

PRAWO W DZIAŁANIU

52

SPRAWY CYWILNE

Warszawa 2022

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów
z konferencji międzynarodowych
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 100 punktów.

ISSN: 2657–4691 (wersja online)

ISSN 2084–1906

Nakład 200 egz.

Wersja elektroniczna Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną).



Wydawca:

Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00–071 Warszawa

tel. +48 22 630 94 53

faks +48 22 630 99 24

e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

RADA PROGRAMOWA

Marek Andrzejewski (Polska Akademia Nauk, Polska), Davor Derenžinović (University of Zagreb, Croatia), Ondřej Frinta (Charles University, Czech Republic), Beata Gruszczyńska (Uniwersytet Warszawski, Polska), Beata Janiszewska (Uniwersytet Warszawski, Polska), András Koltay (University of Public Service, Hungary), Andrea Nicolussi (Catholic University of the Sacred Heart, Italy), Wojciech Patryas (Uniwersytet Szczeciński, Polska), Martin Píry (Matej Bel University, Slovakia), Dušan V. Popović (University of Belgrade, Serbia), Aleš Rozehnal (Charles University, Czech Republic), Piotr Ryłski (Uniwersytet Warszawski, Polska), Sanja Savèić (University of Novi Sad, Serbia), János Ede Szilágyi (Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Hungary), Hanna Witczak (Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska), Piotr Zapadka (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska)

REDAKTOR NACZELNY

Marcin Wielec

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marcin Wielec (Przewodniczący, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska), Elżbieta Holewińska-Łapińska (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo cywilne i rodzinne, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Łukasz Pohl (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo karne, Uniwersytet Szczeciński, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Beata Bieńkowska (redaktor tematyczny: procedura karna, Uniwersytet Warszawski, Polska), Grzegorz Blicharz (redaktor tematyczny: prawo prywatne porównawcze, Uniwersytet Jagielloński, Polska), Agata Czarnecka (redaktor tematyczny: teoria prawa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Polska), Maciej Dybowski (redaktor tematyczny: prawa podstawowe, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Polska), Robert Netczuk (redaktor tematyczny: prawo karne skarbowe, Uniwersytet Śląski, Polska), Marcin Romanowski (redaktor tematyczny: aksjologia prawa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Leszek Wieczorek (redaktor tematyczny: kryminologia, prawo karne, procedura karna, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, Polska)

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Paweł Ostaszewski (redaktor statystyczny)
Fabiola Mikler (redaktor językowy – język polski)
Barbara Janusz-Pohl (opieka merytoryczna – język angielski)

ADRES REDAKCJI

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 630 94 53
faks +48 22 630 99 24
e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

KOMUNIKAT W SPRAWIE OGŁOSZENIA LISTY RECENZENTÓW ZA ROK 2022

Redakcja ma przyjemność poinformować,
że w gronie recenzentów kwartalnika „Prawo w Działaniu” w roku 2022
znalazły się następujące osoby:

Rafał Adamus, prof. dr hab., UO
Marcin Białecki, dr, UKSW
Leszek Bosek, dr hab., prof. UW
Paweł Czarnecki, dr, UKSW
Konrad Czech, dr, UKSW
Aleksandra Gawrysiak-Zabłocka, dr, UKSW
Stanisław Hoc, prof. dr hab., UO
Barbara Janusz-Pohl, dr hab., prof. UAM
Aleksandra Klich, dr, USz
Jędrzej Kondek, dr, SWWS
Mirośław Kosek, dr hab., prof. UKSW
Marcin Kostwiński, dr, UŁ
Sławomira Kotas-Turoboyska, dr, UKSW
Elżbieta Kremer, dr hab., emerytowany prof. UJ
Katarzyna Królikowska, dr, ALK
Robert Kulski, dr hab., prof. UŁ
Bogusław Lackoroński, dr hab., UW
Katarzyna Laskowska, prof. dr hab., UWB
Agnieszka Lewicka-Zelent, dr hab., prof. UMCS
Małgorzata Łączkowska-Porawska, dr hab., INP PAN
Filip Manikowski, dr, UKSW
Mariusz Nawrocki, dr hab., prof. USz
Konrad Osajda, prof. dr hab., UW
Aleksandra Partyk, dr, Krakowska Akademia im. Frycza Modrzewskiego
Łukasz Pohl, prof. USz
Anna Reda-Ciszewska, dr, UKSW
Sebastian Sikorski, dr hab., UKSW
Olga Sitarz, dr hab., prof. UŚ
Denis Solodov, dr hab., prof. UWM
Ryszard A. Stefański, prof. dr hab., Uczelnia Łazarskiego
Magdalena Szafranek, dr hab., UW
Marek Świerczyński, dr hab., prof. UKSW
Marzena Tuomi, dr hab., prof. ASzWoj
Jolanta Waszczuk-Napiórkowska, dr, UKSW
Marcin Wielec, dr hab., prof. UKSW
Paulina Wiktorska, dr, INP PAN
Bartosz Wołodkiewicz, dr, UW
Joanna Zajączkowska-Burtowy, dr, UAM

Spis treści

Contents

Artykuły

Articles

Antonio Fernández de Buján

Konstytucja a niepełnosprawność – ochrona osób niepełnosprawnych
jako paradygmat państwa społecznego w Hiszpanii
*Constitution and disability – protection of the persons with disabilities
as paradigm of the welfare state in Spain*

7

Małgorzata Manowska

Działania instrukcyjne sądu pierwszej instancji w postępowaniu dowodowym
w procesie cywilnym po nowelizacji ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy
– Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw
*Instructions of the court of first instance in the taking of evidence
in a civil trial after the amendment by the Act of 4 July 2019 amending
the Act – Code of Civil Procedure and some other acts*

30

Wanda Stojanowska, Mirosław Kosek, Aleksandra Sych

Funkcjonowanie instytucji separacji w świetle analizy danych statystycznych
dotyczących orzecznictwa sądowego
*The functioning of separation institutions in the light of the analysis
of statistical data on judicial decisions*

50

Marcin Białecki

Niełojalne działania uczestników postępowania rozwodowego
Disloyal actions by participants in divorce proceedings

81

Marcin Romanowski

Rola rozwiązań administracyjnych i cywilnoprawnych na rzecz
zwalczania przemocy domowej na przykładzie regulacji
prawnych z 30.04.2020 r. Koordynacja działań i powiązania systemu
*The role of administrative and civil law solutions to combat domestic violence
on the example of the regulations of 30 April 2020. Coordination of activities
and system connections*

103

Rafał Adamus

Podział spółki przez wyodrębnienie
Division of a company by separation

123

Kamil Wielgus

Rękojmia za wady sprzedanych praw i dóbr niematerialnych
w ujęciu historycznym i prawnoporównawczym
*Warranty for defects of sold rights and intangible goods from a historical
and comparative legal perspective*

143

Aneta Makowiec

W poszukiwaniu instytucji zapisu o skutku rzeczowym w prawie spadkowym na ziemiach polskich od czasów najdawniejszych do zakończenia II wojny światowej – rys prawnohistoryczny
Searching for institution of legacy enforceable per se in succession law existing in Polish territories from the oldest days to the end of World War II – historical outline from legal perspective

188

Łukasz Mroczyński-Szmaj

Nowe europejskie prawo sygnalizowania nieprawidłowości. Rozwiązania modelowe a polski projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa
The new European whistleblowing law. Model solutions and the Polish draft act on the protection of whistleblowers

208

Ewa Wojtaszek-Mik

Sekcja zwłok dziecka w świetle art. 31 ustawy o działalności leczniczej – uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Polat przeciwko Austrii
An autopsy of a child in the light of the Article 31 of the Act on medical activity – comments on the occasion of the judgment of the European Court of Human Rights Polat v. Austria

233

Magdalena Grzyb

Tożsamość płciowa to nie płeć – refleksje na tle wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.09.2020 r., V Ca 2686/19
Gender identity is not gender – reflections on the judgment of the District Court in Warsaw of 29 September 2020, V Ca 2686/19

255

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak

Report on the International Scientific Conference “Religious symbols in public sphere in the legal orders of Central and Eastern European countries”, 28 May 2021
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Religious symbols in public sphere in the legal orders of Central and Eastern European countries”, 28.05.2021 r.

272

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Julia Strybrat, Bartłomiej Oręziak

Report on the International Scientific Conference “The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms” (Warsaw, 1 June 2022)
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms” (Warszawa, 1.06.2022 r.)

276

Antonio Fernández de Buján

Konstytucja a niepełnosprawność – ochrona osób niepełnosprawnych jako paradygmat państwa społecznego w Hiszpanii¹

Constitution and disability – protection of the persons with disabilities as paradigm of the welfare state in Spain

Abstract

Spain is one of the signatory countries of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) from 2006. The present article undertakes to analyse the impact of the CRPD on the Spanish legislation, especially the Act 8/2021 from 2 June 2021 on the reform of civil and procedural legislation in support of persons with disabilities. Special attention will be given to the access to jurisdiction of persons with disabilities. Another central point is the reform of Article 49 of the Spanish Constitution which – though with good intention – declares it a national objective – to dismount the discrimination of persons with “reduced” (disminuidos) abilities.

Keywords: *disability, equality, legal capacity, support measures, protection*

Streszczenie

Hiszpania jest jednym z krajów sygnatariuszy Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (CRPD) z 2006 r. Niniejszy artykuł podejmuje próbę analizy wpływu Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych na ustawodawstwo hiszpańskie, w szczególności ustawę 8/2021 z 2.06.2021 r. o reformie ustawodawstwa cywilnego i proceduralnego w celu wspierania osób niepełnosprawnych. Szczególną uwagę zwrócono na dostęp osób niepełnosprawnych do ochrony w postępowaniach przed organami władzy publicznej. Kolejnym centralnym punktem jest reforma art. 49 hiszpańskiej konstytucji, który – choć w dobrej intencji – deklaruje jako narodowy cel zlikwidowanie dyskryminacji osób o „ograniczonych” (disminuidos) zdolnościach.

Słowa kluczowe: *niepełnosprawność, równość, zdolność prawna, środki wsparcia, ochrona*

Prof. zw. Antonio Fernández de Buján, Uniwersytet Autonomiczny (*Universidad Autónoma*) w Madrycie, członek rzeczywisty Królewskiej Akademii Orzecznictwa i Legislacji (*Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*), Hiszpania.

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 13.07.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 16.09.2022 r.

¹ Niniejsze opracowanie, poprawione i rozszerzone, powstało na podstawie tekstu przemówienia wygłoszonego przez autora z okazji nadania mu tytułu Doktora Honoris Causa przez Uniwersytet La Laguna dnia 29.04.2022 r.

1. Uwagi wstępne

Niepełnosprawność jest jednym z największych wyzwań, zarówno obecnych, jak i przyszłych, przed jakimi stoi ludzkość. Ustawodawstwo przyjazne osobom niepełnosprawnym powinno opierać się na wartości, jaką jest odmienność, oraz mieć na uwadze, że wpływa ona nie tylko na warunki życia milionów osób, tj. dziesięciu procent ludności świata, ale także na ich godność, wolność, rozwój osobisty i równość względem innych osób.

Wszyscy ludzie są równi, jeśli chodzi o godność, a jednocześnie – różni, odrębni, jedyni i niepowtarzalni. Coraz więcej osób jest zależnych, słabych, bezbronnych, potrzebujących pełnego uznania ich zdolności prawnej, pomocy, wsparcia, aby czuć się bezpiecznie, móc podejmować decyzje samodzielnie i rozwijać się.

Na przestrzeni dziejów państwa organizacje międzynarodowe i społeczeństwa jako takie nie wspierały osób niepełnosprawnych, tak jak powinny, albo wprowadzały lub tolerowały dyskryminację ze względu na niepełnosprawność, co jest sprzeczne z zasadą równości wobec prawa.

Wysoka Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka w przedmowie do Międzynarodowych zasad i wytycznych dotyczących dostępu osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości przyjętych w 2020 r. stwierdziła, że: „Osoby niepełnosprawne są głównym tematem prac mojego Biura między innymi dlatego, że stanowią jedną z najbardziej pokrzywdzonych grup społecznych. Zbyt długo były one ignorowane, zaniedbywane i niezrozumiane, a ich prawa zwyczajnie negowane. Przepisy, procedury i praktyki w dalszym ciągu dyskryminują osoby niepełnosprawne, a system wymiaru sprawiedliwości ma do odegrania kluczową rolę w zapobieganiu takim przypadkom, a gdy do nich dojdzie, w zapewnianiu skutecznych środków zaradczych, zwłaszcza jeśli tego rodzaju sytuacje wynikają z niesprawiedliwego prawa. Zapewnienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości jest niezbędne dla demokratycznych rządów i praworządności, a także dla zwalczania nierówności i wykluczenia. Z chwilą przyjęcia Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych powstał model mający na celu osiągnięcie integracji i bazujący na podejściu do niepełnosprawności opartym na prawach człowieka”².

Z jednej strony są ogólne idee, często wyrażane pięknym, a nawet pretensjonalnym językiem, a z drugiej strony – rzeczywistość, w naszym przypadku hiszpańska. Dlatego w dalszych częściach opracowania staram się przeanalizować, w jakim stopniu te ogólne i słuszne zasady zostały przekształcone w konkretne prawo pozytywne. Nowe rozporządzenie, zgodnie z wymogami art. 10 Konstytucji Hiszpanii z 1978 r., opiera się na poszanowaniu godności i wolnej woli osoby niepełnosprawnej, ochronie praw podstawowych oraz na zasadzie konieczności

² Przedmowa Michelle Bachelet do dokumentu opracowanego przez grupę ekspertów koordynowaną przez Specjalnego Sprawozdawcę Narodów Zjednoczonych ds. Osób Niepełnosprawnych, we współpracy z Wysokim Komisarzem Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka. Genewa, sierpień 2020 r.

i proporcjonalności środków wsparcia, których, w stosownych przypadkach, może ona potrzebować do korzystania ze zdolności prawnej na zasadzie równości z innymi osobami.

W związku z powyższym odniosę się szczegółowo do czterech podstawowych tekstów prawnych dotyczących niepełnosprawności i przepisów Konstytucji w hiszpańskim systemie prawnym, do których należą:

- 1) Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13.12.2006 r.³ (dalej Konwencja lub Konwencja z Nowego Jorku),
- 2) ustawa 8/2021 z 2.06.2021 r. o reformie ustawodawstwa cywilnego i proceduralnego w celu wspierania osób niepełnosprawnych w korzystaniu z ich zdolności prawnej⁴ (dalej ustawa 8/2021), która jest uważana za jedną z najistotniejszych ustaw w dziedzinie prawa prywatnego od czasu przyjęcia Konstytucji,
- 3) wstępny projekt ustawy z 7.12.2018 r. o reformie art. 49 Konstytucji Hiszpanii, dotyczącego praw osób z niepełnosprawnościami, oraz
- 4) projekt ustawy o reformie art. 49 Konstytucji Hiszpanii z 11.05.2021 r., obecnie w trakcie prac nad rozszerzeniem poprawek.

2. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13.12.2006 r.

W dziedzinie niepełnosprawności tekstem *par excellence* fundamentalnym jest Konwencja z Nowego Jorku, która została ratyfikowana przez Hiszpanię w 2008 r. wraz z 82 państwami, a od tamtego czasu przez ponad 200 państw, i stanowi ona pierwszy traktat międzynarodowy poświęcony specyfice praw osób niepełnosprawnych⁵.

Konwencja z Nowego Jorku jest prawem obowiązującym w Hiszpanii, zgodnie z art. 96.1 Konstytucji Hiszpanii, i tym samym jest bezpośrednio stosowana przez sądy, przy czym od chwili jej ratyfikacji trwa proces dostosowywania ustawodawstwa hiszpańskiego do zasad i przepisów w niej zawartych, w co wpisuje się projekt ustawy o reformie art. 49 Konstytucji, poświęconego niepełnosprawności. Projekt ten to ostatni z przejawów procesu dostosowawczego i jeden z kamieni milowych, wraz z ustawą 8/2021, jako że dotyczy Wielkiej Karty Swobód.

Preambuła Konwencji stanowi, że Państwa Strony zgadzają się na jej zawarcie: „Wyrażając przekonanie, że powszechna i całościowa Konwencja międzynarodowa, mająca na celu popieranie oraz ochronę praw i godności osób niepełnosprawnych, istotnie przyczyni się do zaradzenia głęboko niekorzystnej sytuacji społecznej osób niepełnosprawnych i będzie promować ich udział w sferze (...), na zasadach równych szans”. Konwencja zmienia paradygmat niepełnosprawności i przyjmuje model

³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13.12.2006, BOE (Boletín Oficial de Estado) núm. 96, 21.04.2008, s. 20648–20659.

⁴ Boletín Oficial de Estado (BOE), <https://www.boe.es>.

⁵ M. García Rubio, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, „La Ley. Derecho de Familia” 2021/31; A. Fernández de Buján, *Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación*, „Revista ICADE” 2011/83–84, s. 119–155.

społeczny, zgodnie z którym osoby niepełnosprawne podejmują decyzje zgodnie ze swoją wolą, pragnieniami i preferencjami, pokonując różne bariery w środowisku społecznym, które utrudniają im pełną integrację ze społeczeństwem, a także bariery związane z niepełnosprawnością samą w sobie⁶.

Zgodnie z uchylonym medycznym modelem niepełnosprawności opiekun lub kurator działał w najlepiej pojętym interesie osoby niepełnosprawnej oraz pomagał, reprezentował albo zastępował, w większym lub mniejszym stopniu i w zależności od przypadku, osobę niepełnosprawną w podejmowaniu decyzji. To z kolei kontrastowało z nowymi regulacjami, kładącymi nacisk na społeczny model niepełnosprawności, w którym opieka jest zniesiona, a kuratela i ochrona mają, ogólnie rzecz biorąc, charakter faktycznie opiekuńczy i tylko w wyjątkowych przypadkach przewiduje się, że mogą one dotyczyć sytuacji reprezentowania, a w niezwykle rzadkich przypadkach – zastępowania woli osoby niepełnosprawnej.

Zgodnie z treścią drugiego akapitu art. 1 Konwencji, który w swoim brzemieniu przypomina raczej definicję, mimo że w nagłówku widnieje tytuł „Cel”, „Do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”.

Wśród działań wspierających, co do których państwa mają obowiązek, aby zapewnić je osobom niepełnosprawnym, Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych (o którym mowa w art. 34 i n. Konwencji) w Sprawozdaniu ogólnym z 2014 r., dotyczącym art. 12 ust. 3, wskazuje: „uniwersalne projekty i środki dostępności, tak aby przestrzeń mogła być użytkowana przez wszystkie osoby, oraz metody komunikacji inne niż zazwyczaj stosowane, takie jak język migowy lub alfabet Braille’a”.

Na mocy art. 13 ust. 1 i 2 Konwencji z Nowego Jorku zobowiązuje się Państwa Strony do zapewnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości na zasadzie równości z innymi osobami w następujący sposób:

„1. Państwa Strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do wieku, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, zwłaszcza jako świadków, we wszelkich postępowaniach prawnych, w tym na etapie śledztwa i innych form postępowania przygotowawczego.

2. Aby wesprzeć gwarancje skutecznego dostępu osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości, na zasadzie równości z innymi osobami, Państwa Strony będą popierać odpowiednie szkolenia osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości, w tym w policji i więziennictwie”⁷.

⁶ Zob. A. Palacios, *El modelo social de discapacidad*, Madrid 2008, *passim*.

⁷ Zob. A. Alias Robles, *El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad*, „La Ley Digital. Derecho de Familia” 2020/28, s. 1–15.

Artykuł 14 Konwencji z Nowego Jorku, zatytułowany „Wolność i bezpieczeństwo osobiste”, w ust. 2 stanowi, że: „Państwa Strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, które zostaną pozbawione wolności w wyniku jakiegokolwiek postępowania, prawo, na zasadzie równości z innymi osobami, do gwarancji zgodnych z międzynarodowym prawem praw człowieka i traktowanie zgodne z celami i zasadami niniejszej konwencji, włączając w to zapewnienie racjonalnych usprawnień”.

Artykuł 2 Konwencji z Nowego Jorku, zatytułowany „Definicje”, w akapicie trzecim i czwartym stanowi, że: „«Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność» oznacza jakiekolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiejkolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami. Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym odmowę racjonalnego usprawnienia.

«Racjonalne usprawnienie» oznacza konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nie nakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku, w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami”⁸.

Artykuł 12, jednogłośnie uznawany za główny trzon Konwencji, stanowi, że Państwa Strony (w skrócie):

- uznają, że osoby niepełnosprawne mają zdolność prawną, na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia;
- podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować;
- zagwarantują, że wszelkie środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej przez osoby niepełnosprawne obejmować będą odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia; oraz
- podejmą wszelkie odpowiednie i efektywne środki w celu zagwarantowania równego prawa osób niepełnosprawnych do uczestniczenia w obrocie prawnym i gospodarczym na zasadzie równości z innymi osobami, tj. do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów, oraz zapewnią, że osoby niepełnosprawne nie będą samowolnie pozbawiane własności, tzn. ich majątek będzie podlegał ochronie⁹.

W 2014 r. Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych, o którym mowa w art. 34–39 Konwencji, opublikował Sprawozdanie ogólne nr 1 z 19.05.2014 r.¹⁰,

⁸ Konwencja z Nowego Jorku sporządzona w 2006 r. i ratyfikowana przez Hiszpanię w 2008 r. stanowi pierwszy traktat międzynarodowy poświęcony specyfice praw osób niepełnosprawnych.

⁹ P. Cuenca, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español*, „Derechos y Libertades” 2011/24, *passim*.

¹⁰ <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

w którym stwierdza, że przystępuje do wyjaśnienia art. 12 Konwencji w celu zapewnienia jego przestrzegania¹¹. Do najbardziej kontrowersyjnych, z punktu widzenia doktryny i orzecznictwa, kwestii poruszonych w sprawozdaniu z 2014 r. zaliczone zostały następujące zagadnienia:

- zgodnie z Konwencją zdolność prawna obejmuje zdolność do posiadania praw i podejmowania działań wynikających z tych praw;
- upośledzenie umysłowe nie może być powodem do ograniczania lub odebrania zdolności prawnej: „Zgodnie z art. 12 Konwencji upośledzenie umysłowe, domniemane lub rzeczywiste, nie powinno być wykorzystywane jako uzasadnienie odebrania zdolności prawnej”;
- zgodnie z art. 12.3.17 decyzje wynikające z woli, preferencji i pragnień osoby niepełnosprawnej muszą być respektowane i w żadnym wypadku nie mogą być podejmowane poza nią;
- zgodnie z art. 12.4.21, jeżeli mimo podjęcia istotnych wysiłków określenie woli i preferencji danej osoby nie jest możliwe, wyrażenie „najlepiej pojęty interes” należy zastąpić wyrażeniem „najlepsza możliwa interpretacja woli i preferencji”;
- zgodnie z art. 12.4.22 zabezpieczenia związane z korzystaniem ze zdolności prawnej muszą obejmować ochronę przed nadmiernym wpływem; przy czym ochrona ta powinna respektować prawa, wolę i preferencje danej osoby, w tym przysługujące jej prawo do podejmowania ryzyka i popełniania błędów;
- zgodnie z art. 12.3.18 zawsze, także w sytuacjach kryzysowych, należy szanować indywidualną autonomię osoby niepełnosprawnej i jej zdolność do podejmowania decyzji;
- zgodnie z art. 12.3.19 niektóre osoby niepełnosprawne starają się jedynie o uznanie ich prawa do zdolności prawnej na zasadzie równości z innymi osobami, o czym mówi art. 12 ust. 2 Konwencji z Nowego Jorku, a także mogą odmówić skorzystania z przysługującego im prawa do otrzymania wsparcia, którego dotyczy art. 12 ust. 3.

Duża część doktryny uważa, że wyjaśnienia zawarte w Sprawozdaniu ogólnym z 2014 r. wykraczają poza postanowienia Konwencji z Nowego Jorku.

Do najczęściej używanych sformułowań w Konwencji z Nowego Jorku i w sprawozdaniu, poza tymi, które stanowią przedmiot każdego z dwu dokumentów, tj. wsparcie, niepełnosprawność i zdolność prawna, należą: równość wobec prawa, wolność, godność, szacunek, wola, preferencje, pragnienia, świadomość, prawa człowieka, prawa podstawowe, różnorodność, dostępność, bariery, nadmierny wpływ,

¹¹ O ile w sprawozdaniu przedłożonym Komitetowi przez Hiszpanię w 2010 r. stwierdzono, że „w świetle aktualnych regulacji nie zachodzą problemy z zapewnieniem postanowień art. 12 Konwencji”, w sprawozdaniu Komitetu z 2019 r., w odniesieniu do sprawozdań Hiszpanii, podkreślono, że: „Komitet jest zaniepokojony faktem, że Kodeks Cywilny Państwa Strony zezwala na pozbawienie osoby zdolności prawnej ze względu na jej niepełnosprawność oraz że utrzymuje instytucję zastępstwa w podejmowaniu decyzji”. Zob. R. de Asís, *El segundo informe sobre cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, „Papeles el Tiempo de los Derechos” 2019/16, *passim*; A. Fernández de Buján, *Incapacitación y discapacidad. Tratado de Derecho de Familia. Capítulo VII*, Navarra 2011, s. 1895–1946.

włączenie, autonomia, prywatność, niezależność jednostki, zabezpieczenia, rodzina, płeć, dyskryminacja, zdrowie, praca, Komitet, odpowiednie i efektywne środki wsparcia, Państwa Strony i prawo międzynarodowe.

Od momentu wejścia w życie Konwencji z Nowego Jorku w Hiszpanii w 2008 r. wiele tekstów legislacyjnych zostało poddanych zmianom, które miały na celu dostosowanie ich treści do jej postanowień.

3. Ustawa 8/2021 z 2.06.2021 r. o reformie ustawodawstwa cywilnego i proceduralnego w celu wspierania osób niepełnosprawnych w korzystaniu ze zdolności prawnej

Proces dostosowywania ustawodawstwa hiszpańskiego do Konwencji z Nowego Jorku rozpoczęto ustawą 26/2011 z 1.08.2011 r., w której przewidziano roczny okres na zaadaptowanie hiszpańskiego systemu prawnego do postanowień art. 12 Konwencji z Nowego Jorku. Dnia 29.11.2013 r. uchwalono pionierską ustawę ogólną o prawach osób niepełnosprawnych¹².

Warto również podkreślić wysiłki na rzecz interpretacji przepisów hiszpańskiego Kodeksu cywilnego w świetle zasad Konwencji z Nowego Jorku, podejmowane przez orzecznictwo, poczynając od zatwierdzonego przez Zgromadzenie Plenarne wyroku Sądu Najwyższego 282/2009 z 29.04.2009 r.¹³, który stał się punktem odniesienia dla późniejszych licznych orzeczeń sądowych.

W tym kontekście wypada odnieść się jedynie do najnowszych tekstów legislacyjnych, uprzednich względem ustawy 8/2021¹⁴, do których należą:

- ustawa 4/2017, dotycząca prawa osób niepełnosprawnych do zawarcia związku małżeńskiego na zasadzie równości z innymi osobami¹⁵, zgodnie z nowym brzmieniem art. 56.2 Kodeksu cywilnego z 2017 r.;
- ustawa organiczna 1/2017 o zmianie ustawy organicznej o sędziach przysięgłych w celu zagwarantowania udziału osób niepełnosprawnych w postępowaniach prawnych bez jakichkolwiek wykluczeń¹⁶;
- ustawa organiczna 2/2018 o zmianie ustawy o powszechnym systemie wyborczym w celu zagwarantowania prawa do głosowania wszystkim osobom niepełnosprawnym¹⁷;

¹² *Real Decreto Legislativo 1/2013*, 29.11.2013, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, BOE núm. 289, 3.12.2013, s. 95635–95673.

¹³ *Sentencia Civil N° 282/2009*, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1259/2006, 29.04.2009.

¹⁴ *Ley 8/2021*, 2.06.2021, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, BOE núm. 132, 3.06.2021.

¹⁵ *Ley 4/2017*, 28.06.2017, *de modificación de la Ley 15/2015*, 2.07.2015, *de la Jurisdicción Voluntaria*, BOE núm. 154, 29.06.2017, s. 54800–54803.

¹⁶ *Ley Orgánica 1/2017*, 13.12.2017, *de modificación de la Ley Orgánica 5/1995*, 22.05.1995, *del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones*, BOE núm. 303, 14.12.2017, s. 123527–123529.

¹⁷ *Ley Orgánica 2/2018*, 5.12.2018, *para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985*, 19.06.1985, *del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad*, BOE núm. 294, 6.12.2018, s. 119785–119787.

- ustawa organiczna 3/2018 o ochronie danych osobowych i gwarancji praw cyfrowych¹⁸;
- uznanie zdolności testowania, z której mogą korzystać osoby niepełnosprawne umysłowo i intelektualnie zgodnie z orzeczeniami Sądu Najwyższego z 2018 r.;
- ustawa 2/2020 o likwidacji przymusowej lub niekonsensualnej sterylizacji osób niepełnosprawnych z poważnymi zaburzeniami psychicznymi, które uprzednio zostały pozbawione korzystania ze zdolności prawnej¹⁹;
- ustawa 8/2021 z 2.06.2021 r. o reformie ustawodawstwa cywilnego i proceduralnego w celu wspierania osób niepełnosprawnych w korzystaniu ze zdolności prawnej.

W części I preambuły do ustawy 8/2021 o wspieraniu osób niepełnosprawnych, będącej bez wątpienia najistotniejszym tekstem legislacyjnym dotyczącym niepełnosprawności w hiszpańskim systemie prawnym, stwierdza się, „że ma ona na celu uczynienie decydującego kroku w dostosowaniu naszego systemu prawnego do Międzynarodowej Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych”. Konwencja została wymieniona ośmiokrotnie we wszystkich ośmiu częściach preambuły²⁰.

Ustawa 8/2021 z 2.06.2021 r., uznana przez doktrynę za najważniejszą lub jedną z najważniejszych ustaw cywilnoprawnych od czasu Konstytucji, na równi z ustawą o prawie rodzinnym z 1981 r., przekłada się na cały system prawny, ale przede wszystkim na prawo cywilne²¹ i procesowe. Reforma przepisów wspierana przez tę ustawę powinna iść w parze ze zmianą otoczenia i transformacją mentalności społecznej, zwłaszcza wśród tych przedstawicieli zawodów prawniczych, którzy świadczą swoje usługi na prośbę osób niepełnosprawnych, a także opierać się na nowych zasadach, nie zaś na przestarzałych już dziś wizjach paternalistycznych.

W tym względzie, w Sprawozdaniu ogólnym nr 1 z 2014 r., poświęconym interpretacji art. 13 Konwencji z Nowego Jorku, stwierdza się, że: „Państwa Strony muszą

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego Hiszpanii z 15.03.2018 r. (146/2018), *Sentencia CIVIL N° 146/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rec 2093/2015, 15.03.2018.*

¹⁹ *Ley Orgánica 2/2020, 16.12.2020, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente*, BOE núm. 328, 17.12.2020, s. 115646–115649.

²⁰ Zob. M. García Rubio, *La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, „AAMN” 2018/LVIII, s. 173–197; M. García Rubio, *Algunas propuestas de reformas del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil*, „Revista de Derecho Civil” 2018/V(3), s. 173–197; M. García Rubio, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Sepin 2021, s. 1–17.

²¹ Zob. S. Calaza López, *La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, [w:] *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, red. M. García Rubio, „La Ley. Derecho de Familia” 2021/31; S. Calaza López, *Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos ‘trajes a medida’ procesales para único abrigo sustantivo?*, [w:] *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, red. Y. de Lucchi López-Tapia, A. Quesada Sánchez, Barcelona 2022; S. Calaza López, *Inteligencias múltiples y Derecho Procesal*, [w:] *Sociedad, Justicia y Discapacidad*, red. A. Luaces Gutierrez, Navarra 2021; S. Calaza López, *Justicia y vulnerabilidad*, [w:] *Debates jurídicos de la actualidad*, red. R. Castillejo, Navarra 2021.

także zagwarantować osobom niepełnosprawnym możliwość bycia reprezentowanym przed sądem na zasadzie równości z innymi osobami. W wielu systemach prawnych uznano tę kwestię za problematyczną i wymagającą rozwiązania m.in. poprzez zapewnienie osobom, których prawo do korzystania ze zdolności prawnej jest ograniczone, możliwości sprzeciwienia się tego rodzaju utrudnieniom – we własnym imieniu lub w osobie pełnomocnika – oraz obrony swoich praw przed sądami”²².

W marcu 2018 r. Główna Komisja Kodyfikacyjna przekazała do Ministerstwa Sprawiedliwości propozycję wstępnego projektu ustawy o wspieraniu osób niepełnosprawnych w korzystaniu ze zdolności prawnej. Tekst został opracowany w ramach Sekcji 1 i 5, które odpowiadają prawu cywilnemu i prawu procesowemu. W dniu 21.09.2018 r. rząd przyjął wstępny projekt ustawy. W dniu 7.07.2020 r. rząd zatwierdził projekt ustawy, który został następnie zatwierdzony przez Komisję Sprawiedliwości Kongresu Deputowanych, posiadającą pełne kompetencje ustawodawcze, w dniu 21.03.2021 r.

W ramach prac nad projektem ustawy o wspieraniu osób niepełnosprawnych, w dniach 20–26.10.2020 r. przed Komisją Sprawiedliwości Kongresu Deputowanych stawiało się, w celach doradczych, 13 ekspertów z tej dziedziny, w tym 6 związanych ze środowiskiem osób niepełnosprawnych.

Jako pierwszy, na wniosek wszystkich grup parlamentarnych, głos zabrał Luis Cayo Pérez Bueno, Przewodniczący Hiszpańskiego Komitetu Przedstawicieli Osób Niepełnosprawnych (CERMI). Skalę niepełnosprawności w naszym kraju oddają słowa wypowiedziane przez niego samego: „Przybyłem, aby przedstawić w ogólnych zarysach stanowisko ruchu społecznego osób niepełnosprawnych w Hiszpanii, który liczy ponad 4 miliony osób, a jeśli doliczymy także ich rodziny, liczba ta wzrasta do 12 milionów, czyli sytuację obecną w co piątym hiszpańskim domu, której wymiar wciąż rośnie...

CERMI to nie tylko głos społeczeństwa obywatelskiego skupionego wokół kwestii niepełnosprawności. CERMI, wraz ze współpracującymi z nim organizacjami, udziela globalnego, stanowczego i zdecydowanego poparcia dla tej niezbędnej, istotnej i celnej inicjatywy legislacyjnej, która jest odpowiedzią na potężne zapotrzebowanie społeczne, moralne, polityczne i prawne”.

Z kolei w imieniu Rady Generalnej ONCE²³ (Consejo General de la ONCE) głos zabrał Rafael de Lorenzo, jako Sekretarz Generalny, stwierdzając w swoim wystąpieniu, że: „projekt ustawy jest rezultatem wielkiego wysiłku całego państwa, w którego powstanie i zatwierdzenie byli także zaangażowani przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości w osobach trzech ministrów sprawiedliwości, działających w dwóch różnych kadencjach rządu, dzięki któremu osoby niepełnosprawne będą mogły w pełni korzystać z przysługujących im praw oraz podejmować własne decyzje po tak wielu latach nadmiernej ochrony”.

²² W świetle treści części III preambuły do ustawy 8/2021 należy podkreślić, że każda osoba potrzebująca wsparcia może z niego skorzystać, niezależnie od tego, czy jej niepełnosprawność została jakkolwiek uznana administracyjnie.

²³ *Organización Nacional de Ciegos de España*.

W dniu 24.03.2021 r. projekt ustawy trafił do Senatu²⁴ oraz został skierowany do Komisji ds. Zintegrowanej Polityki na rzecz Niepełnosprawności. Po zakończeniu prezentacji poprawek sporządzono sprawozdanie w tej sprawie. W dniu 5.05.2021 r. Komisja jednogłośnie przyjęła tekst sprawozdania z 80 poprawkami kompromisowymi. Na posiedzeniu plenarnym w dniu 12.05.2021 r. Senat przyjął opinię Komisji ds. Zintegrowanej Polityki na rzecz Niepełnosprawności na temat projektu ustawy. Poprawki zatwierdzone przez Senat, wraz z odpowiednim uzasadnieniem, zostały przekazane do Kongresu Deputowanych w celach przewidzianych w art. 90.2 Konstytucji. Zgromadzenie Plenarne Kongresu Deputowanych zatwierdziło projekt ustawy na posiedzeniu w dniu 20.05.2021 r.

Tekst nowej ustawy został opublikowany w BOCG (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*) w dniu 31.05.2021 r. Po zatwierdzeniu ustawy w dniu 2.06.2021 r. została ona ogłoszona w BOE (*Boletín Oficial de Estado*) w dniu 3.06.2021 r. jako ustawa 8/2021 z dnia 2.06.2021 r. Nowa ustawa weszła w życie dnia 3.09.2021 r.

Zasadnicze kwestie ustawy 8/2021²⁵

a) Przejście od medycznego do społecznego modelu niepełnosprawności

Jeśli chodzi o kwestię naturalnej lub społecznej przyczyny niepełnosprawności, Konwencja z Nowego Jorku stanowi, że niepełnosprawność jest wynikiem interakcji między pewnymi szczególnymi cechami posiadanymi przez ludzi a społecznie konstruowanymi barierami. Stąd też przyjmuje ona model społeczny, zgodnie z którym różne bariery oraz postawy środowiskowe utrudniają pełną integrację społeczną osób niepełnosprawnych. Wiele ograniczeń tradycyjnie związanych z niepełnosprawnością, jak stwierdzono w preambule do ustawy 8/2021, nie pochodzi od osób nią dotkniętych, ale od ich otoczenia.

