zawisłe. Dla celów niniejszego rozporządzenia moment ten powinien zostać określony autonomicznie.

⁷ Jurysdykcja oparta na łączniku miejsca zamieszkania powinna zostać uzupełniona jurysdykcją opartą na innych łącznikach, które powinny zostać dopuszczone ze względu na ścisły związek pomiędzy sądem a sporem prawnym lub w interesie prawidłowego wymiaru sprawiedliwości.

nia uznając, że powództwo wytoczone przez osobę trzecią przeciwko jednej ze stron pierwotnego postępowania jest również objęte zakresem stosowania art. 6 pkt 2 rozporządzenia, jako że sprzyja to realizacji celów przedmiotowego aktu prawnego. Trybunał argumentował swoje stanowisko także tym, że rozpoznanie niniejszej sprawy przez dwa sądy niesie ze sobą ryzyko wydania dwóch odmiennych rozstrzygnięć, których uznanie i wykonanie byłoby niepewne.

Ponadto Trybunał wskazał, że na tle, równoważnej z rozporządzeniem⁸, Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z dnia 27 września 1968 r. (Dz. U. 1972, L 299, s. 32) dokonywał oceny podobnej sytuacji uznając, że wytoczone przez ubezpieczonego przeciwko ubezpieczycielowi powództwo o odszkodowanie z tytułu konsekwencji wypadku oraz powództwo, za pośrednictwem którego ubezpieczyciel przypozywa – dla celów odszkodowania – innego ubezpieczyciela, który miał objąć ubezpieczeniem to samo zdarzenie, należy uznać odpowiednio za powództwo pierwotne oraz powództwo z tytułu gwarancji w rozumieniu art. 6 pkt 2 owej konwencji. Stanowisko to pozostaje nadal aktualne⁹.

Rozstrzygając zagadnienie dotyczące wykładni art. 6 pkt. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 Trybunał uznał, że znajduje on zastosowanie do roszczenia podnoszonego w postępowaniu głównym dotyczącym profesjonalistów. Wskazał, że na sądzie krajowym istnieje obowiązek zbadania dwóch kwestii. Po pierwsze związku pomiędzy pierwotnym powództwem (poszkodowanego przeciwko SOVAG) a powództwem z tytułu rękojmi i gwarancji (IF przeciwko SOVAG), jak również tego, czy powództwo z tytułu rękojmi i gwarancji nie ma na celu jedynie wyłączenia pozwanego spod jurysdykcji sądu dla niego właściwego. Ostatecznie, odpowiadając na pytanie prejudycjalne, Trybunał stwierdził, że art. 6 pkt 2 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że jego zakres stosowania obejmuje powództwo wytoczone przez osobę trzecią, zgodnie z przepisami prawa krajowego przeciwko pozwanemu w pierwotnym postępowaniu, mające za przedmiot roszczenie ściśle związane z pierwotnie podnoszonym roszczeniem i którego celem jest uzyskanie zwrotu kwot odszkodowania wypłaconych przez tę osobę trzecią na rzecz powoda w tymże pierwotnym postępowaniu pod warunkiem, że powództwo to nie zostało wytoczone jedynie w celu wyłączenia pozwanego spod jurysdykcji sądu dla niego właściwego.

⁸ Konwencję i rozporządzenie uznano za równoważne m.in. w sprawie CDC Hydrogen Peroxide, CC-352/13 EU:C:2015:335, pkt 60.

⁹ Zob. wyrok GIE Réunion européenne i in., CC-77/04 EU:C:2005:327, pkt 27.

Analiza problemu i ocena stanowiska trybunału

Wdrożenie regulacji o jurysdykcji krajowej oraz uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń poprzez rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 miało między innymi na celu zabezpieczenie interesów słabszej strony stosunku prawnego. W głosowanym orzeczeniu na samym początku Trybunał zwrócił uwagę, że motyw 13 rozporządzenia, który stanowi, że w sprawach dotyczących ubezpieczenia, umów z udziałem konsumentów i z zakresu prawa pracy – strona słabsza powinna być chroniona przez przepisy jurysdykcyjne dla niej bardziej korzystne niż przepisy ogólne, ma istotne znaczenie dla niniejszej sprawy. Niemniej jednak wydaje się, że orzeczenie Trybunału nie odnosi znaczącego skutku dla słabszej strony postępowania (poszkodowanego), przynajmniej w kwestiach formalnych, jednak biorąc pod uwagę czysto praktyczne aspekty procesu, wsparcie strony IF w dochodzeniu niemalże tożsamyh roszczeń przeciwko pozwanemu SOVAG okaże się zapewne pomocne dla poszkodowanego. Dlatego dla rozważenia kwestii zasadności niniejszego rozstrzygnięcia ważne jest, aby zwrócić uwagę na wieloaspektowość problemu dotyczącego charakteru postępowania i jurysdykcji, co spowodowało zastosowanie odrębnych przepisów rozporządzenia do każdego z elementów tego postępowania. Z jednej strony należy odróżnić postępowanie główne, jako proces wytoczony przez poszkodowanego przeciwko SOVAG, do którego należało, jak słusznie przyjął Trybunał, stosować przepisy sekcji 3 rozporządzenia, a w szczególności art. 9 pkt. 1 lit. b o jurysdykcji w sprawach dotyczących ubezpieczenia. Pozostając jedynie przy tej części postępowania, nie można mieć wątpliwości, że dotyczyło ono sprawy z zakresu ubezpieczenia pomiędzy profesjonalistą, a osobą fizyczną, co uzasadniało stosowanie w/w przepisów.

Z drugiej natomiast strony toczyło się postępowanie (w ramach postępowania głównego) „poboczne” dotyczące pozwu IF przeciwko SOVAG. Zadaniem Trybunał było określenie charakteru tej części postępowania, a następnie ustalenie czy przepis art. 6 pkt. 2 może mieć zastosowanie do niniejszej sprawy w zakresie w jakim dotyczy on sporu pomiędzy IF, a SOVAG. Regulacja art. 6 pkt 2 rozporządzenia zawarta została w sekcji 2, która dotyczy jurysdykcji szczególnej. Trzeba wyjaśnić, że jurysdykcja (krajowa) szczególna oznacza właściwość sądów danego państwa, jako powołanych do rozpoznania i rozstrzygnięcia jedynie określonych rodzajów spraw z racji istnienia łącznika mającego, w ramach danej regulacji normatywnej (w tym przypadku rozporządzenia Rady (WE) 44/2001), charakter szczególny wobec łącznika podstawowego w tym sensie, że łącznik szczególny ma zastosowanie właśnie tylko do określonych rodzajów spraw, a przy tym może być wykorzystywany obok

bądź zamiast łącznika podstawowego¹⁰. Z rozporządzenia wynika, że podstawowym łącznikiem określającym jurysdykcję krajową jest miejsce zamieszkania (względnie siedziba) strony pozwanej. Strona może zostać pozwana przed sąd innego państwa członkowskiego tylko wówczas, gdy przewidują to przepisy rozporządzenia. Niemniej jednak zastosowanie łączników dodatkowych umożliwia prowadzenie postępowań wg. innych kryteriów. W niniejszym przypadku zastosowane zostały dwa łączniki szczególne w tej samej sprawie. Pierwszy – dla powództwa głównego przeciwko SOVAG, poprzez zastosowanie art. 9 pkt. 1 lit. b przez sąd krajowy, oraz równoległe drugi, dopuszczony dokonaną przez Trybunał wykładnią rozszerzającą dla powództwa „pobocznego” (IF przeciwko SOVAG) związanego z powództwem głównym poprzez zastosowanie art. 6 pkt 2 rozporządzenia.

Stanowisko Trybunału w tym względzie wydaje się słuszne. Pomimo że, jak wskazano w uzasadnieniu wyroku, zasady jurysdykcji szczególnej podlegają wykładni ścisłej, niedopuszczającej interpretacji wykraczającej poza hipotezy wyraźnie wskazane przez rozporządzenie nr 44/2001¹¹, wiele spośród celów tego rozporządzenia przemawia za wykładnią rozszerzającą, w myśl której powództwo wytoczone przez osobę trzecią przeciwko jednej ze stron pierwotnego postępowania należy objąć zakresem stosowania art. 6 pkt 2¹².

Z kolei uwzględniając aspekt ewentualnego nadużycia prawa przez IF, związanego z wyłączeniem pozwanego SOVAG spod jurysdykcji sądu dla niego właściwego, Trybunał wskazał, że to sąd krajowy na podstawie swojego prawa powinien zbadać przesłanki, które stanowią, że powództwo interwencyjne, względnie powództwo z tytułu rękojmi i gwarancji, nie ma na celu jedynie wyłączenie pozwanego spod jurysdykcji jego sądu. Stanowisko Trybunału i w tej kwestii wydaje się zasadne bowiem zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie C-365/88 Kongress Agentur Hagen/GbmH p. Zeechagine BV (ECR 1990, s. I-1845), zastosowanie art. 6 pkt 2 rozporządzenia przez sąd krajowy powinno odbywać się przy uwzględnieniu prawa krajowego. Tym samym organ powinien wyjaśnić czy powództwo jest dopuszczalne oraz powinien mieć na uwadze to, aby skuteczność Konwencji nie została ograniczona, w szczególności, aby pozew nie został odrzucony z tej przyczyny, że osoba trzecia ma miejsce zamieszkania lub pobytu w innym państwie niż państwo sądu orzekającego o powództwie pierwotnym¹³.

¹⁰ Tak K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 169–170.

¹¹ Zob. podobnie wyrok CDC Hydrogen Peroxide, CC-352/13 EU:C:2015:335, pkt 18.

¹² W kwestii stosowania wykładni rozszerzającej do rozporządzenia zob. R. Geimer, R.A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, s. 225.

¹³ K. Piasecki, *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, [w:] *Przepisy z zakre-*

Podsumowując, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że przepis art. 6 pkt 2 rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że jego zakres stosowania obejmuje powództwo wytoczone przez osobę trzecią, zgodnie z przepisami prawa krajowego przeciwko pozwanemu w pierwotnym postępowaniu, mające za przedmiot roszczenie ściśle związane z pierwotnie podnoszonym roszczeniem i którego celem jest uzyskanie zwrotu kwot odszkodowania wypłaconych przez tę osobę trzecią na rzecz powoda w tymże pierwotnym postępowaniu pod warunkiem, że powództwo to nie zostało wytoczone jedynie w celu wyłączenia pozwanego spod jurysdykcji sądu dla niego właściwego. W oparciu o powyższą analizę należy przyjąć, że stanowisko Trybunału jest zasadne nie tylko w świetle niniejszej sprawy, ale także obowiązujących przepisów. Roszczenie „poboczne”, skierowane przeciwko SOVAG przez IF, jest na tyle ściśle związane z roszczeniem głównym poszkodowanego przeciwko SOVAG, że prowadzenie w tej samej sprawie postępowania w sądzie innego państwa członkowskiego mogłoby doprowadzić do rozbieżności, które uniemożliwiłyby wykonanie któregośkolwiek z wyroków. Z kolei słuszne odejście Trybunału od wykładni ścisłej art. 6 pkt 2 rozporządzenia jest uzasadnione celami (określonymi m.in. w motywach), w jakich rozporządzenie zostało wdrożone. Jako końcowy argument trzeba wskazać, że dokonana interpretacja językowa nawiązuje do linii orzeczniczej Trybunału, uwzględniając ogólną systematykę i cel rozporządzenia.

Angelika Gajek

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz rodziców
dziecka w fazie prenatalnej, które w wyniku deliktu
urodziło się martwe (art. 446 § 4 k.c.)
– glosa do Wyroku Sądu Najwyższego
z dnia 13 maja 2015 roku w sprawie
o sygn. Akt III CSK 286/14¹**

Teza:

„Dziecko w fazie prenatalnej, niezdolne do życia poza organizmem matki, nie może być uznane za zmarłego w rozumieniu art. 446 § 4 k.c.”

1. W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy wypowiedział się w kwestii roszczeń rodziców wnoszących o zadośćuczynienie pieniężne z tytułu śmierci dziecka, do której doszło w okresie życia prenatalnego dziecka w następstwie urazów wywołanych deliktem (czynem niedozwolonym). Art. 446 § 4 k.c.² przewiduje dopuszczenie możliwości dochodzenia zadośćuczynienia przez członków najbliższej rodziny zmarłego. Przepis ten został dodany przez art. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw w celu uzupełnienia przysługujących roszczeń majątkowych z tytułu śmierci osoby najbliższej. Natomiast przyjęcie przez Sąd Najwyższy, że *nasciturus*, czyli dziecko poczęte, ale jeszcze nienarodzone, które urodzi się martwe może być uznane za zmarłego w sposób znaczny rozszerza krąg osób uprawnionych do dochodzenia zadośćuczynienia³. Dotychczas wątpliwości budziła możliwość uznania za zmarłego osoby, która nie

¹ Wyrok SN z dnia 13.05.2015 r., III CSK 286/14, LEX nr 1781848.

² Ustawa z 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks Cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 116, poz. 731).

³ Wyrok SN z dnia 9 marca 2012 r., ICSK 282/11(OSNC z 2012 r. Nr 11, poz. 130, OSP z 2012 r.).

żyła przynajmniej przez krótką chwilę. Natomiast na gruncie art. 446 § 4 k.c. za zmarłego uważa się nie tylko osobę żyjącą, ale także zdolną do samodzielnego życia. Na gruncie analizowanej sprawy pojawiło się pytanie, czy dziecko nienarodzone, może być w przypadku zgonu uznane za zmarłego, a jeśli tak, to jaki etap rozwoju prenatalnego przesądza o takiej możliwości.

2. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego zapadło na tle następującego stanu faktycznego. W wyniku wypadku drogowego w dniu 30 sierpnia 2009 r. powódka doznała urazu głowy oraz urazu macicy, wskutek którego doszło do obumarcia osiemnastotygodniowego płodu. Przebywała w szpitalu osiemnaście dni i przeszła trzy operacje, a następstwem były przeciwwskazania do zajścia w kolejną ciążę. Rozpoznano również zespół stresu pourazowego i wystąpiły silne zaburzenia adaptacyjne o obrazie lękowo-depresyjnym trwające ponad sześć miesięcy. Powód doznał stłuczenia klatki piersiowej, ręki i stopy, wystąpiła u niego krótkotrwała i przemijająca sytuacyjna reakcja depresyjna. Zmarłe dziecko było oczekiwane i chciane przez powodów, którzy byli z nim emocjonalnie związani. W toku postępowania likwidacyjnego pozwana tytułem zadośćuczynienia zapłaciła powódce kwotę 48 000 zł, a powodowi kwotę 2 500 zł. Sąd pierwszej instancji uznał, że na podstawie art. 446 § 4 k.c. dopuszczalne jest przyznanie zadośćuczynienia za śmierć nienarodzonego płodu. Przepis ten nie posługuje się bowiem pojęciem „dziecka ze zdolnością prawną”, a pojęciem „zmarłego”, którym może być zarówno dziecko przed, jak i po urodzeniu. Z uwagi na brak interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c. sąd oddalił roszczenie w części dotyczącej ustalenia odpowiedzialności pozwanej na przyszłość.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny zmienił powyższy wyrok w ten sposób, że zasądził na rzecz powódki kwotę 50 800 zł i na rzecz powoda kwotę 15 000 zł, a co do pozostałych kwot powództwo oddalił.

Sąd drugiej instancji zaakceptował ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy, ale nie podzielił przedstawionej argumentacji prawnej. Uznał, że nie zostały spełnione przesłanki przyznania zadośćuczynienia, bo dziecko powodów nie osiągnęło zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki, co wyklucza uznanie za zmarłego w rozumieniu art. 446 § 4 k.c.

Sąd Apelacyjny przyjął jednak, że w oparciu o podstawę faktyczną, wskazaną przez powodów, istnieje możliwość uwzględnienia powództwa w zakresie zadośćuczynienia na podstawie art. 24 w zw. z 448 k.c. Zostało naruszone dobro osobiste powodów w postaci prawa do niezakłóconego życia w rodzinie wskutek zerwania silnej więzi uczuciowej z nienarodzonym dzieckiem. Uznał również, że zadośćuczynienie przyznane ojcu musi być niższe, niż

w przypadku matki, która poza więzią psychiczną związana jest z dzieckiem również fizycznie.

Obie strony wniosły skargę kasacyjną, natomiast SN uwzględnił kasację powodów, uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

3. Zauważyć trzeba, że będący podstawą rozstrzygnięcia przepis art. 446 § 4 k.c., dodany został do k.c. nowelą z dnia 30 maja 2008 r., która weszła w życie 3 sierpnia 2008 r., przepis ten poszerza zakres uprawnień pośrednio poszkodowanych, przyznając im, oprócz roszczeń dotyczących szkód majątkowych (tj. jednorazowego odszkodowania z tytułu znacznego pogorszenia ich sytuacji życiowej, art. 446 § 3 k.c.), także możliwości domagania się naprawienia krzywdy zaistniałej w następstwie śmierci najbliższego członka rodziny⁴. M. Nesterowicz w Glosie do wyroku SN z 9 marca 2012 roku (I CSK 282/11) zauważa, że: „Artykuły 444–446 k.c. mają logiczną sekwencję: art. 444–445 k.c. dotyczą roszczeń osób bezpośrednio poszkodowanych, które doznały szkody na osobie, a art. 446 k.c. – roszczeń osób pośrednio poszkodowanych na skutek śmierci tych pierwszych w chwili czynu niedozwolonego wyrządzającego szkodę lub w późniejszym czasie, jeżeli śmierć pozostaje w związku przyczynowym z czynem niedozwolonym”⁵. W judykaturze wskazano, że przepis ten ma zastosowanie, gdy śmierć nastąpiła na skutek deliktu po dniu 3 sierpnia 2008 r.⁶ *Ratio legis* tego przepisu jest zrekompensowanie krzywdy wynikającej z całokształtu negatywnych przeżyć związanych ze śmiercią osoby bliskiej. Takie uregulowanie tworzy pewien kompleksowy zbiór regulacji, które mają na celu min. zrekompensowanie całokształtu negatywnych przeżyć i doznań, zarówno ofierze, jak również najbliższym. Doktryna często wskazywała na konieczność zwiększenia ochrony ofiar wypadków komunikacyjnych.