Niepełnosprawność ma zasadniczo naturalną przyczynę, jest wynikiem działania natury oraz istnieje niezależnie od barier społecznych. Skutkuje tym, że niektórym osobom w danym momencie życia lub przez cały czas jego trwania towarzyszy tzw. zróżnicowanie funkcjonalne lub ograniczenie fizyczne, w zakresie zmysłów, intelektualne lub umysłowe. Nie można zatem kategorycznie stwierdzić, że ma ona podłoże społeczne. Jest rzeczywistością naturalną o konotacjach związanych z konstrukcją społeczną, wynikającą z pewnych okoliczności, w których bariery fizyczne, komunikacyjne, poznawcze, prawne i podyktowane różnymi postawami ograniczyły prawa osób niepełnosprawnych oraz możliwość korzystania z praw. Krótko mówiąc, stanowi ona cechy lub ograniczenia i bariery.

W Hiszpanii niepełnosprawność dotyczy 4 milionów osób i prawdopodobnie większość ludzi w ciągu życia doświadczy jakiegoś rodzaju niepełnosprawności. Jak

²⁴ <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?sessionId=R4VrgpGXMck4LTWbHnphnGBC9Q8Lnm6RK76y3P2m1nlp6r0G1zD8!=747602160-?i1d621=&i2d-000019&legis=14>.

²⁵ O zasadniczych kwestiach nowej ustawy, w ujęciu ogólnym, zob. A. Fernández de Buján, *La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad*, „Diario La Ley” 2021/9961, 26.11.2021 r., s. 1-13.

podkreślają Pérez Bueno i de Lorenzo García, którzy pełnią funkcję odpowiednio: Przewodniczącego CERMI i Sekretarza Generalnego ONCE, „na poziomie krajowym i międzynarodowym miał miejsce proces legislacyjny, który pozwolił na zmianę paradygmatu, tj. przejście od modelu medyczno-rehabilitacyjnego do modelu społecznego, który traktuje ochronę osoby niepełnosprawnej jako kwestię praw człowieka, dając początek różnym instrumentom prawnym, umożliwiającym ten nowy paradygmat, w którym osoba niepełnosprawna, jako podmiot prawny, znajduje się w centrum systemu prawnego. W tym nowym modelu godność jest nieodłączną wartością osoby niepełnosprawnej i jest ściśle związana z pojęciami takimi jak wolność i równość...”²⁶.

b) Heterogeniczność niepełnosprawności

Heterogeniczność, różnorodność i stopniowość to terminy ściśle związane z niepełnosprawnością, która pod pewnymi względami może być traktowana jako jednorodna całość, ale pod innymi – już nie. Dlatego też w procesie podejmowania decyzji tylko jedna grupa osób niepełnosprawnych, tj. tych z upośledzeniem intelektualnym lub psychicznym, będzie potrzebowała wsparcia²⁷.

Mimo że ustawa 8/2021 odnosi się ogólnie do osób niepełnosprawnych²⁸, a niektóre jej przepisy dotyczą osób z niepełnosprawnością w zakresie zmysłów, większość przepisów ustawy jest związana w szczególności z osobami dotkniętymi niepełnosprawnością poznawczą lub psychospołeczną – termin ten obejmuje przede wszystkim niepełnosprawność intelektualną, chorobę psychiczną i demencję oraz dotyczy różnych przypadków, w których osoba niepełnosprawna potrzebuje pomocy, wsparcia w podejmowaniu decyzji lub znajomości jej ograniczeń albo gdy poznanie jej woli okazuje się niemożliwe. Z drugiej strony należy podkreślić, że każda osoba, która potrzebuje środków wsparcia przewidzianych w ustawie 8/2021, może z nich skorzystać – niezależnie od tego, czy jej niepełnosprawność została uznana administracyjnie lub sądownie.

c) Pojęcie „zdolności prawnej”

Pojęcie „zdolności prawnej” używane w Konwencji, Sprawozdaniu ogólnym i ustawie 8/2021 w odniesieniu zarówno do bycia podmiotem prawa, jak i do zdolności do korzystania z niego oznacza połączenie obu tych zdolności w wyrażeniu „zdolność prawna” oraz zniesienie w odpowiednich tekstach prawnych klasycznej dychotomii między zdolnością prawną a zdolnością do czynności prawnych w kontekście niepełnosprawności.

d) Zasada woli, pragnień i preferencji osoby niepełnosprawnej

Nowy model społeczny niepełnosprawności, oparty na prawach człowieka, zakłada **radikalną zmianę**, zwłaszcza w zakresie podejmowania decyzji, która oznacza

²⁶ R. de García, L. Pérez, *Comentarios Introductorios*, [w:] *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*. Navarra 2020, s. 51–90.

²⁷ Zob. A. Fernández de Buján, *Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, [w:] *Jurisdicción voluntaria*, red. S. Calaza, koord. M. de Prada, Valencia 2022, s. 21–32.

²⁸ *Preámbulo 1*: „La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, 13.12.2006” (Ta reforma prawa cywilnego i procesowego ma na celu uczynienie decydującego kroku w kierunku dostosowania naszego systemu prawnego do Międzynarodowej Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych, podpisanej w Nowym Jorku 13.12.2006 r.).

przejście od paradygmatu zastępowania w podejmowaniu decyzji do paradygmatu opartego na woli, pragnieniach i preferencjach osoby niepełnosprawnej, co jest jedną z zasadniczych osi ustawy 8/2021.

e) Środki wsparcia dla osób niepełnosprawnych

Tytuł XI księgi I Kodeksu cywilnego otrzymuje odtąd brzmienie „O środkach wsparcia dla osób niepełnosprawnych w korzystaniu ze zdolności prawnej”. Artykuł 249, którym zaczyna się ww. tytuł i którego treść ma prawdopodobnie największe znaczenie, wraz z art. 250 ustawy, przewiduje środki wsparcia dla osób niepełnosprawnych oraz zabezpieczenia niezbędne do odpowiedniego korzystania z tych środków. Krótko mówiąc, z treści art. 249 należy wywnioskować, co następuje:

- środki wsparcia dla osób niepełnosprawnych stanowią fundament Konwencji z Nowego Jorku i ustawy 8/2021;
- środki wsparcia dla osób pełnoletnich lub usamodzielnionych małoletnich, którzy ich potrzebują, mają na celu umożliwienie pełnego rozwoju osobowości tych osób i jednocześnie są niezbędne, co oznacza, że konieczność ich zastosowania powinna być poświadczona lub uzasadniona;
- środki wsparcia mogą mieć charakter dobrowolny, faktyczny, prawny lub sądowy; środki dobrowolne i faktyczne mają pierwszeństwo względem środków sądowych, takich jak obrońca sądowy i kuratela;
- znosi się stan cywilny osoby niepełnosprawnej oraz procedurę jego zmiany na drodze sądowej, jako że dokonywanie tego rodzaju modyfikacji ze względu na niepełnosprawność miałyby charakter dyskryminujący;
- rodzaj wsparcia odpowiada dobrowolnej potrzebie osoby niepełnosprawnej, a jego zakres waha się od bardzo niewielkiego do bardzo intensywnego, przy zastosowaniu zasad proporcjonalności i konieczności otrzymania świadczenia;
- większość środków wsparcia ma charakter pomocniczy i nie wpływa na proces poznawczy i wolicjonalny; w wyjątkowych przypadkach, gdy mimo znacznych wysiłków ustalenie woli, pragnień i preferencji danej osoby nie jest możliwe, środki wsparcia mogą polegać na reprezentacji; w tego rodzaju sytuacjach podmiot udzielający wsparcia ma na względzie przebieg życia osoby niepełnosprawnej, jej przekonania i wartości, jak również czynniki, które wzięłaby ona pod uwagę przy podejmowaniu decyzji, gdyby przedstawicielstwo prawne nie było wymagane; być może należałoby zrezygnować z określania tego rodzaju przypadków jako wyjątkowe, biorąc pod uwagę to, że osoby uznane za prawie całkowicie niesamodzielne z powodu ciężkich zaburzeń psychicznych stanowią 1/3 ogółu osób niepełnosprawnych, a znaczna część z nich, zwłaszcza osoby z zaawansowaną chorobą Alzheimera, nie jest w stanie wyrazić swojej woli.

f) Zabezpieczenia

Podejmowanie decyzji w imieniu osoby z poważną niepełnosprawnością intelektualną lub chorej psychicznie, która potrzebuje wsparcia w tym względzie, wiąże się z ryzykiem nadużyć i manipulacji ze względu na jej bezbronność, dlatego też ustawa 8/2021 przewiduje zabezpieczenia mające na celu zapobieganie

tego rodzaju przypadkom oraz zagwarantowanie, że otrzymane wsparcie jest należyte²⁹. Zabezpieczenia te mają na celu zapewnienie, że:

- zostanie uwzględniona wola, pragnienia i preferencje osoby niepełnosprawnej, która będzie wymagała wsparcia;
- nie wystąpi konflikt interesów ani nadmierny wpływ;
- będą one proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby;
- ich wdrożenie nastąpi w możliwie jak najkrótszym czasie; oraz
- będą one podlegać okresowemu badaniu przez właściwy, niezależny i bezstronny organ władzy lub organ sądowy.

g) Likwidacja kurateli, przedłużonej władzy rodzicielskiej i władzy rodzicielskiej odzyskanej w zakresie niepełnosprawności

Likwidacja wymienionych instytucji wynika z tego, że są one uważane za zbyt sztywne i słabo dostosowane do systemu promowania autonomii osób niepełnosprawnych, przewidzianego w ustawie 8/2021.

Z tego względu, zgodnie z nowymi przepisami, osoba niepełnosprawna po osiągnięciu pełnoletności będzie mogła uzyskać niezbędną pomoc w taki sam sposób i z zastosowaniem takich samych środków jak każda osoba dorosła, która jej potrzebuje. W każdym przypadku rodzice mogą zostać wyznaczeni na opiekunów na wniosek osoby niepełnosprawnej lub na mocy orzeczenia sądowego.

h) Kuratela jako główny środek wsparcia o charakterze sądowym dla osób niepełnosprawnych

Instytucja, będąca przedmiotem szerszej regulacji w ustawie 8/2021, to kuratela, przewidziana w obecnej koncepcji tylko dla osób niepełnosprawnych i mająca charakter elastyczny i stopniowy. Jej zakres oscyluje między ukształtowaniem jej jako instytucją opiekuńczą, w większości przypadków, a charakterem przedstawicielskim, w określonych przypadkach.

Określenie rodzaju procedury mającej na celu zapewnienie wsparcia oraz, w razie potrzeby, ustanowienie opiekuna było przedmiotem kontrowersji podczas prac nad

²⁹ *Preámbulo 1: Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas* (Wyrażając ten cel, Konwencja wprowadza ważne nowe rozwiązania w traktowaniu niepełnosprawności, a także zobowiązuje Państwa Strony do tego, aby wszystkie środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej zapewniały odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia zapobiegające nadużyciom, zgodnie z międzynarodowym prawem praw człowieka. Takie gwarancje zapewniają, że środki związane z wykonywaniem zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych będą respektować prawa, wolę i preferencje danej osoby, że nie wystąpi konflikt interesów lub niewłaściwy wpływ, że będą proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, że zostaną wdrożone w możliwie najkrótszym czasie i że będą podlegać okresowej ocenie przez właściwy, niezależny i bezstronny organ władzy lub organ sądowy. Zabezpieczenia powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim środki te wpływają na prawa i interesy jednostek.).

ustawą 8/2021³⁰. Środowisko osób niepełnosprawnych opowiedziało się za procedurą jurysdykcji dobrowolnej, ponieważ jurysdykcja sporna mogłaby prowadzić do stygmatyzacji niepełnosprawności, co jest sprzeczne z modelem priorytetowego traktowania woli osoby niepełnosprawnej, a także ze względu na trudności, jakie proces sądowy dotyczący zapewnienia środków wsparcia dla osoby niepełnosprawnej mógłby powodować na poziomie rodziny³¹.

W ustawie 8/2021 wstępnie uregulowano kwestię jurysdykcji dobrowolnej w celu zapewnienia wsparcia, przewidzianą w nowym art. 42 bis a, b, c ustawy 15/2015 o jurysdykcji dobrowolnej (LJV)³². Stanowi on, że sprzeciw którejkolwiek z uprawnionych osób, których dotyczy postępowanie bezsporne³³, nawet wbrew woli osoby niepełnosprawnej, skutkuje zakończeniem sprawy oraz możliwością złożenia pozwu o zastosowanie środków wsparcia w postępowaniu spornym, co – moim zdaniem – jest sprzeczne z zasadą pierwszeństwa woli, pragnień i preferencji osoby niepełnosprawnej, o której mówi ustawa 8/2021, oraz nie uwzględnia nowatorskiego rozwiązania zawartego w ustawie 15/2015 o jurysdykcji dobrowolnej, zgodnie z którym sprzeciw nie nadaje sprawie spornego charakteru ani nie uniemożliwia jej dalszego procedowania do czasu jej rozstrzygnięcia, chyba że ustawa wyraźnie to przewiduje³⁴. Reasumując, według mnie, sprzeciw wobec środków wsparcia, o ile nie pochodzi od osoby niepełnosprawnej, nie powinien prowadzić do umorzenia postępowania bezspornego³⁵.

i) Odpowiedzialność i obowiązki osób niepełnosprawnych

Pełna zdolność prawna osób niepełnosprawnych przekłada się na zwiększoną odpowiedzialność, a w konsekwencji na zmiany w:

- kwestii subiektywnego przypisania odpowiedzialności cywilnej za własne działania; oraz
- zawężonej kwestii odpowiedzialności za czyny innych osób.

Na zakończenie należy podkreślić, że prawo osób niepełnosprawnych jest na najlepszej drodze do tego, aby stać się szczególnym przedmiotem badań naukowych i wyodrębnioną dziedziną systemu prawnego.

³⁰ A. Fernández de Buján, *Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad*, [w:] *La humanización de la justicia civil de familia*, koord. S. Calaza López, „La Ley. Derecho de Familia” 2022/33, s. 6, 32 i n.

³¹ O ustawie o jurysdykcji dobrowolnej zob. A. Fernández de Buján, *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Madrid 2015, *passim*.

³² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, 3.07.2015.

³³ Art. 42 bis a) 3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria „Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos” (Prokuratura, sama osoba niepełnosprawna, jej małżonek, który nie jest w separacji prawnej lub faktycznej lub który znajduje się w podobnej sytuacji faktycznej, oraz jej zstępni, wstępni lub rodzeństwo, którzy mogą wszcząć tę procedurę).

³⁴ Zob. A. Fernández de Buján, *Comentario al art. 43 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, [w:] *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, red. M. García Rubio, Pamplona 2022, *passim*.

³⁵ O sprzeciwie zob. A. Fernández de Buján, *Comentarios al artículo 1 y al artículo 17.3, de la LIV*, [w:] *Comentarios a la Ley 15/2015. Jurisdicción Voluntaria*, red. A. Fernández, koord. A. Serrano, Valencia 2016, s. 75–81 i 173–182; A. Fernández de Buján, *La oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria*, „Diario La Ley” 2015/8496, 9.03.2015 r., s. 1–15; A. Fernández de Buján, *Medidas...*, [w:] *Jurisdicción...*, s. 503–546.

4. Dostęp osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości: zmiany i dostosowania względem postępowań prawnych

Zgodnie z treścią art. 42 bis a 5 ustawy 8/2021: „Prawnik reprezentujący Administrację Sądową dokonuje niezbędnych zmian i dostosowań w celu umożliwienia osobie niepełnosprawnej zrozumienia przedmiotu sprawy, celu i procedur z nią związanych, zgodnie z postanowieniami art. 7 bis niniejszej Ustawy”³⁶. Zgodnie z art. 13.1 Konwencji z Nowego Jorku „Państwa Strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do ich wieku, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, zwłaszcza jako świadków, we wszelkich postępowaniach prawnych, w tym na etapie śledztwa i innych form postępowania przygotowawczego”. W odniesieniu do interpretacji nowego art. 7 bis ustawy o postępowaniu cywilnym (LEC)³⁷ oraz ustawy 15/2015 o jurysdykcji dobrowolnej podkreślenia wymagają niżej wymienione kwestie³⁸.

Zgodnie z treścią części 1 osoby niepełnosprawne mają prawo do żądania zmian i dostosowań tylko w sytuacji, w której są stronami postępowania. Z drugiej strony w preambule, w części V, stwierdza się, że: „zmiany i dostosowania są

³⁶ A. Fernández de Buján, *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021, „Acta Judicial”* 2022/9, s. 2–16; A. Fernández de Buján, *Participar en los procesos en condiciones de igualdad: ajustes para el apoyo a las personas con discapacidad, conforme al nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, modificadas por la ley 8/2021*, [w:] *Estudios en Homenaje a Ignacio Astarloa*, koord. A. Palomar, Pamplona 2021; A. Fernández de Buján, *Ajustes para personas con discapacidad*, [w:] *Jurisdicción voluntaria*, red. S. Calaza, koord. M. de Prada, Valencia 2022, s. 113–128.

³⁷ *Real Decreto 2271/2004, 3.12.2004, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad*, BOE núm. 303, 17.12.2004.

³⁸ Art. 7 bis: „1. W postępowaniach, będących przedmiotem niniejszej Ustawy, w których uczestniczą osoby niepełnosprawne, należy dokonać niezbędnych dostosowań i zmian w celu zapewnienia im udziału w nich na równych zasadach.

Wspomniane dostosowania i zmiany są dokonywane na wniosek którejkolwiek ze stron lub na wniosek Prokuratury, jak również z urzędu przez Sąd, oraz dotyczą wszystkich etapów i czynności procesowych, w których jest to konieczne, w tym w czynnościach o charakterze komunikacyjnym. Dostosowania mogą dotyczyć sposobów komunikowania się, rozumienia i interakcji z otoczeniem.

2. Osoby niepełnosprawne mają prawo do rozumienia i bycia zrozumianymi we wszelkich podejmowanych działaniach. W tym celu:

- a) Wszelka komunikacja z osobami niepełnosprawnymi, zarówno ustna, jak i pisemna, odbywa się w jasnym, prostym i dostępnym języku, w sposób uwzględniający indywidualne cechy i potrzeby tych osób, z wykorzystaniem środków takich jak uproszczone czytanie. W razie potrzeby informacje przekazuje się również osobie, która udziela wsparcia osobie niepełnosprawnej w korzystaniu z jej zdolności prawnej.
- b) Osobie niepełnosprawnej zapewnia się pomoc lub wsparcie niezbędne do jej zrozumienia, w tym tłumaczenie na prawnie uznane języki migowe oraz środki wspomagające komunikację ustną dla osób głuchych, niedosłyszących i głuchoniewidomych.
- c) Dopuszcza się udział specjalisty, który jako osoba wspomagająca może wykonywać zadania adaptacyjne i dostosowawcze niezbędne do tego, aby osoba niepełnosprawna rozumiała i była zrozumiana.
- d) Osobie niepełnosprawnej może towarzyszyć wybrana przez nią osoba od momentu pierwszego kontaktu z urzędami i jej pracownikami”.

regulowane w postępowaniach, w których uczestniczą osoby niepełnosprawne w charakterze strony lub innym”, co wydaje się bardziej właściwe na potrzeby legitymizacji.

Jeżeli chodzi o prawa osób niepełnosprawnych do rozumienia i bycia zrozumianymi we wszelkich działaniach, zgodnie z treścią części 2 należy zaznaczyć, co następuje:

- odniesienie do korzystania ze środków takich jak uproszczone czytanie należy rozumieć jako przykładowe;
- odniesienie do komunikatów obejmuje nie tylko komunikaty proceduralne w sensie technicznym, ale wszelkie komunikaty kierowane do osób niepełnosprawnych; umiejscowienie art. 7 bis w tytule wstępnym, odnoszącym się do postanowień ogólnych, oznacza, że dotyczy on całości treści poświęconej jurysdykcji dobrowolnej;
- zgodnie z treścią art. 18 ustawy o jurysdykcji dobrowolnej, który dotyczy stawiennictwa, w postępowaniu ogólnym „Stawiennictwo odbywa się w trybie przewidzianym w ustawie o postępowaniu cywilnym podczas rozprawy ustnej z następującymi cechami szczególnymi: osobom niepełnosprawnym należy zagwarantować, przy zastosowaniu niezbędnych środków i wsparcia, udział w postępowaniu na warunkach, które są dla nich dostępne i zrozumiałe”;
- zgodnie z treścią art. 2 Konwencji z Nowego Jorku, która jest obowiązującym prawem w Hiszpanii, „W rozumieniu niniejszej Konwencji: «komunikacja» obejmuje języki, wyświetlanie tekstu, alfabet Braille’a, komunikację przez dotyk, dużą czcionkę, dostępne multimedia, jak i sposoby, środki i formy komunikowania się na piśmie, przy pomocy słuchu, języka uproszczonego, lektora oraz formy wspomagające (augmentatywne) i alternatywne, w tym dostępną technologię informacyjno-komunikacyjną”;
- zapis o językach migowych i środkach wsparcia dla osób głuchych, niedosłyszących i głuchoniewidomych powinien być rozumiany jako przykładowy, a wszelkie inne formy i środki wsparcia niezbędne do zrozumienia powinny mieć zastosowanie;
- w części V preambuły do ustawy 8/2021 stwierdza się, że: „Ponadto wyraźnie zaznacza się, że osoba niepełnosprawna ma prawo, jeśli sobie tego życzy i na własny koszt, do skorzystania z pomocy specjalisty, który jako mediator wykona zadania związane z wprowadzeniem zmian i dostosowań”; zapis, że koszty związane z pomocą osoby pełniącej funkcję mediatora powinna ponosić osoba niepełnosprawna, jest sprzeczny z Konwencją z Nowego Jorku i sprawozdaniem z 2014 r. oraz może być uznany za dyskryminujący ze względu na niepełnosprawność, jako że w obliczu możliwego braku środków finansowych powoduje zniweczenie uznania, korzystania z praw lub wykonywania praw na zasadzie równości z innymi osobami;
- osoba, która działa w charakterze osoby towarzyszącej, może, ale nie musi, być jednocześnie osobą pełniącą rolę mediatora³⁹.

³⁹ A. Fernández de Buján, *Acceso...*, *passim*.

5. Wstępny projekt ustawy z 7.12.2018 r. o reformie art. 49 Konstytucji Hiszpanii, dotyczącego praw osób niepełnosprawnych

W tej części odniosę się do najnowszego aktu prawnego w dziedzinie niepełnosprawności, czyli do wstępnego projektu oraz projektu ustawy o reformie art. 49 Konstytucji, które obecnie są procedowane przez Komisję Konstytucyjną Kongresu Deputowanych, gdzie toczą się prace nad rozszerzeniem częściowych poprawek.

Zgodnie z treścią obowiązującego art. 49 Konstytucji Hiszpanii „Władze publiczne prowadzą politykę zapobiegania, leczenia, rehabilitacji i integracji wobec upośledzonych fizycznie, w zakresie zmysłów i psychicznie, którym udzielają indywidualnej specjalistycznej pomocy oraz zapewniają szczególną ochronę w zakresie korzystania z praw, jakie niniejszy Tytuł przyznaje wszystkim obywatelom”.

W dniu 7.12.2018 r. Rada Ministrów przyjęła wstępny projekt ustawy o reformie art. 49 Konstytucji⁴⁰. Wspomniany wstępny projekt został opracowany na podstawie propozycji złożonej przez grupy parlamentarne wchodzące w skład Komisji Kongresu Deputowanych ds. kompleksowej polityki wobec niepełnosprawności, przy udziale środowiska osób niepełnosprawnych, reprezentowanego przez CERMI, a uzasadnieniem jego powstania była potrzeba dostosowania zapisów w Konstytucji do zasad zawartych w Konwencji z Nowego Jorku z 2006 r., stanowiącej punkt zwrotny w uznaniu i ochronie praw osób niepełnosprawnych⁴¹.

Artykuł 49 od momentu włączenia go w obecnym brzmieniu do tekstu Konstytucji z 1978 r. jest uważany za wielki krok naprzód w kwestii ochrony osób niepełnosprawnych, konstytucyjnie uznanych za grupę, której przyznaje się szczególną ochronę. Znajduje się on w rozdziale III „O przewodnich zasadach polityki społecznej i gospodarczej” (art. 39–52) tytułu I Konstytucji Hiszpanii, noszącego nazwę „O prawach i obowiązkach obywateli”.

W uzasadnieniu wstępnego projektu podkreślono, że reforma art. 49 wymaga zasadniczej zmiany języka, struktury i treści tekstu prawnego. W dniu 28.02.2019 r. Zgromadzenie Rady Stanu wydało opinię, w której dokonano analizy tekstu wstępnego projektu ustawy o reformie konstytucyjnej. W wyniku uwag zawartych w opinii przeformułowano dwa aspekty zawarte w drugim i trzecim akapicie art. 49 w początkowej wersji wstępnego projektu:

- w odniesieniu do pierwszego z nich doprecyzowano, że udział organizacji reprezentujących osoby niepełnosprawne w kształtowaniu polityk publicznych będzie odbywał się „zgodnie z przepisami prawa”;

⁴⁰ Zob. R. de Asís, *De nuevo sobre constitución y discapacidad*, „Universitas” 2020/31, s. 52–64; R. de Asís, *Discapacidad y Constitución*, „Derechos y Libertades” 2013/29.

⁴¹ Według M. Rodríguez-Piñero, *Artículo 49*, [w:] *Comentarios a la Constitución Española*, koord. M. Rodríguez-Piñero, M. Casas, Madrid 2018, s. 1405 i n.: „art. 49 można interpretować zgodnie ze społeczną koncepcją niepełnosprawności, ponieważ ustanawia on prawną ochronę praw osób niepełnosprawnych, która wykracza poza czysto medyczne lub naprawcze spojrzenie na traktowanie niepełnosprawności, a zatem art. 49 nie powinien podlegać reformie, co jest poglądem w dużej mierze zbliżonym z późniejszą oceną Rady Stanu, która do pewnego stopnia także kwestionuje potrzebę reformy art. 49”.

- w stosunku do drugiego przyjęto uwagę dotyczącą **użycia wyrażenia „szczególna ochrona” osób niepełnosprawnych**, ujednolicając w ten sposób precyzyjne określenia użyte w wyroku Trybunału Konstytucyjnego 208/2013 z 16.12.2013 r.⁴²; dlatego też **w akapicie trzecim usunięto wyrażenie „wzmocniona ochrona”** osób niepełnosprawnych i zastąpiono je wyrażeniem „szczególna ochrona”⁴³.

Rozwiązanie Korteżów w dniu 24.09.2019 r. uniemożliwiło oczekiwane zatwierdzenie odpowiedniego projektu ustawy i jego późniejsze rozpatrzenie w drodze parlamentarnej.

6. Projekt ustawy z 11.05.2021 r. o reformie art. 49 Konstytucji Hiszpanii, dotyczącego praw osób niepełnosprawnych

W dniu 11.05.2021 r. Rada Ministrów zatwierdziła projekt ustawy reformującej art. 49 Konstytucji Hiszpanii. Nowy tekst art. 49 składa się z uzasadnienia, zawierającego 8 części, jednego artykułu i jednego przepisu końcowego. W odniesieniu do 6 części uzasadnienia wstępnego projektu dodano część II, a także część VIII, w której podkreślono szeroki udział i dialog w sprawie reformy oraz wymieniono konkretny wkład w tekst prawny wynikający z opinii Rady Stanu.

Konstytucja Hiszpanii uznaje godność osoby oraz swobodny rozwój osobowości za **fundamenty** społecznego i demokratycznego państwa prawa. Za jeden z jego najbardziej charakterystycznych przejawów uznano art. 49, poświęcony ochronie osób niepełnosprawnych, dzięki któremu Hiszpania stała się liderem w zakresie ochrony ogółu osób niepełnosprawnych, uznając ich prawa wynikające z tytułu I Konstytucji Hiszpanii oraz ustanawiając mandat dla władz publicznych do ochrony osób niepełnosprawnych.

Artykuł 49 od chwili przyjęcia wywiera znaczący wpływ na działania władz publicznych i generuje zasadniczy rozwój ustawodawstwa. Jednocześnie w ostatnich latach ochrona osób niepełnosprawnych jest promowana zwłaszcza z punktu widzenia prawa międzynarodowego, a obecnie centralną oś ochrony osób niepełnosprawnych stanowi Konwencja z Nowego Jorku z 2006 r.

Równoległe do zmian w przepisach społeczeństwo obywatelskie skupione wokół kwestii niepełnosprawności domagało się istotnej zmiany art. 49 Konstytucji Hiszpanii, tak aby dostosować jego treść do nowej rzeczywistości społecznej, a zwłaszcza do Konwencji z Nowego Jorku z 2006 r., w ramach państwa społecznego i na podstawie trzech dekad studiów doktrynalnych i orzecznictwa konstytucyjnego, w celu lepszego odzwierciedlenia wartości, które obecnie wspierają ochronę właśnie tej grupy, przewyciężenia aktualnej koncepcji rehabilitacji medycznej

⁴² BOE núm. 15, 17.01.2014, s. 1-15.

⁴³ Odmienne zdanie wskazano w publikacji: R. de Asis, *De nuevo...*, s. 57, zgodnie z którą mówienie o „wzmocnionej ochronie”, nigdy „szczególnej”, może mieć sens.

i ponownego stania się punktem odniesienia dla ochrony i promocji praw osób niepełnosprawnych⁴⁴.

Reforma w istotny sposób zmienia art. 49 pod względem języka, struktury, treści i długości nowego tekstu prawnego.

W związku z tym należy zwrócić uwagę na następujące kwestie:

- terminologia używana wobec omawianej grupy społecznej została unowocześniona, tak aby lepiej odzwierciedlać nieodłączną godność osób niepełnosprawnych; odniesienia do upośledzonych fizycznie, w zakresie zmysłów i psychicznie zastąpiono ogólnym terminem „osoby niepełnosprawne”, który jest stosowany w Konwencji z 2006 r.;
- art. 49 składa się z czterech części, z których każda odzwierciedla inną koncepcję ochrony osób niepełnosprawnych, biorąc pod uwagę różne perspektywy, z których podchodzi się do zagadnienia niepełnosprawności;
- treść została zmieniona w celu dostosowania jej do nowej koncepcji niepełnosprawności, która nie opiera się już dłużej na przestarzałej koncepcji medyczno-rehabilitacyjnej, spójnej w chwili zatwierdzenia tekstu prawnego, lecz obecnie została zastąpiona modelem społecznym o charakterze egalitarnym; oraz
- w świetle powyższego długość tekstu prawnego została zwiększona do 11 wierszy (w porównaniu z 3 wierszami obecnego art. 49 Konstytucji Hiszpanii).

Część pierwsza art. 49: „Osoby niepełnosprawne są uprawnione do korzystania z praw i obowiązków przewidzianych w niniejszym Tytule w warunkach wolności oraz rzeczywistej i skutecznej równości, bez wszelkiej dyskryminacji”.

Część pierwsza art. 49 wyraźnie łączy obowiązek władz publicznych do promowania wolności i rzeczywistej równości, o której mowa w art. 9.2 tytułu wstępnego, osób niepełnosprawnych jako właścicieli praw i wolności zawartych w tytule I Konstytucji, bez wszelkiej dyskryminacji, zgodnie z postanowieniami art. 14 Konstytucji. Oznacza to wyraźne włączenie równości materialnej, o której mowa w art. 9.2, oraz równości formalnej, o której mowa w art. 14, do systemu ochrony praw osób niepełnosprawnych. Jest to zgodne z wytycznymi zawartymi w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego 269/1994 z 3.10.1994 r.⁴⁵ i 3/2018 z 22.01.2018 r.⁴⁶ Tym samym nacisk kładzie się także na prawa i obowiązki osób niepełnosprawnych, przewidziane w tytule I Konstytucji Hiszpanii, jako wolnych i równych obywateli.

Część druga art. 49: „Władze publiczne prowadzą politykę niezbędną do zagwarantowania pełnej autonomii osobistej i integracji społecznej osób niepełnosprawnych. Polityka ta powinna respektować ich wolność wyboru i preferencje, a także powinna

⁴⁴ Część I uzasadnienia projektu ustawy o reformie art. 49 Konstytucji Hiszpanii.

⁴⁵ BOE núm. 267, 8.11.1994, s. 43–48.

⁴⁶ BOE núm. 46, 21.02.2018, s. 20410–20432; zob. opinię – R. de Asís, *De nuevo...*, s. 59 – dotyczącą wyraźnego wprowadzenia terminu „niepełnosprawność” do zakazów wymienionych w art. 14 Konstytucji Hiszpanii, przy czym z pewnością jest on zawarty w sposób dorozumiany w odniesieniu do „jakichkolwiek innych osobistych lub społecznych warunków lub okoliczności”.

być przyjmowana z udziałem organizacji reprezentujących osoby niepełnosprawne, na zasadach określonych w ustawach. Szczególną uwagę należy zwrócić na specyficzne potrzeby niepełnosprawnych kobiet i dziewcząt”.

W części drugiej art. 49:

- a) przyznaje się władzom publicznym mandat do prowadzenia polityki niezbędnej do zapewnienia pełnej autonomii i integracji społecznej osób niepełnosprawnych;
- b) zmianie ulega sposób interpretacji zasad przyświecających tytułowi I Konstytucji Hiszpanii, które dotyczą Zasad przewodnich polityki społecznej i gospodarczej; polega ona na odejściu od obiektywnej perspektywy polityki społecznej i przejściu do perspektywy subiektywnej, stawiającej na pierwszym miejscu grupy, do których kierowana jest polityka publiczna;
- c) ustanawia się, że polityka publiczna powinna respektować wolność wyboru i preferencje osób niepełnosprawnych; oznacza to zastąpienie obecnego modelu ochrony takim, w którym osoba niepełnosprawna może decydować o intensywności otrzymywanego wsparcia i instrumentach pozytywnego działania, które jej dotyczą;
- d) postanawia się, że działania w ramach polityki publicznej będą podejmowane z udziałem organizacji reprezentujących osoby niepełnosprawne, na zasadach określonych w ustawach; uznaje się rolę społeczeństwa obywatelskiego jako gwaranta i organizacji współpracującej w kwestii niepełnosprawności, zgodnie z postanowieniami Konwencji z Nowego Jorku z 2006 r., co oznacza możliwość interwencji i aktywnego uczestnictwa w opracowywaniu środków i polityk pozytywnego działania;
- e) ustanawia się, że szczególna uwaga zostanie poświęcona specyficznym potrzebom niepełnosprawnych kobiet i dziewcząt, co zakłada uznanie podwójnej wrażliwości tej grupy oraz przyjęcie polityki publicznej mającej na celu wyeliminowanie (w tekście prawnym mówi się o zmniejszeniu) szczególnych nierówności związanych z płcią i niepełnosprawnością, oznaczającej wprowadzenie do reformy perspektywy płci.

Część trzecia art. 49: „Reguluje się kwestię szczególnej ochrony osób niepełnosprawnych w zakresie pełnego korzystania z ich praw i obowiązków”.

W części trzeciej art. 49 uznaje się konstytucyjnie szczególną ochronę osób niepełnosprawnych poprzez wyraźny zapis mający na celu umożliwienie im pełnego korzystania z przysługujących im praw. W tym kierunku wyrażono pogląd w wyroku Trybunału Konstytucyjnego 208/2013 z 16.12.2013 r.

Część czwarta art. 49: „Osoby niepełnosprawne korzystają z ochrony przewidzianej w traktatach międzynarodowych ratyfikowanych przez Hiszpanię, które zabezpieczają ich prawa”.

W części czwartej art. 49 zawarto wyraźny zapis o ochronie praw osób niepełnosprawnych, przewidzianej w traktatach międzynarodowych ratyfikowanych przez Hiszpanię w celu zagwarantowania minimalnej ochrony tej grupy. Zakres ochrony może być rozszerzony na mocy ustawodawstwa hiszpańskiego. Z brzmienia tekstu można wywnioskować, że obowiązujące obecnie i ratyfikowane w przyszłości traktaty

międzynarodowe dotyczące niepełnosprawności są wykonalne. Tym samym treść części czwartej art. 49 jest wyraźnie powiązana z treścią art. 10 Konstytucji Hiszpanii, który stanowi, że „Normy odnoszące się do praw podstawowych i do wolności, uznanych przez Konstytucję, są interpretowane zgodnie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka oraz ratyfikowanymi przez Hiszpanię traktatami i umowami międzynarodowymi, które się do nich odnoszą”.

Reasumując, istnieje wyraźny związek między art. 49 a art. 9, 10 i 14 Konstytucji Hiszpanii.

Procedura parlamentarna

W dniu 30.09.2021 r. projekt ustawy o reformie art. 49 Konstytucji został przedstawiony Zgromadzeniu Plenarnemu Kongresu Deputowanych w imieniu rządu przez Ministra ds. Prezydencji, Stosunków z Kortezami i Pamięci Demokratycznej.

Dwie poprawki do całości projektu ustawy zostały przedstawione w Kongresie przez Grupę Parlamentarną Vox i Ludową Grupę Parlamentarną. Poprawki zostały obronione przez przedstawiciela każdej z wyżej wymienionych grup parlamentarnych. W dalszej kolejności, w celu przedstawienia swoich stanowisk, głos zabrali przedstawiciele następujących grup: Mieszana Grupa Parlamentarna, Obywatelska Grupa Parlamentarna, Pluralistyczna Grupa Parlamentarna, Zjednoczeni Możemy, Wspólnie Możemy, Wspólna Galicja i Grupa Socjalistów.

Po zakończeniu wystąpień przystąpiono do głosowania nad poprawkami do całości i odesłaniem projektu. Wyniki głosowania były następujące: 129 głosów oddanych, dodatkowo 220 głosów oddanych zdalnie, co łącznie dało sumę 349 głosów; 142 głosów za; 205 głosów przeciw; 2 głosy wstrzymujące się. W związku z tym poprawki zostały odrzucone w całości. W chwili obecnej, tj. w dniu 28.01.2022 r., projekt znajduje się na etapie przedłużonego terminu zgłaszania częściowych poprawek, który skończył się w dniu 2.02.2022 r.