Podstawę dochodzenia roszczeń przewidzianych w art. 446 § 4 k.c. stanowi śmierć bezpośrednio poszkodowanego w wyniku czynu niedozwolonego. Wówczas najbliżsi członkowie rodziny zmarłego mają prawo dochodzić naprawienia krzywdy (w postaci zadośćuczynienia pieniężnego), która powstała wskutek śmierci. Słusznym wydaje się pogląd, według którego krąg osób uprawnionych w każdym przypadku należy oceniać indywidualnie. Co do zasady nie budzi wątpliwości, że rodzice są „najbardziej bliskimi” w stosunku

⁴ A. Cisek, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 801.

⁵ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 marca 2012 r.*, I CSK 282/11 (zadośćuczynienie pieniężne na rzecz rodziców dziecka, które urodziło się martwe).

⁶ Por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 248/10, OSNC-ZD 2011, nr B, poz. 44 oraz z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 537/10, niepubl.

do poszkodowanego⁷, natomiast ocenie Sądu powinny być poddane ewentualne relacje z pozostałymi osobami. Następnie, w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego o odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych, powinno nastąpić ustalenie wysokości zadośćuczynienia. W analizowanej sprawie pojawiło się pytanie, czy rodzicom dziecka poczętego, ale jeszcze nienarodzonego, przysługuje legitymacja do dochodzenia zadośćuczynienia za jego śmierć, która nastąpiła wskutek deliktu? Problem jaki się zarysował dotyczył tego, czy *nasciturus*, który poniósł śmierć w wyniku deliktu, można nazwać „zmarłym”?

Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku podkreślił, że za dopuszczalnością uznania dziecka poczętego za zmarłego, w rozumieniu art. 446 § 4 k.c., przemawia również fakt, że w przypadku urodzenia martwego dziecka przepisy ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego⁸ przewidują stwierdzenie zgonu. Następuje wówczas wydanie aktu urodzenia, który pełni jednocześnie rolę aktu zgonu, a także pozwala zorganizować dziecku pochówek.

Po raz pierwszy SN musiał odpowiedzieć na pytanie, czy dziecko, które urodziło się martwe może zostać uznane za zmarłego, które wskutek wypadku komunikacyjnego w 34 tygodniu ciąży zmarło. Wówczas w wyroku z 9 marca 2012 roku (I CSK 282/11) SN uznał, że skoro dziecko na etapie rozwoju prenatalnego (34 tydz. ciąży) było zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, to należy uznać, że pomimo że urodziło się martwe może być uznane za „zmarłego” w rozumieniu art. 446 § 4 k.c. SN w swoich rozważaniach wskazał m.in., że: „w polskim systemie prawnym zarówno płód, jak i dziecko nienarodzone podlegają ochronie prawnej, mającej swoje źródło zarówno w Konstytucji (art. 38), jak i ustawach. Jak wynika np. z art. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.), prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie. Ochronę prawną dziecka nienarodzonego zapewniają także przepisy kodeksu cywilnego, czego przykładem jest art. 446 k.c.”⁹ W wyroku tym SN jednoznacznie wskazał, że dziecko poczęte podlega ochronie prawnej, natomiast stopień tej ochrony w dużej mierze zależy od poziomu rozwoju, na jakim znajduje się dziecko nienarodzone. W swych rozważaniach SN odniósł się również do innych regulacji prawnych, które wyróżniają różne konsekwencje w zależności od stopnia rozwoju

⁷ M. Nestorowicz, *op. cit.*

⁸ Ustawa z 28 listopada 2014 r., Prawo o aktach stanu cywilnego Dz.U. z dnia 8 grudnia 2014 r.

⁹ Por. wyrok SN z dnia 9 marca 2012 r., I CSK 212/11.

dziecka nienarodzonego. Przykładowo przepisy Prawa Karnego także biorą pod uwagę stopień rozwoju na jakim znajduje się dziecko nienarodzone przewidując odpowiedzialność karną za zachowanie polegające na dokonaniu zabiegu aborcji. Jako typ kwalifikowany traktowana jest aborcja dziecka, które było zdolne do życia poza organizmem matki, a tym samym sprawca podlega surowszej odpowiedzialności karnej.

4. W doktrynie na tle tego przepisu wydaje się, że: „O przyznaniu tego roszczenia zadecydowały względy natury etycznej, gdyż w poprzednim stanie prawnym większość doktryny negowała dopuszczalność zasądzenia zadośćuczynienia w razie śmierci najbliższego członka rodziny, widząc dla takiego roszczenia jedynie uzasadnienie moralne niewystarczające z prawnego punktu widzenia (por. jednak Wybrane tezy z orzecznictwa). Tym samym także śmierć najbliższego członka rodziny może stać się źródłem szkody niemajątkowej podlegającej naprawieniu”¹⁰.

Podobnie wypowiedziała się K. Bączyk-Rozwadowska stwierdzając, że „w art. 446 § 4 k.c. ustawodawca nie posłużył się [...] pojęciem poszkodowanego, lecz przyznał uprawnienia do domagania się zadośćuczynienia najbliższym członkom rodziny zmarłego. Oznacza to, że do uruchomienia roszczeń o zadośćuczynienie wystarczające jest wykazanie, że w następstwie deliktu doszło do obrażeń skutkujących śmiercią człowieka. Poza tym roszczenie pośrednio poszkodowanych, kierowane do sprawcy szkody na podstawie art. 446 § 4 k.c., ma [...] charakter autonomiczny (samodzielny) i pozostaje niezależne od innych roszczeń przysługujących tym osobom na gruncie przepisów k.c.”¹¹ Prezentowane w doktrynie stanowisko prowadzi do wniosku, że wraz z rozwojem prenatalnym dziecka nienarodzonego dochodzi do rozwoju więzi emocjonalnych i uczuć przyszłych rodziców w stosunku do nienarodzonego dziecka. Wraz z rozwojem ciąży powstają coraz silniejsze emocjonalne więzi łączące zarówno matkę, jak również bliskich z nienarodzonym dzieckiem. Rodzice często planują wspólną przyszłość, ustalają jakie będzie miało imię, kupują ubranka, czy też w inny sposób przygotowują się na przyjście na świat dziecka. W zbliżonym charakterze wypowiada się część doktryny na temat rozwoju więzi z dzieckiem nienarodzonym: „W razie śmierci dziecka, w tym także nienarodzonego (*nasciturusa*), prawdopodobieństwo istnienia więzi emocjonalnej między rodzicami a dzieckiem jest stosunkowo wysokie;

¹⁰ *Kodeks Cywilny – Komentarz*, red. J. Ciszewski, K. Jędrej, G. Karaszewski, J. Knabe, P. Nazaruk, B. Ruszkiewicz, G. Sikorski, A. Stępień-Sporek, LexisNexis, 2014.

¹¹ K. Bączyk-Rozwadowska Glosa do wyroku SN z dnia 9 marca 2012 r., I CSK 282/11. Teza nr 1, LEX 158572/1.

z samej istoty tej więzi (stosunku rodzicielstwa) wydaje się wynikać silny i pozytywny jej charakter¹².

Dodać należy, że w doktrynie pojawiają się również głosy zmierzające w kierunku ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych: „Skoro ustawodawca posłużył się określeniem «najbliższych członków rodziny», przyznając im pewne uprawnienia, to nie należy tych uprawnień rozciągać na zbyt szeroki krąg osób, zwłaszcza że sam ustawodawca wyraźnie odróżnia w treści przepisu art. 446 k.c. osobę bliską i najbliższego członka rodziny”¹³.

5. Przerwanie procesu oczekiwania na przyjście na świat potomka wskutek deliktu niesie ze sobą ogromne przeżycie dla najbliższych. Często uraz psychiczny jest w swych skutkach bardziej dotkliwy niż dolegliwości fizyczne. Natomiast zbadanie więzi, która łączyła najbliższych (rodziców) z nienarodzonym dzieckiem pozwala na stwierdzenie, czy w konkretnym przypadku możemy mówić o osobach najbliższych zmarłego. Przedstawiciele doktryny podejmują działania zmierzające do wypracowania wspólnych poglądów zarówno na temat zakresu odpowiedzialności, jak również wieku dziecka nienarodzonego, który decydowałby o zaktualizowaniu się obowiązku odszkodowawczego. Z uwagi na konieczność wprowadzenia granicy tej odpowiedzialności bardzo ważne jest uwzględnienie tego dorobku.

W głosowanym wyroku SN uwzględnił poglądy prezentowane przez doktrynę i z uwagi na stopień rozwoju dziecka nienarodzonego (18 tydz. ciąży) uznał, że nie mamy do czynienia ze „zmarłym”, ponieważ dziecko w chwili śmierci nie było na tyle rozwinięte, aby mogło samodzielnie żyć poza organizmem matki, a tym samym nie można było go uznać za zmarłego.

W tym kontekście na gruncie faktycznego stanu sprawy, oceniając rozważania SN, należy uznać, że stanowisko zaprezentowane przez SN w omawianym wyroku zasługuje na aprobatę. Z jednej strony jego walor jurydyczny przemawia za poszerzeniem kręgu podmiotowego regulacji art. 446 § 4 k.c. o kategorię dziecka poczętego, które zmarło wskutek deliktu sprawcy. Z drugiej jednak strony Sąd zasadnie uzależnił możliwość dochodzenia zadośćuczynienia przez najbliższych od zdolności dziecka do samodzielnego życia poza organizmem matki, wskazując tym samym, że stopień rozwoju prenatalnego dziecka ma nie tylko wpływ na ocenę istoty i nasilenia więzi między rodzicami a dzieckiem, ale także pośrednio wprowadza granicę powstania tej odpowiedzialności deliktowej. Wspólne działania środowisk naukowych etyków,

¹² *Ibidem*, teza nr 3, LEX 158572/1.

¹³ J. Haberko, *Artykuł PS.2011.3.65 „Pojęcie osoby bliskiej w prawie cywilnym” Teza nr 2*, LEX 128392/2.

prawników oraz biologów powinny skutkować wypracowaniem jednolitego stanowiska na temat momentu, w którym dziecko staje się zdolne do życia poza organizmem matki. Obecnie, zgodnie z definicją WHO¹⁴, za wcześniaka zdolnego do życia poza organizmem matki uważa się dziecko powyżej 22 tygodnia rozwoju. Narodziny we wcześniejszych fazach rozwoju prenatalnego, ze względu na niedojrzałość organów takich jak płuca, serce, mózg i przewód pokarmowy oraz masę ciała wynoszącą poniżej 500 gramów, z medycznego punktu widzenia na dzień dzisiejszy nie rokują na przeżycie. Z każdym dniem rozwój medycyny daje nadzieje, że coraz nowocześniejsze oddziały neonatologii pozwolą w przyszłości zmniejszyć tą granicę 22 tygodnia rozwoju. Natomiast jeżeli w głosowanym wyroku prezentowana przez SN linia orzecznicza zostanie utrzymana, to zdecydowanie zwiększy się przewidziany przez Ustawodawcę w art. 446 § 4 k.c. zakres ochrony przewidziany dla osób pośrednio poszkodowanych wskutek deliktu. Należy mieć również nadzieje, że podejmowane przez przedstawicieli doktryny działania zmierzające do ustalenia przesłanek, których wystąpienie spowoduje aktualizację odpowiedzialności, pozwoli rozwiązać ten problem w przyszłości. Głosowany wyrok podziela stanowisko prezentowane przez większość przedstawicieli doktryny, a tym samym pokazuje, jak duże znaczenie w takich sprawach mają stanowiska prezentowane przez przedstawicieli tych środowisk.

¹⁴ P. Steer, *The epidemiology of preterm labour*, „BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology”, marzec 2005, s. 1–3.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Anna Lyszczyna

doktorantka, Uniwersytet Opolski

**50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji,
red. P. Stec, M. Załucki
[Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer Business,
Warszawa 2015]**

W 2014 roku minęło 50 lat od uchwalenia polskiego Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego oraz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Okrągła rocznica powstania wymienionych aktów prawnych stała się okazją do refleksji zarówno nad postulatami *de lege ferenda*, jak i *de lege lata*. Autorzy podjęli dyskusję „nad potrzebą kompleksowej reformy prawa cywilnego” (s. 13). Publikacja składa się z 23 artykułów, które są uporządkowane pod względem tematycznym na wzór systematyki Kodeksu cywilnego. Niniejsza recenzja odnosi się do wybranych tekstów. Zasadniczy nurt sporu można zawrzeć w pytaniu: czy wystarczy nowelizować wyżej wymienione kodeksy, czy też należy stworzyć od podstaw zupełnie nowe?

Nie sposób nie zgodzić się z przytoczonym przez D. Szostka zdaniem doktryny, że „zmian jest tak dużo i następują tak często, iż trudno za nimi nadążyć” (s. 17). Wiele dziedzin pozostaje „za burtą” głównej regulacji, co generuje liczne problemów, zwłaszcza w sferze obrotu gospodarczego w Internecie, wykorzystania nowych technologii, zawierania umów w postaci elektronicznej (s. 18). Stąd zgadzam się z wyrażonym przez autora poglądem, że problem należy postrzegać o wiele szerzej i skierować uwagę w stronę kompleksowej regulacji prawa cywilnego nie na poziomie krajowym, lecz na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej (s. 19). Dobrym pomysłem zawartym w omawianym artykule, jest krótkie streszczenie zarówno już istniejących, jak i planowanych dyrektyw prawa Unii Europejskiej, mających na celu ujednoczenie prawa i procedury cywilnej. Innym ważnym punktem całej publikacji jest zawarty w artykule P. Steca rys historyczny, czyli głębsza refleksja nad korzeniami obecnie obowiązującej regulacji prawnej. Aby zbadać przyczyny za-

mieszczenia w omawianych kodeksach instytucji prawnych, należy poznać historię ich ewolucji (s. 25). Stąd też wynika pogląd, aby rozważnie podchodzić do nowych postulatów, gdyż nie do końca wiadomo, „w jakim stopniu zauważone przez zwolenników tezy o anachroniczności kodeksu cywilnego zjawiska mają charakter trwały ani jaki jest ich wpływ na praktykę stosowania prawa” (s. 29–30). Trafny jest pogląd autora, że znajdujemy się w okresie przejściowym pomiędzy regulacją prawa cywilnego ściśle krajową, a regulacją zunifikowaną na poziomie Unii Europejskiej (s. 31). Z kolei uwaga dotycząca dublowania się ochrony prawnej w mojej ocenie zdwojona ochrona ma sens głównie w sferze stosowania prawa. Analizując metody pociągnięcia do odpowiedzialności prawnej za np. zniesławienie, zarówno w Kodeksie karnym, jak i w Kodeksie cywilnym, nasuwa się pytanie: dlaczego ustawodawca uregulował tę kwestię podwójnie? Jednakże po zgłębieniu przepisów proceduralnych i wykonawczych oraz po skontrolowaniu terminów rozpatrywania spraw sądowych, regulacja taka zaczyna nabierać sensownych kształtów.

Odnosząc się do prób zdefiniowania zasad współżycia społecznego (s. 45–64) chciałam nadmienić, że przeważa pogląd twierdzący, iż zawsze będzie to katalog otwarty, zmieniający się na przestrzeni lat i podatny na przemiany wewnątrz społeczeństwa. Dlatego nie budzi mojego zdziwienia niechęć badaczy teorii prawa do katalogowania powyższych, o której wspomina M. Sala-Szczypiński (s. 49). Niezwykle ciekawy i aktualny jest pogląd autora, mówiący, że „problem [...] powstaje w sytuacji, gdy w opinii sędziego akceptowane powszechnie wartości czy wzory zachowań nie powinny zasługiwać na aprobatę” (s. 54). Niejednokrotnie na przestrzeni ostatnich kilku lat w debacie publicznej miała miejsce sytuacja, w której różne środowiska omawiały rozbieżność poglądów sędziego i społeczeństwa na konkretną sprawę (np. w sytuacji, gdy dyrektor zakładu karnego uiszczył grzywnę w wyjątkowo niskiej kwocie za osadzonego, nie będącego w pełni władz umysłowych i zdrowotnych, a co za tym idzie – nie w pełni świadomego swojego czynu, a sąd, nie uznając moralnych przesłanek tego czynu, uznał dyrektora za winnego wykroczenia).

Publikacja zawiera omówienie propozycji nowelizacji k.c. w zakresie regulacji dotyczących dóbr osobistych. Niezwykle ważnym elementem, wymienionym przez A. Kubiak-Cyruł, jest propozycja twórców projektu, aby wskazać okoliczności wyłączające odpowiedzialność w sposób dokładny. Zaliczylibyśmy do nich działanie zgodne z przepisami ustawy lub podjęte za zgodą uprawnionego, a ponadto wówczas ujawnienie informacji nie byłoby uznane za bezprawne, jeżeli informacje są prawdziwe, a za ich ujawnieniem przemawia ważny interes publiczny lub prywatny (s. 73). Ponadto w publikacji zostaje poruszona kwestia regulacji kwalifikacji podmiotowych członków

organów osób prawnych. Wydawać by się mogło, że kwestię tę rozstrzyga Kodeks spółek handlowych, w art. 18, bowiem określa on zarówno od strony negatywnej, jak i pozytywnej kto pełni funkcje w radzie nadzorczej spółki, zarządzie, komisji rewizyjnej etc. G. Koziół zwraca uwagę na niedoskonałość tej regulacji, gdyż nie obejmuje ona swym zakresem sytuacji, w której następuje utrata kwalifikacji podmiotowych (s. 96), np. pełnej zdolności do czynności prawnych, czy też skazanie prawomocnym wyrokiem za jedno z przestępstw wymienionych w art. 18 k.s.h. Jedyną uwagą mogłoby być pytanie, czy nie lepiej umieścić proponowane uściślenie w k.s.h., bowiem w mojej opinii jest to luka tego kodeksu, który – mimo ścisłego związku z Kodeksem cywilnym – jest jednak odrębną regulacją. W publikacji znalazły się również odniesienia do postulatów radykalnych zmian, uzasadnianych w głównej mierze anachronicznością obowiązujących obecnie przepisów oraz ich socjalistycznym rodowodem. Warto podkreślić, że autorka rozważań doskonale odpiera zarzuty, dotyczące w szczególności art. 140 k.c. i sformułowania o „społeczno-gospodarczym przeznaczeniu prawa” oraz o nieprzekraczaniu granic zasad współżycia społecznego. Argumentuje, iż „własność, jako czołowe prawo podmiotowe powinno łączyć się z odpowiedzialnością społeczną” (s. 120) oraz wspomina, że w konstytucjach Węgier czy Słowacji w ostatnich latach powrócono do poprzedniej regulacji prawa własności. Jest w nich mowa „o zakazie wykorzystywania prawa własności do działań szkodzących środowisku naturalnemu, dobrom kultury, zdrowiu, prawom innych podmiotów – ponad miarę określoną w ustawie” (s. 120).