Przyjęcie projektu reformy konstytucyjnej wymaga uzyskania większości 3/5 głosów przez każdą z Izb, zgodnie ze zwykłą procedurą przewidzianą w art. 165 Konstytucji Hiszpanii, a zatem do jego zatwierdzenia niezbędne jest uzyskanie poparcia dwóch największych grup parlamentarnych, tj. grupy socjalistów i grupy ludowców.

7. Słowo końcowe

Na zakończenie chciałbym ponownie wyrazić moje podziękowania. Dziękuję moim uczniom i tym, którzy towarzyszą mi w tym uroczystym wydarzeniu akademickim, mojej żonie Marii Victorii za jej wielkoduszne i zdecydowane wsparcie mojego życia poświęconego nauce, trojgu naszym dzieciom, mojemu bratu, Pani Rektor Uniwersytetu La Laguna, mojej akademickiej matce chrzestnej, Etelvinie de las Casas, moim współpracownikom z Wydziału Prawa i z Departamentu Prawa Rzymskiego za ten Doktorat Honoris Causa, który jest dla mnie najwyższym wyróżnieniem.

Bibliografía

1. Alías Robles A., *El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad*, La Ley Digital. Derecho de Familia 2020, nr 28.
2. Calaza López S., *Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos 'trajes a medida' procesales para único abrigo sustantivo?*, [w:] *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, red. Y. de Lucchi, A. Quesada, Barcelona 2022.
3. Calaza López S., *Inteligencias múltiples y Derecho Procesal*, [w:] *Sociedad, Justicia y Discapacidad*, red. A. Luaces, Navarra 2021.
4. Calaza López S., *Justicia y vulnerabilidad*, [w:] *Debates jurídicos de la actualidad*, red. R. Castillejo, Navarra 2021.
5. Calaza López S., *La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*, [w:] *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, koord. M. García Rubio, La Ley. Derecho de Familia 2021, nr 31.
6. Cuenca P., *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español*, Derechos y Libertades 2011, nr 24.
7. de Asis R., *De nuevo sobre constitución y discapacidad*, Universitas 2020, nr 31.
8. de Asis R., *Discapacidad y Constitución*, Derechos y Libertades 2013, nr 29.
9. de Asis R., *El segundo informe sobre cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Papeles el Tiempo de los Derechos 2019, nr 16.
10. de García R., Pérez L., *Comentarios Introdutorios*, [w:] *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Navarra 2020.
11. Fernández de Buján A., *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del letrado de la administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021*, Acta Judicial 2022, nr 9.
12. Fernández de Buján A., *Ajustes para personas con discapacidad*, [w:] *Jurisdicción voluntaria*, red. S. Calaza, koord. M. de Prada, Valencia 2022.
13. Fernández de Buján A., *Comentario al art. 43 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, [w:] *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, red. M. García Rubio, Pamplona 2022.
14. Fernández de Buján A., *Comentarios al artículo 1 y al artículo 17.3, de la LIV, en Comentarios a la Ley 15/2015*, [w:] *Jurisdicción Voluntaria*, red. A. Fernández, koord. A. Serrano, Valencia 2016.
15. Fernández de Buján A., *Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación*, Revista ICADE 2011, nr 83-84.
16. Fernández de Buján A., *Incapacitación y discapacidad. Tratado de Derecho de Familia. Capítulo VII*, Navarra 2011.

17. Fernández de Buján A., *Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad*, [w:] *La humanización de la justicia civil de familia*, koord. S. Calaza López, La Ley. Derecho de Familia 2022, nr 33.
18. Fernández de Buján A., *La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad*, Diario La Ley 2021, nr 9961.
19. Fernández de Buján A., *La oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria*, Diario La Ley 2015, nr 8496.
20. Fernández de Buján A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Madrid 2015.
21. Fernández de Buján A., *Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, [w:] *Jurisdicción voluntaria*, red. S. Calaza, koord. M. de Prada, Valencia 2022.
22. Fernández de Buján A., *Participar en los procesos en condiciones de igualdad: ajustes para el apoyo a las personas con discapacidad, conforme al nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, modificadas por la ley 8/2021*, [w:] *Estudios en Homenaje a Ignacio Astarloa*, koord. A. Palomar, Pamplona 2021.
23. García Rubio M., *Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil*, Revista de Derecho Civil 2018, V nr 3.
24. García Rubio M., *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Sepin 2021.
25. García Rubio M., *La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, AAMN 2018, LVIII.
26. García Rubio M., *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, La Ley. Derecho de Familia 2021, nr 31.
27. Palacios A., *El modelo social de discapacidad*, Madrid 2008.
28. Rodríguez-Piñeiro M., *Artículo 49*, [w:] *Comentarios a la Constitución Española*, koord. M. Rodríguez-Piñeiro, M. Casas, Madrid 2018.

Małgorzata Manowska

Działania instrukcyjne sądu pierwszej instancji w postępowaniu dowodowym w procesie cywilnym po nowelizacji ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw

*Instructions of the court of first instance
in the taking of evidence in a civil trial after the amendment
by the Act of 4 July 2019 amending the Act
– Code of Civil Procedure and some other acts*

Abstract

With the introduction of the Act of 4 July 2019 amending the Act – Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Laws 2019.1469), the model of the civil proceedings in the area of proceedings to take evidence was changed once again. The amendments mainly pertain to the preparatory phase before the evidence collection stage and the rules of evidence collection in the context of implementation of the principle of evidence material concentration. As part of the amendment, the court's information requirement, laid down both in general and specific provisions, has been modified and extended. It includes instructions on the rights and procedural obligations of the parties, which is expected to streamline and accelerate the collection of evidence to be used in court. The principle of procedural loyalty, which should be applied by the court in relation to the parties, has also been enhanced. This is reflected in the new solutions introduced in Article 156¹ and Article 156². The first Article includes instructions to the parties on the likely outcome of the case in light of the arguments and evidence submitted to date. The second Article sets out the obligation on the part of the court to warn the parties of the possibility of ruling on the application or request on a legal basis other than the one indicated by the party. The paper analyses the provisions governing the court's information requirement, which may affect the course of proceedings.

Keywords: *procedural actions, information obligation of the court, instruction to the parties, model of the civil process, the principle of procedural loyalty*

Sędzia Sądu Najwyższego dr hab. Małgorzata Manowska, profesor Uczelni Łazarskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-1516-5604.

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 19.09.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 7.10.2022 r.

Streszczenie

Ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.) kolejny raz zmieniono model procesu cywilnego w obszarze postępowania dowodowego. Zmiany dotyczą przede wszystkim fazy przygotowawczej przed etapem gromadzenia materiału dowodowego oraz zasad jego gromadzenia w kontekście realizacji zasady koncentracji materiału dowodowego. W ramach tej nowelizacji zmodyfikowano i rozszerzono także obowiązek informacyjny sądu wynikający zarówno z przepisów ogólnych, jak i szczególnych. Obejmuje on pouczenia o prawach i obowiązkach procesowych stron, co ma usprawnić i przyspieszyć gromadzenie materiału procesowego. Wzmocnieniu uległa także zasada lojalności procesowej, która powinna być stosowana przez sąd wobec stron. Znalazło to wyraz w nowych rozwiązaniach wprowadzonych w art. 156¹ oraz art. 156² Kodeksu postępowania cywilnego. Pierwszy z nich obejmuje pouczenie stron o prawdopodobnym wyniku sprawy w świetle zgłoszonych do tej chwili twierdzeń i dowodów. Drugi z wymienionych przepisów wyraża to, że sąd ma obowiązek uprzedzenia stron o możliwości rozstrzygnięcia o żądaniu lub wniosku strony na innej podstawie prawnej niż wskazana przez stronę. W artykule przeprowadzono analizę tych przepisów regulujących obowiązek informacyjny sądu, które mogą mieć wpływ na przebieg postępowania dowodowego.

Słowa kluczowe: czynności procesowe, obowiązek informacyjny sądu, pouczenie stron, model procesu cywilnego, zasada lojalności procesowej

1. Uwagi ogólne

Ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ kolejny raz zmieniono model procesu cywilnego w obszarze postępowania dowodowego. Zmiany dotyczą przede wszystkim fazy przygotowawczej przed etapem gromadzenia materiału dowodowego oraz zasad jego gromadzenia w kontekście realizacji zasady koncentracji materiału dowodowego. Sprawne przeprowadzenie postępowania dowodowego i ustalenie prawdy wymaga współpracy stron z sądem. Na stronach spoczywa ciężar wspierania procesu wyrażający się w obowiązku dokonywania czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawania wyjaśnień co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawianiu dowodów (art. 3 Kodeksu postępowania cywilnego²). Strony mają również obowiązek przytaczania wszystkich faktów i dowodów bez zwłoki, aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko (art. 6 § 2, art. 232 zd. 1 k.p.c.). Stron dotyczy także, wyrażony w art. 4¹ k.p.c., zakaz czynienia użytku z uprawnienia przewidzianego w przepisach postępowania niezgodnego z celem, dla którego uprawnienie to ustanowiono (zakaz nadużycia prawa procesowego). Sąd z kolei ma obowiązek podejmować działania zapobiegające przewlekłości postępowania i dążyć do tego, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, jeżeli jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy (art. 6 § 1 k.p.c.). Istotny element tych działań to obowiązek – sądu (przewodniczącego) – pouczenia i informowania stron w celu wzbudzenia ich aktywności procesowej ukierunkowanej na gromadzenie materiału procesowego.

Obowiązek informacyjny sądu wobec stron realizowany jest za pomocą przepisów ogólnych bądź szczególnych. Do procesowych norm ogólnych należą art. 5 oraz art. 212 § 2 k.p.c. Nie konkretyzują one sytuacji procesowych, w których mają zastosowanie. Dlatego pełnią one funkcję uzupełniającą i znajdują zastosowanie wówczas, gdy rozwiązanie określonej sytuacji procesowej nie może nastąpić przy użyciu norm szczególnych.

2. Obowiązek informacyjny sądu wynikający z przepisów ogólnych

Zgodnie z art. 5 k.p.c. w razie uzasadnionej potrzeby sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania niezastępowanym przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych. Powołany przepis wprowadza możliwość pouczeń stron. Nie znajduje on wobec tego zastosowania wówczas, gdy istnieje przepis szczególny nakładający na sąd (przewodniczącego) wprost obowiązek (przymus procesowy) dokonania pouczeń w określonej w tym przepisie sytuacji

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.

² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

procesowej, np. art. 205², art. 458⁴ k.p.c. Podobna regulacja zawarta jest w art. 212 § 2 k.p.c., stosowanym na rozprawie prowadzonej bez planu rozprawy. Przepis ten różni się treściowo od art. 5 k.p.c. W art. 212 § 2 k.p.c. nie ma mowy o tym, że pouczenia mogą dotyczyć wyłącznie czynności procesowych, natomiast w art. 5 k.p.c. brak jest zapisu o możliwości pouczenia o celowości ustanowienia pełnomocnika procesowego. W związku z tym, jak wskazuje Piotr Rylski, problematyczny jest rzeczywisty zakres pouczeń dokonywanych na podstawie art. 212 § 2 k.p.c. Z brzmienia tego przepisu mogłoby wynikać, że pouczenia na podstawie art. 212 § 2 k.p.c. mają szerszy zasięg, gdyż nie ograniczają się do czynności procesowych. Autor dochodzi jednak do słusznego wniosku, że pouczenia, także na gruncie art. 212 § 2 k.p.c., nie mogą wykraczać poza czynności procesowe, postulując *de lege ferenda* ujednolicenie treści obu przepisów³. Stanowisko to jest słuszne. Powtórzenie zapisu dotyczącego pouczeń w art. 212 § 2 k.p.c. należy uznać za pewne *superfluum* ustawowe, gdyż przepis ten nie zawiera w istocie różnic w stosunku do regulacji art. 5 k.p.c. ani nie wyłącza stosowania art. 5 k.p.c. Jest oczywiste, że pouczenia co do czynności procesowych na podstawie art. 212 § 2 k.p.c. obejmują także ewentualne pouczenie o potrzebie ustanowienia pełnomocnika procesowego. Aczkolwiek sama czynność ustanowienia pełnomocnika nie jest *stricto* czynnością procesową, to czynności podejmowane przez pełnomocnika – już tak. Z kolei pominięcie w treści art. 212 § 2 k.p.c. zapisu ograniczającego pouczenia do czynności procesowych nie oznacza, że przewodniczący na rozprawie może pouczać stronę o przepisach prawa materialnego, wskazując na strategię umożliwiającą stronie wygranie procesu. Taka wykładnia byłaby nie do pogodzenia z naczelnymi zasadami procesu cywilnego, tj. zasadami równości, kontrydiktoryjności i dyspozycyjności. Byłaby również nielogiczna, gdyż wskazywałaby, że przed rozprawą dopuszczalne jest pouczenie strony wyłącznie o czynnościach procesowych, a podczas rozprawy ta sama strona może uzyskać pouczenia także co do kwestii merytorycznych lub takich, które mają cechę porady prawnej.

Pouczenia, o których mowa w art. 5 k.p.c., mogą dotyczyć wyłącznie czynności procesowych i muszą być niezbędne. Oznacza to, że pouczenia nie mogą odnosić się do kwestii merytorycznych ani takich czynności procesowych, które w istocie zawierają poradę prawną co do strategii prowadzenia postępowania czy też podstawy roszczenia, np. co do tego, że jeżeli stronie przysługuje roszczenie wzajemne wobec powoda, to powinna wnieść pozew wzajemny bądź podnieść zarzut potrącenia. W judykaturze wskazano m.in., że pouczenia nie mogą dotyczyć podstawy prawnej dochodzonego roszczenia⁴, wskazówek co do możliwości dochodzenia

³ P. Rylski, *Działanie sądu z urzędu a podstawa faktyczna wyroku cywilnego*, Warszawa 2009, s. 228; zob. także A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9 października 2005 r.)*, Kraków 2006, s. 374; S. Dmowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1–505/14*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 970–971; W. Siedlecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. W. Siedlecki, Z. Resich, Warszawa 1976, s. 970–971.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 9.01.2009 r., I CSK 276/08, LEX nr 578031; postanowienie SN z 22.08.2000 r., III CKN 873/00, LEX nr 1165871; wyroki SN: z 8.06.2000 r., V CKN 60/00, OSNC 2000/12, poz. 229; z 9.04.1999 r., I CKN 917/97, LEX nr 1213504.

innych roszczeń niż zgłoszone przed sądem⁵, oceny legitymacji procesowej⁶, potrzeby podnoszenia zarzutów o charakterze materialnoprawnym⁷.

Pouczenia niezbędne muszą także uwzględniać sytuację procesową strony, tj. obejmować tę czynność procesową, która powinna być podjęta w danym momencie. Sąd nie jest bowiem zobowiązany do dokonania pouczeń, jeśli nie wymaga tego ochrona praw procesowych strony⁸. Pouczenia powinny ograniczać się do wskazania wymagań prawnych czynności procesowej, skutków jej podjęcia oraz konsekwencji zaniebdania dokonania czynności procesowej⁹.

Jeśli chodzi o pouczenia stron w zakresie postępowania dowodowego, to – jak słusznie wskazano w doktrynie i orzecznictwie – udzielanie przez sąd potrzebnych wskazówek co do czynności procesowych nie może być rozumiane jako obowiązek zastępowania inicjatywy dowodowej¹⁰. Nie mogą to być również wskazówki, w jaki

⁵ Wyroki SN: z 27.03.2007 r., II PK 235/06, OSNP 2008/11-12, poz. 161; z 26.09.2000 r., I PKN 48/00, OSNP 2002/8, poz. 189.

⁶ Wyrok SN z 4.02.1987 r., II CZ 5/87, LEX nr 8807.

⁷ Wyrok SN z 29.06.2005 r., V CK 827/04, LEX nr 1515403.

⁸ Zob. także wyrok SN z 9.02.2000 r., II CKN 590/98, LEX nr 1634920.

⁹ O.M. Piaskowska [red.], *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020, teza 7 do art. 5; A. Jakubecki [red.], *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, LEX/el. 2019, teza 4 do art. 5; J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian, t. I i II*, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2020, teza 9-11 do art. 5; P. Osowy, *Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 k.p.c.*, „Rejent” 2003/7-8, s. 118-122; P. Rylski, *Działanie...*, s. 228-232; T. Zembrzusi, *Pouczanie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016, s. 851 i n.; T. Ereciński, K. Weitz, *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego*, red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010, s. 17 i n.; A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada równości stron w aspekcie zmiany przepisów art. 5 i 212 k.p.c. i wynikających z nich obowiązków sądu w postępowaniu cywilnym (uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, „Przegląd Sądowy” 2005/10, s. 90-91; A.G. Harla, *Udzielanie przez sąd stronom i uczestnikom postępowania cywilnego wskazówek w świetle art. 5 k.p.c. (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Przegląd Sądowy” 2003/10, s. 98-99; M.M. Cieśliński, *W kwestii stosowania art. 5 k.p.c.*, „Przegląd Sądowy” 1999/4, s. 101-103; M. Manowska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. M. Manowska, Warszawa 2021, s. 50; M. Manowska, *Zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego wprowadzone w 2004 r.*, „Przegląd Sądowy” 2005/5, s. 5 i n.; M. Jędrzejewska, K. Weitz, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, red. T. Ereciński, LEX/el., teza 6-8 do art. 5; H. Dolecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, s. 71; J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019, teza 6 do art. 5; H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, s. 54-55; zob. także H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2020, s. 136-137; J. Bodio, [w:] *Kodeks...*, teza 17-18 do art. 5. Zob. też wyrok SN 7 sędziów z 24.02.2011 r., III CSK 137/10, LEX nr 1084562; postanowienie SN z 18.10.1972 r., I CZ 124/72, LEX nr 7159; postanowienie SN z 21.12.1998 r., III CKN 985/98, OSNC 1999/5, poz. 104; wyrok SN z 31.03.1967 r., PRN 6/67, LEX nr 6133, w którym stwierdzono, że sąd nie powinien udzielać stronie wskazówek co do sposobu wypełnienia weksla. Por. również wyroki SN: z 11.10.2007 r., IV CSK 174/07, LEX nr 438145; z 27.03.2007 r., II PK 235/06, OSNP 2008/11-12, poz. 161, gdzie stwierdzono, że brak jest podstaw do instruowania powoda, gdy w sposób jednoznaczny sformułował on powództwo i wykazuje aktywność procesową.

¹⁰ Zob. np. M. Jędrzejewska, K. Weitz, [w:] *Kodeks...*, t. I, *Postępowanie...*, teza 6-8 do art. 4; oraz wyroki SN: z 4.04.2012 r., III UK 80/11, LEX nr 1227972; z 11.10.2000 r., II UKN 33/00, OSNP 2002/10, poz. 251; z 17.04.2000 r., V CKN 20/00, LEX nr 1218462.

sposób strona może podważyć przeprowadzone już dowody¹¹ albo że istnieje potrzeba zgłaszania kolejnych dowodów w celu obalenia ustaleń dokonanych wynikających z przeprowadzonych już dowodów¹². W ramach pouczeń z art. 5 k.p.c. strona nie może oczekiwać także, aby sąd uprzedził stronę co do swojego stanowiska nt. oceny mocy dowodowej przeprowadzonych dowodów¹³. Jeżeli sąd odpowiedziałby stronie, np. z jakiego konkretnego środka dowodowego powinna skorzystać, stanowiłoby to naruszenie zasady równości i bezstronności sądu¹⁴. Pouczenia bowiem, o których mowa w art. 5 i art. 212 § 2 k.p.c., służą wyrównaniu szans stron, a nie uzyskaniu przewagi przez jedną ze stron. Sąd mógłby natomiast pouczyć stronę, że środkiem dowodowym w procesie cywilnym są zeznania świadka, a nie pisemne oświadczenia osób trzecich, np. sąsiadów, albo że dana okoliczność wymaga wiadomości specjalnych, których sąd nie posiada. Za bezzasadne natomiast uznał Sąd Najwyższy żądanie pouczenia strony – kwestionującej dowód z opinii biegłego i zgłaszającej wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego – o tym, że powinna ona jednocześnie wskazać, na czym polega wadliwość pierwszej opinii¹⁵.

Kolejnym wymaganiem w celu realizacji dyspozycji norm art. 5 i art. 212 k.p.c. jest zaistnienie uzasadnionej potrzeby dokonania pouczeń. Ustawodawca nie wprowadził ustawowej definicji tego pojęcia. Nie byłoby to zresztą możliwe. Pojęcie to zostało przybliżone w orzecznictwie i literaturze. Przyjmuje się, że pouczenia są niezbędne, gdy ich brak pozbawia stronę rzeczywistego wpływu na toczący się proces i uniemożliwia realizację jej uprawnień procesowych¹⁶. Wskazuje się również, że pouczenia powinny zapewniać stronie wiedzę pozwalającą na podjęcie czynności procesowej w celu ochrony jej praw procesowych¹⁷. Obejmuje to np. sytuacje, gdy strona wykazuje szczególną bezzadność, nieporadność w stopniu uniemożliwiającym wpływ strony na bieg postępowania albo beczynność, grożącą negatywnymi skutkami procesowymi. W zakresie postępowania dowodowego pouczenie może dotyczyć wyjaśnienia ciężaru dowodu¹⁸. Wątpliwości budzi natomiast, czy sama

¹¹ Wyrok SN z 29.06.2005 r., V CK 827/04, LEX nr 1515403.

¹² Wyrok SN z 9.03.2001 r., II UKN 253/00, LEX nr 1168056.

¹³ Wyrok SN z 15.06.2000 r., II CKN 1007/98, LEX nr 533117.

¹⁴ Zob. także wyrok SN z 5.07.2000 r., I CKN 791/00, OSNC 2001/1, poz. 11.

¹⁵ Wyrok SN z 5.08.2005 r., II CK 18/05, LEX nr 1539964.

¹⁶ J. Studzińska, *Zakres pouczeń dla strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016, s. 825.

¹⁷ H. Pietrkowski, *Metodyka...*, s. 54.

¹⁸ Por. na ten temat P. Ryłski, *Działanie...*, s. 234–235 i przywołana tam literatura; M.M. Cieśliński, *W kwestii...*, s. 105; M. Sawczuk, *Niezawisłość sędziowska a granice pomocy stronie*, [w:] *Studia z procesu cywilnego*, red. K. Korzan, Katowice 1986, s. 42; S. Dalka, *Rola i zadania art. 5 k.p.c.*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2005/7–9, s. 8; J. Mokry, *Aktywność informacyjna sądu a realizacja praw i obowiązków procesowych przez strony procesu cywilnego*, [w:] *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Prof. J. Jodłowskiego*, Wrocław 1989, s. 429; H. Pietrkowski, *Metodyka...*, s. 54; H. Dolecki, [w:] *Kodeks...*, s. 70–71; O.M. Piaskowska [red.], *Kodeks...*, teza 7–8 do art. 5; J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I, Art. 1–729, red. A. Jakubecki, LEX/el., teza 4 do art. 5. Zob. także wyrok SN z 6.09.2017 r., I CSK 59/17, LEX nr 2389570; postanowienia SN: z 12.09.2014 r., I CZ 55/14, LEX nr 1521314; z 27.06.2013 r., III CZ 33/13, LEX nr 1360264; wyrok SN z 10.05.2013 r., I CSK 495/12, LEX nr 1365592; postanowienie SN z 9.01.2012 r., III UZ 30/11, LEX nr 1130397.

nieznajomość prawa uzasadnia udzielenie stronie pouczeń¹⁹. Przyjąć należy, że nie. Nieznajomość prawa jest warunkiem koniecznym do dokonania pouczeń na podstawie art. 5 bądź 212 § 2 k.p.c. Jeśli strona zna prawo, to nieskorzystanie z tej wiedzy na ogół nie wynika z nieporadności czy bezradności, ale z zaniechania. To zaś nie uzasadnia jej pouczenia²⁰. Natomiast sama nieznajomość prawa procesowego nie jest wystarczającym warunkiem uzyskania pouczeń procesowych na podstawie art. 5 bądź art. 212 k.p.c. Strona, która rozumie szczegółowe, obligatoryjne pouczenia udzielane przez sąd przy okazji doręczania pism procesowych bądź w trakcie posiedzenia przygotowawczego, rozumie swoją sytuację procesową na tyle, że może podejmować środki obronne przed twierdzeniami pozwu bądź zarzutami pozwanego.

Ocena, czy zachodzi potrzeba udzielenia stronie niezbędnych pouczeń, pozostawiona została do uznania sądu. Jak wskazał SN, z art. 5 k.p.c. i art. 212 § 2 k.p.c. nie wynika powinność sądu o charakterze ogólnego obowiązku udzielania w każdym wypadku pouczeń osobom stającym przed sądem, tylko dlatego, że występują bez profesjonalnego pełnomocnika. Udzielenie pouczenia zależy od oceny i uznania sądu uwiarygodnionego konkretną sytuacją procesową i staje się powinnością sądu tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, kiedy zachodzi potrzeba zapobieżenia nierówności podmiotów toczącego się postępowania, a więc wówczas, gdy strona z uwagi na swoją nieporadność i stopień skomplikowania sprawy nie jest w stanie zrozumieć istoty prowadzonego postępowania i podjąć w związku z tym stosownych czynności procesowych²¹. Ocena ta powinna być zindywidualizowana i odnoszona do cech i możliwości intelektualnych strony w kontekście stopnia skomplikowania procesu. Wynika to z tego, że pouczenia, o których mowa w art. 5 k.p.c., służyć mają realizacji zasady równości stron²². Nie oznacza to jednak dowolności w podejmowaniu decyzji przez sąd (przewodniczącego). Ilekroć sąd dojdzie do przekonania, że zachodzi uzasadniona potrzeba, powinien udzielić niezbędnych pouczeń. Decyzja sądu w tym zakresie podlega kontroli instancyjnej, gdyż intencją ustawodawcy nie było z pewnością wprowadzenie przepisu, który może być stosowany dowolnie²³.

Jeśli chodzi o podmiotowy zakres pouczeń dokonywanych na podstawie art. 5 i art. 212 § 2 k.p.c., to obejmuje on strony procesu, które nie są zastępowane przez profesjonalnego pełnomocnika. Dotyczy to zatem powoda, pozwanego, uczestnika postępowania nieprocesowego, a także podmiotów działających na prawach

¹⁹ P. Ryłski, *Działanie...*, s. 234–235 i przywołana tam literatura; Z. Knypl, *Prawo do sądu w świetle prawa międzynarodowego i prawa polskiego*, „Problemy Egzekucji Sądowej” 1996/17, s. 18; J. Mokry, *Aktywność...*, [w:] *Proces...*, s. 427; oraz postanowienie SN z dnia 1.02.1978 r., II CZ 6/78, OSP 1979/2, poz. 28.

²⁰ W wyroku z 11.10.2007 r. (IV CSK 174/07, LEX nr 438145) Sąd Najwyższy wskazał, że jeżeli powód, pomimo swojej niepełnosprawności, wykazał w dotychczasowym postępowaniu aktywność, a także znajomość prawa w stopniu wskazującym na umiejętne popieranie powództwa, to zarzut uchybienia przepisom art. 5 i 212 k.p.c. zawarty w skardze kasacyjnej należy uznać za niezasadny.

²¹ Tak np. SN w wyroku z 17.04.2018 r., I PK 30/17, LEX nr 2558421.

²² J. Derlatka, *Wylączenie sędziego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2016, s. 305–306.

²³ M. Manowska, [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 50; J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I, Art. 1–729, red. A. Jakubecki, teza 4 do art. 5; zob. także postanowienie SN z 27.09.2012 r., III CSK 13/12, LEX nr 1224681; wyroki SN: z 4.09.2013 r., II PK 366/12, OSNP 2014/12, poz. 165; z 11.06.2013 r., II UK 389/12, OSNP 2014/3, poz. 48.

strony (np. interwenienta ubocznego), niezależnie od tego, czy są one osobami fizycznymi czy jednostkami organizacyjnymi, czy występują w postępowaniu sądowym samodzielnie, czy też są zastępowane przez nieprofesjonalnych pełnomocników²⁴. Sąd natomiast nie może kierować pouczeń wobec strony, która w postępowaniu sądowym jest zastępowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Jak słusznie wskazano w doktrynie, fachowy pełnomocnik ponosi względem swojego mocodawcy odpowiedzialność wynikającą z łączącego go stosunku podstawowego, która zawsze może być realizowana na odrębnej drodze prawnej²⁵. Dokonanie pouczeń w takiej sytuacji na podstawie art. 5 bądź art. 212 § 2 k.p.c. stanowiłoby naruszenie zasady równości stron.

3. Obowiązek informacyjny sądu co do możliwości rozstrzygnięcia sprawy na innej podstawie prawnej niż wskazana przez stronę

Przepisy szczególne dotyczące obowiązku informowania stron znajdują się zarówno wśród norm regulujących postępowanie procesowe zwykłe, jak i wśród przepisów regulujących postępowania odrębne. Nowością po nowelizacji k.p.c. wprowadzonej w 2019 r. jest zobowiązanie sądu do uprzedzenia stron o możliwości rozstrzygnięcia o żądaniu lub wniosku strony na innej podstawie prawnej niż wskazana przez stronę (art. 156² k.p.c.). Powołany przepis stanowi pewne odstępstwo od zasady, że stronę poucza się – co do zasady – wyłącznie o jej uprawnieniach procesowych. Wprowadzony w art. 156² k.p.c. obowiązek sądu wzmacnia zasadę lojalności procesowej i umożliwia stronom zgłoszenie ewentualnych twierdzeń i zarzutów, a także wniosków dowodowych pod kątem tej nowej podstawy prawnej. Rozwiązanie to jest zgodne z dotychczasowym stanowiskiem Sądu Najwyższego mówiącym o tym, że strony nie należy zaskakiwać podstawą prawną rozstrzygnięcia, która nie była przedmiotem rozważań w toku postępowania²⁶. Obowiązek wprowadzony w art. 156² k.p.c. dotyczy jedynie sytuacji, gdy strona w ogóle wskazała podstawę prawną swoich roszczeń. Stosownie bowiem do art. 127 § 2 k.p.c. w piśmie przygotowawczym strona może także wskazać podstawy prawne swoich żądań lub wniosków, jednak nie ma takiego ogólnego wymagania. Natomiast zgodnie z art. 205³ § 4 k.p.c. przewodniczący może zobowiązać stronę zastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej do wskazania w piśmie przygotowawczym także podstaw

²⁴ Zob. także M.M. Cieśliński, *W kwestii...*, s. 101 i n., A. Marciniak, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, Komentarz. Art. 1–366, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Legalis 2019, komentarz do art. 5, teza 4; J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty...*, teza 5 do art. 5; M. Jędrzejewska, K. Weitz, [w:] *Kodeks...*, t. 1, *Postępowanie...*, komentarz do art. 5, teza 4; A.G. Harla, *Udzielanie...*, s. 99; P. Osowy, *Aktywność...*, s. 119; por. T. Zembrzusi, *Pouczanie...*, [w:] *Ochrona...*, s. 852 i n.

²⁵ P. Ryłski, *Działanie...*, s. 233; A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada...*, s. 90; A. Góra-Błaszczkowska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, Komentarz. Art. 1–729, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2013, s. 70 i n.

²⁶ Por. np. wyrok SN z 19.03.2015 r., IV CSK 368/14, OSP 2016/5, poz. 45 z glosą F. Zedlera; P. Ryłski, *O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności*, „Palestra” 2019/11–12, s. 25.

prawnych jej żądań i wniosków, w miarę potrzeby ograniczając zakres tego wskazania. Jeśli zatem strona nie określi żadnej podstawy prawnej swojego żądania lub wniosku, sąd powinien zastosować, bez konieczności uprzedzenia, właściwą podstawę prawną (wynikającą ze wskazanych przez strony faktów), stosownie do zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*. W przypadku gdy strona jednak wskaże podstawę prawną swojego żądania lub wniosku, zachodzi wątpliwość, w jakim zakresie sąd powinien pouczyć o możliwości zmiany tej podstawy. Na pewno sąd nie może wyjść poza zakres stanu faktycznego określony twierdzeniami stron. Jeżeli np. strony podały tylko takie okoliczności, które pozostają w określonym reżimie odpowiedzialności (zobowiązanie umowne, bezpodstawne wzbogacenie, czyn niedozwolony), to sądowi nie wolno przejść na inny reżim odpowiedzialności bez zmiany przedmiotowej, rodzajowej powództwa, nawet gdyby sporne zdarzenie, po uzupełnieniu stanu faktycznego, mogło wyczerpywać podstawę prawną z tego innego reżimu odpowiedzialności. Jeśli natomiast stan faktyczny stanowiący podstawę sporu wskazuje na możliwość rozpoznania sprawy także według innego reżimu odpowiedzialności niż wskazany przez powoda, to sąd powinien o tym uprzedzić²⁷. Pouczenie stron w trybie art. 156² k.p.c. powinno nastąpić nie tylko wówczas, gdy wskazana przez powoda podstawa prawna nie wchodzi stanowczo w grę, np. z powodu dostrzeżonej przez sąd nieważności, lecz także gdy w związku z określonym przez strony stanem faktycznym możliwe jest rozpoznanie sprawy również na innej podstawie prawnej z tego względu, że ten stan faktyczny może wyczerpywać inną normę prawną niż wskazana przez powoda. Przyjęcie poglądu ograniczającego pouczenia w trybie art. 156² k.p.c. tylko do sytuacji, w których sąd przewiduje oddalenie powództwa z uwagi na wskazaną w pozwie podstawę prawną, stanowiłoby ujawnienie przewidywanego rozstrzygnięcia. Należy również pamiętać, że pogląd sądu pierwszej instancji nie musi zostać podzielony przez sąd drugiej instancji, a pouczenie, o którym mowa w art. 156² k.p.c., pozwala na pełne rozpoznanie sprawy we wszystkich aspektach. Uprzedzenie o możliwości rozpoznania sprawy także na innej podstawie prawnej dotyczy również sytuacji, gdy w ramach tego samego reżimu odpowiedzialności wchodzi w grę odpowiedzialność na innej podstawie prawnej, np. na podstawie przepisów o zleceniu, a nie tylko z uwagi na przepisy dotyczące umowy o dzieło, albo na podstawie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a nie tylko ze względu na zasadę winy. Tego rodzaju zmiana podstawy prawnej może mieć bowiem istotne znaczenie dla zakresu i kierunku postępowania dowodowego.

²⁷ W judykaturze wskazuje się, że stanowi zmianę powództwa powołanie jego innej podstawy prawnej z jednoczesnym uzupełnieniem bądź wymianą okoliczności faktycznych (tak SN w uchwale połączonych Izb z 24.04.1972 r., III PZP 17/70, OSNC 1973/5, poz. 72; w wyrokach: z 2.12.2004 r., II CK 144/04, LEX nr 532154; z 3.10.2000 r., I CKN 1120/98, OSNC 2001/3, poz. 44; w postanowieniu z 9.11.2004 r., V CK 246/04, LEX 277887); za zmianę powództwa uznać należy również taką sytuację, gdy zmiana okoliczności faktycznych powoduje, że żądanie (choć tak samo sformułowane) nie jest już tym samym, gdyż inne jest materialnoprawne źródło obowiązku, którego realizacji powód dochodzi (por. wyrok SN z 17.05.2016 r., II PK 98/15, LEX nr 2073920, oraz postanowienie z 9.11.2004 r., V CK 246/04, LEX nr 277887).

W art. 156² k.p.c. użyto formuły o możliwości rozstrzygnięcia o żądaniu lub wniosku strony, co oznacza, że przepis ten znajdzie zastosowanie nie tylko do powoda czy wnioskodawcy w postępowaniu nieprocesowym, lecz także do pozwanego czy uczestników postępowania. Pozwany może np. zgłosić zarzut potrącenia, żądając uwzględnienia faktu wygaśnięcia wierzytelności powoda w określonym zakresie. Uczestnicy postępowania mogą z kolei zgłosić alternatywne wnioski o zasiedzenie lub wnioski dotyczące sposobu zniesienia współwłasności.

W odróżnieniu od pouczeń udzielanych na podstawie klauzul ogólnych kwestia pouczenia na mocy art. 156² k.p.c. może być przedmiotem samodzielnego zaskarżenia. Wynika to stąd, że uprzedzenie o możliwości rozstrzygnięcia o żądaniu lub wniosku strony na innej podstawie prawnej niż przez nią wskazana jest stanowczym obowiązkiem sądu i brak realizacji tego obowiązku może mieć wpływ na zakres postępowania dowodowego, a w konsekwencji – na treść rozstrzygnięcia.

4. Pouczenie o prawdopodobnym wyniku sprawy

Kolejnym przepisem instrukcyjnym, który może mieć istotny wpływ na zakres i kierunek postępowania dowodowego, jest art. 156¹ k.p.c. stanowiący, że na posiedzeniu przewodniczący może w miarę potrzeby pouczyć strony o prawdopodobnym wyniku sprawy w świetle zgłoszonych do tej chwili twierdzeń i dowodów. Podkreślenia wymaga, że art. 156¹ k.p.c. zastosowanie znajdzie nie tylko w odniesieniu do powoda, lecz także pozwanego, a w postępowaniu nieprocesowym – do wszystkich uczestników postępowania i to niezależnie od tego, czy stronę zastępuje profesjonalny pełnomocnik, czy też nie. Powołany przepis jest wyrazem zmiany nastawienia do roli, jaką w postępowaniu sądowym powinien pełnić sędzia. Początkowo uważano, że ujawnienie przez sędziego swojego poglądu co do przewidywanego rozstrzygnięcia przed wydaniem orzeczenia stanowi podstawę do wyłączenia tego sędziego z powodu braku bezstronności²⁸. Z biegiem czasu pogląd ten ewoluował na rzecz możliwości wyrażenia przez sędziego poglądu na rozpoznawaną sprawę²⁹.