Mocnym punktem publikacji jest to, że nie unika formułowania postulatów *de lege ferenda*. Nie ze wszystkimi mogę się zgodzić, lecz w przeważającej większości tezy są formułowane w sposób przemyślany i mogłyby stanowić poprawę jakości kodyfikacji prawa cywilnego. Nie muszą to być zmiany spektakularnych rozmiarów, jednak mogą one znacząco wpłynąć na spójność regulacji. Dobrym przykładem jest pomysł wprowadzenia bardziej precyzyjnej terminologii w przepisach dotyczących nieruchomości J. Kozińskiej. Propozycja zamyka się w stwierdzeniu, że: „należałoby wprowadzić do kodeksu cywilnego bardziej precyzyjną terminologię odnoszącą się do przedmiotów objętych zasadą akcesji oraz będących odrębnymi od gruntu [...]. Może należałoby posługiwać się określeniem „budynki i inne obiekty budowlane”, nawiązując do terminologii prawa budowlanego. Wyraz „urządzenia” nie oddaje bowiem w żadnym razie współczesnego sensu i znaczenia treściowego budowli [...]” (s. 175).

Natomiast trudno zgodzić się z argumentacją autorów postulujących stworzenie od podstaw nowego Kodeksu cywilnego. M. Kępiński dość rady-

kalnie krytykuje ustalenia Izby cywilnej SN z roku 2010 i postuluje uchwalenie zupełnie nowego kodeksu (s. 202). Jednym z argumentów przemawiających za nową regulacją, podawanych przez autora, jest uznanie kodeksu za akt normatywny szczególnego rodzaju, który ma stanowić wyczerpujące uregulowanie pewnej dziedziny prawa (s. 202). Moje odczucia są odwrotne – regulacja kodeksowa odznacza się dużym stopniem ogólności, wszelkie rozwinięcia powinny znaleźć się w szczególnych ustawach lub rozporządzeniach, które stanowią uszczegółowienie zamysłów zawartych w kodeksie. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z kodeksem o tak dużej liczbie artykułów, że nawet doświadczonemu prawnikowi łatwo byłoby się w nim zgubić lub coś przeoczyć. Technicznie jest niemożliwe, aby kodeks wyczerpał wszystkie potrzebne regulacje z jednej dziedziny prawa, zwłaszcza tak rozległej i rozgałęzionej, jaką jest prawo cywilne. Oczywiście jest, że k.c. zawiera część szczególną, jednak nawet ona nie wyczerpuje wszystkich zagadnień. Jednakże w mojej opinii o stabilizacji stanu prawnego nie decydują ogólne założenia kodeksowe, lecz właśnie istniejący zapis przepisów, stosowanych każdego dnia w sądach, kancelariach, urzędach. Nie można odmówić racji zdaniu autora, że należy unikać „zbyt częstych nowelizacji i nieprzemysłanych zmian materii kodeksowej pod wpływem spektakularnych przypadków praktycznych, szeroko dyskutowanych przez prasę codzienną” (s. 203). Warto jednak pamiętać o tym, że w ostatnich latach tego typu zmiany były dokonywane niejednokrotnie pod ogromnym naciskiem opinii publicznej, która żądała natychmiastowego rozwiązania problemu, a faktem jest, że prawo nie znosi nieprzemysłanej „natychmiastowości”.

Podsumowując, publikację uważam za udany przykład polemiki, rzetelnie przedstawiającej problem, tj. dopuszczającej do głosu wszystkie opinie – umiarkowane, jak również i radykalne. Być może przy okazji kolejnych rocznic uchwalenia Kodeksu cywilnego stanie się ona punktem wyjścia do kolejnych rozważań.

Mateusz Tusiński
doktorant, Uniwersytet Opolski

***Dobra osobiste*, red. I. Lewandowska-Malec
[Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014]**

W ramach wydawanej przez Wydawnictwo C.H. Beck serii wykładów specjalizacyjnych ukazała się publikacja poświęcona tematyce dóbr osobistych. Jak zapewniają autorzy jest to pierwsza tak kompleksowa oraz szeroko traktująca temat prawnej regulacji dóbr osobistych pozycja na rynku. Wzajemny stosunek redaktora tej monografii do jej autorów można określić w relacji mistrz – uczniowie. Autorami tej pozycji są bowiem absolwenci Uniwersytetu Jagiellońskiego, w tym radca prawny, doktoranci oraz, co ciekawe, także studenci tej uczelni. Ich praca zebrana została w spójną całość i zredagowana przez dr hab. Izabelę Lewandowską-Malec. Z uwagi na dydaktyczny charakter tej pozycji niniejsza recenzja przedstawiona zostanie pod kątem jej przydatności dla studenta oraz wchodzącego dopiero w świat praktycznego aspektu rzemiosła aplikanta.

Pozycja podzielona została na dziesięć rozdziałów, a jej systematyka nie odbiega od stosowanej zazwyczaj w podręcznikach. Autorzy rozpoczynają od przedstawienia rozwoju historycznego omawianej instytucji, by następnie przejść do analizy dogmatycznej. Rozpoczyna się ona od przedstawienia prawnomiędzynarodowych podstaw ochrony dóbr osobistych, co należy przyjąć z uznaniem, gdyż uświadamia czytelnikowi, że tytułowa problematyka wykroczyła już dawno poza czystą cywilistykę. W dalszej części autorzy skupiają swoją uwagę na samej konstrukcji dóbr osobistych, w znaczeniu ogólnym, co pozwala czytelnikowi zrozumieć ich istotę i stanowi dobre przygotowanie do zrozumienia kolejnych części podręcznika. W następnych rozdziałach autorzy przedstawiają tytułowe zagadnienie w kontekście konkretnych dziedzin prawa, przede wszystkim prawa cywilnego materialnego, prawa prasowego, karnego, autorskiego i prawa pracy. Dzięki temu czytelnik otrzymuje uporządkowany i systematyczny wykład przedmiotu. Pewna wąt-

pliwość zachodzi jednak w odniesieniu do rozdziału drugiego, poświęconego kwestiom międzynarodowym, który w mojej ocenie powinien znaleźć się w następnej kolejności po ogólnym omówieniu kwestii dóbr osobistych bądź na samym końcu. Taka ocena wynika z faktu, że przedmiotem publikacji jest przekrojowy wykład polskiego prawa dóbr osobistych, co sugerowałby omówienie kwestii prawomiędzynarodowych, bądź to po ogólnych rozważaniach (w tym po zdefiniowaniu, czym są dobra osobiste), bądź też jako ostatni, nieco uzupełniający element tej pozycji.

Dodatkowo pragnę zwrócić uwagę na nienaganną szatę graficzną i przejrzystość tekstu. Dobrym rozwiązaniem jest zamieszczenie na początku wykazu skrótów (aktów prawnych, instytucji, organów, organizacji, czasopism i publikatorów), wykorzystanego orzecznictwa, a także zbiorcze przedstawienie bibliografii. Każdy z rozdziałów na początku wyposażony został również w bibliografię, co stanowi duże ułatwienie, zwłaszcza dla studenta chcącego poszerzyć wiedzę o kwestiach szczegółowych. Podręcznik zawiera także niezwykle przydatny indeks rzeczowy.

W pierwszym rozdziale autorzy skupiają się na kwestiach historycznych i początkowym kształtowaniu dóbr osobistych poczynając od prawa rzymskiego. W dalszej kolejności nakreślone zostało ich tworzenie na gruncie polskiego prawodawstwa – od zaborów poprzez ochronę w latach 1918–1939 oraz po roku 1945, aż do najnowszych regulacji. Poszczególne podrozdziały w syntetyczny sposób przedstawiają poruszane kwestie stanowiąc spójną ich kompilację. Wskazać także należy, że autorzy przekrojowo nakreślają rozwój i rozumienie dóbr osobistych na gruncie dawniejszych regulacji, dając czytelnikowi historyczny wstęp do poznania źródła omawianej instytucji.