Przywołana regulacja budzi kilka wątpliwości. Są one związane z tym, jak dalece przewodniczący może ujawniać merytoryczne stanowisko co do prognozowanego rozstrzygnięcia, w którym momencie postępowania i na podstawie jakiego materiału procesowego może to uczynić. Po pierwsze, należy uznać, że art. 156¹ k.p.c. wskazuje na możliwość ujawnienia poglądu sędziego tylko na podstawie zgłoszonych twierdzeń i dowodów, i to na wstępnym etapie postępowania. Nie jest dopuszczalne wyrażenie poglądu przez sędziego co do przewidywanego wyniku rozstrzygnięcia po

²⁸ Por. na ten temat A. Michałowski, P. Milart, *Pouczenie przewodniczącego o prawdopodobnym wyniku sprawy – pożegnanie z sędzią sfinksem*, „Palestra” 2019/11–12, s. 233–234; postanowienie SN z 20.02.1976 r., II CZ 8/76, LEX nr 7802; uchwała Zgromadzenia Ogólnego SN z 15.07.1974 r., Kw Pr 2/74, OSNKW 1974/10, poz. 179.

²⁹ Zob. na ten temat np. A. Łazarska, *Sędziowskie kierownictwo postępowaniem cywilnym przed sądem pierwszej instancji*, Warszawa 2013, s. 122.

przeprowadzeniu dowodów i dokonaniu oceny materiału dowodowego³⁰. Ocena materiału dowodowego i wyciągnięcie z tej oceny wniosków końcowych dopuszczalne są dopiero w fazie wyrokowania, a sąd wyraża swój pogląd w wydanym orzeczeniu i jego uzasadnieniu. Wyrażenie tego poglądu wcześniej mogłoby świadczyć o braku bezstronności sędziego. Pouczenie strony o prawdopodobnym wyniku sprawy oparte na ocenie przeprowadzonego materiału dowodowego stanowiłoby bowiem już ocenę szans powoda na wygranie procesu w świetle nie tylko zgłoszonych twierdzeń, lecz także w świetle oceny prawdziwości tych twierdzeń, sformułowanej na podstawie przeprowadzonych dowodów. Dlatego przyjąć należy, że prawdopodobieństwo wyniku sprawy, o jakim mowa w art. 156¹ k.p.c., powinno być oszacowane niezależnie od wyników postępowania dowodowego, tj. bez względu na to, czy strona zdołałaby udowodnić prawdziwość swoich twierdzeń. To z kolei prowadzi do wniosku, że powołany przepis znajdzie zastosowanie jedynie przed sądem pierwszej instancji³¹. W przeciwnym razie, nawet gdyby przewodniczący, dokonując pouczenia na podstawie art. 156¹ k.p.c., powstrzymał się od oceny już przeprowadzonych dowodów (co w zasadzie nie jest możliwe), mógłby się on narazić na zarzut przedwczesnego osądu roszczenia. Bez znaczenia jest natomiast, czy posiedzenie, o którym mowa w powołanym przepisie, prowadzone jest w ramach przygotowania rozprawy (art. 205⁶ § 1 k.p.c.) czy też w innej fazie, np. na rozprawie – ważne, by wyłącznie we wstępnej fazie postępowania. Po drugie, należy podzielić pogląd, że pouczenie, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje najczęściej sferę faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy na podstawie prawnej, którą sąd powinien zastosować (co do zasady) z urzędu, zgodnie z sentencją *da mihi factum, dabo tibi ius*. Może to również dotyczyć pominiętej czy przeoczonej przez stronę podstawy prawnej, która mogłaby wchodzić w grę w świetle przytoczonych faktów. Jak się jednak podkreśla, pouczenie na podstawie art. 156¹ k.p.c. nie może prowadzić do wyręczenia strony w zgłaszaniu faktów i dowodów³². Może jednak naprowadzić stronę na zgłoszenie (obok lub zamiast) nowych faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy bądź innej podstawy prawnej. Jeśli przewodniczący zwróci np. uwagę, że istotną dla sprawy okolicznością jest wysokość szkody, to powinno to naprowadzić stronę na zgłoszenie wniosków dowodowych. Dobór jednak tych środków należy do samej strony. Sąd może zwrócić uwagę, że w świetle zgłoszonych twierdzeń i treści wniosków dowodowych starania powoda o odszkodowanie na podstawie czynu niedozwolonego skazane są na niepowodzenie, niezależnie od wyników postępowania dowodowego. Kwestia zmiany podstawy roszczenia i uzupełnienie bądź zmiana podstawy faktycznej i wniosków dowodowych pozostają w gestii strony. Jeśli sąd pouczy pozwanego, że zgłoszone przez niego twierdzenie o potrąceniu przysługującej mu

³⁰ Odmienne T. Zembrzusi, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzusi LEX/el. 2020, teza 16 do art. 156(1).

³¹ Na możliwość stosowania art. 156¹ k.p.c. w postępowaniu odwoławczym i to po „wstępnej naradzie sędziów” przy składach wieloosobowych wskazali niesłusznie autorzy pozycji: A. Michałowski, P. Milart, *Pouczenie...*, s. 237; tak też T. Zembrzusi, [w:] *Kodeks...*, teza 22 do art. 156(1).

³² Zob. rozważania w publikacji: T. Zembrzusi, [w:] *Kodeks...*, teza 8 i 9 do art. 156(1).

wierzytelności z wierzytelnością powoda nie mogłoby być uwzględnione w świetle zakazów wynikających z art. 505 Kodeksu cywilnego³³, niezależnie od wyników postępowania dowodowego, to rolę pozwanego jest zmiana strategii obronnej w procesie. Przepis art. 156¹ k.p.c. zawiera bowiem rozwiązanie, które ma zapobiegać zaskakiwaniu strony rozstrzygnięciem opartym na podstawie (faktycznej lub prawnej), która nie była w ogóle rozważana w toku postępowania albo też nie mogła być wzięta pod uwagę w świetle twierdzeń i treści wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony (zasada lojalności procesowej). Nie służy on temu, aby wskazywać stronie drogę wygrania procesu.

Przyjęte wyżej propozycje rozwiązania wątpliwości co do stosowania art. 156¹ k.p.c. wyznaczają granice pomiędzy tą materią, którą w ramach sędziowskiego kierownictwa postępowaniem dowodowym przewodniczący może ujawnić stronie, a tą, której ujawniać mu nie wolno. Pozwalają one na – w miarę bezpieczne – podjęcie decyzji przez przewodniczącego co do treści pouczenia na podstawie art. 156¹ k.p.c. bez narażenia się na zarzut stronniczości. Stosowanie powołanego przepisu wymaga dużego wyczucia. Pomimo że art. 156¹ k.p.c. wyraża instytucję uznania sędziowskiego, stanowiąc, że przewodniczący może pouczyć strony w razie uzasadnionej potrzeby, to jednak w szczególnych przypadkach może on być przedmiotem skutecznego zarzutu apelacji, podobnie jak art. 5 k.p.c. Zarzut naruszenia tego przepisu może natomiast polegać zarówno na bezzasadnym braku pouczenia strony na podstawie art. 156¹ k.p.c., jak i na przekroczeniu granic udzielonego pouczenia.

5. Obowiązek instrukcyjny sądu wynikający z przepisów szczególnych

Szczegółowe instrukcje, które sąd (przewodniczący) powinien skierować do stron w celu wzbudzenia ich inicjatywy dowodowej, zawarte zostały przy okazji regulacji poszczególnych instytucji procesowych. Nie dotyczą one stron zastępowanych przez profesjonalnego pełnomocnika. Pouczenia te można podzielić na pouczenia obligatoryjne dokonywane w ściśle określonym momencie postępowania w formie pisemnej oraz pouczenia dokonywane w różnych momentach postępowania i w różnej formie – w zależności od potrzeby.

Do najważniejszych pouczeń z pierwszej grupy należy katalog zawarty w art. 205² k.p.c. Przepis ten stanowi, że równocześnie z doręczeniem pism, o których mowa w art. 205¹ § 1 k.p.c. (pозew, odpowiedź na pozew), poucza się strony o konkretnych prawach i ciężarach procesowych, w tym o obowiązku udziału w posiedzeniu przygotowawczym i przedstawieniu wszystkich twierdzeń i dowodów na tym posiedzeniu, jak również o konsekwencjach niedopełnienia tych obowiązków. Inne pouczenia zawarte w tym katalogu nie odnoszą się wprost do postępowania dowodowego, ale mogą mieć istotny wpływ na jego przebieg. Dotyczy to pouczeń, o których mowa w art. 205² § 1 pkt 5 i 6 oraz art. 205² § 2 k.p.c., a więc pouczeń

³³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

o obowiązku złożenia pisma przygotowawczego na zarządzenie przewodniczącego, o wymogach co do jego treści i skutkach ich niedochowania, o zwrocie pisma przygotowawczego złożonego bez zarządzenia przewodniczącego. Pozwanego poucza się także o czynnościach procesowych, które może lub powinien podjąć, jeśli nie uznaje żądania pozwu w całości lub części, w szczególności o obowiązku złożenia odpowiedzi na pozew oraz o obowiązujących w tym zakresie wymogach co do terminu i formy. Dokonanie powyższych pouczeń ma o tyle wpływ na przebieg postępowania dowodowego, że niedopełnienie obowiązku właściwego i terminowego złożenia odpowiedzi na pozew i pism przygotowawczych skutkuje ich zwrotem, a w konsekwencji może spowodować pominięcie zgłoszonego w tych pismach materiału procesowego. Zgodnie bowiem z art. 205¹² § 2 k.p.c., jeżeli nie zarządzono przeprowadzenia posiedzenia przygotowawczego, strona może przytaczać twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, z zastrzeżeniem niekorzystnych skutków, które według przepisów kodeksu mogą dla niej wyniknąć z działania na zwłokę lub niezastosowania się do zarządzeń przewodniczącego i postanowień sądu. Takie niekorzystne skutki mogą powstać wobec strony wówczas, gdy zobowiązana została ona do złożenia pisma przygotowawczego i uchybiła temu obowiązkowi albo gdy złożyła pismo przygotowawcze bez zarządzenia przewodniczącego. Jeśli natomiast wyznaczono rozprawę z pominięciem posiedzenia przygotowawczego i bez wcześniejszego zobowiązania do złożenia pisma przygotowawczego, strona niezastępowana przez profesjonalnego pełnomocnika powinna zostać pouczona o treści art. 205¹² § 2 k.p.c. na rozprawie.

System pouczeń w postępowaniu cywilnym mający wpływ na przebieg postępowania dowodowego jest dość skomplikowany, co wynika z dużej samodzielności i uznaniowości sędziego w organizacji procesu sądowego. Można tu wyróżnić kilka dróg postępowania wobec stron, które nie są zastępowane przez profesjonalnego pełnomocnika. Droga pierwsza uwzględnia przeprowadzenie postępowania przygotowawczego. Po wniesieniu pozwu pozwany jest zawsze pouczany podczas doręczenia mu pozwu o obowiązku wzięcia udziału w posiedzeniu przygotowawczym, o konieczności zgłoszenia na tym posiedzeniu wszystkich twierdzeń i dowodów pod rygorem ich pominięcia. Powód otrzymuje taką samą informację w momencie odebrania odpowiedzi na pozew (art. 205² § 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 205¹ § 1 k.p.c.). Jeśli następnie odbędzie się posiedzenie przygotowawcze, zastosowanie znajdzie art. 205¹² § 1 k.p.c., czyli strony mogą wskazywać twierdzenia i dowody do chwili zatwierdzenia planu rozprawy, a twierdzenia i dowody zgłoszone po tym terminie zasadniczo podlegają pominięciu, chyba że strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo potrzeba ich powołania wynikła później. Powołane przepisy dotyczą takiej sytuacji, gdy planowane jest przeprowadzenie posiedzenia przygotowawczego, i tylko takich faktów i dowodów, które miałyby być zgłoszone w trakcie tego posiedzenia do chwili zatwierdzenia planu rozprawy. Druga droga postępowania znajduje zastosowanie w tych przypadkach, w których nie zarządzono postępowania przygotowawczego albo gdy decyzję o jego wyznaczeniu podjęto już po

zarządzeniu wymiany pism przygotowawczych z zobowiązaniem stron do zgłoszenia wszystkich twierdzeń i dowodów. Pozwany – w momencie doręczania mu odpisu pozwu – jest informowany o obowiązku złożenia pisma przygotowawczego na zarządzenie przewodniczącego, wymaganiach co do jego treści i skutkach ich niedochowania. Jest powiadamiany również o zwrocie pisma przygotowawczego złożonego bez zarządzenia przewodniczącego. Powód otrzymuje podobne pouczenie wraz z doręczeniem mu odpowiedzi na pozew (art. 205² § 1 pkt 5 i 6 w zw. z art. 205¹ § 1 k.p.c.). Jeśli w takiej sytuacji przewodniczący zarządzi wymianę pism przygotowawczych pomiędzy stronami, zobowiąże je, aby w tych pismach strony podały wszystkie twierdzenia i dowody istotne dla rozstrzygnięcia sprawy pod rygorem utraty prawa ich powoływania w dalszym toku postępowania. Nawet późniejsze wyznaczenie posiedzenia przygotowawczego nie powoduje otwarcia terminu do zgłaszania nowych twierdzeń i dowodów (art. 205³ § 2 i 3 k.p.c.). Nieco inna sytuacja zachodzi, gdy pozwany nie złożył odpowiedzi na pozew i wydano przeciwko niemu wyrok zaoczny. Zgodnie z art. 343 § 1 k.p.c. wyrok zaoczny doręcza się stronom z urzędu. Pozwanemu niezastępowanemu przez profesjonalnego pełnomocnika doręcza się powyższy wyrok wraz z pouczeniem o obowiązku przedstawienia w sprzeczcie wszystkich twierdzeń i dowodów oraz skutku niedopełnienia tego obowiązku w postaci możliwości pominięcia spóźnionych twierdzeń i dowodów. W myśl natomiast art. 344 § 2 k.p.c. w piśmie zawierającym sprzeciw od wyroku zaocznego pozwany powinien przytoczyć zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, oraz twierdzenia i dowody. Przepis art. 205¹² § 1 zd. 2 k.p.c. stosuje się odpowiednio. Powyższe oznacza, że pozwany uzyskuje pouczenie o obowiązku prezentacji całego materiału procesowego i skutkach zaniedbania tego obowiązku przy doręczeniu wyroku zaocznego. Odpowiednie stosowanie art. 205¹² § 1 zd. 2 k.p.c. nie oznacza natomiast, że – w razie wyznaczenia posiedzenia przygotowawczego po wniesieniu sprzeciwu – pozwanemu otwiera się kolejny termin do zgłoszenia dalszych twierdzeń i dowodów niezgłoszonych w sprzeczcie. Ta odpowiedniość polega na tym, że twierdzenia i dowody zgłoszone już po wniesieniu sprzeciwu nie zostaną pominięte, jeśli pozwany uprawdopodobni, że ich powołanie w sprzeczcie nie było możliwe albo potrzeba ich powołania wynikła później. Powód nie zostaje w tym przypadku pouczony o obowiązku zgłoszenia twierdzeń i dowodów pod rygorem ich pominięcia, gdyż nie zostaje mu doręczona odpowiedź na pozew. Nakaz takiego pouczenia nie wynika również z przepisu szczególnego dotyczącego wyroku zaocznego. W art. 345 k.p.c. ogólnie wskazano natomiast, że w przypadku wniesienia sprzeciwu przewodniczący zarządza doręczenie go powodowi i nadaje sprawie bieg, w razie potrzeby podejmując czynności przewidziane w przepisach o organizacji postępowania. Oznacza to, że przewodniczący może zobowiązać powoda do złożenia pisma przygotowawczego z obowiązkiem przedstawienia wszystkich twierdzeń i dowodów pod rygorem ich pominięcia. Może również, w przypadku wyznaczenia posiedzenia przygotowawczego, umożliwić powodowi zgłoszenie wszystkich twierdzeń i dowodów na tym posiedzeniu (art. 205¹² § 1 k.p.c.). Jeśli nie zarządzono złożenia przez powoda pisma przygotowawczego ani nie wyznaczono

posiedzenia przygotowawczego, sąd powinien pouczyć powoda na rozprawie o treści art. 205¹² § 2 k.p.c. (art. 210 § 2¹ k.p.c.) oraz zobowiązać go do wskazania wszystkich twierdzeń i dowodów.

Kolejny sposób postępowania znajduje zastosowanie wówczas, gdy nie przeprowadzono posiedzenia przygotowawczego, nie wydano wyroku zaocznego ani nie zarządzono wymiany pism przygotowawczych. Przewodniczący powinien wówczas pouczyć obie strony na rozprawie o treści art. 205¹² § 2 k.p.c. (art. 210 § 2¹ k.p.c.) oraz zobowiązać je do wskazania wszystkich twierdzeń i dowodów.

Jeszcze inny sposób postępowania obejmuje sytuację procesową, w której wydano przeciwko pozwanemu nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym lub upominawczym³⁴. Zgodnie z ogólnym zapisem art. 480³ § 2 k.p.c. w piśmie zawierającym środek zaskarżenia od nakazu zapłaty (zarzuty, sprzeciwy) pozwany powinien wskazać, czy zaskarża nakaz w całości czy w części, oraz przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. W przepisach ogólnych dotyczących zarówno postępowania nakazowego, jak i upominawczego brak jest obowiązku wskazania przez pozwanego w środku zaskarżenia wszystkich faktów i dowodów pod rygorem ich pominięcia. Zapis taki znajduje się w art. 493 § 2 k.p.c. dotyczącym postępowania nakazowego. Zgodnie z nim w piśmie zawierającym zarzuty pozwany powinien, poza elementami wskazanymi w art. 480³ § 2 k.p.c., wymienić fakty, z których wywodzi żądania, i dowody na wykazanie każdego z nich. Obowiązek ten nie został jednak obwarowany żadnymi negatywnymi konsekwencjami, zatem pozwany, który nie jest zastępowany przez profesjonalnego pełnomocnika, nie może ponosić takich konsekwencji, jeśli nie został o nich pouczony. Wśród przepisów regulujących postępowania nakazowe oraz upominawcze, jak również wśród przepisów ogólnych dotyczących tych postępowań brak jest normy nakazującej przewodniczącemu pouczenie stron o ich obowiązkach dotyczących postępowania dowodowego. Sięgnąć tu należy zatem do przepisów regulujących postępowanie procesowe zwykłe. Pozwany jest informowany – podczas doręczania mu odpisu pozwu wraz z nakazem zapłaty – o treści art. 205² § 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 205¹ § 1 k.p.c. Dalszy sposób postępowania zależy od tego, czy przewodniczący wyznaczy posiedzenie przygotowawcze, czy też nie. W pierwszym przypadku zastosowanie znajdzie schemat pierwszy, przy czym przewodniczący, doręczając powodowi odpis sprzeciwu bądź zarzutów od nakazu zapłaty, powinien zastosować odpowiednio art. 205¹ § 1 k.p.c. (potraktować środek zaskarżenia od nakazu zapłaty jako *quasi* odpowiedź na pozew) i pouczyć powoda o treści art. 205² § 1 pkt 2 i 3 k.p.c. W przeciwnym wypadku powód nie mógłby ponosić negatywnych konsekwencji swojego niestawiennictwa na posiedzeniu przygotowawczym ani też niewskazania

³⁴ Pominęto tu odrębności wynikające z elektronicznego postępowania upominawczego, gdzie zarówno w przypadku braku podstaw do wydania nakazu zapłaty, jak i w przypadku wniesienia sprzeciwu przez pozwanego sąd umarza postępowanie; pominęto również odrębności dotyczące europejskiego postępowania nakazowego, w którym procedura podporządkowana jest rozporządzeniu (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. ustanawiającemu postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz.Urz. UE L 399 z 30.12.2006 r., s. 1).

wszystkich faktów i dowodów na tym posiedzeniu. Przewodniczący może również przed posiedzeniem przygotowawczym bądź z jego pominięciem zarządzić wymianę pomiędzy stronami pism przygotowawczych z zastosowaniem schematu drugiego. W razie nieprzeprowadzenia posiedzenia przygotowawczego ani niezarządzenia wymiany pism przygotowawczych zastosowanie znajdzie schemat czwarty. Oznacza to, że przewodniczący powinien na rozprawie pouczyć obie strony o treści art. 205¹² § 2 k.p.c. (art. 210 § 2¹ k.p.c.) oraz zobowiązać je do wskazania wszystkich twierdzeń i dowodów, pod rygorem ich pominięcia.

Nieco odmienny sposób procedowania obowiązuje w przypadku stron zastępowanych w procesie przez profesjonalnego pełnomocnika. Strona taka nie otrzymuje żadnych pouczeń. Należy zatem zidentyfikować momenty, po których twierdzenia i dowody zgłoszone przez nią będą podlegały pominięciu. Momenty te są związane z zapisem ustawowym bądź z wyraźnym terminowym zobowiązaniem do zaprezentowania materiału procesowego. Po pierwsze, jeśli w sprawie przeprowadzono posiedzenie przygotowawcze, strona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika powinna zgłosić wszystkie twierdzenia i dowody do chwili zatwierdzenia planu rozprawy pod rygorem pominięcia późniejszych twierdzeń i dowodów (art. 205¹² § 1 k.p.c.). Po drugie, strona traci – co do zasady – prawo powoływania twierdzeń i dowodów, jeśli przewodniczący na podstawie art. 205³ § 2 k.p.c. zobowiązał ją do zgłoszenia w piśmie przygotowawczym wszystkich twierdzeń i dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a strona nie wykonała tego zobowiązania. Po trzecie, pozwany co do zasady traci prawo powoływania twierdzeń i dowodów niezgłoszonych w sprzeciwie od wyroku zaocznego (art. 344 § 2 k.p.c.). Po czwarte, jeśli nie przeprowadzono posiedzenia przygotowawczego, przewodniczący może zobowiązać strony, aby przedstawiły wszystkie twierdzenia i dowody na rozprawie, przy odpowiednim zastosowaniu art. 205³ § 2 k.p.c. W innych przypadkach sąd może pominąć zgłoszone twierdzenia i dowody, jeśli zakwalifikuje postępowanie strony jako nadużycie prawa procesowego (art. 4¹ k.p.c.). Problematyczne jest, czy pozwany traci prawo zgłaszania twierdzeń i dowodów niewskazanych w zarzutach od nakazu zapłaty. Przepis art. 493 § 2 k.p.c. nakłada wprawdzie na pozwanego obowiązek wymienienia w zarzutach faktów, z których wywodzi swoje żądania, i dowodów na wykazanie każdego z nich, jednak nie wskazuje żadnych konsekwencji naruszenia tego obowiązku. W takiej sytuacji pominięcie dalszych twierdzeń i dowodów może nastąpić albo przy wyartykułowaniu wyraźnie tego rygoru przez przewodniczącego albo przy ocenie zachowania się strony jako stanowiącego nadużycie prawa procesowego.

Przedstawiony system nie zakłada, co do zasady, prekluzji dowodowej ani ustawowego terminu do zaprezentowania sądowi kompletnego materiału procesowego. Opiera się on raczej na dyskrejonalnej władzy sędziego i pozostawia sędziemu duży margines swobody w organizacji postępowania sądowego, co – siłą rzeczy – wzmacnia rolę sędziego w kierownictwie postępowaniem dowodowym. Pozwala to na dostosowanie jednego z opisanych wyżej schematów do zmieniającej się sytuacji procesowej. Przewodniczący (sąd) powinien dopilnować, aby obie strony procesu

uzyskały we właściwym czasie stosowne pouczenia co do ich obowiązków procesowych w obszarze postępowania dowodowego, a także informację o konsekwencjach ich zaniedbania. Wskazać należy, że pouczenia te nie są stosowane wyłącznie we wstępnej fazie postępowania. Mogą one być modyfikowane i powtarzane wielokrotnie w zależności od rozwoju sytuacji procesowej. Jeśli np. pozwany w piśmie przygotowawczym bądź na rozprawie zgłosi twierdzenia i dowody niweczące prawo powoda (potrącenie, przedawnienie, nieważność umowy), przewodniczący (sąd) powinien umożliwić powodowi podjęcie obrony, chyba że kwestie te były już rozstrząsane na posiedzeniu przygotowawczym przed zatwierdzeniem planu rozprawy. Aby jednak nie doszło do przewlekłości postępowania, przewodniczący powinien wyznaczyć powodowi termin do złożenia pisma przygotowawczego albo do zajęcia stanowiska na rozprawie i zakreślić jednocześnie materię, do której powód powinien się odnieść. Taki sam sposób postępowania należy przyjąć wobec pozwanego w wypadku skutecznego zgłoszenia przez powoda kolejnych twierdzeń i dowodów, które nie były rozstrząsane podczas posiedzenia przygotowawczego.

Odmienne rozwiązanie w zakresie koncentracji materiału dowodowego wprowadzono w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. W tym postępowaniu obowiązuje system prekluzji dowodowej, który jednak stosowany jest inaczej wobec stron zastępowanych przez profesjonalnego pełnomocnika, a inaczej wobec stron, które występują osobiście bądź są zastępowane w procesie przez nieprofesjonalnego pełnomocnika. Zgodnie z art. 458⁵ § 1 k.p.c. powód ma obowiązek powołać wszystkie twierdzenia i dowody w pozwie, a pozwany – w odpowiedzi na pozew. W przypadku stron niezastępowanych przez profesjonalnego pełnomocnika przytoczoną regulację należy traktować jako normę instrukcyjną, której naruszenie może spotkać się z negatywnymi konsekwencjami procesowymi tylko w kontekście nadużycia prawa procesowego. Do tej grupy podmiotów powinny być bowiem skierowane pouczenia określone w art. 458⁴ § 1 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem stronę niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuraturę Generalną Rzeczypospolitej Polskiej sąd poucza o treści art. 458⁵ § 1 i 4 k.p.c. (prekluzja dowodowa), art. 458⁶ k.p.c. (możliwość rozpoznania sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych), art. 458¹⁰ oraz art. 458¹¹ k.p.c. (o szczególnych ograniczeniach dowodowych). Jednocześnie w art. 458⁵ § 2 i 3 k.p.c. zaznaczono, że doręczając pouczenia, o których mowa w art. 458⁴ § 1 k.p.c., przewodniczący wzywa stronę, by w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż tydzień, powołała wszystkie twierdzenia i dowody, przy czym stosownie do okoliczności przewodniczący może określić inny termin do powołania przez stronę twierdzeń i dowodów. Dopiero po dokonaniu tych czynności może nastąpić prekluzja dowodowa, gdyż zgodnie z art. 458⁵ § 4 k.p.c. twierdzenia i dowody powołane z naruszeniem § 1–3 podlegają pominięciu, chyba że strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynikała później. W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie 2 tygodni od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania.

Odmienne są również konsekwencje niepoinstruowania stron o ich ciężarach procesowych w obszarze postępowania dowodowego w postępowaniu zwykłym oraz w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. W postępowaniu zwykłym brak stosownych pouczeń stanowi zwykle uchybienie procesowe, które może być skutecznym zarzutem apelacji, jeżeli mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Na ogół dzieje się tak wówczas, gdy mimo braku pouczeń sąd uznaje określone twierdzenia i dowody – istotne dla rozstrzygnięcia sprawy – za spóźnione. W postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych ustawodawca wprowadził rygor nieważności postępowania w odniesieniu do braku pouczeń o treści art. 458⁵ § 1 i 4 k.p.c. (prekluzja dowodowa), art. 458⁶ k.p.c. (możliwość rozpoznania sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu gospodarczym), art. 458¹⁰ oraz art. 458¹¹ k.p.c. (o szczególnych ograniczeniach dowodowych). Zgodnie bowiem z art. 458⁴ § 4 k.p.c. stronę, której nie udzielono pouczeń, o których mowa w § 1, w sposób przewidziany w § 2, uważa się za pozbawioną możliwości obrony swych praw, chyba że nieudzielenie pouczeń nie miało wpływu na zachowanie tej strony w toku postępowania.

6. Podsumowanie

Z przedstawionej analizy wynika, że obecny model procesu cywilnego uwzględnia dość szeroki zakres obowiązku informowania stron o ich prawach i obowiązkach. Obowiązek informacyjny sądu cechuje się pewną uznaniowością i stanowi jeden z atrybutów sędziowskiego kierownictwa postępowaniem dowodowym. Aktualny model procesu cywilnego zakłada bowiem szeroką autonomię sądu (przewodniczącego) w zakresie prowadzenia postępowania dowodowego (rozplanowania przewodu sądowego). Autonomia ta wpisana jest w zasadę sędziowskiego kierownictwa postępowaniem, umożliwiającą sędziemu takie ukształtowanie procesu w indywidualnej sprawie, które pozwala na sprawny przebieg postępowania przy jak najpełniejszym zgromadzeniu materiału dowodowego. Niewątpliwie pouczenia i instrukcje, jakie otrzymuje strona w toku procesu, przyczyniają się do realizacji tych celów.

Bibliografia

1. Bodio J., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I, Art. 1–729, red. A. Jakubecki, LEX/el.
2. Bodio J., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019.
3. Bodio J., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I i II, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2020.
4. Cieśliński M.M., *W kwestii stosowania art. 5 k.p.c.*, Przegląd Sądowy 1999, nr 4.
5. Dalka S., *Rola i zadania art. 5 k.p.c.*, Przegląd Prawa Egzekucyjnego 2005, nr 7–9.

6. Derlatka J., *Wyłączenie sędziego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2016.
7. Dmowski S., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1–505*[14], red. K. Piasecki, Warszawa 2006.
8. Dolecki H., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013.
9. Ereciński T., Weitz K., *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego*, red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010.
10. Góra-Błaszczkowska A., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, Komentarz. Art. 1–729, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2013.
11. Góra-Błaszczkowska A., *Zasada równości stron w aspekcie zmiany przepisów art. 5 i 212 k.p.c. i wynikających z nich obowiązków sądu w postępowaniu cywilnym (uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, Przegląd Sądowy 2005, nr 10.
12. Harla A.G., *Udzielanie przez sąd stronom i uczestnikom postępowania cywilnego wskazówek w świetle art. 5 k.p.c. (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Przegląd Sądowy 2003, nr 10.
13. Jakubecki A. [red.], *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, LEX/el. 2019.
14. Jakubecki A., *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9 października 2005 r.)*, Kraków 2006.
15. Jędrzejewska M., Weitz K., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, LEX/el.
16. Knypl Z., *Prawo do sądu w świetle prawa międzynarodowego i prawa polskiego*, Problemy Egzekucji Sądowej 1996, nr 17.
17. Łazarska A., *Sędziowskie kierownictwo postępowaniem cywilnym przed sądem pierwszej instancji*, Warszawa 2013.
18. Manowska M., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. M. Manowska, Warszawa 2021.
19. Manowska M., *Zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego wprowadzone w 2004 r.*, Przegląd Sądowy 2005, nr 5.
20. Marciniak A., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, Komentarz. Art. 1–366, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Legalis 2019.
21. Michałowski A., Milart P., *Pouczenie przewodniczącego o prawdopodobnym wyniku sprawy – pożegnanie z sędzią sfinksem*, *Palestra* 2019, nr 11–12.
22. Mokry J., *Aktywność informacyjna sądu a realizacja praw i obowiązków procesowych przez strony procesu cywilnego*, [w:] *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Prof. J. Jodłowskiego*, Wrocław 1989.
23. Osowy P., *Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 k.p.c.*, *Rejent* 2003, nr 7–8.
24. Piaskowska O.M. [red.], *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020.

25. Pietrzkowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2020.
26. Pietrzkowski H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012.
27. Ryłski P., *Działanie sądu z urzędu a podstawa faktyczna wyroku cywilnego*, Warszawa 2009.
28. Ryłski P., *O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności*, *Palestra* 2019, nr 11–12.
29. Sawczuk M., *Niezawistość sędziowska a granice pomocy stronie*, [w:] *Studia z procesu cywilnego*, red. K. Korzan, Katowice 1986.
30. Siedlecki W., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. W. Siedlecki, Z. Resich, Warszawa 1976.
31. Studzińska J., *Zakres pouczeń dla strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016.
32. Zembrzusi T., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, red. T. Zembrzusi, LEX/el. 2020.
33. Zembrzusi T., *Pouczanie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016.

Wanda Stojanowska, Mirosław Kosek, Aleksandra Sych
Funkcjonowanie instytucji separacji
w świetle analizy danych statystycznych
dotyczących orzecznictwa sądowego

*The functioning of separation institutions in the light of
the analysis of statistical data on judicial decisions*

Abstract

The subject of considerations contained in the article is the functioning of the institution of separation, introduced to the Family and Guardianship Code by the amendment of 1999. The analysis uses the results of empirical research (files) published in the literature on the adjudication of separation and its abolition – in the practice of Polish courts – and, above all, data statistics on the institution in question, published by the Central Statistical Office in the years 2000–2020.

The considerations contained in the article allow for the formulation of several conclusions. Statistical data clearly show that the number of adjudicated separations is successively decreasing, while the number of divorces is increasing. More and more couples are therefore choosing divorce rather than separation as a way of resolving difficulties in marital life. However, the process described above applies primarily to couples of short duration. This group of married couples is not interested in the effort to maintain the marriage, rather they strive to end it quickly and “put their lives in order” again. The institution of separation, especially according to this group, is only a temporary solution, which ultimately leads to the dissatisfaction of the spouses with the legal situation between them. Based on the analysis made in the article, it can be concluded that there is a certain category of marriages for which the discussed institution meets the assumptions adopted by the legislator when it was adopted. This is evidenced by the practice of abolition of separation. Despite the decrease in the number of adjudicated separations, the number of abolished separations has remained at a similar level for years.

Prof. dr hab. Wanda Stojanowska jest profesorem zwyczajnym na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-5519-0329, e-mail: w.stojanowska@uksw.edu.pl

Dr hab. Mirosław Kosek jest profesorem na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-1915-3555, e-mail: m.kosek@uksw.edu.pl

Mgr Aleksandra Sych, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: aleklasy@gmail.com

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 30.09.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 7.10.2022 r.

The discussed institution will probably continue to evolve and “look for its proper place” in changing social contexts, implementing the legislator’s intention and related functions, including, in particular, helping married couples in crisis. In this context, according to the authors of the article, it would be worth considering various possibilities of institutional support for separated married couples, who are currently left to their own devices. Perhaps this is where the reasons for the process of decreasing the attractiveness of the separation institution, according to the opinion of the spouses, should be sought.

Keywords: decision of separation, annulment of separation, child welfare, family protection, family counselling

Streszczenie

Przedmiotem rozważań zawartych w artykule jest funkcjonowanie instytucji separacji, wprowadzonej do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nowelizacją z 1999 r. W analizie wykorzystano zamieszczone w literaturze wyniki badań empirycznych (aktowych) w zakresie orzekania separacji i jej zniesienia – w praktyce sądów polskich – oraz przede wszystkim dane statystyczne dotyczące przedmiotowej instytucji, publikowane przez Główny Urząd Statystyczny w latach 2000–2020. Zawarte w artykule rozważania pozwalają na sformułowanie kilku wniosków. Dane statystyczne wyraźnie pokazują, że liczba orzekanych separacji sukcesywnie spada, przy jednoczesnym wzroście liczby rozwodów. Coraz więcej małżeństw wybiera zatem rozwód, a nie separację, jako sposób rozwiązywania trudności w pożyciu małżeńskim. Opisywany proces dotyczy jednak przede wszystkim małżeństw o niewielkim stażu. Ta grupa małżeństw nie jest zainteresowana wysiłkiem utrzymania małżeństwa, dąży raczej do szybkiego jego zakończenia i „poukładania sobie” życia na nowo. Instytucja separacji, zwłaszcza według tej grupy, stanowi jedynie rozwiązanie chwilowe, które docelowo prowadzi do niezadowolenia małżonków z zaistniałej między nimi sytuacji prawnej. Na podstawie dokonanej w artykule analizy nasuwa się wniosek, że istnieje pewna kategoria małżeństw, wobec których omawiana instytucja spełnia założenia przyjęte przez ustawodawcę przy jej uchwalaniu. Świadczy o tym praktyka w zakresie zniesienia separacji. Pomimo spadku liczby orzekanych separacji liczba separacji zniesionych pozostaje od lat na zbliżonym poziomie. Omawiana instytucja zapewne będzie nadal ewoluować i „szukać sobie właściwego miejsca” w zmieniających się kontekstach społecznych, realizując zamiysł ustawodawcy i związane z nim funkcje, w tym zwłaszcza pomoc małżeństwom pozostającym w kryzysie. Warto byłoby zatem, zdaniem autorów artykułu, rozważyć także różne możliwości instytucjonalnej pomocy małżeństwom pozostającym w separacji, które obecnie pozostawione są samym sobie. Być może tutaj należy szukać przyczyn procesu obniżania się atrakcyjności instytucji separacji według opinii małżonków.

Słowa kluczowe: orzeczenie separacji, zniesienie separacji, dobro dziecka, ochrona rodziny, poradnictwo rodzinne

1. Uwagi wprowadzające

Lata 60. XX w. oraz koniec lat 90. XX w. w Polsce uważane są za przełom w funkcjonowaniu znanego wcześniej świata. Krystyna Slany wskazuje na szczególne zmiany w czterech aspektach: technologiczno-informacyjnym, ekonomicznym, społecznym i kulturowym. Szczególnie interesująca w kontekście instytucji separacji jest wypowiedź autorki, gdzie stwierdza „szokujące zmiany w systemach wartości oraz przesunięcia ustalonych dotychczas granic moralnych i etycznych”¹. Stale wzrasta liczba rozwodów, związków kohabitacyjnych oraz żywych urodzeń w związkach pozamałżeńskich. Instytucja separacji, o którą toczono zażarte dyskusje od początku lat 90. XX w., oraz argumenty jej zwolenników i przeciwników skłaniają do refleksji i poszukiwania odpowiedzi na pytanie: czy separacja spełniła pokładane w niej nadzieje?

Ustawodawstwo powojenne pominęło instytucję separacji głównie z przyczyn ideologicznych i nasilającej się walki z Kościołem Katolickim. Dekret prezydenta z 25.09.1945 r. – Prawo małżeńskie² oraz Kodeks rodzinny z 1950 r.³ regulowały jedynie możliwość orzeczenia rozwodu. Instytucji separacji początkowo również nie przewidywał aktualnie obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 r.⁴

Lata 1992–1998 poprzedzające wprowadzenie instytucji separacji w obecnym kształcie były czasem burzliwej dyskusji o sensie, celach i zasadach funkcjonowania tej instytucji w polskim systemie prawnym.

Pierwsze opracowanie, które wzbudziło szeroką dyskusję w judykaturze, to projekt Adama Strzembosza z 1992 r. Przewidywał on wspólną regulację dla rozwodu i separacji w art. 56–58 k.r.o. W praktyce oznaczałoby to, że przesłanki i treść wyroku rozwodowego oraz separacyjnego byłyby identyczne. Skutkiem tak uregulowanej separacji miałyby być ustanie obowiązku wspólnego pożycia oraz zniesienie małżeńskiej wspólności majątkowej, chyba że sąd orzekłby inaczej. Instytucja separacji miała tamować łatwość orzekania rozwodu, gdyż dopiero po 2 latach pozostawania w separacji małżonkowie mogliby wystąpić z żądaniem rozwiązania małżeństwa przez rozwód⁵.

Dyskusja nad wskazanym projektem doprowadziła do ukształtowania się dwóch stanowisk (pozytywnego i negatywnego), które ścierały się w trakcie pojawiania się kolejnych projektów przywrócenia instytucji separacji do polskiego prawa rodzinnego. Warto w tym kontekście podkreślić, że wśród zwolenników omawianej instytucji od początku dyskusji zarysowały się dwa nurty argumentacji, komplementarne wobec siebie. Zwolennicy pierwszego z nich podnosili, że beneficjentami wprowadzenia instytucji separacji będą osoby wierzące, dla których – w przypadku niemożności kontynuowania pożycia małżeńskiego – wystąpienie z żądaniem orzeczenia rozwodu (który stoi w sprzeczności z nauką Kościoła Katolickiego) jest moralnie

¹ K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002, s. 23–26.

² Dz.U. z 1945 r. Nr 48, poz. 270.

³ Ustawa z 27.06.1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 308 ze zm.).

⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

⁵ A. Sylwestrzak, *Skutki prawne separacji małżonków*, Warszawa 2007, s. 46.

niedopuszczalne⁶. Prawo powinno wyjść tym obywatelom naprzeciw, czego wyraz stanowi instytucja separacji. Wskazywano jednak także (na czym koncentrował się drugi ze wspomnianych nurtów argumentacji zwolenników separacji⁷), że instytucji tej nie należy ograniczać wyłącznie do wymiaru religijnego. Brak instytucji separacji w polskim systemie odczuwały nie tylko osoby wierzące, które nie mając wyboru, decydowały się na rozwód. Nieistnienie tej instytucji, jak wskazywano, powodowało „definitywne rozbijanie małżeństw, które przeżywały chwilowy kryzys, a rozkład ich pożycia był wprawdzie czasami zupełny, ale odwracalny, a więc nietrwały”⁸. W takich sytuacjach „naruszane było dobro dziecka, gdyż orzeczenie rozwodu odbierało nadzieję, że rodzice podejmą w przyszłości pożycie”⁹. W wyniku tej argumentacji oczywiste stawało się, że „separacja w prawie świeckim jest nie tylko przejawem tolerancji religijnej, ale służy wszystkim członkom społeczeństwa, dla których dobra jest przewidziana, chociaż korzyści z niej wynikających zainteresowani czasami sobie nie uświadamiają”¹⁰.

Przeciwnicy wprowadzenia separacji wskazywali konsekwentnie na wyznaniowy charakter instytucji, a jej wprowadzenie postrzegali w kategoriach „klerykalizacji” prawa powszechnego, której się zdecydowanie sprzeciwiali¹¹. Za niedopuszczalne uznawali ograniczanie możliwości żądania rozwodu oraz wskazywali, że instytucja separacji nie ma żadnego wpływu na trwałość małżeństwa, a jedynie utrudnia skonfliktowanym małżonkom rozstanie i rozpoczęcie nowych związków. Badania statystyczne z tamtego okresu wykazywały, że zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy wprowadzenia instytucji stanowili blisko połowę ówczesnego polskiego społeczeństwa¹².

Dyskusje trwały, a kolejne projekty stawały się okazją do powielania formułowanych wcześniej argumentów za i przeciw. Przełomem okazały się poselski i rządowy projekt separacji prawnej z 1998 r. Projekt poselski przejął w głównej mierze konstrukcje projektów rządowych z 1992 r. i 1993 r. oraz poselskiego projektu z 1995 r.¹³ Projekt rządowy natomiast przewidywał regulację bardziej kompleksową i stał się podstawą dalszego procedowania. Zakładał on niezależność instytucji separacji i rozwodu. Nowy dział V tytułu I Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zawierający pięć artykułów przewidywał inne przesłanki orzeczenia separacji niż w przypadku orzeczenia rozwodu. Zgodnie z założeniami projektu orzeczenie separacji mogło nastąpić z inicjatywy jednego z małżonków lub na podstawie zgodnego żądania obojga. Wybór ten miał determinować rozpatrywanie sprawy w trybie procesowym lub nieprocesowym pod warunkiem, że małżonkowie zgodnie żądają orzeczenia

⁶ Por. A. Strzemborz, *O zrównanie w prawie rodzinnym wierzących z niewierzącymi*, „Rzeczpospolita” z 15.01.1992 r., nr 12.

⁷ Por. W. Stojanowska, *Separacja obok rozwodu*, „Rzeczpospolita” z 24.02.1992 r., nr 46.

⁸ W. Stojanowska, *Separacja...*

⁹ W. Stojanowska, *Separacja...*

¹⁰ W. Stojanowska, *Separacja...*

¹¹ Szerzej na ten temat por. E. Holewińska-Łapińska, *Separacja: nadzieja i rzeczywistość*, „Prawo Kanoniczne” 2009/3–4, s. 263–283.

¹² A. Kwak, *Separacja małżeńska w świetle badań*, „Problemy Rodziny” 1998/5–6, s. 57–64.

¹³ Szerzej na ten temat por. P. Kasprzyk, *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003, s. 147–177. Teksty omawianych projektów autor podaje w aneksach 4–7.

separacji nie posiadali wspólnych małoletnich dzieci¹⁴. Przesłanką pozytywną orzeczenia separacji miał być zupełny rozkład pożycia, co tłumaczono założeniem tymczasowości separacji między małżonkami. Ponadto położono szczególny nacisk na podkreślenie roli instytucji oraz zapobieżenie postrzegania separacji jako surogatu rozwodu. Separacja miała wspierać ochronę małżeństwa i rodziny przez stworzenie przestrzeni do łagodzenia konfliktu zaistniałego między małżonkami, umożliwiać regulację stosunków majątkowych oraz dbać o dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków. Jeżeli chodzi o przesłanki negatywne, projekt zakładał pominięcie zakazu żądania orzeczenia separacji przez małżonka wyłącznie winnego rozkładu pożycia. Orzeczenie separacji miało być niedopuszczalne w przypadku zagrożenia dobra małoletnich dzieci lub naruszenia zasad współżycia społecznego. Ustawodawca przyjął, że skutki separacji będą w zasadzie tożsame ze skutkami orzeczenia rozwodu. *Novum* stanowiła treść proponowanego art. 61¹ § 3 k.r.o. zobowiązującego małżonków pozostających w separacji do wzajemnej pomocy ograniczonej względami słuszności¹⁵. Efektem tych prac stała się ustawa z 21.05.1999 r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹⁶, która jest obecnie podstawą funkcjonowania instytucji separacji.

Od wprowadzenia separacji do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego minęło ponad 20 lat. To wystarczający okres, aby dokonać weryfikacji normatywnych jej założeń z perspektywy ukształtowanej w tym okresie praktyki orzeczniczej. Badania w tym zakresie były prowadzone m.in. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości i dotyczyły różnych aspektów omawianej instytucji¹⁷.

W przedmiotowym opracowaniu poddano analizie funkcjonowanie instytucji separacji, wykorzystując dane Głównego Urzędu Statystycznego (dalej GUS), publikowane w „Rocznikach Demograficznych” oraz w innych bazach danych GUS, dotyczące separacji. W potocznym odbiorze wydawać by się mogło, że statystyka niewiele ma do zaoferowania badaczom zjawisk i instytucji prawnych. Nic bardziej mylnego. Szczegółowa analiza danych statystycznych, połączona z wiedzą teoretyczną oraz znajomością praktyki, pozwala na dostrzeżenie pewnych prawidłowości w funkcjonowaniu badanej instytucji, na sformułowanie konkretnych wniosków oraz przypuszczalnych tendencji rozwojowych. Minione 20 lat funkcjonowania separacji w polskim systemie prawnym skłania do przedmiotowej refleksji, która – w zamierzeniu autorów – może stanowić jeden z argumentów wieloaspektowej oceny funkcjonowania omawianej instytucji, zasadności jej przywrócenia i społecznego znaczenia¹⁸.

¹⁴ P. Kasprzyk, *Separacja...*, s. 170.

¹⁵ P. Kasprzyk, *Separacja...*, s. 162–177.

¹⁶ Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 532.

¹⁷ Por. E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006; E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo w sprawach o zniesienie separacji*, „Prawo w Działaniu” 2017/29, s. 43 i n.

¹⁸ W niniejszym artykule wykorzystano wyniki badań (tabele 1–11) przeprowadzonych przez Aleksandrę Sych na użytek jej pracy magisterskiej pt. „Funkcjonowanie instytucji separacji w świetle analizy statystycznej”, napisanej pod kierunkiem prof. Wandy Stojanowskiej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie i obronionej w lipcu 2022 r.

2. Prawomocne orzeczenie separacji w latach 2000–2020

Instytucja separacji zaczęła funkcjonować – jak już wspomniano – 16.12.1999 r. na podstawie ustawy z 21.05.1999 r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹⁹. Aby dokonać analizy liczby orzekanych separacji w danym roku, należy wziąć pod uwagę stan świadomości prawnej obywateli, czynniki społeczno-gospodarcze oraz ogólną sytuację charakterystyczną dla badanego okresu.

Tabela 1. Liczba prawomocnie orzeczonych separacji w latach 2000–2020

Rok	Liczba prawomocnie orzeczonych separacji			Liczba prawomocnie orzeczonych separacji na 1.000 zawartych małżeństw		
	ogółem	w miastach	na wsi	ogółem	w miastach	na wsi
2000	1.340	1.134	206	6,3	8,8	2,5
2001	2.345	1.957	388	12,0	16,6	5,6
2002	2.649	2.217	430	13,8	19,1	6,6
2003	3.027	2.517	510	15,5	21,2	6,6
2004	5.891	4.270	1.620	30,7	36,7	21,5
2005	11.600	7.700	3.899	56,1	61,3	48,0
2006	7.978	5.572	2.404	35,3	40,6	27,0
2007	4.927	3.560	1.363	19,8	23,7	13,8
2008	3.791	2.743	1.040	14,4	17,7	10,1
2009	3.233	2.288	938	12,9	15,0	9,6
2010	2.789	1.984	790	12,2	14,5	8,7
2011	2.843	2.058	777	13,8	16,8	9,3
2012	2.515	1.801	707	12,3	15,1	8,4
2013	2.216	1.642	564	12,3	15,5	7,6
2014	1.918	1.395	515	10,2	12,7	6,6
2015	1.700	1.216	478	9,0	10,9	6,2
2016	1.612	1.142	459	8,3	10,0	5,8
2017	1.569	1.102	460	8,1	15,2	3,8
2018	1.254	865	383	6,5	7,5	4,9
2019	1.182	824	345	6,4	7,5	4,7
2020	720	511	205	5,0	5,9	3,5

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Najwięcej separacji do tej pory orzeczono w 2005 r. Było to 11.600 prawomocnie orzeczonych separacji. Najmniej separacji orzeczono w 2020 r. – 720. Należy zauważyć

¹⁹ Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 532.

wyraźny trend – liczba separacji od 2000 r. do 2005 r. wyraźnie rosła. Różnica wartości we wskazanym przedziale czasu wynosiła aż 866%. Od 2006 r. nastąpił wyraźny trend spadkowy. W 2006 r. liczba orzeczonych separacji spadła o 31% w stosunku do roku poprzedniego. W kolejnych latach liczba separacji praktycznie jednostajnie malała. Jest to trend odwrotny do trendu orzekania rozwodów.

Zważywszy na strukturę ludności w Polsce oraz ciągle zauważalne rozwarstwienie społeczne wśród mieszkańców miast i wsi, należy podkreślić trwałą tendencję występowania wyraźnie większej liczby orzeczonych separacji w przypadku mieszkańców miast. W 2000 r. separowani małżonkowie z miast stanowili 85% ogólnej liczby orzekanych separacji, w 2010 r. – 71%, a w 2020 r. – 71%. Być może przyczyną jest większa świadomość prawna co do istnienia omawianej instytucji wśród mieszkańców miast. Biorąc pod uwagę tempo spadku liczby orzekanych separacji, można przypuszczać, że ich liczba nadal będzie spadać, aż osiągnie pewne minimum.

Taka konstatacja połączona z zatrważającą liczbą orzekanych rozwodów – 65.341 w 2019 r. i 51.164 w 2020 r. (co jest wyjątkowe ze względu na panującą w tym czasie epidemię w Polsce) – prowadzi do wniosku, że małżonkowie zdecydowanie częściej wybierają radykalne rozwiązanie w postaci rozwodu i coraz rzadziej decydują się na separację. Dodatkowo, uwzględniając coraz większą laicyzację (uważa się, że około 47% osób formalnie wierzących w Polsce rzeczywiście praktykuje swoją religię, co oznacza spadek o 11 punktów procentowych w badanym okresie²⁰), należy uznać, że separacja nie spełnia już roli alternatywy dla rozwodów (dla osób wierzących, których wiara sprzeciwia się rozwodom) z powodu spadku religijności w społeczeństwie. Argumenty podnoszone przy tworzeniu projektu obecnie obowiązującej regulacji wydają się tracić na znaczeniu. Nietrafność wspomnianego założenia ustawodawcy widać już było w wynikach pierwszych ogólnopolskich badań dotyczących praktyki orzekania separacji²¹. Wynikało z nich, że motywacje o charakterze światopoglądowym formułowano jedynie w 9,3% zbadanych spraw zakończonych prawomocnym orzeczeniem²².

2.1. Prawomocne orzeczenia separacji w poszczególnych województwach

Struktura podziału separacji między mieszkańców miast i wsi znajduje przełożenie na liczbę orzeczonych separacji w konkretnych województwach.

Tabela 2. Prawomocne orzeczenia separacji według województw w latach 2000–2010

Województwo	Rok										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Dolnośląskie	138	186	250	271	377	752	504	334	255	214	175

²⁰ Por. *Religijność Polaków w ostatnich 20 latach*, „Komunikat z badań CBOS” 2020/63, s. 2.

²¹ Por. E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie...*, s. 241–257.

²² E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie...*, s. 242.

Województwo	Rok										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Kujawsko-pomorskie	74	133	160	179	462	853	537	326	205	195	163
Lubelskie	35	92	89	131	219	648	272	293	159	164	150
Lubuskie	51	117	103	83	167	329	221	120	87	62	56
Łódzkie	116	207	236	246	460	860	645	351	239	276	263
Małopolskie	90	172	183	224	406	1.087	728	376	286	253	222
Mazowieckie	152	290	291	372	650	1.422	1.062	677	472	428	311
Opolskie	52	50	60	74	88	203	132	84	62	51	41
Podkarpackie	88	124	146	147	554	823	459	261	236	209	149
Podlaskie	67	93	84	87	308	418	190	145	146	117	105
Pomorskie	89	126	206	232	271	624	461	274	191	185	145
Śląskie	104	378	389	532	845	1.615	1.396	873	797	528	514
Świętokrzyskie	12	12	2	7	16	248	153	94	71	60	85
Warmińsko-mazurskie	66	78	109	112	290	597	373	209	155	130	115
Wielkopolskie	174	245	272	250	601	835	563	365	319	274	198
Zachodniopomorskie	32	42	67	80	176	285	280	141	103	80	82

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2011.

W trakcie analizy danych z tabeli 2 należy wziąć pod uwagę liczbę mieszkańców danego województwa, aby uznać wnioski za porównywalne. W 2000 r. najwięcej separacji orzeczono w województwie wielkopolskim – 174, najmniej w świętokrzyskim – 12. W szczytowym roku 2005 najwięcej separacji orzeczono w województwie śląskim – 1.615, najmniej w opolskim – 203. W 2010 r., czyli po dziesięciu latach funkcjonowania instytucji separacji w obecnym kształcie, najwięcej separacji orzeczono w województwie śląskim – 514, a najmniej w opolskim – 41. Zważywszy na współczynnik liczby separacji na 100.000 mieszkańców, powyższe dane kształtują się nieco inaczej. Przykładowo w 2000 r. dla województwa podlaskiego współczynnik ten wynosił 5,5, lubuskiego – 5,0, najniższy zaś był dla województwa świętokrzyskiego – 0,9.

Tabela 3. Prawomocne orzeczenia separacji według województw w latach 2010–2020

Województwo	Rok										
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Dolnośląskie	175	159	141	122	141	102	102	88	63	67	45
Kujawsko-pomorskie	163	147	168	154	139	110	104	93	59	48	38
Lubelskie	150	130	128	126	92	77	82	83	58	79	35
Lubuskie	56	64	44	50	35	32	30	16	8	26	11

cd. tabeli 3

Województwo	Rok										
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Łódzkie	263	220	210	195	145	105	115	95	80	109	58
Małopolskie	222	262	242	180	150	173	153	151	98	123	78
Mazowieckie	311	366	328	297	233	207	177	169	145	114	88
Opolskie	41	45	34	29	37	28	40	30	24	22	17
Podkarpackie	149	189	151	109	103	109	99	122	96	74	52
Podlaskie	105	107	78	94	78	81	70	68	52	62	37
Pomorskie	145	135	100	117	60	90	69	64	40	36	31
Śląskie	514	518	436	391	336	275	250	267	267	212	120
Świętokrzyskie	85	65	57	41	68	43	45	60	50	24	21
Warmińsko-mazurskie	115	138	84	78	89	73	71	67	51	42	15
Wielkopolskie	198	210	239	174	152	148	140	140	122	91	46
Zachodniopomorskie	82	80	68	49	52	41	54	49	35	40	24

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2011–2021.

Drugie dziesięciolecie funkcjonowania omawianej instytucji notuje coraz mniejszą liczbę orzekanych separacji. Zauważalny jest zmienny trend wśród liczby orzekanych separacji według województw (tabela 2) – ich układ odpowiada temu z lat 2000–2010. Liczby z roku na rok są coraz niższe. Jak wynika z tabeli 3 najwięcej separacji w 2010 r. orzeczono w województwie śląskim – 514, najmniej w opolskim – 41. Z kolei w 2020 r. najwięcej separacji orzeczono w województwie śląskim – 120, a najmniej (zaledwie 11) w województwie lubuskim. Przyjmując tempo spadku orzekania, po kolejnych dziesięciu latach, może okazać się, że w danym województwie nie będzie żadnej orzeczonej separacji.

2.2. Inicjatorzy postępowania

Inicjatorem postępowania o orzeczenie separacji może być jeden z małżonków (reguła ta obowiązuje w trybie procesowym) lub oboje małżonkowie, zgodnie wnoszący o orzeczenie separacji w trybie nieprocesowym.

Tabela 4. Inicjatorzy procesu o orzeczenie separacji w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji			
	ogółem	z powództwa męża	z powództwa żony	na zgodny wniosek stron
2000	1.340	251	901	188
2001	2.345	402	1.755	188

Rok	Liczba separacji			
	ogółem	z powództwa męża	z powództwa żony	na zgodny wniosek stron
2002	2.649	428	2.031	190
2003	3.027	503	2.290	234
2004	5.891	687	4.893	311
2005	11.600	933	10.378	289
2006	7.978	810	6.843	325
2007	4.927	611	3.949	367
2008	3.791	551	2.920	320
2009	3.233	528	2.442	263
2010	2.789	452	2.059	278
2011	2.843	441	2.062	340
2012	2.515	400	1.797	318
2013	2.216	344	1.515	357
2014	1.918	314	1.295	309
2015	1.700	277	1.139	284
2016	1.612	310	1.129	173
2017	1.569	329	1.218	22
2018	1.254	239	905	110
2019	1.182	212	796	174
2020	720	163	426	131

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Z tabeli 4 wynika, że najczęściej inicjatorem postępowania o orzeczenie separacji była żona. Przykładowo, w 2000 r. żony zainicjowały 67% postępowań, w szczytowym 2005 r. – aż 89%, w 2010 r. – 74%, a w 2020 r. – 59%. Z reguły najrzadziej separację orzekano na zgodny wniosek stron. W 2000 r. było to 14% postępowań, w 2005 r. – tylko 2,5%, w 2010 r. – 10%, a w 2020 r. – 18%. Na przestrzeni dwudziestu lat utrzymuje się tendencja, zgodnie z którą żony niezmiennie pozostają najczęstszymi inicjatorami procesu. Natomiast najrzadziej proces jest inicjowany na zgodny wniosek małżonków.

2.3. Informacje o małżonkach

Informacje dotyczące małżonków, wobec których orzeczono separację, pozwalają na stworzenie obrazu statystycznego separowanego małżeństwa w konkretnym przedziale czasowym. Istotnymi danymi są te, które dotyczą wieku małżonków w momencie zawierania małżeństwa, ich wieku w momencie wniesienia powództwa oraz poziomu ich wykształcenia.

Tabela 5. Wiek separowanych małżonków w momencie zawierania związku małżeńskiego w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji ogółem	Wiek małżonków (w latach)							
		poniżej 25	25–29	30–34	35–39	40–44	45–49	50–54	55 i powyżej
2000	1.340	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2001	2.345	1.675	392	133	67	35	13	14	16
2002	2.649	1.949	379	154	79	38	24	18	8
2003	3.027	2.219	458	180	74	46	24	13	13
2004	5.891	4.355	931	332	151	66	34	12	10
2005	11.600	8.719	1.698	656	316	117	44	27	23
2006	7.978	5.861	1.240	482	206	100	53	21	15
2007	4.927	3.625	777	275	108	70	39	15	18
2008	3.791	2.755	660	204	76	39	24	19	14
2009	3.233	2.347	535	170	72	46	30	22	11
2010	2.789	1.995	486	133	69	42	36	17	11
2011	2.843	1.938	547	157	91	59	24	16	11
2012	2.515	1.707	462	178	78	40	19	16	16
2013	2.216	1.450	435	149	70	35	31	21	25
2014	1.918	1.277	369	122	71	30	17	17	15
2015	1.700	1.090	348	123	52	33	29	13	12
2016	1.612	990	346	125	74	23	20	20	14
2017	1.569	946	374	117	67	24	19	10	12
2018	1.254	734	309	90	57	29	16	7	12
2019	1.182	676	260	106	59	29	28	9	15
2020	720	402	165	81	30	16	6	13	7

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Jeżeli chodzi o wiek separowanych małżonków w momencie zawierania związku małżeńskiego, dane wydają się dość przewidywalne. Związki małżeńskie najczęściej zawierały osoby do 29. roku życia²³. Nie dziwi więc to, że największa liczba żądań o orzeczenie separacji została wniesiona przez małżonków, którzy zawarli związek małżeński w wieku: poniżej 25 lat lub 25–29 lat. Pomimo rosnącego wieku nupturientów o orzeczenie separacji najczęściej, nieprzerwanie od 2000 r., żądanie zgłaszają ci małżonkowie, którzy zawarli związki małżeńskie, gdy mieli poniżej 25 lat. W 2001 r.²⁴ 71 % separacji dotyczyło małżonków, którzy zawarli związek

²³ Przedziały wiekowe – młodych osób – przyjęte w opracowaniach statystycznych to: poniżej 24 lat i od 25 do 29 lat (wg „Roczników Demograficznych” GUS, Warszawa 2001–2021).

²⁴ Za rok 2000 GUS nie przedstawił danych w tej materii.

małżeński w wieku poniżej 24 lat, natomiast 16% separacji – tych, którzy zawarli związek małżeński w wieku od 25 do 29 lat. Dla porównania, w związku z rosnącym wiekiem nupturientów, w 2020 r. 56% separacji orzeczono wobec małżonków, którzy zawarli związek małżeński w wieku poniżej 25 lat, a 23% – wobec tych, którzy byli w wieku od 25 do 29 lat. Mimo to odsetek w tej grupie wiekowej jest nadal najwyższy. Należy wskazać, że są to osoby młode, często takie, które nie osiągnęły stabilizacji zawodowej i finansowej. Co ciekawe, nie przekłada się to jednak na szybką decyzję o separacji (por. tabela 8).

Z tabeli 6 wynika, że dane dotyczące wieku małżonków w momencie wniesienia powództwa o orzeczenie separacji nie przekładają się w sposób prosty na dane przedstawione w tabeli powyżej (5). Mogłoby się wydawać, że małżeństwa zawarte przez osoby szczególnie młode, które zawarły związek małżeński poniżej 25. roku życia i najczęściej żądały orzeczenia separacji, występowały z tym żądaniem szybko. Powinno to zatem znaleźć odzwierciedlenie w tym, że najwięcej małżonków żądających separacji powinno dotyczyć osób do 29. roku życia, ewentualnie do 34. roku życia. Okazuje się jednak, że analiza danych prowadzi do innych wniosków.

Tabela 6. Wiek separowanych małżonków w momencie wniesienia pozwu o orzeczenie separacji w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji ogółem	Wiek małżonków (w latach)							
		poniżej 25	25–29	30–34	35–39	40–44	45–49	50–54	55 i powyżej
2000	1.340	38	152	167	214	258	237	274	
2001	2.345	107	305	322	362	405	375	276	193
2002	2.649	145	322	393	404	483	425	282	195
2003	3.027	136	347	461	466	536	493	332	256
2004	5.891	257	676	1.042	1.062	1.072	910	533	319
2005	11.600	517	1.311	1.935	2.375	2.225	1.834	941	462
2006	7.978	302	850	1.249	1.476	1.362	1.315	830	594
2007	4.927	219	557	840	858	778	711	531	433
2008	3.791	179	424	600	657	557	529	422	423
2009	3.233	130	344	522	528	465	440	398	406
2010	2.789	104	304	421	444	384	390	333	409
2011	2.843	106	297	397	468	396	342	345	492
2012	2.515	91	264	366	404	350	288	315	437
2013	2.216	63	203	294	353	309	270	268	456
2014	1.918	69	168	259	298	269	224	248	383
2015	1.700	35	141	225	256	241	198	209	395
2016	1.612	23	129	209	237	236	221	197	360
2017	1.569	25	123	202	255	251	202	180	331

cd. tabeli 6

Rok	Liczba separacji ogółem	Wiek małżonków (w latach)							
		poniżej 25	25–29	30–34	35–39	40–44	45–49	50–54	55 i powyżej
2018	1.254	20	85	166	207	186	149	137	304
2019	1.182	15	77	140	163	186	180	135	286
2020	720	13	45	65	88	126	106	79	198

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Najmniej separacji orzeczono w grupie małżonków, którzy w momencie wniesienia powództwa mieli poniżej 25 lat. Wydaje się być to zrozumiałe – ze względu na pozytywną przesłankę separacji wymagającą zaistnienia zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego, które co do zasady musi trwać pewien czas, aby żądanie zostało uznane za uzasadnione. Małżonkowie w chwili wniesienia powództwa o separację najczęściej mieli od 35 do 39 lat lub od 40 do 44 lat. Zbliżona liczba separacji została orzeczona wobec małżonków, którzy w momencie wniesienia powództwa mieli od 45 do 49 lat. W szczytowym 2005 r. najwięcej separacji (20%) orzeczono wśród małżonków, którzy w momencie wniesienia żądania byli w wieku od 35 do 39 lat. Podobną grupę tworzyli małżonkowie, którzy w momencie wniesienia powództwa mieli od 40 do 44 lat. Ich separacje stanowiły 19% ogólnej liczby orzeczeń wydanych w 2005 r. Począwszy od 2011 r. najwięcej separacji orzekanych jest wśród małżonków w przedziale wiekowym powyżej 55. roku życia.

Tabela 7. Poziom wykształcenia separowanych małżonków w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji ogółem	Wykształcenie małżonków			
		wyższe	średnie	podstawowe	niepełne podstawowe/ nieustalone
2000	1.340	270	875	182	13
2001	2.345	390	1.610	340	5
2002	2.649	413	1.847	377	12
2003	3.027	470	2.130	417	10
2004	5.891	544	4.131	1.170	46
2005	11.600	756	8.133	2.616	95
2006	7.978	765	5.488	1.666	59
2007	4.927	694	3.370	784	79
2008	3.791	600	2.579	537	75
2009	3.233	573	2.093	428	139
2010	2.789	536	1.741	319	193
2011	2.843	592	1.828	346	77
2012	2.515	536	1.656	307	16

Rok	Liczba separacji ogółem	Wykształcenie małżonków			
		wyższe	średnie	podstawowe	niepełne podstawowe/ nieustalone
2013	2.216	509	1.460	240	7
2014	1.918	505	1.210	190	13
2015	1.700	449	1.087	156	8
2016	1.612	443	1.002	145	22
2017	1.569	431	1.001	126	11
2018	1.254	385	787	72	10
2019	1.182	375	724	69	14
2020	720	242	429	38	11

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Z powyższej tabeli wynika, że najczęściej orzekano separację wśród małżonków posiadających średnie wykształcenie. W 2000 r. stanowili oni 65% wszystkich separowanych małżonków, w 2005 r. – 70%, w 2010 r. – 62%, a w 2020 r. – 60%. Zdecydowanie najrzadziej separację orzekano wśród osób najmniej wykształconych, tj. posiadających niepełne podstawowe wykształcenie. Należy jednak wziąć pod uwagę, że współcześnie w społeczeństwie takich osób jest ogólnie coraz mniej, więc wynik ten zbyttno nie zaskakuje. Początkowo, w latach 2000–2003, więcej separacji orzekano wśród osób z wyższym wykształceniem niż wśród osób z podstawowym wykształceniem. Od 2004 r. trend ten się odwrócił. Od 2008 r. do 2020 r. ponownie więcej separacji orzekano wśród małżonków z wyższym wykształceniem.

2.4. Czas trwania małżeństwa w momencie wniesienia pozwu

Czas trwania małżeństwa w momencie orzeczenia separacji jest, obok wieku małżonków, jedną z bardziej interesujących zmiennych, wpływających na obraz demograficzny odnoszący się do omawianej instytucji. Na podstawie danych dotyczących czasu trwania małżeństwa w momencie wniesienia pozwu łatwo zauważyć zmienny trend, do którego doszło począwszy od 2010 r.

Tabela 8. Czas trwania małżeństwa w momencie wniesienia pozwu o separację w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji ogółem	Czas trwania małżeństwa (w latach)							
		rok i mniej	2–4	5–9	10–14	15–19	20–24	25–29	30 i więcej
2000	1.340	38	152	167	214	262	202	180	141
2001	2.345	78	216	408	377	428	346	239	253

cd. tabeli 8

Rok	Liczba separacji ogółem	Czas trwania małżeństwa (w latach)							
		rok i mniej	2-4	5-9	10-14	15-19	20-24	25-29	30 i więcej
2002	2.649	88	267	417	493	432	428	300	224
2003	3.027	91	275	468	522	527	464	386	294
2004	5.891	155	522	892	1.183	1.212	906	579	442
2005	11.600	284	876	1.812	2.302	2.698	1.962	994	672
2006	7.978	191	630	1.196	1.370	1.621	1.388	853	729
2007	4.927	152	446	823	771	908	772	540	515
2008	3.791	190	293	565	599	692	508	450	494
2009	3.233	149	268	479	480	547	436	408	466
2010	2.789	134	226	448	394	417	393	334	443
2011	2.843	148	314	406	369	402	390	330	484
2012	2.515	105	314	335	349	320	321	304	467
2013	2.216	84	252	299	315	273	287	237	469
2014	1.918	73	226	299	221	219	235	218	427
2015	1.700	66	165	278	202	192	195	178	424
2016	1.612	72	135	279	195	189	166	190	386
2017	1.569	70	145	269	187	195	172	170	361
2018	1.254	69	118	185	172	136	139	128	307
2019	1.182	50	120	180	153	139	131	126	283
2020	720	36	67	97	86	70	90	72	202

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Z powyższej tabeli wynika, że w 2000 r. największy odsetek separacji orzeczono wśród małżeństw ze stażem 15–19 lat, co stanowiło 19% wszystkich orzeczonych separacji w tym roku. Najmniej orzeczeń zostało wydanych wobec małżonków z rocznym i krótszym stażem – 2,8%. Na przestrzeni lat 2000–2020 rokrocznie orzekano najmniej separacji wobec takich małżeństw. Od 2010 r. nastąpiła trwała zmiana dotycząca tego, w której grupie osób orzekano najwięcej separacji. Mianowicie: w latach 2010–2020 byli to małżonkowie z ponad 30-letnim stażem małżeńskim. W 2010 r. orzeczenia separacji wobec małżonków o takim stażu stanowiły 16% wszystkich orzeczonych separacji, co kształtowało się niemalże na podobnym poziomie jak w grupie małżeństw o stażu 5–9 lat. W 2015 r. separacje małżonków z ponad 30-letnim stażem małżeńskim stanowiły już 25% liczby wszystkich orzeczonych separacji. Trend ten należy uznać za utrzymujący się, gdyż w 2020 r. liczba separacji małżeństw z tym stażem stanowiła 28% liczby orzeczonych separacji ogółem.

Należy zauważyć, że staż małżeński w przypadku orzeczenia separacji jest znacznie wyższy niż w przypadku rozwodu. Jak wynika z danych GUS, najwięcej

rozwodów orzeka się wobec małżonków, których staż małżeński znajduje się w przedziale 5–9 lat. W 2020 r. orzeczono 10.798 rozwodów w tej grupie małżonków, podczas gdy w grupie małżonków ze stażem powyżej 30 lat liczba rozwodów wyniosła 4.720²⁵. Można by sformułować na tej podstawie wniosek (przypuszczenie), że małżonkowie z długim stażem w przypadku wystąpienia kryzysu częściej skłonni są zdecydować się na separację niż rozwód, jako rozwiązanie mniej radykalne. Wydaje się jednak, że właściwsza byłaby inna interpretacja opisanej zmiany (sformułowana zresztą w literaturze socjologicznej). Otóż, zdaniem Piotra Szukalskiego, zdecydowanie wyższy staż małżeński par separowanych niż par rozwodzących się „potwierdza odwoływanie się do instytucji separacji przez osoby niedopuszczające rozwodu, które po usamodzielnieniu się potomstwa gotowe są do «uporządkowania» swego życia małżeńskiego”²⁶.

2.5. Informacje o małoletnich dzieciach pozostających pod władzą rodzicielską separowanych małżonków

Orzeczenie separacji wobec małżonków wywołuje też istotne skutki w życiu ich dzieci. Ustawodawca zwraca uwagę na ten fakt i szczególną troską otacza wspólne małoletnie dzieci małżonków. Ich dobro nie może doznać uszczerbku w wyniku orzeczenia separacji. Zagrożenie tego dobra podniesiono do rangi negatywnej przesłanki orzeczenia separacji.

Jak wynika z tabeli 9, para występująca z żądaniem orzeczenia separacji na przestrzeni lat 2000–2020 posiadała średnio 1,82 dziecka. Co ciekawe, najczęściej (z wyjątkiem lat 2004–2006) z żądaniem orzeczenia separacji występowali małżonkowie nieposiadający wspólnych małoletnich dzieci. Nie oznacza to jednak, że małżonkowie nie mieli dzieci w ogóle. Wnioski dotyczące stażu małżeńskiego oraz wieku małżonków w momencie wniesienia powództwa pozwalają przypuszczać, że małżonkowie mieli wspólne dzieci, ale w chwili orzekania były już one pełnoletnie.

Tabela 9. Orzeczone separacje według liczby małoletnich dzieci pozostających pod władzą rodzicielską w latach 2000–2020

Rok	Liczba separacji ogółem	Średnia liczba dzieci	Liczba małżeństw bezdzietnych	Liczba wspólnych małoletnich dzieci			
				1	2	3	4 i więcej
2000	1.340	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2001	2.345	1,69	832	775	518	160	60
2002	2.649	1,68	912	896	622	151	68
2003	3.027	1,68	1.112	984	662	196	73
2004	5.891	1,96	1.392	1.804	1.644	674	377

²⁵ www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia (dostęp: 24.08.2022 r.).