Przedmiotem drugiego rozdziału są rozważania na temat dóbr osobistych w kontekście prawa międzynarodowego. Uzasadnionym i celnym wydaje się być rozbicie omawianych kwestii na dwie kategorie – omówienie dóbr osobistych na tle prawa międzynarodowego publicznego i prawa międzynarodowego prywatnego. W ten sposób autorzy dostarczają czytelnikowi klarowny wykład na temat dwóch wspomnianych gałęzi prawa. Autorzy słusznie zwracają uwagę na publicyzację problematyki ochrony dóbr osobistych, czego wyrazem jest poszukiwanie źródeł ich ochrony także w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Ostatni podrozdział dotyczy dóbr osobistych w prawie prywatnym międzynarodowym. Autorzy nie wchodząc w szczegóły przedstawiają tę tematykę niejako z lotu ptaka. Jest to dobre rozwiązanie, pozwalające czytelnikowi na szybką powtórkę materiału, a także na znalezienie przepisów istotnych dla praktyka prawa.

W trzecim rozdziale autorzy przedstawiają ogólne rozważania na temat dóbr osobistych. Czytelnik otrzymuje zwięzły wykład na temat samego pojęcia oraz charakterystycznych cech dóbr osobistych. Przedstawione treści tworzą zebraną przez autorów kompilację poglądów oraz koncepcji przedstawicieli doktryny. W ten sposób czytelnik przekonuje się jak złożoną instytucję stanowią dobra osobiste. W dalszej kolejności nakreślono wypracowane koncepcje samej konstrukcji dóbr osobistych, co pokazano poprzez przedstawienie doktrynalnych poglądów przedstawicieli polskiej nauki. Rozdział zakończony jest oceną zaprezentowanych koncepcji, co należy przyjąć z uznaniem.

Przedmiotem czwartego rozdziału jest omówienie katalogu dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego materialnego. Wskazać należy, że rozdział ten, w kontekście ogólnego przedstawienia dóbr osobistych dostarcza czytelnikowi, w mojej ocenie, najwięcej istotnych informacji. Rozdział został bardzo rozsądnie podzielony na dwie kategorie dóbr osobistych, a to tych odnoszących się do osób fizycznych i osób prawnych. Na uwagę zasługuje również bardzo pomocne podzielenie poszczególnie wyróżnionych dóbr osobistych na osobne podrozdziały. Do wyróżnionych i omówionych poszczególnych dóbr osobistych włączono te, które wymienione są w art. 23 k.c. Odnosząc się do prezentowanych treści wskazać należy, że sami autorzy uprzedzają niejako czytelnika, iż prezentowane treści – z uwagi na ramy redakcyjne oraz kompleksowe ujęcie przedmiotu – pokazane są w sposób ogólny. Na uwagę zasługuje również fakt, że poza ogólnym omówieniem danego dobra osobistego autorzy odnoszą się również do innych, poza k.c., ustaw i orzecznictwa. Oceniając recenzowany podręcznik pod kątem jego przydatności dla studentów należy wskazać, że stanowi on dobry wybór, bowiem w sposób usystematyzowany i łatwy w odbiorze prezentuje najważniejsze treści. Nie inaczej należy ocenić tę pozycję pod kątem przydatności dla aplikantów. Pomimo iż podręcznik charakteryzuje się dużą ogólnością prezentowanych treści, wzbogacony jest przede wszystkim w orzecznictwo, co dla praktyka jest bardzo korzystne. Podobnie jak z dobrami osobistymi osób fizycznych uczyniono z katalogiem osób prawnych, który również przedstawiono w sposób bardzo usystematyzowany. Na uwagę zasługuje również rozdział poświęcony dobrom osobistym ukształtowanym przez doktrynę i orzecznictwo. Pokazuje on, że dobra osobiste, zgodnie z zamysłem ustawodawcy, wykraczają poza katalog dóbr osobistych przedstawionych w Kodeksie cywilnym.

W kolejnym, piątym rozdziale recenzowanej pozycji autorzy skupiają się na okolicznościach wyłączających bezprawność naruszenia dóbr osobistych. Autorzy podzielili niniejszy rozdział na cztery podrozdziały: działanie zgodne z prawem, wykonywanie prawa podmiotowego, zgodę poszkodowanego

i działanie w ramach uzasadnionego interesu. Wyżej wskazane przedstawiono w kontekście okoliczności wyłączających bezprawność naruszenia dóbr osobistych. Taki wybór uznać należy za trafny, z uwagi na charakterystyczną dla podręczników systematykę prezentowanych treści. Autorzy w sposób szczegółowy przedstawiają każdą z omawianych instytucji wyłączających bezprawność. Dodatkowo rozdział wzbogacony został w orzecznictwo, które pokazuje jak do prezentowanych zagadnień odnosi się judykatura. Poziom tego rozdziału ocenić należy wysoko.

Szósty rozdział poświęcony został zagadnieniom prawa prasowego. Przedstawia on krytykę prasową jako okoliczności wyłączającą naruszenie dóbr osobistych. Autorzy w początkowych podrozdziałach nakreślają ogólne informacje dotyczące pojęcia, przedmiotu i formy krytyki prasowej, by w późniejszej fazie szczegółowo skupić się na samym zagadnieniu krytyki prasowej. Rozdział nie jest być może zbyt obszerny, jednak autorzy przedstawili w nim najważniejsze zagadnienia, co należy ocenić w sposób pozytywny.

Przedmiotem siódmego rozdziału jest ochrona dóbr osobistych na gruncie materialnego prawa cywilnego. Systematyce poszczególnych podrozdziałów i w tym przypadku nie można nic zarzucić, autorzy bardzo trafnie dzielą poszczególne środki ochrony dóbr osobistych na gruncie k.c. kategoryzując je na środki ochrony dóbr niemajątkowych i majątkowych. Takie rozróżnienie pozwala nie tylko na potrzebne rozdzielenie tych dwóch katalogów ochrony, ale również na szybkie odnalezienie interesującego czytelnika środka.

Kolejne rozdziały (ósmy, dziewiąty i dziesiąty) opisują kwestię dóbr osobistych na gruncie prawa karnego, prawa autorskiego oraz prawa pracy. Autorzy tym samym, w sposób specjalistyczny, weszli na grunt trzech różnych ustaw i w ich kontekście nakreślili dobra osobiste, a także sposób ich ochrony. Czytelnik otrzymuje zwięzły i czytelny w odbiorze wykład. Ponadto dużym autem niniejszych rozdziałów są dobrze zredagowane treści praktyczne, co również należy wpisać w poczet zalet. Pomimo że wydawać by się mogło, że autorzy wyczerpali przedmiot wykładu dotyczący dóbr osobistych, należy wskazać, iż w podręczniku brakuje kwestii związanych z naruszeniem dóbr osobistych w kontekście instytucji rozpowszechniania nieprawdziwych informacji w trybie prawa wyborczego. Dodatkowo można by zarzucić brak jakiegokolwiek odniesienia się do kwestii dóbr osobistych na gruncie ustawy o ochronie i kształtowaniu się środowiska. Ustawa o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina również mogłaby stać się jednym z podrozdziałów niniejszego podręcznika, bowiem związana jest również z głównym przedmiotem zainteresowania recenzowanej pozycji.

Podsumowując, recenzowany podręcznik skierowany został nie tylko dla studentów, ale również praktyków prawa. Merytoryczna wartość publikacji nie budzi większych zastrzeżeń. Jego wielką zaletą jest przedstawione w dużej mierze orzecznictwo, szczególnie przydatne osobom stosującym prawo. Autorzy nie ograniczyli się tylko do zaprezentowania istotnych wiadomości dotyczących dóbr osobistych, ale w sposób przystępny przedstawili wzorcowe rozwiązania poruszanych problemów. Podręcznik opisuje zagadnienie dóbr osobistych nie tylko w kontekście prawa cywilnego, ale także innych gałęzi prawa. Na uwagę zasługuje również podrozdział poświęcony wytworzonym przez doktrynę oraz orzecznictwo dobrom osobistym. Cel autorów o stworzeniu podręcznika ujmującego w sposób kompleksowy materię dóbr osobistych został w mojej opinii zrealizowany. Rynek książek prawniczych wymaga dzieł specjalistycznie traktujących wąskie dziedziny i zagadnienia, ale jak w tym przypadku potrzebuje również pozycji ujmujących szerokie zagadnienia w sposób kompleksowy. Z tych względów podręcznik można polecić nie tylko studentom, lecz także praktykom prawa.

Monika Augustyniak

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Marcin Pieniążek

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Sprawozdanie z obrad sekcji
„Jakość polskiego systemu prawa”
w ramach XVI Konferencji Naukowej
„Państwo – Gospodarka – Społeczeństwo”**

Dnia 7 czerwca 2016 r. w Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, w ramach XVI Konferencji Naukowej „Państwo – Gospodarka – Społeczeństwo”, odbyły się obrady sekcji „Jakość polskiego systemu prawa”.