²⁶ Por. P. Szukalski, *Małżeństwo. Początek i koniec*, Łódź 2013, s. 139.

cd. tabeli 9

Rok	Liczba separacji ogółem	Średnia liczba dzieci	Liczba małżeństw bezdzietnych	Liczba wspólnych małoletnich dzieci			
				1	2	3	4 i więcej
2005	11.600	2,09	1.900	3.497	3.517	1.649	1.037
2006	7.978	1,94	2.155	2.480	2.034	841	468
2007	4.927	1,85	1.564	1.503	1.212	438	210
2008	3.791	1,79	1.334	1.145	870	313	129
2009	3.233	1,77	1.264	926	715	235	93
2010	2.789	1,72	1.172	795	582	172	68
2011	2.843	1,74	1.247	785	564	171	76
2012	2.515	1,67	1.138	708	488	129	52
2013	2.216	1,66	1.104	566	409	104	33
2014	1.918	1,64	954	519	325	90	30
2015	1.700	1,65	915	396	301	66	22
2016	1.612	1,67	825	392	298	71	26
2017	1.569	1,61	788	406	294	67	14
2018	1.254	1,62	629	311	254	46	14
2019	1.182	1,60	618	293	217	45	9
2020	720	1,69	425	134	128	25	8

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Jeżeli małżonkowie w ogóle mieli wspólne małoletnie potomstwo w momencie orzekania, to najczęściej było to tylko 1 dziecko. I tak, w 2001 r.²⁷ 35% małżonków, wobec których orzeczono separację, nie miało dzieci, natomiast 33% posiadało 1 dziecko, a tylko 2,5% – 4 lub więcej dzieci. Zważywszy na ogólny spadek dzietności w społeczeństwie, zrozumiały jest spadek średniej liczby dzieci separowanych małżonków.

Rok 2005, w którym orzeczono najwięcej separacji, był również rekordowy pod względem średniej liczby wspólnych małoletnich dzieci posiadanych przez małżonków, wobec których orzeczono separację. Liczba małoletnich dzieci przypadających na każde separowane małżeństwo wyniosła średnio 2,09. Małżonkowie bezdzietni stanowili 16% ogólnej liczby małżeństw, wobec których orzeczono separację. Większość małżeństw posiadała 2 wspólnych małoletnich dzieci (30%). Najmniej było małżeństw posiadających 4 i więcej dzieci (9%), jednak w stosunku do 2001 r. wyraźnie zaznacza się wzrost ich liczby. W 2020 r. bezdzietni małżonkowie stanowili już 59% wszystkich małżeństw, wobec których orzeczono separację. Pary posiadające co najmniej 3 dzieci stanowiły tylko 4,6% ogólnej liczby separowanych małżonków.

²⁷ Za rok 2000 GUS nie przedstawił danych w tej materii.

Tabela 10. Małoletnie dzieci separowanych małżonków w latach 2000–2020

Rok	Liczba małoletnich dzieci	Wiek małoletnich dzieci (w latach)			
		0–2	3–6	7–15	16–17
2000	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2001	2.560	295	555	1.462	248
2002	2.916	368	593	1.700	255
2003	3.225	387	676	1.894	268
2004	8.831	921	1.731	5.289	890
2005	20.254	1.854	3.760	12.553	2.087
2006	11.226	1.094	2.042	6.986	1.104
2007	6.206	818	1.289	3.532	567
2008	4.406	588	878	2.510	430
2009	3.489	471	740	1.927	351
2010	2.779	406	622	1.480	271
2011	2.777	466	592	1.467	252
2012	2.301	375	549	1.172	205
2013	1.845	276	479	927	163
2014	1.577	235	427	792	123
2015	1.295	181	312	695	107
2016	1.315	184	331	705	95
2017	1.259	171	310	688	90
2018	1.015	157	240	547	71
2019	904	125	216	493	70
2020	499	72	129	271	27

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Z tabeli 10 wynika, że zdecydowanie najczęściej orzeczenie separacji dotyczyło rodziców dzieci w przedziale wiekowym 7–15 lat. Należy jednak zauważyć, że przedział ten charakteryzuje się największą rozpiętością, co nie pozwala na bezpośrednie przełożenie wskazanych liczb na dane dotyczące dzieci w innych przedziałach wiekowych. Drugą co do wielkości grupą dzieci, których rodzice mieli orzeczoną separację, stanowiły dzieci od 3. do 6. roku życia. W przeciwieństwie do ww. przedziału, który obejmował aż 9 lat, wskazana kategoria to 4 lata, a jej wartości kształtowały się średnio na poziomie o połowę niższym niż podane poprzednio. Przedstawione dane okazują się niepokojące ze względu na to, że szczególnie dla dzieci w wieku 7–15 lat – tj. w trudnym wieku dorastania – rola rodziców jest kluczowa. O ile dzieci do 2. roku życia nie są, z wyjątkiem sfery emocjonalnej, zbyt związane z rodzicami i nie rozumieją sytuacji konfliktowej wśród rodziców, o tyle dzieci starsze z pewnością cierpią z powodu trwającego konfliktu rodziców. Proporcje między liczbą

dzieci z każdego przedziału wiekowego w kolejnych latach w stosunku do liczby orzekanych separacji należy uznać za porównywalne.

2.6. Przyczyny żądania orzeczenia separacji

Przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego małżonków żądających orzeczenia separacji w latach 2000–2020 zostały podzielone na dwie kategorie: główne (wyłączne) przyczyny rozkładu pożycia (W) oraz przyczyny współistniejące z innymi przyczynami (ZI).

Z tabeli 11 wynika, że najczęściej podawaną przez małżonków przyczyną rozkładu pożycia była niezgodność charakterów. W 2000 r. stanowiła ona główną przyczynę orzeczenia 33% separacji, w 2005 r. – 19%, 2010 r. – 19%, a w 2020 r. – 25%. Przyczyna ta byłaby zrozumiała – przy założeniu, że miałaby ona charakter rzeczywisty – w kontekście istnienia konfliktu pomiędzy małżonkami i wtedy stanowiłaby główną przyczynę rozkładu pożycia. Pomijając nagłą zmianę przekonań i charakteru małżonka, za alarmujące należy uznać to, że małżonkowie nie zidentyfikowali niezgodności charakterów przed zawarciem związku małżeńskiego. Mogłoby to świadczyć o mało rzetelnym przygotowaniu do małżeństwa i pochopnym podjęciu decyzji o jego zawarciu lub o utracie zażyłych relacji w trakcie jego trwania. Bardziej prawdopodobna wydaje się jednak – w odniesieniu do omawianej przyczyny rozkładu pożycia – inna interpretacja, a mianowicie: brak woli małżonków ujawnienia rzeczywistej przyczyny rozkładu. Omawiana przyczyna pełni w tym przypadku rolę kamuflażu. „Niezgoda charakterów” jest przykrywką dla rzeczywistych przyczyn rozkładu pożycia. Problem ten poruszano już wcześniej w literaturze dotyczącej przyczyn rozwodu²⁸.

Kolejną główną przyczyną rozkładu pożycia wśród separowanych małżonków był alkohol. W 2000 r. został on wskazany w 17% separacji, w 2005 r. – w 18%, w 2010 r. – w 14%, a w 2020 r. – w 6%. Zdecydowanie najrzadszą główną przyczyną rozkładu pożycia były trudności mieszkaniowe. Pojawiały się one w pojedynczych przypadkach orzekanych separacji. Wydaje się, że znaczenie nieporozumień na tle finansowym w kontekście głównej przyczyny rozkładu pożycia z roku na rok traci na znaczeniu. Sprzyja temu lepsza sytuacja finansowa społeczeństwa oraz coraz częstsza niezależność finansowa kobiet, które są aktywne zawodowo.

Z poniższej tabeli (11) wynika, że najczęstszą spośród współistniejących przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego był alkohol. W 2001 r.²⁹ dotyczył 15% orzeczonych separacji, w 2005 r. – 27%, w 2010 r. – 21%, a w 2020 r. – 13%. Zdecydowanie rzadziej wskazywano, jako przyczyny współistniejące, niezgodność charakterów oraz brak wierności. Trudności mieszkaniowe wymieniano w niewiele większej liczbie separacji. Co ciekawe, brak wierności pojawiał się częściej jako przyczyna współistniejąca niż główna. Świadczy to o poważnym osłabieniu wrażliwości co do obowiązku dochowania wierności wśród małżonków, którzy nie uważają zdrady za najważniejszą przyczynę rozkładu pożycia.

²⁸ Por. W. Stojanowska, *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Warszawa 1977, s. 78.

²⁹ Za rok 2000 GUS nie przedstawił danych w tej materii.

Tabela 11. Separacje orzeczone w latach 2000–2020 według przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego

Rok	Przyczyny rozkładu pożycia													
	brak wiadomości		alkohol		nagany stosunek do rodziny		trudności mieszkaniowe		nieporozumienia na tle finansowym		niezgodność charakterów		inne	
	W	ZI	W	ZI	W	ZI	W	ZI	W	ZI	W	ZI	W	ZI
2000	119	b.d.	225	b.d.	64	b.d.	5	b.d.	85	b.d.	444	b.d.	41	
2001	242	135	380	346	121	66	14	28	140	131	665	16	61	
2002	283	168	382	374	164	85	15	28	171	169	729	20	61	
2003	274	200	501	443	147	91	22	43	229	204	770	24	78	
2004	431	424	1.001	1.219	301	193	32	76	359	321	1.344	60	130	
2005	700	732	2.131	3.077	669	343	45	161	522	582	2.239	92	307	
2006	566	495	1.493	2.003	468	252	11	90	374	386	1.555	67	218	
2007	369	459	784	1.100	156	166	7	52	151	264	936	190	266	
2008	305	368	633	809	139	92	4	24	99	183	660	199	276	
2009	238	304	461	738	70	107	9	30	112	157	613	185	209	
2010	190	258	395	581	53	100	9	38	103	193	536	151	75	
2011	179	271	361	556	59	101	5	38	109	163	657	154	83	
2012	140	230	296	560	49	94	8	24	94	181	532	160	131	
2013	124	184	253	417	37	82	4	22	97	163	512	181	121	
2014	96	166	195	312	33	70	3	25	74	145	464	210	90	
2015	99	121	196	298	35	59	3	16	56	122	404	161	120	
2016	86	109	162	279	10	50	3	20	56	136	364	196	127	
2017	66	132	110	309	14	57	1	23	23	137	335	225	121	
2018	42	110	92	258	13	49	1	26	25	101	277	179	75	
2019	57	97	82	201	10	65	3	18	18	102	260	163	97	
2020	32	55	46	92	6	30	1	10	17	57	182	133	55	

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Roczników Demograficznych” GUS wydawanych w latach 2001–2021.

Ponownie, szczególnie w sprawach od 2013 r., zauważalny jest większy udział współprzyczyny niezgodności charakteru. Występuje ona na drugim miejscu, zaraz po nadużywaniu alkoholu. Powtórnie stanowi to niepokojący sygnał o braku wystarczającego poznania się małżonków przed zawarciem małżeństwa lub niszczeniu ich wspólnoty w miarę jego trwania albo – jak wcześniej wspomniano – ukrywaniu rzeczywistej przyczyny.

2.7. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi w wyroku orzekającym separację

Zgodnie z art. 61³ k.r.o. przy orzekaniu separacji stosuje się przepisy art. 57 i 58 k.r.o. Na tej podstawie (art. 58 k.r.o.) sąd jest m.in. zobowiązany do uregulowania problemu wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem małżonków. Poniższa tabela ilustruje przedmiotowe rozstrzygnięcie w badanym okresie.

Tabela 12. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem małżonków w wyroku orzekającym separację w latach 2001–2020

Rok	Liczba orzeczeń ogółem	Rodzaj rozstrzygnięcia sądu						
		podmiot, któremu sąd powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej				umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej		inne rozstrzygnięcie
		matka	ojciec	oboje wspólnie	oddzielnie ojcu i matce	rodzina zastępcza	placówka opiekuńcza	
2001	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2002	1.737	1.082	28	617	8	1	1	0
2003	1.915	1.192	28	680	7	3	1	0
2004	4.499	2.728	58	1.689	14	6	2	2
2005	9.700	6.377	128	3.149	28	3	4	11
2006	5.823	3.838	99	1.844	20	7	6	9
2007	3.363	2.004	71	1.265	12	6	1	4
2008	2.457	1.497	59	884	9	4	4	0
2009	1.969	1.040	41	866	9	6	2	5
2010	1.617	934	37	624	13	5	2	2
2011	1.596	1.002	33	546	5	3	1	6
2012	1.377	872	34	459	9	0	2	1
2013	1.112	706	30	365	10	0	1	0
2014	964	608	20	327	3	3	1	2
2015	785	475	16	287	4	3	0	0
2016	787	349	16	413	3	4	1	1
2017	781	327	20	429	1	1	1	2
2018	625	239	12	366	2	0	2	4
2019	564	198	12	346	6	2	0	0
2020	295	93	5	194	0	1	1	1

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 24.08.2022 r.).

Analiza danych zawartych w tabeli 12 pozwala dostrzec dwie tendencje dotyczące przedmiotowego rozstrzygnięcia sądu. W pierwszym okresie funkcjonowania separacji sąd, orzekając o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem małżonków, najczęściej powierzał je matce dziecka. Rozstrzygnięcie tej treści było dominujące w latach 2001–2015. Począwszy od 2016 r. sądy częściej rozstrzygały przedmiotową kwestię w ten sposób, że pozostawiały władzę rodzicielską obojgu separowanym rodzicom. Powierzenie władzy rodzicielskiej matce dziecka nadal jest w praktyce stosowane, ale nie w przeważającej liczbie przypadków. Dane zawarte w tabeli nie wskazują natomiast na istotne zmiany w zakresie innego rodzaju omawianego rozstrzygnięcia, tj. powierzenia władzy rodzicielskiej ojcu. Ten sposób rozstrzygnięcia pozostaje wyjątkiem. Opisana zmiana w zakresie preferencji sądu co do wyboru dominującego rozstrzygnięcia wynika, jak się wydaje, z nowelizacji art. 58 k.r.o. dokonanej w 2015 r.³⁰, która wspomniane rozstrzygnięcie sądu polegające na pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom uczyniła zasadą³¹.

Analizując dane zawarte w tabeli 12, warto także zwrócić uwagę na sposób rozstrzygnięcia opisany przez GUS jako „powierzenie władzy rodzicielskiej oddzielnie ojcu i matce”. Wydaje się, że sformułowanie to należy postrzegać jako przeciwieństwo rozstrzygnięcia polegającego na pozostawieniu władzy rodzicielskiej „wspólnie obojgu rodzicom”. Zakłada to ingerencję sądu w tę władzę w postaci ograniczenia, zawieszenia lub pozbawienia władzy sprawowanej przez któregoś z rodziców, jednak nie w takim stopniu, który oznaczałby zastosowanie wskazanych w omawianej tabeli form pieczy zastępczej, tj. umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Te rozstrzygnięcia są postrzegane przez GUS jako odrębne od wspomnianego powierzenia władzy rodzicielskiej „oddzielnie ojcu i matce”.

3. Zniesienie separacji

Możliwość zniesienia separacji jest konsekwencją założeń przyjętych przez ustawodawcę w toku prac nad wprowadzeniem tej instytucji do polskiego prawa rodzinnego i jej modelu normatywnego. Wśród wielu funkcji, jakie ustawodawca wiąże z separacją, wymienia się także funkcję pojednawczą. Jej wyrazem jest możliwość zniesienia separacji na wniosek małżonków.

Podkreślić należy, że zniesienie separacji może nastąpić wyłącznie w drodze orzeczenia sądu. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie zostało przyjęte rozwiązanie stosowane w niektórych obcych systemach prawnych, zgodnie z którym sam fakt powrotu małżonków do wspólnego pożycia jest rozumiany jako pojednanie

³⁰ Por. Ustawa z 25.06.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2015 r. poz. 1062).

³¹ Szerzej na temat tej nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: W. Stojanowska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom i problemy wynikające z takiego rozstrzygnięcia sądu*, [w:] *Przyszłość rodziny w UE*, Warszawa 2017, s. 191 i n.; por. także W. Stojanowska, *Porozumienie rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Zagadnienia wybrane*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014/6, s. 303.

małżonków, co generuje skutek w postaci ustania separacji³². Należy podkreślić, że zniesienie separacji może nastąpić nawet w przypadku trwania zupełnego rozkładu pożycia między małżonkami. Sąd ma obowiązek zbadać jedynie swobodę i świadomość małżonków opowiadających się za zakończeniem separacji. Sąd, uwzględniając wspólny wniosek małżonków, doprowadza do sytuacji, w której ustają wszystkie skutki separacji. W tej kwestii należy jednak wskazać dwa wyjątki. Przede wszystkim sąd, znosząc separację z urzędu, rozstrzyga o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi. Ponadto, w przypadku złożenia przez małżonków zgodnego wniosku o utrzymanie rozdzielności majątkowej, sąd orzeka o jej utrzymaniu³³.

Informacje nt. tego aspektu instytucji separacji nie są publikowane w rocznikach statystycznych GUS, ale w bazach danych GUS na jego stronie internetowej³⁴. Poniżej przedstawiono najistotniejsze dane dotyczące analizowanej problematyki.

Tabela 13. Zniesienie separacji w latach 2000–2020³⁵

Rok	Liczba zniesionych separacji
2000	b.d.
2001	b.d.
2002	18
2003	24
2004	26
2005	51
2006	129
2007	215
2008	252
2009	230
2010	253
2011	285
2012	278
2013	263
2014	253
2015	284
2016	228

³² Por. J. Panowicz-Lipska, *Separacja*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014, s. 961.

³³ J. Panowicz-Lipska, *Separacja*, [w:] *System...*, t. 11, *Prawo...*, s. 937–938, 957–958.

³⁴ Zob. www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia (dostęp: 24.08.2022 r.).

³⁵ Warto zwrócić uwagę na pewną rozbieżność danych za rok 2015. Z informacji zawartych w tabeli 13 wynika, że w 2015 r. zniesiono 284 orzeczone separacje, tymczasem inne dane podaje w swym opracowaniu Elżbieta Holewińska-Lapińska. Prowadzone przez nią badanie aktowe obejmowało wszystkie sprawy o zniesienie separacji zakończone prawomocnym orzeczeniem w 2015 r.

Rok	Liczba zniesionych separacji
2017	277
2018	242
2019	258
2020	198
Ogółem	3.764

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 24.08.2022 r.).

Tabela 13 zawiera dane dotyczące liczby zniesionych separacji w poszczególnych latach³⁶. Na ich podstawie można stwierdzić, że liczba zniesionych separacji systematycznie rosła do 2008 r. W późniejszych latach utrzymywała się mniej więcej na podobnym poziomie.

Interesujących wniosków dostarcza porównanie uzyskanych danych do liczby orzeczonych separacji. Jak wynika z informacji przedstawionych w wyżej opisanej tabeli 1, liczba orzeczonych separacji systematycznie maleje od 2006 r. Nie przekłada się to na liczbę orzeczeń w przedmiocie zniesienia separacji. Nawet jeżeli uwzględni się różny czas trwania separacji, o czym będzie mowa poniżej, wynik ten jest zaskakujący. Pomimo znacznego spadku orzeczonych separacji odsetek zniesionych separacji pozostaje na porównywalnym poziomie. Fakt ten może stanowić podstawę do formułowania pozytywnych ocen omawianej instytucji.

Poniżej przedstawiono dane dotyczące liczby zniesionych separacji w poszczególnych latach i województwach. Dane, ze względów technicznych, zobrazowano w dwóch tabelach (14 i 15): odrębnie za lata 2000–2010 oraz 2011–2020.

Tabela 14. Zniesienie separacji według województw w latach 2000–2010

Województwo	Rok										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Dolnośląskie	b.d.	b.d.	3	3	5	8	9	22	27	17	21
Kujawsko-pomorskie	b.d.	b.d.	1	0	2	6	7	14	28	20	17
Lubelskie	b.d.	b.d.	0	0	0	1	6	4	4	5	11
Lubuskie	b.d.	b.d.	0	2	4	4	6	15	8	4	6
Łódzkie	b.d.	b.d.	4	6	6	6	12	27	23	23	21
Małopolskie	b.d.	b.d.	3	1	0	4	7	15	14	10	17
Mazowieckie	b.d.	b.d.	1	2	2	4	21	15	23	26	34
Opolskie	b.d.	b.d.	0	2	0	2	2	2	7	4	4
Podkarpackie	b.d.	b.d.	2	0	1	2	5	6	9	8	7
Podlaskie	b.d.	b.d.	0	0	0	2	4	8	7	5	9
Pomorskie	b.d.	b.d.	0	2	0	3	5	21	11	19	18

³⁶ Na stronach internetowych GUS brak jest przedmiotowych danych za lata 2000–2001.

cd. tabeli 14

Województwo	Rok										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Śląskie	b.d.	b.d.	4	4	4	1	17	31	44	44	35
Świętokrzyskie	b.d.	b.d.	0	7	0	0	0	1	2	0	6
Warmińsko-mazurskie	b.d.	b.d.	0	0	0	1	8	7	15	13	19
Wielkopolskie	b.d.	b.d.	0	1	1	7	13	22	25	23	16
Zachodniopomorskie	b.d.	b.d.	0	0	1	0	7	5	5	9	12

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 24.08.2022 r.).

Tabela 15. Zniesienie separacji według województw w latach 2011–2020

Województwo	Rok									
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Dolnośląskie	38	32	21	26	20	25	17	23	22	18
Kujawsko-pomorskie	20	18	19	22	15	16	18	15	19	11
Lubelskie	12	7	8	12	8	5	9	10	12	13
Lubuskie	5	7	5	2	4	4	1	3	3	0
Łódzkie	35	20	31	19	26	15	35	15	34	21
Małopolskie	21	11	12	12	17	14	17	13	16	15
Mazowieckie	26	36	42	31	39	29	21	30	42	22
Opolskie	3	4	4	7	5	4	8	6	3	2
Podkarpackie	5	6	3	6	11	12	6	8	5	2
Podlaskie	9	7	13	9	15	9	18	9	11	9
Pomorskie	20	9	18	11	34	12	22	13	13	14
Śląskie	42	49	36	43	28	34	39	34	36	37
Świętokrzyskie	4	2	8	8	11	9	14	7	6	4
Warmińsko-mazurskie	14	14	8	7	3	9	9	13	5	9
Wielkopolskie	21	35	25	31	28	23	30	26	15	15
Zachodniopomorskie	10	19	10	7	20	8	13	17	16	6

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 24.08.2022 r.).

Z danych zawartych w tabelach 14 i 15 wynika, że najwięcej przypadków zniesienia separacji (w liczbach bezwzględnych) występuje w województwach mazowieckim, śląskim i łódzkim, najmniej natomiast w województwach świętokrzyskim, lubelskim i opolskim. Porównując dane zawarte w powyższych tabelach z danymi

dotyczącymi liczby orzekanych separacji w poszczególnych województwach, można wskazać pewne prawidłowości. Najwięcej orzeczeń dotyczących zniesienia separacji (tabela 14 i 15) odnotowano w województwach, w których najwięcej jej orzeczono.

W publikacjach GUS brak jest danych dotyczących przyczyn żądania zniesienia separacji. Pewnych informacji na ten temat dostarczają wyniki badań aktowych dotyczące przedmiotowej problematyki, przeprowadzone w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości³⁷. Źródłem tych danych są uzasadnienia wniosków o zniesienie separacji, składane przez małżonków. Z analizy dokonanej przez autorkę badań wynika, że najczęściej formułowanym argumentem przemawiającym za zniesieniem separacji (w 250 sprawach, co stanowi 83,6% wszystkich spraw objętych badaniem) było stwierdzenie, że małżonkowie podjęli wspólne pożycie i trwa ono w momencie składania przedmiotowego wniosku³⁸. W części badanych spraw znajdowało się także szczegółowe uzasadnienie wniosku. Jako przyczynę żądania zniesienia separacji wnioskodawcy podawali m.in. zaprzestanie nadużywania (zwykle przez męża) alkoholu (44 sprawy) lub ustanie innej przyczyny rozkładu pożycia (23 sprawy), stanowiącej przyczynę orzeczenia separacji (np. niewierność, hazard, uzależnienie od innych środków psychoaktywnych, ryzykowne inwestycje). W niektórych sprawach powoływano się na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków (31 spraw) lub dobro (stan zdrowia) współmałżonka, który wymagał troski i opieki (33 sprawy)³⁹. W części spraw wskazano także na konkretne wydarzenie, które przesądziło o decyzji złożenia wniosku o zniesienie separacji (rocznica ślubu, urodzenie dziecka przez żonę, urodzenie się wnuka) albo powoływano się na upływ czasu, który zmodyfikował wcześniejszą decyzję, lub zaznaczono, że małżonkowie są w takim wieku, w którym łatwiej jest żyć, wspierając się, i zestarzeć się wspólnie⁴⁰. Ustalane przez autorkę badań przyczyny zniesienia separacji ukazują praktyczny (życiowy) wymiar tej instytucji, ale także stanowią dodatkowy argument za stwierdzeniem (na co autorka badań także zwraca uwagę), że separacja w zdecydowanej większości przypadków nie ma charakteru religijnego (wyznaniowego). Jedynie w 2 sprawach (co stanowi 0,7% ogólnej liczby zbadanych spraw) małżonkowie w uzasadnieniu wniosku o zniesienie separacji powołali się na względy o charakterze religijnym⁴¹. Potwierdza to zasadność odwoływania się do argumentacji szerszej niż wzgląd na prawa osób deklarujących się jako wierzące w toku prac nad wprowadzeniem separacji do polskiego prawa rodzinnego⁴².

Jednym z istotnych elementów funkcjonowania analizowanej instytucji separacji i realizacji przez nią ustawowych założeń jest czas jej trwania. Przedmiotowe dane

³⁷ Por. E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo...*, s. 71 i n. Badaniem objęto 299 spraw o zniesienie separacji zakończonych prawomocnym rozstrzygnięciem w 2015 r.

³⁸ E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo...*, s. 71.

³⁹ E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo...*

⁴⁰ E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo...*, s. 72.

⁴¹ E. Holewińska-Łapińska, *Orzecznictwo...*

⁴² Por. W. Stojanowska, *Separacja...*

zawarte zostały w tabeli 16. Wymienione w niej poszczególne okresy trwania separacji wynikają z kryteriów przyjętych przez GUS.

Tabela 16. Czas trwania separacji w latach 2001–2020

Rok	Liczba zniesionych separacji ogółem	Czas trwania separacji			
		do 6 miesięcy	od 7 do 12 miesięcy	od 1 roku do 2 lat	powyżej 2 lat
2001	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2002	18	2	2	12	2
2003	24	4	2	8	10
2004	26	2	3	7	14
2005	51	8	7	11	25
2006	129	10	18	43	58
2007	215	19	11	61	124
2008	252	16	15	39	182
2009	230	106	9	13	102
2010	253	140	5	18	90
2011	285	180	12	11	82
2012	278	188	11	13	66
2013	263	185	4	6	68
2014	253	160	4	9	80
2015	284	180	3	9	92
2016	228	141	6	5	76
2017	277	b.d.	b.d.	b.d.	b.d.
2018	242	136	14	8	84
2019	258	137	11	8	102
2020	198	100	17	8	73

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 25.08.2022 r.).

Analiza danych zawartych w powyższej tabeli wskazuje, że w pierwszych latach funkcjonowania badanej instytucji (lata 2003–2008) w większości przypadków czas trwania separacji przekraczał 2 lata. Począwszy od 2009 r., jak wynika z danych zawartych w tabeli 16, aż 60% zniesionych separacji trwało „do 6 miesięcy”, a ok. 25% – powyżej 2 lat. Jedynie w nielicznych przypadkach czas trwania orzeczonej separacji mieścił się w pozostałych dwóch przedziałach – „od 7 do 12 miesięcy” oraz „od 1 roku do 2 lat”. Trudno wskazać przyczyny opisanej wyżej zmiany w zakresie czasu trwania separacji. Ustalenie tych przyczyn wymagałoby odrębnych badań o charakterze jakościowym (ankiety, wywiady), obejmujących małżonków, którzy pozostawali w separacji prawnej, co oczywiście wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Ostatni z analizowanych aspektów funkcjonowania separacji dotyczył rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem w przypadku zniesienia separacji. Dane na ten temat przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 17. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem przy zniesieniu separacji w latach 2002–2020

Rok	Liczba orzeczeń ogółem	Rodzaj rozstrzygnięcia sądu					
		podmiot, któremu sąd powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej			umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej		inne decyzje
		matka	ojciec	oboje wspólnie	rodzina zastępcza	placówka opiekuńcza	
2002	8	2	0	6	0	0	0
2003	5	0	0	5	0	0	0
2004	7	0	0	7	0	0	0
2005	19	3	0	16	0	0	0
2006	70	6	0	64	0	0	0
2007	95	15	0	80	0	0	0
2008	118	12	2	103	0	0	0
2009	75	8	0	66	0	0	0
2010	93	11	0	82	0	0	0
2011	78	4	0	74	0	0	0
2012	77	3	1	73	0	0	0
2013	65	3	0	62	0	0	0
2014	65	5	0	60	0	0	0
2015	59	1	0	58	0	0	0
2016	50	2	1	47	0	0	0
2017	55	5	0	49	1	0	0
2018	34	7	0	27	0	0	0
2019	30	3	0	26	1	0	0
2020	38	2	0	36	0	0	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS (www.demografia.stat.gov.pl/bazademografia; dostęp: 25.08.2022 r.).

Jak wynika z powyższej tabeli (17), sąd, podejmując decyzję o zniesieniu separacji, najczęściej powierzał władzę rodzicielską obojgu rodzicom. W niektórych przypadkach władzę tę powierzał matce, a tylko w jednostkowych przypadkach – ojcu (dwa przypadki w 2008 r. i po jednym przypadku w 2012 r. i 2016 r.). Zapewne sąd uznał, że wspólny wniosek małżonków o zniesienie separacji oznacza rozwiązanie problemu czy konfliktu, który stanowił podstawę orzeczenia separacji. W tej sytuacji wspólne sprawowanie przez rodziców władzy rodzicielskiej jest najwłaściwszym

rozwiązaniem, służącym dobru dziecka. W takim kontekście rozstrzygnięcie dokonane przez sąd należy ocenić pozytywnie.

4. Uwagi końcowe i wnioski

Z wprowadzeniem do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego instytucji separacji, co nastąpiło, jak wspomniano, nowelizacją z 1999 r., wiązano wielkie nadzieje i oczekiwania. Separacja miała stać się odpowiedzią na potrzeby konserwatywnej części społeczeństwa, dla której rozwód stanowił rozwiązanie nieakceptowalne, a przynajmniej niepożądane. Przede wszystkim jednak przewidywano, że będzie ona skutecznym instrumentem pomocy małżonkom przeżywającym trudności we wspólnym pożyciu, co przyniesie skutek w postaci wzmocnienia trwałości małżeństwa i ochrony rodziny, którą polski ustawodawca uważa za szczególną wartość.

W toku analizy danych dotyczących separacji wyraźnie zarysowały się dwa okresy istotne z punktu widzenia oceny dynamiki funkcjonowania tej instytucji. Lata 2000–2005 stanowiły okres dynamicznego rozwoju jej stosowania. Począwszy od 2006 r. liczba separacji stopniowo zaczęła spadać, a dynamikę tej zmiany należy uznać za regularną. Mogłoby to skłaniać do dość smutnej refleksji, że instytucja separacji traci na znaczeniu, czego wyrazem jest spadek jej popularności. Z drugiej jednak strony analiza założeń instytucji, dokonana w doktrynie, prowadzi do wniosku, że separacja ma istotną, pozytywną wartość, a mianowicie: może stanowić wsparcie dla przeżywających kryzys małżonków, a pośrednio – także dla ich małoletnich dzieci. Możliwe zatem, że instytucja ta przechodzi pewną ewolucję, która nie musi oznaczać jej marginalizacji czy wręcz „martwoty”. Rozstrzygnięcie tego dylematu wymaga odpowiedzi na kluczowe pytanie, które nasuwa się w kontekście przedmiotowych rozważań: z czego wynika spadek zainteresowania instytucją separacji w praktyce i jakiej grupy małżonków proces ten szczególnie dotyczy?

Przyczyn opisanego stanu rzeczy jest z pewnością wiele i należy je uznać za wieloaspektowe. Niewątpliwie coraz więcej małżeństw wybiera rozwód, a nie separację, jako sposób rozwiązania trudności w pożyciu małżeńskim. Wynika to zapewne także z tego, że wcześniej małżonkowie funkcjonowali już w nieformalnej (faktycznej) separacji i nie przyniosła ona oczekiwanych skutków w postaci uzdrowienia ich relacji. Uczynić tu należy wszakże ważne zastrzeżenie. Opisywany proces dotyczy przede wszystkim małżeństw o niewielkim stażu. Tacy małżonkowie najczęściej wybierają rozwód, gdyż nie są zainteresowani wysiłkiem utrzymania małżeństwa. Dążą raczej do szybkiego jego zakończenia i poukładania sobie życia na nowo. Instytucja separacji, zwłaszcza według tej grupy małżeństw, stanowi jedynie rozwiązanie chwilowe, które docelowo prowadzi do niezadowolenia z zaistniałej między nimi sytuacji prawnej. Brak spodziewanych efektów separacji, w szczególności pojednania małżonków czy powrotu do wspólnego pożycia, utrwala obraz tej instytucji jako takiej, która stanowi jedynie wstęp do decyzji o rozwodzie.

Możliwe, że jest to także związane z tym, iż w Polsce z roku na rok rośnie poziom akceptacji rozwodów. W ostatnim dziesięcioleciu odsetek zwolenników rozwodów

wzrósł o ponad połowę (z 20% do 32%)⁴³. Zwraca się uwagę, że na coraz częstsze wybieranie rozwodu zamiast separacji ma wpływ również poprawa statusu materialnego Polaków. Zwiększa się liczba kobiet niezależnych finansowo. Małżonki pracują, rozwijają karierę zawodową i nie obawiają się o swoją sytuację materialną. Głównymi inicjatorami procesów o orzeczenie separacji są właśnie kobiety, najczęściej – mieszkające w miastach. Kolejna przyczyna zmniejszającej się liczby separacji polega na tym, że na przestrzeni ponad 20 lat funkcjonowania badanej instytucji wzrasta odsetek osób pozostających w nieformalnych związkach. Często dotyczy to osób, które w przeszłości zawarły związek małżeński.

W kontekście przedmiotowych rozważań nasuwa się także pytanie: czy (a jeżeli tak, to w jakim stopniu) na społeczny odbiór omawianej instytucji miał wpływ sam ustawodawca przez swą politykę rezygnacji z instrumentów prawnych służących ochronie małżeństwa lub wzmocnieniu aspektu pojednawczego? Nie ulega wątpliwości, że mediacja pojednawcza (art. 436 Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁴) jest w praktyce fikcją, podobnie jak inne instrumenty służące pojednaniu małżonków (np. poradnie rodzinne). Postępowanie rozwodowe w praktyce zostało skrócone do minimum, a wszelkie próby zmiany obecnego stanu rzeczy (np. przez wprowadzenie rodzinnego postępowania informacyjnego) – po pierwszej medialnej krytyce – są wycofywane z prac legislacyjnych⁴⁵. Wszystko to wydaje się ugruntowywać w świadomości społecznej przeświadczenie, że wysiłek ratowania małżeństwa nie ma sensu i ostatecznie musi być skazany na porażkę.

Chociaż powszechna opinia na temat separacji oraz analiza danych dotyczących tej instytucji nie budzą zbytniego optymizmu, należy jednak podkreślić, że istnieje pewna kategoria małżeństw spełniająca pokładane w niej nadzieje, o czym świadczy praktyka w zakresie zniesienia separacji. Omawiana instytucja zapewne będzie nadal ewoluować wraz ze społeczeństwem i „szukać sobie miejsca” w zmieniających się kontekstach społecznych, realizując zamysł ustawodawcy i związane z nią funkcje, w tym zwłaszcza pomoc małżeństwom pozostającym w kryzysie. Warto byłoby zatem rozważyć różne możliwości instytucjonalnej pomocy małżeństwom pozostającym w separacji, mogące doprowadzić je do pojednania i podjęcia pożycia. Obecnie są one pozostawione samym sobie.

Bibliografia

1. Holewińska-Łapińska E., *Orzecznictwo w sprawach o zniesienie separacji*, Prawo w Działaniu 2017, t. 29.
2. Holewińska-Łapińska E., *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006.
3. Holewińska-Łapińska E., *Separacja: nadzieja i rzeczywistość*, Prawo Kanoniczne 2009, nr 3–4.

⁴³ Por. *Stosunek Polaków do rozwodów*, „Komunikat z badań CBOS” 2019/7, s. 2.

⁴⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

⁴⁵ Por. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, UD261, <https://legislacja.rcl.gov.pl>.

4. Kasprzyk P., *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003.
5. Kwak A., *Separacja małżeńska w świetle badań*, *Problemy Rodziny* 1998, nr 5–6.
6. Panowicz-Lipska J., *Separacja*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014.
7. Slany K., *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002.
8. Stojanowska W., *Porozumienie rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Zagadnienia wybrane*, *Acta Iuris Stetinensis* 2014, nr 6.
9. Stojanowska W., *Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom i problemy wynikające z takiego rozstrzygnięcia sądu*, [w:] *Przyszłość rodziny w UE*, Warszawa 2017.
10. Stojanowska W., *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Warszawa 1977.
11. Stojanowska W., *Separacja obok rozwodu*, *Rzeczpospolita* z 24.02.1992 r., nr 46.
12. Strzemborz A., *O zrównanie w prawie rodzinnym wierzących z niewierzącymi*, *Rzeczpospolita* z 15.01.1992 r., nr 12.
13. Sylwestrzak A., *Skutki prawne separacji małżonków*, Warszawa 2007.
14. Szukalski P., *Małżeństwo. Początek i koniec*, Łódź 2013.

Marcin Białecki

Nielojalne działania uczestników
postępowania rozwodowego*Disloyal actions**by participants in divorce proceedings***Abstract**

The aim of this publication is to analyse the phenomenon of disloyal actions by participants in divorce proceedings, which is increasingly frequently observed in practice. Restricting my subject to divorce proceedings only does not imply that the views expressed will concern only this separate proceeding strictly. The observations and considerations made may be applied to all behaviours of parties and participants from the perspective of civil proceedings, which are characterised by a certain repetitiveness, modeling and orientation towards achieving favourable procedural effects. Disloyal actions of litigants should therefore be understood in a broad sense and considered to be all actions of an unreliable, unethical and untrustworthy nature undertaken by litigants before the court in order to achieve the expected procedural outcomes. In many cases, such actions will constitute an abuse of procedural rights. Although the term "participants in divorce proceedings" used may, at first glance, appear to be fraught with terminological error, such nomenclature is fully intentional and justified, since its scope encompasses not only the parties to divorce or separation proceedings, but also all the other participants in such proceedings, including, inter alia, attorneys, experts, probation officers, social and professional representatives and witnesses who, through their disloyal actions, direct the proceedings towards achieving the result desired by a party. In my view, only such a broad embedding of the concept of participants in proceedings will be appropriate and acceptable from the perspective of the issue at hand, as by using such a designator of meaning it will be possible to universally refer also to other proceedings and their participants in the broad sense of the concept.

Keywords: *disloyal acts, challenging evidence, anecdotal evidence, evidence, verifiability of evidence*

Streszczenie

Celem niniejszej publikacji jest analiza coraz częściej obserwowanego w praktyce zjawiska nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego. Ograniczenie podjętej przez mnie tematyki jedynie do postępowania rozwodowego nie oznacza wcale, że wyrażane poglądy będą dotyczyły ściśle tego tylko postępowania odrębnego. Poczynione obserwacje i rozważania odnieść można do ogółu zachowań stron i uczestników z perspektywy postępowania cywilnego, które cechuje pewna powtarzalność, modelowość i ukierunkowanie na osiągnięcie korzystnych skutków procesowych. Nielojalne działania uczestników postępowania należy zatem rozumieć w sposób szeroki i uznać, że są to wszelkie działania o charakterze nierzetelnym, nieetycznym i niezastępującym na zaufanie, podejmowane przez uczestników postępowania przed sądem, w celu osiągnięcia oczekiwanych skutków procesowych. W wielu przypadkach działania takie będą stanowiły przejaw nadużycia prawa procesowego. Wprawdzie użyte pojęcie „uczestników postępowania rozwodowego” zdawać się może obarczone błędem terminologicznym, jednak taki zabieg nomenklaturowy jest w pełni zamierzony i uzasadniony, gdyż swoim zakresem sformułowanie to obejmuje nie tylko strony postępowania o rozwód lub o separację, lecz także wszystkich innych uczestników takiego postępowania, w tym m.in. pełnomocników, biegłych, kuratorów sądowych, społecznych i zawodowych, świadków, którzy swoim nielojalnym działaniem nakierowują postępowanie dowodowe na osiągnięcie rezultatu pożądanego dla strony. Moim zdaniem tylko takie szerokie rozumienie pojęcia „uczestników postępowania” będzie właściwe i akceptowalne z perspektywy poruszanego zagadnienia, gdyż poprzez zastosowanie wskazanego desygnatu znaczeniowego możliwe będzie uniwersalne odniesienie się również do innych postępowań i ich uczestników.

Słowa kluczowe: nielojalne działania, kwestionowanie dowodu, dowód anegdotyczny, środki dowodowe, weryfikowalność dowodu

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza coraz częściej obserwowanego w praktyce zjawiska nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego. Już na tym etapie należy zaznaczyć, że ograniczenie podjętej przeze mnie tematyki jedynie do postępowania rozwodowego nie oznacza wcale, że wyrażane poglądy będą dotyczyły *sticte* tego tylko postępowania odrębnego. Poczynione obserwacje i rozważania odnieść można bowiem do ogółu zachowań stron i uczestników z perspektywy postępowania cywilnego, które cechuje pewna powtarzalność, modelowość i ukierunkowanie na osiągnięcie korzystnych skutków procesowych.

Zakreślona w tytule granica pojęciowa i koncentracja uwagi wokół spraw o rozwód implikuje zatem w konsekwencji odniesienie się do spraw o separację na żądanie jednego z małżonków, czyli do spraw rozpoznawanych w procesie, z pominięciem separacji na zgodny wniosek na podstawie przepisów o postępowaniu nieprocesowym. Na potrzeby ujednolicenia poruszanych zagadnień posługiwać się będę szerokim znaczeniem pojęcia „postępowanie rozwodowe”, którego zakres przedmiotowy już zaznaczyłem.

Jednocześnie wydaje się całkowicie uzasadniona teza, aby nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego odnosić całościowo do spraw o rozwód i o separację, nie ograniczając się jedynie do roszczeń materialnoprawnych wynikających z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹, zmierzających do ustalenia, który z małżonków ponosi winę za rozkład pożycia w procesie o rozwód lub o separację (art. 57 § 1 k.r.o.). Nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego mogą bowiem dotyczyć przecież takich stanowisk prawnoprosesowych, wywodzących się z przepisów prawa materialnego, gdzie nie będzie konieczne ustalenie winy, gdyż małżonkowie zgodnie wnoszą o zaniechanie orzekania w tym przedmiocie przez sąd (art. 57 § 2 k.r.o.)². W takiej sytuacji sąd odstępuje od badania kwestii zawinienia w toku postępowania dowodowego i tenor wyroku ogranicza się jedynie do stwierdzenia rozwiązania związku małżeńskiego przez rozwód, względnie do orzeczenia separacji, a także zawiera wszystkie obligatoryjne elementy, o których mowa w art. 58 k.r.o.

Nie determinuje to jednak tezy, że z nielojalnymi działaniami uczestników postępowania rozwodowego możemy mieć do czynienia jedynie w sprawach o rozwód lub o separację, gdzie jedno z małżonków bądź oboje małżonkowie żądają ustalenia przez sąd, które z nich ponosi winę za rozkład pożycia. Można zatem stwierdzić, że sama konstrukcja roszczeń procesowych czy wywodzących się z nich roszczeń mających swoje odzwierciedlenie w przepisach prawa materialnego nie wpływa na pojawienie się w praktyce swego rodzaju „pokusy” takiego przedstawienia materiału dowodowego, który z natury rzeczy będzie obciążał drugą stronę, zaś ocena stopnia tej nielojalności może okazać się w praktyce trudna do wykazania czy też udowodnienia za pomocą innych środków dowodowych.

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

² Zgodnie z art. 61³ § 1 k.r.o. przy orzekaniu separacji stosuje się przepisy art. 57 i art. 58 k.r.o.

Pojęcie „nielojalne działania uczestników postępowania” należy zatem rozumieć w sposób szeroki. Trzeba uznać, że są to wszelkie działania o charakterze nierzetelnym, nieetycznym i niezasługującym na zaufanie podejmowane przez uczestników postępowania przed sądem w celu osiągnięcia oczekiwanych skutków procesowych. W wielu przypadkach działania takie będą stanowiły przejaw nadużycia prawa procesowego, o którym mowa w art. 4¹ Kodeksu postępowania cywilnego³, i od razu należy zaznaczyć, że ustawodawca przewidział konkretne sankcje w przypadku stwierdzenia takiego nadużycia. Wynikają one z art. 226² § 2 k.p.c.

Zasygnalizowania wymaga jeszcze jedna kwestia, a mianowicie: użyte pojęcie „uczestników postępowania rozwodowego”, które zdawać się może obarczone błędem terminologicznym. Taki zabieg nomenklaturowy jest jednak w pełni zamierzony i uzasadniony, gdyż swoim zakresem sformułowanie to obejmuje nie tylko strony postępowania o rozwód lub o separację, lecz także wszystkich innych uczestników takiego postępowania, w tym m.in. pełnomocników, biegłych, kuratorów sądowych, społecznych i zawodowych, świadków, którzy swoim nielojalnym działaniem nakierowują postępowanie dowodowe na osiągnięcie rezultatu pożądanego dla strony. Moim zdaniem tylko takie szerokie rozumienie pojęcia „uczestników postępowania” będzie właściwe i akceptowalne z perspektywy poruszanego zagadnienia, gdyż zastosowanie takiego desygnatu znaczeniowego umożliwi uniwersalne odniesienie się również do innych postępowań i ich uczestników.

Przyjętym przeze mnie założeniem jest koncentrowanie się na poszczególnych przepisach k.p.c. i innych aktów prawnych dotyczących opisywanego zjawiska, a przede wszystkim skupienie się wokół funkcji wprowadzonych już i obowiązujących rozwiązań czy narzędzi oraz ich użyteczności. W tym celu zastosuję podstawowe metody badawcze, w szczególności metodę dogmatycznoprawną. Sposób prezentowanych zagadnień przedstawiony będzie nie tylko z perspektywy teorii, lecz także w nawiązaniu do przykładów, jakich dostarcza praktyka stosowania prawa. Z uwagi na wieloaspektowy, a często wręcz interdyscyplinarny charakter omawianych zagadnień, co wiąże się immanentnie z interferencją przedmiotowych instytucji i wzajemnym ich przenikaniem, postawienie z góry określonych tez lub hipotez byłoby zabiegiem niezwykle trudnym. Z tych też względów uznałem, że celowe będzie wyraziste zasygnalizowanie niektórych problemów w sposób ogólny, aby stały się one podłożem do bardziej szczegółowych rozważań w formie wniosków lub postulatów *de lege ferenda* bądź *de lege lata*.

2. Odrębności postępowania w sprawach małżeńskich

Postępowanie w sprawach małżeńskich uregulowane zostało jako jedno z postępowań odrębnych w art. 425–452 k.p.c. Obejmuje ono sprawy o unieważnienie małżeństwa, o ustalenie istnienia lub nieistnienia małżeństwa, o rozwód oraz o separację na żądanie

³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

jednego z małżonków⁴. Istotą postępowań odrębnych jest szczególny charakter przepisów je regulujących w stosunku do ogólnych norm procesowych, co wynika wprost z art. 13 § 1 k.p.c., przy czym ustawodawca zdecydował się dodatkowo na wprowadzenie przepisów ogólnych, które znajdą zastosowanie tylko do spraw obejmujących swoim zakresem postępowanie w sprawach małżeńskich. Poszczególne rodzaje spraw wymagają natomiast zastosowania przepisów szczególnych regulujących każde z tych postępowań z osobna.

Zabieg legislacyjny z pozoru skomplikowany oznacza w praktyce, że sprawy rozpoznawane w postępowaniu odrębnym w sprawach małżeńskich zaliczono w piśmiennictwie do tzw. spraw wielokierunkowych. Jeżeli zatem przepis szczególny nie stanowi inaczej, podział ról w procesie o prawo stanu nie jest z góry określony, a każda z osób zainteresowanych może być zarówno powodem, jak i pozwanym⁵. Do reprezentowania strony konieczne jest pełnomocnictwo udzielone do prowadzenia danej sprawy. Wymóg ten wynika z art. 426 k.p.c. Posiedzenia w sprawach małżeńskich odbywają się przy drzwiach zamkniętych, chyba że obie strony żądają publicznego rozpoznania sprawy, a sąd uzna, że jawność nie zagraża moralności. Rozprawa odbywa się bez względu na niestawiennictwo jednej ze stron. Jednakże w razie nieusprawiedliwionego niestawiennictwa powoda na pierwsze posiedzenie sądowe wyznaczone w celu przeprowadzenia rozprawy postępowanie ulega zawieszeniu, chyba że prokurator popiera żądanie unieważnienia albo ustalenia istnienia lub nieistnienia małżeństwa⁶. Podjęcie postępowania następuje na wniosek powoda, nie wcześniej jednak niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawieszenia postępowania. W razie niezgłoszenia takiego wniosku w ciągu roku po zawieszeniu sąd umorzy postępowanie. W takim przypadku umorzenie wywołuje takie same skutki jak umorzenie postępowania zawieszzonego na zgodny wniosek stron lub z powodu ich niestawiennictwa. Jeżeli strona wezwana do osobistego stawiennictwa nie stawia się bez usprawiedliwionych powodów na posiedzenie, sąd może skazać ją na grzywnę według przepisów o karach za niestawiennictwo świadka, jednak nie może nakazać przymusowego sprowadzenia jej do sądu. Pewne ograniczenia wprowadza także norma art. 430 k.p.c. Zgodnie z jej treścią małoletni, którzy nie ukończyli 13 lat, a zstępni stron, którzy nie ukończyli 17 lat, nie mogą być przesłuchiwani w charakterze świadków. Rozstrzygnięcia nie można oprzeć wyłącznie na uznaniu powództwa lub przyznaniu okoliczności faktycznych. Ponadto w sprawach tych nie znajdzie zastosowania art. 339 § 2 k.p.c., co w pewnym sensie uwypukla doniosłość społeczną i prawną tej kategorii spraw

⁴ E. Szczepanowska, [w:] *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Vademecum*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, P. Lewandowska, F. Manikowski, E. Płocha, E. Szczepanowska, Warszawa 2020, s. 345. W przypadku gdy małżonkowie nie posiadają wspólnych małoletnich dzieci i zgodnie wnoszą o orzeczenie separacji, postępowanie toczy się na podstawie przepisów o postępowaniu nieprocesowym (art. 567¹–567³ k.p.c.). Szerzej: M. Białecki, *Separacja. Komentarz. Wzory pism*, Warszawa 2014, s. 123–124.

⁵ M. Cieśliński, *Komentarz do art. 425 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. P. Rylski, Warszawa 2022, Legalis. Zob. I. Koper, [w:] *Komentarz KPC*, t. II, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Legalis 2013, art. 439, nb 1.

⁶ Postępowanie w przedmiocie unieważnienia albo ustalenia istnienia lub nieistnienia małżeństwa toczy się bowiem z udziałem prokuratora.

i związaną z tym potrzebę ochrony prywatności, a także konieczność zabezpieczenia szczególnej ochrony sądowej⁷. W każdej sprawie o rozwód lub o separację sąd zarządza przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron. W innych sprawach sąd nie może odmówić dopuszczenia takiego dowodu, jeżeli strona go powołała. Artykuł 302 § 1 k.p.c. stosuje się odpowiednio, co oznacza, że jeśli z przyczyn natury faktycznej lub prawnej przesłuchać można co do okoliczności spornych jedną tylko stronę, sąd oceni, czy mimo to należy przesłuchać tę stronę, czy też dowód ten pominąć w zupełności. Sąd postąpi tak samo, gdy druga strona lub niektórzy ze współuczestników nie stawili się na przesłuchanie stron lub odmówili zeznań.

Kolejne odrębności tego postępowania wynikają z art. 433 k.p.c. i dotyczą protokołu rozprawy, który powinien zawierać oświadczenie małżonków co do liczby, wieku i płci dzieci żyjących, stosunków majątkowych i zarobkowych obu małżonków, szczególnych obowiązków utrzymania osób niebędących ich wspólnymi dziećmi oraz co do treści umowy majątkowej, jeżeli małżonkowie umowę taką zawarli. Dopełnieniem tego przepisu jest art. 434 k.p.c., zgodnie z którym sąd może zarządzić przeprowadzenie przez wyznaczoną osobę wywiadu środowiskowego w celu ustalenia warunków, w których żyją i wychowują się dzieci stron.

Zgodnie z art. 435 § 1 k.p.c. wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich, co oznacza, że prawomocne wyroki wydawane w sprawach małżeńskich co do zasady są skuteczne *erga omnes*, przy czym nie dotyczy to części orzekającej o prawach i roszczeniach majątkowych dochodzonych łącznie z prawami niemajątkowymi. Jak podnosi się w doktrynie, wyrok rozwodowy należy uznać za skuteczny *erga omnes* w całości zgodnie z zasadą integralności wyroku rozwodowego⁸. W piśmiennictwie pojawia się pogląd, zgodnie z którym z istoty zasady integralności wyroku rozwodowego (separacyjnego) wynika skuteczność (a więc i wykonalność) powiązana z uprawnieniem się wyroku⁹.

Sprawy o rozwód i o separację uregulowane zostały w przepisach art. 436–446 k.p.c., w ramach postępowania odrębnego w sprawach małżeńskich¹⁰. Zgodnie z przepisem art. 299 k.p.c., jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. Zasada ta obowiązuje w procesie i stanowi przejaw subsydiarności tego dowodu¹¹. Wyjątek od powyższej zasady wprowadza przepis art. 432 k.p.c., który zakłada, że przeprowadzenie tego dowodu jest obligatoryjne w każdej sprawie o rozwód i o separację, również o separację na zgodny wniosek małżonków w postępowaniu nieprocesowym

⁷ M. Cieśliński, *Komentarz do art. 425 k.p.c.*, [w:] *Kodeks...*

⁸ S. Jastrzemska, *Komentarz do art. 435 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505*³⁹, t. I, red. T. Szancilo, Legalis.

⁹ M. Cieśliński, *Komentarz do art. 435 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. P. Ryłski, Warszawa 2022, Legalis.

¹⁰ Szerzej: M. Białecki, *Separacja...*, s. 94 i n.

¹¹ Por. M. Manowska [w:] *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, t. 1, Art. 1–505³⁷, red. M. Manowska, Warszawa 2011, s. 912.

(art. 13 § 2 k.p.c.), co wiąże się z charakterem tych spraw. Podzielam pogląd wyrażony w piśmiennictwie i w orzecznictwie, zgodnie z którym, jeżeli po przeprowadzeniu dowodu z przesłuchania stron w sprawie o separację lub o rozwód okaże się, że nie wszystkie istotne dla sprawy okoliczności faktyczne zostały należycie wyjaśnione, niedopuszczalne byłoby oddalenie powództwa bez przeprowadzenia dodatkowych dowodów zgłoszonych przez strony lub dopuszczonych przez sąd z urzędu, wobec czego dowód z przesłuchania stron powinien być dowodem ostatnim, a przeprowadzenie po nim innych dowodów w zasadzie powodować będzie konieczność powtórzenia przesłuchania stron¹².

3. Postępowanie dowodowe w sprawach o rozwód i o separację z perspektywy dowodów uzyskanych bez zgody i wiedzy drugiej strony. Nielojalne działania podejmowane w ramach postępowania dowodowego

W sprawach o rozwód i o separację postępowanie dowodowe ukierunkowane jest co do zasady na okoliczności wynikające z przepisów art. 57 k.r.o., art. 58 k.r.o., art. 61³ § 1 k.r.o. oraz art. 441 k.p.c., przy czym przepis art. 441 k.p.c. w części dotyczącej małoletnich dzieci stron nie będzie miał zastosowania w przypadku separacji na zgodny wniosek małżonków w postępowaniu nieprocesowym i w przypadku separacji rozpoznawanej w procesie oraz rozwodu, ale z zastosowaniem przepisu art. 442 k.p.c. W praktyce zatem sąd w sprawach o rozwód i o separację bada przede wszystkim okoliczności dotyczące rozkładu pożycia oraz jego przyczyny, ustalając, czy doszło do zupełnego i trwałego rozkładu pożycia (w przypadku separacji badany jest jedynie aspekt zupełności). Z uwagi na negatywną przesłankę orzeczenia rozwodu i separacji sąd ustala, czy skutek orzeczenia rozwodu bądź separacji nie ucierpi dobro wspólnego małoletniego dziecka stron, i obligatoryjnie przesłuchuje co najmniej jednego świadka na tę okoliczność. Wobec brzmienia przepisu art. 431 k.p.c., w razie uznania powództwa, sąd ustala przyczyny, które skłoniły stronę pozwaną do zajęcia takiego stanowiska procesowego¹³.

Do najczęściej wykorzystywanych środków dowodowych w postępowaniu o rozwód i o separację zaliczyć można m.in.: zeznania świadków, dowody z dokumentów urzędowych, dokumenty prywatne, opinie biegłych OZSS¹⁴, dowody,

¹² Por. T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012, red. T. Ereciński, s. 599; U. Dąbrowska, [w:] *Rozwód i separacja*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2010, s. 303; A. Harast, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2013, Legalis. Por. także orzeczenia Sądu Najwyższego (dalej SN): z 17.05.1956 r., I CR 759/55, OSNCK 1957/2, poz. 50; z 30.12.1953 r., C 355/53, „Państwo i Prawo” 1954/5; z 23.05.1958 r., CR 146/57, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959/3, s. 346. Zob. M. Bialecki, *Gromadzenie dowodów sprzecznych z prawem przez strony w sprawach o rozwód i o separację*, [w:] *Role uczestników postępowania sądowych – wczoraj, dziś i jutro*, t. 2, red. D. Gil, E. Kruk, s. 73–74, Lublin 2015.

¹³ Por. M. Bialecki, *Gromadzenie...*, [w:] *Role...*, t. 2, s. 73–74.

¹⁴ Opiniodawczy Zespół Sądowych Specjalistów.

o których mowa w art. 308 k.p.c. (dowody z innych dokumentów niż wymienione w art. 243¹ k.p.c.) oraz obligatoryjne przesłuchanie stron¹⁵. W praktyce jednak strony coraz częściej zgłaszają dowody zdobywane w sposób bezprawny bądź podstępny (nagrania z telefonu, wyciągi z korespondencji mailowej, fotografie z tzw. zrzutów ekranowych). W konsekwencji zatem w sprawach o rozwód i o separację wykorzystywane są gromadzone przez strony dowody w postaci: nagrań przeprowadzonych rozmów, tzw. *print screenów* (zrzutów ekranowych z mediów społecznościowych typu Facebook, Instagram), billingów, treści wiadomości tekstowych SMS czy wiadomości z komunikatorów, plików zgromadzonych na twardych dyskach komputerów i serwerach internetowych, zapisów poczty elektronicznej, innych danych z telefonów komórkowych czy systemów typu *backup*. W wielu przypadkach dowody te pozyskane zostają przez strony w sposób nielegalny lub bez zgody i wiedzy drugiej strony i tym samym stanowią przejaw podejmowanych działań, które cechuje nielojalność¹⁶.

Należy zatem zastanowić się nad dopuszczalnością przedstawiania takich dowodów przed sądem, a przede wszystkim nad tym, czy mogą one stanowić podstawę wyrokowania. Posługiwanie się tego typu dowodem w niektórych ustawodawstwach jest zasadniczo niedopuszczalne¹⁷. Ustawodawca amerykański przewiduje jednak cztery wyjątki, które zakładają możliwość posłużenia się dowodem zdobytym w sposób nielegalny przed sądem¹⁸. Pierwszy to tzw. wyjątek dobrej wiary (uzyskanie dowodu „zatrutego drzewa” w dobrej wierze). Drugi wyjątek zakłada uzyskanie dowodu nielegalnego przy okazji gromadzenia innych dowodów w sprawie. Trzeci wyjątek przewiduje tzw. nieuchronność pojawienia się dowodu nielegalnego i możliwość skorzystania z niego. Czwarty wyjątek polega na tym, że związek przyczynowy między podjęciem działań nielegalnych a dowodem nielegalnym jest na tyle słaby, iż można posłużyć się „owocem drzewa zatrutego” przed sądem¹⁹. Tymczasem ustawodawca polski nie uregulował w Kodeksie postępowania cywilnego kwestii dopuszczalności wykorzystywania dowodów będących *de facto* „owocem zatrutego drzewa”, i – co najważniejsze – nie wypowiedział się w kontekście ewentualnego zakazu przedstawiania takich

¹⁵ Szerzej: M. Bialecki, *Separacja...*, s. 123–124.

¹⁶ Szerzej na ten temat: M. Bialecki, *Praktyka dopuszczania przez sądy dowodów zdobytych w sposób nielegalny w polskim postępowaniu cywilnym z odwołaniem się do rozwiązań amerykańskich i kanadyjskich*, [w:] *Nowelizacja Kodeksu Postępowania Cywilnego*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Sopot 2015, s. 159–180; M. Bialecki, *Doktryna „owoców zatrutego drzewa” / fruits of the poisonous tree / w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Współczesne problemy postępowania cywilnego. Zbiór studiów*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Klich, Toruń 2015, s. 202–219; M. Bialecki, *Problem dowodów nielegalnych na przykładzie środków dowodowych pozyskanych z Internetu w sprawach rodzinnych*, [w:] *E-obywatel. E-sprawiedliwość. E-usługi*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczynski, D. Szostek, Warszawa 2017, s. 206–222.

¹⁷ Por. M. Bialecki, *Praktyka...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 160.

¹⁸ Szerzej: M.S. Bransdorfer, *Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*, „Indiana Law Journal” 1987/62, s. 1061.

¹⁹ W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wykorzystano doktrynę „owocu drzewa zatrutego” w sprawie Gäfgen v. Niemcy, 22978/05, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/em229780.html>. Szerzej na temat doktryny „fruit of the poisonous tree” (doktryny „owoców drzewa zatrutego”): M. Bialecki, *Praktyka...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 160 i n.

dowodów. Nadal aktualny pozostaje zatem wyrażony przeze mnie pogląd, że dowodem w procesie cywilnym może być właściwie wszystko, co potwierdza otwarty katalog środków dowodowych²⁰. Kodeks postępowania cywilnego nie tylko nie zawiera regulacji dotyczącej zagadnienia dopuszczalności takich dowodów, ale również nie wprowadza ich definicji legalnej. Osobiście nie widzę potrzeby definiowania przez ustawodawcę takich dowodów, co do których istnienia nie ma przecież wątpliwości. Wydaje się jednak słuszne, aby sądy orzekające, które stykają się z nimi w praktyce, przeprowadzały swoisty test na wzór zaprezentowany w modelu amerykańskim i dopuszczały je w razie zaistnienia któregoś z przywołanych wyjątków, kierując się przede wszystkim motywacją, która towarzyszy stronie bądź innemu uczestnikowi postępowania podczas zgłaszania takiego dowodu. Poruszane zagadnienie ma ogromne znaczenie z punktu widzenia teorii i – w głównej mierze – z uwagi na aspekt praktyczny, gdyż analizowane dowody są wykorzystywane nie tylko w sprawach rozwodowych, lecz także w sprawach o stosowanie mobbingu w miejscu pracy czy w sprawach o zapłatę, co znajduje potwierdzenie w przykładach pochodzących z orzecznictwa²¹. Moim zdaniem dowody takie mogą być przedstawiane szczególnie w sytuacji, gdy brakuje innych dowodów bezpośrednich potwierdzających dane okoliczności faktyczne. Mimo że Kodeks postępowania cywilnego nie wprowadził *expressis verbis* generalnego zakazu zgłaszania wniosków dowodowych obejmujących tzw. „owoce drzewa zatrutego” i taki zakaz dowodowy jest tworem doktryny i judykatury, to trzeba podkreślić, iż zarówno dowód uzyskany sprzecznie z prawem, jak i dowód naruszający zasady współżycia społecznego czy powszechnie akceptowane normy etyczne nie zawsze winien być oceniany negatywnie chociażby przez pryzmat nadużycia prawa procesowego.

Nadal kluczowym problemem pozostaje udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy każde zgłoszenie przez stronę dowodu zdobytego w sposób nielegalny należy uznać za niedopuszczalne w toku procesu i czy każde tego typu działanie uczestników postępowania rozwodowego traktować należy jako nielejalne i deprecjonowane z perspektywy swobodnej oceny dowodów. Wydaje się, że kategorię opowiedzenie się za tezą o bezwzględny zakazie gromadzenia i wykorzystywania takich dowodów byłoby krzywdzące z punktu widzenia prawa do rzetelnego procesu sądowego. Z tych względów stoję na stanowisku, że przekonania takie winny zostać poddane rewizji dostosowanej do zmieniających się okoliczności i pojawiających się tzw. nowych środków dowodowych. Przywoływane w doktrynie poglądy, że sąd nie może dopuszczać dowodów zgromadzonych metodami, które naruszają prawo, zasady współżycia społecznego czy dobre obyczaje, gdyż działanie przeciwnie otwierałoby drogę do licznych nadużyć i w wymiarze społecznym działania sądów postrzegane

²⁰ Por. M. Białecki, *Praktyka...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 160 i n. Szerzej: wyrok SN z 15.04.1969 r., III PRN 20/69, „Nowe Prawo” 1970/9, s. 1362 z głosem J. Krajewskiego.

²¹ Szerzej na temat analizy poglądów doktryny i judykatury: M. Białecki, *Praktyka...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 164 i n.

byłyby jako legalizujące bezprawne postępowanie stron, wymagają zdecydowanego odniesienia ich do praktyki stosowania prawa²².

Rozważając kwestię niełojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego w zestawieniu z dowodami z kategorii „owoców zatrutego drzewa”, wydaje się uzasadnione stwierdzenie, że pojęcie niełojalnych działań uczestników postępowania swoim zakresem obejmuje także dowody zdobywane w sposób nielegalny, naruszający prawo, niezgodny z zasadami współżycia społecznego lub bez zgody i wiedzy drugiej strony. Na marginesie poczynionych uwag należy pozostawić rozważania natury terminologicznej odnoszące się do pojęcia dowodów doktrynalnie nazywanych „*fruit of the poisonous tree*” („owoce drzewa zatrutego”), gdyż problematyka ta była już dość szeroko poddawana analizom w nauce prawa cywilnego procesowego²³. Niezależnie od przyjętego określenia bezspornym jest przecież, że rozważania te nie mają charakteru normatywnego, gdyż ustawodawca polski nie wprowadził definicji legalnej tego pojęcia, co sygnalizowałem już wcześniej. Na potrzeby przeprowadzonej analizy i w celu jej uporządkowania przychyliam się do poglądu, według którego można w zasadzie bez obaw zamiennie używać pojęć: „dowód bezprawny”, „dowód nielegalny” lub „dowód uzyskany w sposób sprzeczny z prawem”. Zabieg taki jest możliwy z uwagi na to, że brakuje wyraźnej podstawy normatywnej oraz że pojęcia te pozostają jedynie tworem doktryny. Bartosz Karolczyk proponuje posługiwanie się pojęciem „dowodu uzyskanego lub przeprowadzonego wbrew ustawie, z naruszeniem ustawy lub w sposób sprzeczny z ustawą”. Pojęcie to obejmować będzie swoim zakresem dowód uzyskany lub przeprowadzony z naruszeniem zakazu dowodowego lub przywileju dowodowego, na który powołał się podmiot uprawniony²⁴. Według mnie właściwe byłoby jeszcze dodanie do powyższej definicji odniesienia do sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Takie uzupełnienie doprowadziłoby do osiągnięcia zasadniczego celu, jakim jest objęcie tą kategorią także działań niełojalnych uczestników postępowania związanych z gromadzeniem i wykorzystywaniem dowodów zdobytych w taki właśnie sposób. Zarówno gromadzenie, jak i prezentowanie materiału dowodowego przez strony i uczestników postępowania z założenia powinno odbywać się z poszanowaniem zasad współżycia społecznego. Z tej perspektywy fundamentalne prawo każdego obywatela do rzetelnego procesu sądowego winno być rozpatrywane nie tylko w aspekcie legalności sposobu uzyskania materiału dowodowego, lecz także towarzyszącej temu motywacji²⁵. Oznacza to, że sąd powinien podchodzić do tego

²² Por. m.in.: E. Wengerek, *Korzystanie w postępowaniu cywilnym ze środków dowodowych uzyskanych sprzecznie z prawem*, „Państwo i Prawo” 1977/2, s. 40; M. Krakowiak *Potajemne nagranie na taśmę jako dowód w postępowaniu cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2005/24, Legalis/el.; A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane sprzecznie z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003/12, s. 101; D. Korszeń, *Zakres zakazu przeprowadzania w postępowaniu cywilnym dowodów nielegalnych (bezprawnych)*, „Monitor Prawniczy” 2013/1, Legalis/el. W piśmiennictwie i w judykaturze pojawiają się zdania przeciwne, które weryfikują dotychczasowe poglądy, a wręcz podają je w wątpliwość. Tak m.in. B. Karolczyk, *Dopuszczalność „dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa” w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2012/4, s. 91–92.

²³ Zob. m.in. M. Białecki, *Praktyka...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 164 i n.

²⁴ B. Karolczyk, *Dopuszczalność...*, s. 88–89, 93.

²⁵ Por. M. Krakowiak, *Potajemne...*

typu dowodów w sposób indywidualny, zaś ich ocena w każdym przypadku winna być dokonywana na podstawie art. 233 § 1 k.p.c. Praktyka orzecznicza stosowania prawa wyznaczać będzie kierunek, którym należy podążać, analizując zagadnienie dopuszczalności gromadzenia dowodów zdobywanych w sposób bezprawny i ich wykorzystywania przez uczestników postępowania rozwodowego, co dotyczy nie tylko stron, ale także pełnomocników, którzy takie dowody zgłaszają w procesie. Istnieje bowiem możliwość, że prawo do swobody wypowiedzi, tajemnicy rozmowy czy prywatności, należące do podstawowych dóbr osobistych chronionych konstytucyjnie (art. 31 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁶, art. 49 Konstytucji RP), zostanie zagrożone przez nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego. W niektórych przypadkach może dojść wręcz do naruszenia tych dóbr cudzym działaniem w toku procesu o rozwód w wyniku skorzystania ze wspomnianego dowodu stanowiącego „owoc zatrutego drzewa”. W praktyce nie zetknąłem się jednak z tym, aby działania takie spotkały się z podjęciem akcji procesowej na podstawie art. 24 Kodeksu cywilnego²⁷, choć – moim zdaniem – nie można wykluczyć możliwości wytoczenia powództwa o ochronę dóbr osobistych. Trzeba mieć na uwadze, że hipotetyczne powzięcie takich działań zawsze wiąże się z ryzykiem udowodnienia, iż naruszenie dóbr osobistych było jednak dopuszczalne w okolicznościach danej sprawy, gdyż uzasadnionej ochronie podlegały inne dobra o charakterze nadrzędnym.

Na zakończenie tej części rozważań warto również przywołać pogląd, z którego wynika wprost, że jednorazowe powołanie dowodu bezprawnego trudno ocenić w kategoriach nadużycia uprawnień procesowych, gdyż stronie lub uczestnikowi postępowania nieprocesowego przysługuje prawo do dowodu wywodzone z konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do sądu, będące elementem prawa do rzetelnego postępowania. W wypadku powołania takiego dowodu sąd może jednak uznać czynność procesową za wadliwą z uwagi na naruszenie klauzuli dobrych obyczajów. W związku z tym może nie uwzględnić wniosku dowodowego, czyli – pominąć dowód²⁸.

Konkludując, wydaje się całkowicie uzasadniona teza, z której wynika, że w Kodeksie postępowania cywilnego znajdziemy narzędzia, za pomocą których nielojalne działania uczestników postępowania cywilnego poddawane są ocenie i mogą być weryfikowalne w toku procesu. W pierwszej kolejności sąd może zastosować instytucję pominięcia takiego dowodu z uwagi na jedną z podstaw z art. 235² k.p.c., o czym mowa poniżej. Inicjatywa w tym zakresie może być podjęta z urzędu przez sąd, ale również przez stronę czy pełnomocników procesowych. Dodatkowo kolejnym narzędziem będzie powołanie się na nadużycie prawa procesowego, czyli instytucję uregulowaną w art. 4¹ k.p.c., której skutki w postaci możliwości zastosowania konkretnych środków zostały uregulowane w art. 226² § 2 k.p.c.

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

²⁸ Ł. Błaszczak, I. Gil, W. Głodowski, J. Gołaczyński, P. Rodziewicz, A. Skorupka, [w:] *System Postępowania Cywilnego*, t. 2, *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, Warszawa 2021, s. 466.

4. Postanowienie o dopuszczeniu dowodu z perspektywy prawa uczestników postępowania rozwodowego do kwestionowania dowodu z uwagi na dostrzeżone uchybienia procesowe

W postanowieniu o dopuszczeniu dowodu sąd oznacza środek dowodowy i fakty, które mają nim zostać wykazane, a w miarę potrzeby i możliwości – także termin i miejsce przeprowadzenia dowodu, co wynika z art. 236 § 1 k.p.c. Istotne jest, że zgodnie z art. 235² § 1 k.p.c. sąd może pominąć dowód, którego przeprowadzenie wyłącza przepis kodeksu, mający wykazać fakt bezsporny, nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy lub udowodniony zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, nieprzydatny do wykazania danego faktu, niemożliwy do przeprowadzenia, zmierzający jedynie do przedłużenia postępowania, gdy wniosek strony nie odpowiada wymogom art. 235¹ k.p.c., a strona mimo wezwania nie usunęła braku. Pomijając dowód, sąd wydaje postanowienie, w którym wskazuje podstawę prawną tego rozstrzygnięcia, co wynika wprost z art. 235² § 2 k.p.c.

Rekapitułując dotychczasowe rozważania można przyjąć zatem, że w okolicznościach danej sprawy, wobec braku innych środków dowodowych, dowód z kategorii „owoców drzewa zatrutego” będzie jedynym możliwym sposobem obrony praw strony bądź też decyzja o dopuszczeniu takiego dowodu podjęta będzie jedynie w celu wzmocnienia dokonanych ustaleń faktycznych na etapie postępowania przed sądem przy pomocy innych środków dowodowych. Strona, która jest niezadowolona z faktu dopuszczenia przez sąd takiego dowodu, może zawsze skorzystać z dodatkowego narzędzia w postaci zastrzeżenia do protokołu z art. 162 k.p.c. Strona powinna zwrócić uwagę sądu na uchybienie przepisom postępowania i wnieść o wpisanie zastrzeżenia do protokołu, przy czym zastrzeżenie takie można zgłosić najpóźniej na kolejnym posiedzeniu, co wynika z art. 162 § 1 k.p.c. Przepis ten ulega zaostreniu w przypadku pełnomocników profesjonalnych, bowiem zgodnie z art. 162 § 2 k.p.c. stronie zastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania. Skutku tego nie niweczy wypowiedzenie lub cofnięcie pełnomocnictwa. Zastrzeżenie takie może przyjąć formę kwestionowania dowodu i podniesienia zarzutu braku jego wiarygodności bądź zdobycia go w sposób niezgodny z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Wówczas sąd indywidualnie dokonuje oceny, czy z takiego dowodu skorzystać, czy też go pominąć, zaś strona może w każdym przypadku podnosić dodatkowy zarzut nadużycia prawa procesowego i zwrócić się do sądu o skorzystanie z jednej z sankcji przewidzianych w art. 226² § 2 k.p.c. w razie stwierdzenia takiego nadużycia, o czym wspominałem powyżej.