Pierwszy panel sekcji moderowany był przez prof. nadzw. dr hab. Katarzynę Banasik. Po zainaugurowaniu obrad prof. K. Banasik przedstawiła referat, pt. *Penalizacja bezprawnego przekroczenia granicy państwowej*. W wystąpieniu prelegentka zwróciła uwagę na znaczenie omawianej problematyki w kontekście postanowień kodeksu granicznego Schengen. Następnie poddała analizie przepisy polskiego kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń, dotyczące kryminalizacji zachowań polegających na nielegalnym przekroczeniu granicy. K. Banasik wskazała także na kwestie wywołujące kontrowersje w doktrynie, dotyczące charakteru typów czynów zabronionych z art. 264 k.k. Szerszej analizie poddała stronę podmiotową wykroczenia z art. 49a k.w. Po rozważaniach natury historyczno-prawnej i zarysowaniu aktualnego stanu prawnego prelegentka dokonała oceny jakości penalizacji nielegalnego przekroczenia polskiej granicy.

Następnie głos zabrał dr Stefan Poździejch, który zaprezentował referat pt. *Niektóre refleksje nad jakością prawa w Polsce*. Celem wystąpienia była analiza uwarunkowań jakości prawa, konsekwencji społecznych i ekonomicznych działań, które były lub powinny być podjęte dla poprawy jakości oraz stanu rozważań doktrynalnych. Rozważania prelegenta dotyczyły m.in. prak-

tycznej roli zasad techniki prawodawczej. W tym kontekście dr S. Poździej wskazał na konsekwencje wzrostu liczby aktów normatywnych niskiej jakości, skutkujące m.in. niespójnością pomiędzy ustawami, brakiem przejrzystości i sprzeczności w systemie prawa, a nawet naruszeniem zasad konstytucyjnych i porządku prawnego. Prelegent zasygnalizował także, że obniżająca się jakość prawa wpływa negatywnie zarówno na jego stosowanie przez wymiar sprawiedliwości i organy administracji publicznej, jak i na poszanowanie prawa przez obywateli.

Jako trzeci głos zabral dr Marcin Pieniążek, który zaprezentował wystąpienie pt. *„Refleksyjny” model etyki prawniczej a jakość stosowania prawa – ujęcie teoretyczne*. W wystąpieniu zarysowany został model etyki prawniczej, nawiązujący do koncepcji „małej etyki” francuskiego filozofa, Paula Ricoeura. W omawianej teorii centralne miejsce zajmuje pojęcie refleksyjności, rozumianej jako zdolność podmiotu do interpretacji „tekstu własnego działania”. Dr M. Pieniążek wskazał, że prezentowane stanowisko umożliwia sformułowanie teorii etyki zawodowej, oferującej jednolite narzędzie interpretacji tekstów kodeksów etyki prawniczej oraz relewantnego „tekstu działania”, podejmowanego przez adwokata, sędziego, prokuratora, etc. Prelegent podkreślił, że założenia proponowanej teorii posiadają implikacje dotyczące jakości stosowania prawa. Na gruncie proponowanego paradygmatu jakość ta zależy bowiem od utrzymania przez prawnika zamiaru onto-etycznego „bycia sobą” (np. od przestrzegania zawodowego ślubowania), od jego „zamiaru dobrego życia z drugim i dla drugiego” (np. dla klienta) oraz od jego działania w „sprawiedliwych instytucjach” (państwa, korporacji, etc.).

Kolejny referat, zatytułowany *Iluzja użycia metod w polskim systemie prawa*, wygłosił dr Jacek Czaja. W pierwszej części wystąpienia prelegent dokonał prezentacji akceptowalnych współcześnie modeli nauk prawnych i prób budowy systemu prawa według przyjętych kryteriów. Następnie, ze względu na wyróżnione cechy, omówił próby „dopasowania” polskiego systemu prawa do naszkicowanych modeli. W końcowej części wystąpienia J. Czaja wskazał przykłady i powody, dla których polski system prawa nie czyni użytku z metod wypracowanych przez teorię i filozofię prawa. Sygnalizowane przez dra J. Czaję zjawisko odbija się negatywnie na jakości metod stosowanych w polskich naukach prawnych.

W wystąpieniu pt. *Jakość zmian prawa o szkolnictwie wyższym, a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* dr Agnieszka Bednarczyk-Płachta omówiła zmiany prawa o szkolnictwie wyższym, które wpłynęły na status tych podmiotów i na sposób ich funkcjonowania na gruncie prawa publicznego. Prelegentka przybliżyła mechanizmy działania ustawodawcy, który w sposób

niezgodny z techniką legislacyjną i orzeczeniami Trybunału Konstytucyjnego dokonywał zmian w prawie. Dr A. Bednarczyk-Płachta zaznaczyła, że chaos legislacyjny, wprowadzanie i usuwanie instytucji oraz rozwiązań prawnych, w oderwaniu od ich funkcjonowania na gruncie prawa administracyjnego, niekorzystnie wpływa nie tylko na kondycję nauki i szkolnictwa wyższego, ale i na trudności w rewizji poglądów doktryny i orzecznictwa. Prelegentka wskazała, że ustawodawca zapowiedział kolejne rewolucyjne zmiany w prawie i gruntowną nowelizację systemu szkolnictwa wyższego. A. Bednarczyk-Płachta wyraziła w związku z tym opinię, że planowana zmiana może stać się okazją do poprawienia mankamentów ustawodawstwa albo kolejnym przykładem obniżania jakości prawa.

Następnie mgr Małgorzata Marczyk, doktorantka WPAiSM, zaprezentowała referat pt. *Konsekwencje kryzysu Trybunału Konstytucyjnego w Polsce na arenie międzynarodowej oraz jego wpływ na przyszłość Polski*. Prelegentka szczegółowo przedstawiła poszczególne stadia sporu politycznego, poczynając od wyboru, na ostatnim posiedzeniu Sejmu VII kadencji, 8 października 2015 r., Andrzeja Jakubieckiego, Romana Hausera, Krzysztofa Ślebzaka, Bronisława Sitka i Andrzeja Sokolę na sędziów Trybunału. W końcowej części wystąpienia mgr M. Marczyk postawiła pytanie o konsekwencje kryzysu związanego z Trybunałem Konstytucyjnym rzutuujące na jakość polskiego prawa.

Kolejny referat, zatytułowany *Jakość interwencji legislacyjnych podejmowanych w obszarze nowoczesnych technologii* przedstawiła mgr Agnieszka Porwisz-Barczyk, doktorantka WPAiSM. Wskazała ona, że polski ustawodawca stanął przed trudnym zadaniem, polegającym na ujęciu w ramy prawne zjawisk technologicznych ze swej natury zmiennych, złożonych, o wysoce specjalistycznym charakterze. Dodatkową komplikację stanowi rozmiar i zakres koniecznych do wprowadzenia unormowań. W związku z tym prelegentka postawiła pytanie o jakość regulacji tworzących formalne podwaliny dla korzystania z zaawansowanych rozwiązań technologicznych. Mgr A. Porwisz-Barczyk wskazała, że jakość ta podlega ocenie z dwóch perspektyw: merytorycznej i formalnoprawnej. W perspektywie merytorycznej prelegentka przeanalizowała trafność doboru rozwiązań, które mają być odpowiedzią na konkretne problemy społeczne. Natomiast w perspektywie formalnoprawnej A. Porwisz-Barczyk odwołała się do standardów poprawnej legislacji i na tym tle dokonała oceny techniki prawodawczej, m.in. w zakresie sposobu konstruowania przepisów, ich jasności, jednoznaczności i przejrzystości.

Przedostatni referat w sesji, zatytułowany *Po stronie przestępców czy służb porządkowych, czyli miejsce kata w systemie wymiaru sprawiedliwości w dawnej Polsce*, wygłosił mgr Wacław Rosa, doktorant WPAiSM. W wystąpieniu pre-

legent naszkicował funkcjonowanie urzędu katowskiego w miastach dawnej Polski. Przedstawiony materiał badawczy stanowiły zeznania przestępców zapisane w księgach sądowych miejskich, obrazujące kontakty świata przestępczego z oprawcami. Mgr W. Rosa zwrócił uwagę, że kaci w dawnej Polsce, w przeciwieństwie do krajów Europy Zachodniej i Śląska – gdzie zawodem tym zajmowały się całe rodziny, wywodzili się często ze środowisk przestępczych. W związku z tym prelegent zasygnalizował, że izolacja katów od reszty społeczeństwa narażała przedstawicieli tego zawodu na ostracyzm. W oparciu o przykłady z praktyki sądowej W. Rosa wykazywał, że urząd kata był w Polsce częściej utożsamiany z działalnością przestępczą, niż z wymiarem sprawiedliwości. Ostatecznie, zdaniem prelegenta, istnienie wspólnego mianownika łączącego ludzi marginesu społecznego z przedstawicielami wymiaru sprawiedliwości miało istotny wpływ na jakość sądownictwa i skuteczność zwalczania przestępczości.

Następnie dr Jakub Biernat zaprezentował wystąpienie pt. Nabycie nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia – zagadnienia konstrukcyjne. Jakość zmian w polskim prawie została w nim przedstawiona na przykładzie ustawy z dnia 14 kwietnia 2016 roku o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw. Prelegent wyjaśnił, że na mocy tej ustawy w bezprecedensowy sposób ograniczono obrót nieruchomościami rolnymi, dokonując w szczególności nowelizacji Kodeksu cywilnego w odniesieniu do instytucji nabycia nieruchomości w drodze zasiedzenia. Dr J. Biernat wskazał, że w świetle nowelizacji Kodeksu cywilnego nabyć przez zasiedzenie nieruchomość rolną może jedynie rolnik indywidualny, jeżeli powierzchnia nabywanej nieruchomości rolnej, wraz z nieruchomościami rolnymi stanowiącymi jego własność, nie przekroczy 300 ha użytków rolnych. Zdaniem prelegenta uregulowanie takie budzi szereg wątpliwości – między innymi na poziomie konstrukcyjnym, w tym w szczególności w kontekście celów, które zamierza osiągnąć ustawodawca istotnie ograniczając obrót nieruchomościami rolnymi.

Wystąpienie dra J. Biernata było ostatnim, wygłoszonym w tej części sekcji. Następnie wywiązała się dyskusja, w której głos zabrał m.in. prof. dr hab. T. Biernat. Odniósł się on pozytywnie do tego referatu dra J. Czaji i wskazał ograniczony zakres metod badawczych stosowanych w naukach prawnych. Ponadto uczestnicy dyskusji sygnalizowali niską jakość zmian w prawie rzeczowym, ograniczających obrót nieruchomościami rolnymi. Na koniec prof. nadzw. dr hab. K. Banasik dokonała podsumowania obrad i podziękowała uczestnikom za wygłoszenie referatów oraz za udział w dyskusji.

Moderatorem drugiego panelu sekcji „Jakość polskiego systemu prawa” był doc. dr Andrzej Buczek, który jako pierwszy prelegent przedstawił re-

ferat pt. *Próby tworzenia współczesnego systemu podatkowego w Polsce*. Autor przybliżył ewolucję transformacji społeczno-gospodarczej w naszym kraju, która obok wielu istotnych kwestii, spowodowała konieczność tworzenia nowego systemu podatkowego. Docent dr Andrzej Buczek przedstawił regulacje prawne tworzące współczesny system podatkowy w Polsce, konkludując, że regulacje te *de lege lata* nie odpowiadają aktualnym potrzebom i standardom. Podkreślił, iż nadzieję na stworzenie adekwatnego systemu podatkowego daje powołana, rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 października 2014 r., Komisja Kodyfikacji Ogólnego Prawa Podatkowego.

Następnie głos zabrał mgr Paweł Klimek, doktorant WPAiSM, który wygłosił referat na temat *Wybrane aspekty jakości prawa finansowego a funkcje systemu opodatkowania dochodów w PRL*. Mgr P. Klimek przybliżył aspekty jakości prawa finansowego i funkcje systemu opodatkowania dochodów w PRL w pięciu różnych kontekstach normatywnych. Oceny funkcji systemu opodatkowania dochodów w PRL prelegent dokonał również w odniesieniu do wybranych rozwiązań współczesnych. Pozwoliło to na wyciągnięcie wniosków *de lege ferenda*, które są aktualne w sosunku do systemu opodatkowania dochodów w III Rzeczypospolitej.

Trzeci prelegent, mgr Marek Klink, przedstawił referat o tytule: *Prawne możliwości kształtowania granic zmienności obciążenia podatkowego w podatkach związanych z opodatkowaniem nieruchomości*. Referent zwrócił uwagę na nieustanną ewolucję gospodarczo-społeczną mającą istotny wpływ na normy prawne, również te obejmujące swym zakresem opodatkowanie nieruchomości.

Magister Maciej Schmidt zaprezentował referat pn.: *Niestabilność prawa podatkowego a zaufanie podatników do systemu prawa*, w którym wskazał, że w ostatnim dwudziestopięcioleciu w Polsce miało miejsce około 150 zmian przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych, a od czasu wejścia Polski do Unii Europejskiej około 60 zmian ustawy o podatku od towarów i usług. Zmiany te wpłynęły na niestabilność systemu prawa podatkowego. W referacie omówiono trzy sposoby przywracania stabilności prawa podatkowego. Pierwszy z nich to interpretacje (ogólne i indywidualne) prawa podatkowego wydawane przez Ministra Finansów. Sposób drugi to uchwały i wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego, które mają na celu wyjaśnienie przepisów prawnych wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Trzecie rozwiązanie to zmiana przepisów prawa, która może doprowadzić do jego stabilizacji.

Następnie głos zabrał mgr Dawid Chaba, doktorant WPAiSM, który zaprezentował wystąpienie pt. *Jakość polskiego prawa administracyjnego w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*. Prelegent podnosił, że orzecznictwo sądów administracyjnych, na które składa się wykładnia prawa, powinno

usuwać wady oraz wypełniać luki systemu prawa, wskazując prawodawcy racjonalne kierunki zmian. Mgr D. Chaba argumentował, że weryfikacja przepisów dokonywana przez sądy prowadzi niejako do rozwoju prawa i umacniania procesów jego stanowienia. Jednakże, nie bez znaczenia jest fakt, iż ugruntowane poglądy sądów zmieniają się wraz z wprowadzaniem nowych regulacji i instytucji, a także poprzez nowe i skomplikowane stany faktyczne. Należy więc zadać pytanie, jak oceniać jakość procesu tworzenia i stosowania prawa w świetle nie zawsze jednolitego orzecznictwa.

Kolejnymi prelegentami byli mgr Arkadiusz Stosur i dr Dariusz Gryglik, doktoranci WPAiSM, którzy wygłosili referat na temat *Główne założenia nowej ustawy o systemach oceny zgodności i nadzorach rynku z dnia 13 kwietnia 2016 r. jako element kształtowania i regulowania polskiego systemu norm jakościowych*. Doktoranci omówili główne cechy i determinanty polskiego systemu oceny zgodności norm, w tym nową ustawę o systemach oceny zgodności i nadzorach rynku z dnia 13 kwietnia 2016 r., która stanowi trzon i główny element tego systemu. Przedstawione zostały także podstawowe akty prawa europejskiego obowiązujące w omawianym zakresie, a także zestaw norm organizacyjnych i technicznych w procesach parametryzowania jakościowego.

Następnie głos zabrał mgr Jan Tarnawski, doktorant WPAiSM, przedstawiając referat pt. *Rozstrzygnięcie przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w formie decyzji administracyjnych sporów cywilnych związanych z obrotem i dystrybucją energii pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi a odbiorcami energii*. Prelegent od prawie 30 lat wykonuje zawód radcy prawnego specjalizując się w obsłudze firm sektora energetycznego, dlatego też problematyka badawcza przedstawiona w referacie stanowiła połączenie wiedzy teoretycznej z doświadczeniem zawodowym autora, ze szczególnym uwzględnieniem przeglądu orzecznictwa sądowego. Mgr J. Tarnawski przedstawił zagadnienia proceduralne związane ze stosowaniem przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniu przed Prezesem URE oraz przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu odwoławczym od decyzji Prezesa URE. Prelegent szczególną uwagę poświęcił problematyce wstrzymania dostaw energii elektrycznej. Omówił także sytuacje, w których przedsiębiorstwo energetyczne może zastosować tę procedurę oraz środki ochrony przysługujące odbiorcom energii. Odrębnej analizie poddał wstrzymywanie dostaw energii w przypadku tzw. umów kompleksowych.

Następnie mgr Izabela Pilarczyk, doktorantka WPAiSM, zaprezentowała referat pt. *Tykająca BOMBA w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji. Problem odpowiedzialności osób działających za spółkę z o.o. w organizacji po jej rejestracji*. Prelegentka wskazała, że koniecznym jest ponowne

uświadomienie sobie roli, jaką miała spełniać instytucja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, a także logicznych konsekwencji, jakie powinny z tego faktu wynikać. Mgr I. Pilarczyk omówiła i zanalizowała zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności osób działających w imieniu spółki kapitałowej w organizacji, wskazując na pojawiające się w tym przedmiocie problemy.

Zamykający panel referat, pt. *Komisje w organie stanowiącym samorządu województwa w Polsce i we Francji w świetle zasady jawności i form jej realizacji. Wnioski i postulaty*, wygłosiła dr Monika Augustyniak. Prelegentka przedstawiała podstawy prawne i przejawy realizacji zasady jawności dotyczącej organizacji oraz funkcjonowania komisji w sejmiku województwa w Polsce i w radzie regionalnej we Francji. Przedmiotem referatu było również omówienie zasad i trybu dostępu do informacji publicznej w zakresie działania komisji stałych i doraźnych w świetle zasady jawności wewnętrznej (dostępu do dokumentów) i zewnętrznej (dostępu do posiedzeń). W końcowej części wystąpienia dr M. Augustyniak sformułowała postulaty *de lege ferenda* w zakresie realizacji zasady jawności, jako przesłanki jakości polskiego systemu prawa.

Docent dr Andrzej Buczek zamykając obrady w sekcji, podziękował wszystkim uczestnikom dyskusji i prelegentom za uczestnictwo i wolę podzielnia się spostrzeżeniami dotyczącymi jakości polskiego systemu prawa.