De lege lata wydaje się całkowicie uzasadnione, aby zastrzeżenia takie mogły być zgłaszane już na etapie posiedzenia przygotowawczego w celu przeciwdziałania przewlekłości postępowania pod warunkiem, że sąd nie skorzysta z uprawnienia przywidywanego w art. 205⁴ § 3 k.p.c., które zezwala na odstąpienie od przeprowadze-

nia posiedzenia przygotowawczego²⁹. Moim zdaniem ustawodawca w sposób wystarczająco precyzyjny wprowadził w art. 205¹² k.p.c. termin na przytaczanie twierdzeń i dowodów na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej, dostosowując je do sytuacji, gdy wyznacza się posiedzenie przygotowawcze i gdy nie zarządza się przeprowadzenia takiego posiedzenia. Za zasadne należy zatem uznać przyjęcie, że terminy powyższe będą odnosiły się również do zastrzeżeń z tytułu nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego podejmowanych w ramach inicjatywy dowodowej lub treści przekazywanej w formie twierdzeń zawartych w pismach procesowych.

Pod rządami obecnie obowiązujących przepisów k.p.c. warto również przywołać stanowisko wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym dla dowodów powołanych sprzecznie z ustawowymi ograniczeniami w dopuszczeniu i przeprowadzaniu określonych środków dowodowych podstawę pominięcia stanowi przepis art. 235² § 1 pkt 1 k.p.c., odnoszący się do sytuacji, gdy przepis Kodeksu postępowania cywilnego wyłącza przeprowadzenie danego dowodu. Słusznie podnosi się, że przywołana podstawa prawna nie dotyczy przypadków, w których od dyskrecyjnej decyzji sądu zależy dopuszczenie lub pominięcie dowodu. Dochodzi do tego wówczas, gdy sąd ma do czynienia z dowodem pozyskanym niezgodnie z normami konstytucyjnymi (także prawa europejskiego i międzynarodowego), prawa materialnego oraz z normami etycznymi (moralnymi). W nauce prawa procesowego cywilnego proponuje się zatem, aby w takiej sytuacji niedopuszczenie dowodu nie odbywało się na podstawie przyczyn wymienionych w katalogu z art. 235² § 1 k.p.c. (z uwagi na brak wyraźnie określonej przyczyny pominięcia dowodu polegającej na nielegalnym pozyskaniu dowodu), ale na podstawie art. 3 k.p.c. w związku z konkretnymi przepisami prawa materialnego, które zostały naruszone podczas pozyskiwania tego dowodu. W tym wypadku klauzula dobrych obyczajów (art. 3 k.p.c.) to samodzielna podstawa prawna do wyeliminowania dowodów bezprawnych³⁰. Oznacza to zatem, że sąd w sprawie o rozwód może wskazać konkretny przepis prawa materialnego i odnieść go do regulacji art. 3 k.p.c., która stanowić będzie samodzielną podstawę niedopuszczenia takiego dowodu.

5. Nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego jako przejaw nadużycia prawa procesowego

Pojęcie „nadużycia” z językowego punktu widzenia obejmuje swą treścią co najmniej nieuczciwość, manipulowanie, fikcyjność zachowania z uwagi na sprzeczność z przyjętą normą dotyczącą użycia określonej rzeczy lub wykorzystanie przysługującego

²⁹ Szerzej na temat organizacji postępowania: M. Bialecki, *Organizacja postępowania jako próba realizacji postulatu szybkości postępowania cywilnego a nadużycie prawa procesowego przez strony i uczestników postępowania*, [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Bialecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021, s. 31 i n.

³⁰ Ł. Błaszczak, I. Gil, W. Głodowski, J. Gołaczyński, P. Rodziewicz, A. Skorupka, [w:] *System...*, t. 2, *Dowody...*, s. 466–467.

prawa³¹. Nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego stanowią jeden z przejawów nadużycia prawa procesowego. Wprowadzona do Kodeksu postępowania cywilnego w art. 4¹ k.p.c. zasada zakazu nadużycia prawa procesowego oznacza, że z uprawnienia przewidzianego w przepisach postępowania stronom i uczestnikom postępowania nie wolno czynić użytku niezgodnego z celem, dla którego je ustanowiono³². Sama konstrukcja nadużycia prawa procesowego, choć do tej pory znana jedynie z licznych opracowań doktrynalnych, nie wynikała wprost z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Z tych względów, czyli wobec braku procesowej regulacji nadużycia prawa procesowego, w nauce prawa procesowego cywilnego zastanawiano się nad odniesieniem do art. 5 k.c. i dopuszczalnością stosowania klauzuli generalnej wynikającej z powoływanego przepisu prawa cywilnego materialnego *per analogiam* przy zastosowaniu techniki *analogia legis*³³. W nauce prawa cywilnego procesowego jako przykłady nadużycia prawa procesowego podaje się: wnoszenie szeregu wniosków o wyłączenie sędziego, składanie bezzasadnych wniosków dotyczących kwestii proceduralnych, następujących po sobie zażaleń, wszczynanie postępowań pozornych, w których roszczenia powoda są oczywiście bezzasadne.

Należy zauważyć, że wprowadzona *expressis verbis* instytucja nadużycia prawa procesowego będzie odnosiła się do postępowania procesowego i nieprocesowego, gdyż dotyczy stron i uczestników postępowania oraz – co najważniejsze (z perspektywy podjętej przeze mnie tematyki niniejszego opracowania) – znajdzie zastosowanie już na etapie fazy organizacji postępowania rozwodowego lub w jego toku³⁴. Nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego będą w wielu przypadkach stanowiły nadużycie prawa procesowego. Jako przykład można tu wskazać niepoparte żadnymi dowodami fałszywe oskarżanie o przemoc domową poprzez zastosowanie technik manipulacji, polegające na wyreżyserowaniu sceny przemocy w taki sposób, aby u osób trzecich (np. u sąsiadów) wzbudzić poczucie, że akty agresji rzeczywiście występują. Pomysłowość stron i ich wyobrażenia w tej kwestii zdają się być nieograniczone i niestety brakuje takich narzędzi prawnych, które skutecznie powstrzymałyby strony przed podejmowaniem takich niełojalnych działań. Nie oznacza to jednak, że brak jest środków ochrony przed takimi działaniami. Moim zdaniem strony za bardzo koncentrują się na prowadzeniu konkretnego postępowania rozwodowego i zgłaszają kolejne dowody w ramach tego postępowania. Obserwuję

³¹ Ł. Błaszczak, I. Gil, W. Głodowski, J. Gołaczyński, P. Rodziewicz, A. Skorupka, [w:] *System...*, t. 2, *Dowody...*, s. 313. Por. także przywoływane przez autorów publikacje: E. Gapska, *Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego*, cz. 1 – *Klauzula generalna*, „Monitor Prawniczy” 2019/15, DOI: 10.32027/MOP.19.15.1, s. 813; T. Ereciński, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym. Tezy i wstępne propozycje do dyskusji*, [w:] *Nadużycie prawa procesowego cywilnego*, red. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler, Warszawa 2019, s. 11 i n.

³² Szerzej na temat teorii nadużycia praw procesowych: M. Plebanek, *Nadużycia prawa procesowego*, Warszawa 2012, s. 53 i n.

³³ M. Muliński, *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, teza 1–2, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I A, *Komentarz. Art. 1–424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, Legalis; por. uzasadnienie projektu zmian k.p.c. z 2019 r., s. 30 i n. (ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.).

³⁴ Szerzej na temat nadużycia prawa procesowego: M. Białecki, *Organizacja...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 33 i n.

jednak, że niektóre możliwości nie są w ogóle wykorzystywane przez sąd bądź przez strony. Dzieje się to na przykład w przypadkach uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa składania fałszywych zeznań czy oświadczeń na potrzeby postępowania rozwodowego w celach osiągnięcia korzystnych rozstrzygnięć na przykład w ramach zabezpieczenia roszczeń czy już na etapie wyrokowania. W praktyce nie zdarzyło mi się, aby sąd z urzędu przesłał odpis protokołu z rozprawy rozwodowej do właściwej prokuratury w celu zbadania, czy nie doszło do popełnienia przestępstwa składania fałszywych zeznań (art. 233 § 1 Kodeksu karnego³⁵).

W doktrynie istotę nadużycia prawa procesowego zdefiniowano jako sytuację, w której czynności procesowe są podejmowane na podstawie i w granicach prawa, ale nie zmierzają one do osiągnięcia celu, dla którego zostały stworzone. Jako przykład można wskazać przypadek, gdy wykorzystano zeznania świadka, czyli podjęto czynność zgodną z prawem, jednak złożenie tych zeznań nastąpiło niezgodnie z prawdą. Takie rozumienie wprowadzonej definicji nadużycia prawa procesowego i nałożenie na nią założenia wykładni celowościowej nasuwa wniosek, że podejmowanie czynności przez strony i uczestników postępowania rozwodowego jeszcze na etapie organizacji postępowania, w ramach której prowadzone jest posiedzenie przygotowawcze, również nie może naruszać zakazu nadużycia prawa procesowego, gdyż celem jest w tym przypadku podstawowa znajomość stanowisk procesowych, zaś wyznaczenie rozprawy ma nastąpić jedynie w sytuacjach wyjątkowych. Powyższa uwaga odnosi się także do wszelkich innych działań nietożalnych. Faza przygotowania do ewentualnej rozprawy ma sprzyjać podejmowaniu takich działań, które nie będą prowadziły do nadużycia prawa procesowego i nie będą nietożalne³⁶. Jak słusznie zauważa się w nauce prawa cywilnego procesowego, pojęcie „nadużycia prawa podmiotowego” nie może zostać tak po prostu przeniesione na grunt norm procesowych, gdyż zupełnie inna jest ich funkcja i natura prawna, co uzasadnia kategorię rozdziału prawa procesowego od materialnego. Współcześnie zatem pojęcie „nadużycia prawa” oznacza użycie danego narzędzia prawnego sprzecznie z jego celem³⁷. Takim samym przymiotem charakteryzować się będą działania nietożalne podejmowane przez uczestników postępowania rozwodowego. W pełni podzielam wyrażony pogląd, że ustawodawca dostrzegł, iż strony mogą korzystać z uprawnień zgodnie z prawem, lecz sposób, w jaki to czynią, oraz intensyfikacja tych działań mogą destabilizować przebieg postępowania cywilnego i – w konsekwencji – powodować uzyskanie korzystniejszej sytuacji prawnej w procesie przez stronę, która z takich uprawnień korzysta³⁸.

Wypada w tym miejscu przywołać jeszcze inne definicje pojęcia „nadużycia prawa procesowego”, rozumianego jako wykonywanie praw procesowych poprzez

³⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

³⁶ M. Muliński, *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, teza 1-2, [w:] *Kodeks..., t. I A, Komentarz...*; por. uzasadnienie projektu zmian k.p.c. z 2019 r., s. 30 i n.

³⁷ M. Plebanek, *Nadużycia...*, s. 53.

³⁸ P. Feliga, *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, teza 2, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505*³⁹, t. I, red. T. Szancilo, Legalis. Autor zajmuje się także problematyką nadużycia prawa procesowego w nauce przedwojennej – P. Feliga, *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, teza 4, [w:] *Kodeks..., t. I*.

np. podejmowanie czynności procesowych przewidzianych przez ustawodawcę, formalnie dopuszczalnych, dozwolonych, których dokonanie dopiero w okolicznościach konkretnego przypadku będzie mogło zostać ocenione jako nadużycie praw procesowych przez stronę. Nadużycie prawa to w istocie użycie prawa niezgodnie z intencjami ustawodawcy. Tym samym będą nielojalne działania podejmowane przez uczestników postępowania rozwodowego. Według innego podejścia do omawianego zagadnienia nadużycie prawa procesowego to takie postępowanie strony, które uzasadnia przekonanie, że zmierza ono do zakłócenia normalnego przebiegu procesu cywilnego, przez co nie jest skierowane wyłącznie przeciwko przeciwnikowi procesowemu. Korzystanie ze wszystkich prawnie dopuszczalnych środków lub któregoś z nich może prowadzić do niesprawiedliwości i w takiej sytuacji można mówić o przypadku określanym jako nadużycie prawa w ramach prawa cywilnego procesowego. Według najszerzej definicji analizowanego pojęcia nadużycie praw procesowych to każdy wypadek takiego użycia przez stronę lub innego uczestnika postępowania cywilnego, które służy innym celom niż uzyskanie ochrony praw podmiotowych, tj. skorzystanie w sposób obiektywnie sprzeczny (czy też obiektywnie nieuzasadniony) z treścią przepisów procesowych (w tym z zasadami postępowania cywilnego, zwłaszcza z zasadą równości i ekonomii procesowej), z wynikającymi z tych przepisów (jak i z przepisów Konstytucji RP) obowiązkiem zachowania uczciwości procesowej oraz innymi zasadami współżycia społecznego, przy czym przez użycie (skorzystanie) z postępowania należy rozumieć wszelkie zachowania, tak czynności procesowe, jak i działania oraz zaniechania wpływające na bieg lub wynik procesu³⁹. Wypływający z postulatu realizacji prawa słusznego (łac. *ius aequum*) zakaz nadużycia prawa jest kategorią stosowania prawa i stanowi bardzo konkretną sytuację, w której działa określony podmiot i to w sposób sprecyzowany⁴⁰.

6. Analiza konsekwencji nieuprawnionego skorzystania z instytucji „Niebieskiej Karty” w postępowaniu rozwodowym

W ramach postępowania rozwodowego stosunkowo często wykorzystywana jest instytucja tzw. „Niebieskiej Karty”, zakładana na potrzeby wykazania faktu stosowania przemocy. Niestety weryfikowalność przez sądy motywów korzystania z tej instytucji kształtuje się na znikomym poziomie i często samo założenie „Niebieskiej Karty” stanowi podstawę do orzekania o winie w rozwodzie, zaś w praktyce okazuje się, że działania związane z procedurą „Niebieskiej Karty” są pozorne, gdyż nie prowadzą nawet do wszczęcia postępowania karnego. Trudno mówić jednak w tym kontekście o analizie konsekwencji nieuprawnionego skorzystania z instytucji „Niebieskiej Karty” wobec ogólnej dostępności jej zastosowania w praktyce. Z uwagi na granice zakresu w temacie opracowania i skupienie się na nielojalnych działaniach uczestników

³⁹ P. Feliga, *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, teza 4, [w:] *Kodeks...* Por. także: M. Plebanek, *Nadużycia...*, s. 67; M. Białecki, *Organizacja...*, [w:] *Nowelizacja...*, s. 35.

⁴⁰ Ł. Błaszczak, I. Gil, W. Głodowski, J. Gołaczyński, P. Rodziewicz, A. Skorupka, [w:] *System...*, t. 2, *Dowody...*, s. 313.

postępowania rozwodowego nie zamierzam analizować kwestii dotyczących uruchomienia mechanizmu „Niebieskiej Karty”. Wskażę jedynie, że procedura „Niebieskie Karty” wprowadzona została na podstawie art. 9d ust. 5 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁴¹ i uregulowana jest w rozporządzeniu Rady Ministrów z 13.09.2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta”⁴². Zainicjowana procedura „Niebieskie Karty” obejmuje ogół czynności podejmowanych i realizowanych przez przedstawicieli jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, Policji, oświaty i ochrony zdrowia, w związku z uzasadnionym podejrzeniem zaistnienia przemocy w rodzinie. Samo uzasadnione podejrzenie zaistnienia przemocy nie stanowi jednak podstawy do wyciągania wniosków, że taka przemoc faktycznie wystąpiła. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że omawiana procedura obejmuje „Niebieskie Karty” oznaczone kolejno literami od A do D i – moim zdaniem – weryfikowalność podnoszonych argumentów co do stosowania przemocy powinna odbywać się kompleksowo. Sąd rozwodowy winien zwrócić się o nadesłanie pełnej dokumentacji związanej z procedurą „Niebieskie Karty”, gdyż wszystkie działania podlegają dokumentowaniu, zaś jedynie w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa dokumenty te są przekazywane organom właściwym do prowadzenia postępowania przygotowawczego.

Oznacza to, że samo zainicjowanie procedury „Niebieskie Karty” należy do stosunkowo łatwych czynności i można przyjąć, że co do zasady trudno mówić o nieuprawnionym skorzystaniu z tej instytucji. Jak już wspominałem, często zachowania stron w sprawach o rozwód opierają się na emocjach i tym samym dochodzi do podejmowania działań nielojalnych, nieuczciwych, stanowiących wynik manipulacji czy wspomnianych właśnie emocji. Niełatwo jednak znaleźć mechanizmy, które będą zniechęcały strony do takich działań, bo *de facto* zainicjowanie procedury „Niebieskie Karty” działa podobnie jak zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. To, czy z przestępstwem mamy faktycznie do czynienia, okazuje się dopiero w przypadku wniesienia aktu oskarżenia, a precyzyjniej: w przypadku wydania przez sąd karny prawomocnego wyroku skazującego, który może stanowić prejudykat w postępowaniu rozwodowym w oparciu o przepis art. 11 k.p.c. Jeśli zatem ustalenia poczynione w ramach rozpoczętej procedury „Niebieskie Karty” mają być dla sądu rozwodowego istotne i stanowić podstawę wyrokowania, wówczas – moim zdaniem – możliwe będzie fakultatywne zawieszenie postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c.

Zakończenie procedury następuje w dwóch przypadkach, a mianowicie: w wypadku ustania przemocy w rodzinie i uzasadnionego przypuszczenia o zaprzestaniu dalszego stosowania przemocy w rodzinie oraz po zrealizowaniu indywidualnego

⁴¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1249. Zwracam uwagę na użyte przez ustawodawcę pojęcie procedury „Niebieskie Karty” przy założeniu, że chodzi o karty oznaczone literami od A do D, przy czym w praktyce często posługujemy się pojęciem procedury „Niebieskiej Karty” i będzie to akceptowalne z terminologicznego punktu widzenia.

⁴² Dz.U. z 2011 r. Nr 209, poz. 1245.

planu pomocy albo rozstrzygnięcia o braku zasadności podejmowania działań. Zakończenie procedury wymaga udokumentowania w formie protokołu (podpisanego przez przewodniczącego zespołu interdyscyplinarnego), który powinien zawierać: dane dotyczące osób, wobec których realizowana była procedura; daty rozpoczęcia i zakończenia procedury; opis podjętych działań w ramach procedury. Istotne jest również, że o zakończeniu procedury powiadamia się podmioty uczestniczące w procedurze po jej zakończeniu.

7. Analiza konsekwencji fałszywych zeznań w postępowaniu rozwodowym

Podobne wątpliwości w praktyce budzi składanie fałszywych zeznań w postępowaniu rozwodowym przez strony bądź przez świadków. Wydaje się, że jedynym mechanizmem, który potencjalnie miałby wpływ na wydane przez sąd rozwodowy rozstrzygnięcie, jest zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa. W konsekwencji słuszne stałoby się skorzystanie z instytucji zawieszenia postępowania w trybie art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c. do czasu zakończenia postępowania karnego. Chodzić tu może m.in. o przestępstwa z art. 233 k.k., art. 235 k.k. czy art. 238 k.k. (składanie fałszywych zeznań, tworzenie fałszywych dowodów, zawiadomienie o przestępstwie, którego nie popełniono). Warunkiem odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie (w tym przypadku sąd rozwodowy), działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebrał od niego przyrzeczenie. Przestępstwo składania fałszywych zeznań dotyczy również biegłego, rzeczoznawcy lub tłumacza, który przedstawia fałszywą opinię, ekspertyzę lub tłumaczenie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym. W praktyce spotkałem się bowiem z takimi nielojalnymi działaniami biegłych czy tłumaczy, którzy wydawali opinie w sposób, delikatnie mówiąc, nierzetelny. W jednym z przypadków miałem do czynienia z biegłym psychologiem, który uprzednio badał dziecko w ramach prywatnej praktyki, a następnie – w związku z prowadzonym postępowaniem rozwodowym – na zlecenie sądu. Zetknąłem się również z sytuacją, w której tłumacz w sposób nieprawidłowy i korzystny dla jednej ze stron dokonywał tłumaczenia zeznań drugiej strony i tylko dzięki nagraniom z sali rozpraw udało się dokonać weryfikacji jakości i rzetelności takiego tłumaczenia, co znalazło swoje konsekwencje w orzeczeniu kończącym postępowanie. W tej ostatniej sytuacji nielojalne działania dotyczyły nie tylko samego tłumacza, ale również zachowania jednej ze stron i jej pełnomocnika, którzy nie zwrócili uwagi tłumaczowi na błędy popełniane w trakcie składania zeznań przez przeciwnika procesowego.

Nie ulega zatem wątpliwościom, że pozyskanie przez stronę prawomocnego wyroku skazującego w zakresie popełnienia jednego z przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości będzie miało zasadniczy wpływ na wydawane przez sąd rozwodowy rozstrzygnięcie. Samo zaś zawieszenie postępowania w sprawie o rozwód i czas trwania tego „stanu zawieszenia” mogą powodować, że stronom, którym zależy na szybkim zakończeniu sprawy o rozwód, zwyczajnie nie będzie opłacało się składanie

falszywych zeznań czy też nakłanianie świadków do składania takich zeznań. Mimo istnienia ogólnodostępnych narzędzi służących przeciwdziałaniu składaniu fałszywych zeznań są one, według mnie, wykorzystywane stosunkowo rzadko (o ile w ogóle). Nie spotkałem się bowiem w praktyce z tym, aby sąd rozwodowy, który miał wątpliwości co do wiarygodności zeznań strony czy świadka, podjął z urzędu jakieś kroki nakierowane na wszczęcie odpowiedniego postępowania. Weryfikowanie zeznań stron i świadków pod kątem ich wiarygodności odbywa się jedynie przez pryzmat zasady swobodnej oceny dowodów, wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c., co potencjalnie nie zniechęca do składania fałszywych zeznań i – co najważniejsze – nie stanowi, moim zdaniem, prawidłowej i pożądanej reakcji wymiaru sprawiedliwości. Samo bowiem stwierdzenie przez sąd, że nie dał on wiary zeznaniom strony bądź świadka albo że dał wiarę tym zeznaniom jedynie w części, nie wywołuje żadnych konsekwencji prawno-karnych.

8. Podsumowanie – uwagi *de lege ferenda*

Rozumiane w sposób szeroki nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego, obejmujące wszelkie działania o charakterze nierzetelnym, nieetycznym i niezasługującym na zaufanie podejmowane przez uczestników postępowania przed sądem w celu osiągnięcia oczekiwanych skutków procesowych, są zjawiskiem często pojawiającym się w praktyce. W ramach przeprowadzonej analizy wykazałem, że w wielu przypadkach będziemy mieli do czynienia z tożsamym rozumieniem pojęć „nielojalnego działania” i „nadużycia prawa procesowego”. Konsekwentnie zatem trzeba uznać, że w przypadku stwierdzenia takiego naruszenia prawa procesowego, które samo w sobie będzie działaniem nielojalnym, ustawodawca przewiduje konkretne sankcje. Wynikają one wprost z art. 226² § 2 k.p.c. Z tej perspektywy nie widzę potrzeby wprowadzania dodatkowych mechanizmów ochronnych dla stron takiego postępowania. Oczywiście jest, że praktyka stosowania prawa dostarcza wielu przykładów nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego i na potrzeby niniejszego opracowania niemożliwym okazałoby się dokonanie analizy wszystkich pojawiających się przypadków nierzetelnych zachowań, nawet gdyby przeprowadzone przeze mnie badania empiryczne miały oparcie w analizie akt rozwodowych. Złożoność pojęcia „nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego” nakazuje bowiem ograniczenie się do sytuacji modelowych i nie pozwala na kazuistykę poszczególnych przypadków.

Przyjęte przeze mnie założenie metodologiczne umożliwiło bowiem skoncentrowanie się na analizie samego zjawiska jako pewnej tendencji, która pojawia się w ramach postępowań rozwodowych. Jednak – co najistotniejsze – okazało się, że tendencja ta nie ogranicza się tylko do spraw o rozwód i o separację, a dotyczy postępowania cywilnego jako całości. Przywołana przeze mnie we wstępie opracowania interwencja omawianych instytucji oznacza, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym od sądu rozwodowego i od pełnomocników występujących w takich sprawach wymaga się interdyscyplinarnego podejścia do konkretnej sprawy, szczególnie

wówczas, gdy mamy do czynienia z instytucjami prawa karnego materialnego. Moim zdaniem pozostające do dyspozycji stron i uczestników postępowania narzędzia przeciwdziałające nielojalnym działaniom podejmowanym w toku spraw o rozwód czy o separację są wystarczające, choć – według mnie – nie do końca wykorzystywane. Wydaje się, że z uwagi na wprowadzenie instytucji nadużycia prawa procesowego do Kodeksu postępowania cywilnego i krótki okres obowiązywania tych przepisów praktyka będzie dostarczała nam coraz więcej przykładów konkretnych nadużyć będących *de facto* działaniami nielojalnymi i – nade wszystko – będziemy świadkami stosowania przez sądy sankcji w razie stwierdzenia tych naruszeń. Wprowadzone do Kodeksu postępowania cywilnego instrumenty poddawania ocenie i weryfikowania nielojalnych działań uczestników postępowania rozwodowego mają charakter konkretnych rozwiązań systemowych o realnym charakterze.

Dostrzegam jednak potrzebę wprowadzenia dodatkowych rozwiązań na gruncie procedury „Niebieskie Karty”, dzięki którym uzyska się w praktyce efekt pewnego ujednolicenia na płaszczyźnie informacyjnej. *De lege ferenda*, z perspektywy kompleksowego podejścia do problematyki weryfikowalności podnoszonych argumentów co do stosowania przemocy, uzasadnione byłoby, aby w formularzu „Niebieska Karta – A” znalazła się informacja o toczącym się postępowaniu o rozwód lub o separację, ewentualnie o postępowaniu (prowadzonym na wniosek lub z urzędu) w przedmiocie władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem. W przypadku uzyskania przez organ informacji o prowadzeniu takiego postępowania *de lege ferenda* organ ten zobowiązany byłby do przekazania tej informacji sądowi właściwemu. Zdaję sobie sprawę, że takie rozwiązanie może spotkać się z głosami krytycznymi, ale z punktu widzenia całokształtu procedury „Niebieskie Karty”, która obejmuje ogół czynności podejmowanych i realizowanych przez odpowiednie jednostki organizacyjne, takie rozwiązanie byłoby pożądaną z informacyjnego punktu widzenia, a także z perspektywy ochrony dobra dziecka. Poinformowanie sądu o zainicjowaniu takiej procedury nie zawsze leży bowiem w interesie strony. Często jednak zbieg wytoczenia sprawy o rozwód i uruchomienia procedury „Niebieskie Karty” nie będzie przypadkowy, co może dać sądowi rozwodowemu pewien asumpt w zakresie rzeczywistej motywacji zawiadomienia o stosowaniu przemocy w rodzinie na potrzeby toczącego się postępowania w sprawie o rozwód.

Wobec braku szczegółowej regulacji w tym zakresie konieczne będzie, jeszcze na zakończenie, odniesienie się do pojęcia „dowodu anegdotycznego”. Wyrażenie to nie zostało zdefiniowane w nauce prawa cywilnego procesowego. Oznacza ono dowód w formie anegdoty lub pogłoski, co do którego istnieje wątpliwość w zakresie jego prawdziwości czy wiarygodności. Dowodem anegdotycznym będzie zatem niezwyfikowana i niepotwierdzona innymi dowodami teza, zazwyczaj opierająca się na zeznaniach jednej osoby lub niewielkiej grupy osób. W kontekście poczynionych rozważań warto zaznaczyć, że nielojalne działania uczestników postępowania rozwodowego to w praktyce posługiwanie się właśnie dowodami anegdotycznymi i z tej perspektywy ich weryfikowalność będzie dokonywana indywidualnie z perspektywy art. 233 § 1 k.p.c. w ramach zasady swobodnej oceny dowodów.

Bibliografia

1. Bialecki M., *Doktryna „owoców zatrutego drzewa” /fruits of the poisonous tree/ w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Współczesne problemy postępowania cywilnego. Zbiór studiów*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Klich, Toruń 2015.
2. Bialecki M., *Gromadzenie dowodów sprzecznych z prawem przez strony w sprawach o rozwód i o separację*, [w:] *Role uczestników postępowań sądowych – wczoraj, dziś i jutro*, t. 2, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2015.
3. Bialecki M., *Organizacja postępowania jako próba realizacji postulatu szybkości postępowania cywilnego a nadużycie prawa procesowego przez strony i uczestników postępowania*, [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Bialecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021.
4. Bialecki M., *Praktyka dopuszczania przez sądy dowodów zdobytych w sposób nielegalny w polskim postępowaniu cywilnym z odwołaniem się do rozwiązań amerykańskich i kanadyjskich*, [w:] *Nowelizacja Kodeksu Postępowania Cywilnego*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Sopot 2015.
5. Bialecki M., *Problem dowodów nielegalnych na przykładzie środków dowodowych pozyskanych z Internetu w sprawach rodzinnych*, [w:] *E-obywatel. E-sprawiedliwość. E-usługi*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2017.
6. Bialecki M., *Separacja. Komentarz. Wzory pism*, Warszawa 2014.
7. Błaszczak Ł., Gil I., Głodowski W., Gołaczyński J., Rodziewicz P., Skorupka A., [w:] *System Postępowania Cywilnego*, t. 2, *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, Warszawa 2021.
8. Bransdorfer M.S., *Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*, *Indiana Law Journal* 1987, t. 62.
9. Cieśliński M., *Komentarz do art. 425 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. P. Ryłski, Warszawa 2022, Legalis.
10. Cieśliński M., *Komentarz do art. 435 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. P. Ryłski, Warszawa 2022, Legalis.
11. Dąbrowska U., [w:] *Rozwód i separacja*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2010.
12. Ereciński T., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, red. T. Ereciński, Warszawa 2012.
13. Ereciński T., *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym. Tezy i wstępne propozycje do dyskusji*, [w:] *Nadużycie prawa procesowego cywilnego*, red. P. Grzegorzczak, M. Walasik, F. Zedler, Warszawa 2019.
14. Feliga P., *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505³⁹*, t. I, red. T. Szanciło, Legalis.
15. Gapska E., *Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego, cz. I – Klauzula generalna*, *Monitor Prawniczy* 2019, nr 15, DOI: 10.32027/MOP.19.15.1.
16. Harast A., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2013.

17. Jastrzemska S., *Komentarz do art. 435 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505*³⁹, t. I, red. T. Szanciło, Legalis.
18. Karolczyk B., *Dopuszczalność „dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa” w postępowaniu cywilnym*, *Przegląd Sądowy* 2012, nr 4.
19. Koper I., [w:] *Komentarz KPC*, t. II, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Legalis 2013.
20. Korszeń D., *Zakres zakazu przeprowadzania w postępowaniu cywilnym dowodów nielegalnych (bezprawnych)*, *Monitor Prawniczy* 2013, nr 1, Legalis/el.
21. Krakowiak M., *Potajemne nagranie na taśmę jako dowód w postępowaniu cywilnym*, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 24, Legalis/el.
22. Laskowska A., *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane sprzecznie z prawem*, *Państwo i Prawo* 2003, nr 12.
23. Manowska M., [w:] *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, t. 1, Art. 1–505³⁷, red. M. Manowska, Warszawa 2011.
24. Muliński M., *Komentarz do art. 4¹ k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I A, *Komentarz. Art. 1–424*¹², red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, Legalis.
25. Plebanek M., *Nadużycia prawa procesowego*, Warszawa 2012.
26. Szczepanowska E., [w:] *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Vademecum*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, P. Lewandowska, F. Manikowski, E. Płocha, E. Szczepanowska, Warszawa 2020.
27. Wengerek E., *Korzystanie w postępowaniu cywilnym ze środków dowodowych uzyskanych sprzecznie z prawem*, *Państwo i Prawo* 1977, nr 2.

Marcin Romanowski

Rola rozwiązań administracyjnych
i cywilnoprawnych na rzecz zwalczania
przemocy domowej na przykładzie
regulacji prawnych z 30.04.2020 r.
Koordynacja działań i powiązania systemu

The role of administrative and civil law solutions to combat domestic violence on the example of the regulations of 30 April 2020. Coordination of activities and system connections

Abstract

The article describes new solutions in the field of combating domestic violence in the form of an immediate, temporary order for the person using domestic violence to leave the apartment, as provided for in the Act on the Police and the Military Police, and a prohibition on approaching the apartment and its immediate surroundings. There are also described the solutions in the field of civil procedure in the form of the so-called judicial extension of the restraining order. In addition to the innovative solutions introduced by the Act of 30 April 2020, an analysis was made of other, similarly constructed protection tools included in the draft amendment to the Code of Civil Procedure (UD297). Apart from the dogmatic analysis de lege lata and de lege ferenda, the article contains an analysis of the implementation of the act, pointing to the factors determining the effectiveness of the aforementioned new tools, and evaluating the first months of its application and indicates the significant importance of the coordination and cooperation of various entities as an important factor determining the effectiveness of anti-violence regulations.

Dr Marcin Romanowski, LL.M. na Uniwersytecie w Regensburgu, wykładowca na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz w Akademii Komunikacji Społecznej i Medialnej w Toruniu. Autor publikacji z zakresu teorii i filozofii prawa, prawa konstytucyjnego oraz aksjologii prawa europejskiego. Od 2019 r. Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, odpowiedzialny m.in. za obszar wsparcia osób pokrzywdzonych przestępstwem oraz za przygotowanie i wdrożenie nowych narzędzi ochrony przeciwko przemocy domowej w postaci natychmiastowego nakazu opuszczenia mieszkania. ORCID: 0000-0001-7902-1450.
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 28.10.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 4.11.2022 r.

Keywords: *domestic violence, help for crime victims, immediate police order/prohibition, counteracting domestic violence, networking the system*

Streszczenie

Artykuł zawiera omówienie nowych rozwiązań w zakresie zwalczania przemocy domowej, tj. przewidzianego w ustawach o Policji oraz o Żandarmerii Wojskowej natychmiastowego, tymczasowego nakazu opuszczenia mieszkania przez osobę stosującą przemoc oraz zakazu zbliżania się do mieszkania i jego najbliższego otoczenia. Przedstawione zostały również rozwiązania z zakresu procedury cywilnej w postaci tzw. sądowego przedłużenia zakazu zbliżania się. Oprócz wprowadzonych ustawą z 30.04.2020 r. nowatorskich rozwiązań dokonana została analiza kolejnych – o analogicznej konstrukcji – narzędzi ochrony, zawartych w projekcie nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego (UD297). Poza analizą dogmatyczną *de lege lata* oraz *de lege ferenda* artykuł zawiera analizę wdrożenia ustawy, wskazuje na czynniki warunkujące skuteczność wspomnianych nowych narzędzi, a także dokonuje ewaluacji pierwszych miesięcy jej stosowania oraz podkreśla istotne znaczenie koordynacji i współpracy różnych podmiotów jako istotny czynnik warunkujący efektywność regulacji antyprzemocowych.

Słowa kluczowe: *przemoc domowa, pomoc osobom pokrzywdzonym przestępstwem, natychmiastowy policyjny nakaz/zakaz, przeciwdziałanie przemocy domowej, sieciowanie systemu*

1. Wprowadzenie – *de lege derogata* i problem nieskuteczności

Zwalczanie i przeciwdziałanie przemocy domowej stanowi konstytucyjny i prawnomiędzynarodowy obowiązek po stronie instytucji publicznych. Artykuł 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹ wyraża m.in. zasadę ochrony i opieki ze strony Rzeczypospolitej w stosunku do małżeństwa (rozumianego jako związek kobiety i mężczyzny), rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. W szczególności działania o charakterze opieki wydają się być relewantne w kontekście ochrony przed przemocą domową, gdyż obejmują swym zakresem działania skierowane do osób tworzących małżeństwo czy rodzinę, zmierzające do umocnienia tych wspólnot i tworzących je relacji. Ochrona natomiast to działania podejmowane w stosunku do podmiotów zewnętrznych wobec małżonków i rodziny, mające na celu niedopuszczenie do zagrożenia tym wspólnotom. Z kolei w rozdziale dotyczącym praw i wolności obywatelskich art. 71 wyraża normę programową uwzględniania dobra rodziny w polityce społecznej i gospodarczej państwa. Jednocześnie statuuje prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych dla rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej. Niewątpliwie zagrożenie rodziny przemocą domową wchodzi w zakres pojęcia trudnej sytuacji społecznej, a po części również materialnej, zwłaszcza w przypadku przemocy ekonomicznej. Artykuł 72 ust. 1 Konstytucji RP wyraża zasadę i normę programową ochrony praw dziecka. W szczególności organy władzy publicznej są zobowiązane do ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. Regulacja ta, podobnie jak kolejne ustępy tego artykułu, stanowi niewątpliwie ważne ugruntowanie konstytucyjne szczególnego statusu dziecka krzywdzonego, stworzenia całego instrumentarium w postępowaniu karnym, rodzinnym i opiekuńczym, w sprawach nieletnich, które uwzględniają szczególne potrzeby osób najmłodszych.

Charakter zjawiska przemocy domowej skłonił prawodawcę do uzupełnienia pierwotnie wykorzystywanego reżimu prawnokarnego o bardziej rozbudowane podejście, z zastosowaniem narzędzi administracyjno- i cywilnoprawnych, a także w odpowiednim zakresie instytucji prawa rodzinnego i opiekuńczego. Ta interdyscyplinarność koreluje ze złożoną naturą zjawiska przemocy domowej, jego uwarunkowaniami nie tylko natury sprawiedliwościowej, ale również psychologicznej, a także antropologicznej, bo dotyczącej najbardziej intymnych relacji osobowych, co przy ich patologizacji stwarza bardzo trudny do rozwiązania klaster wielowarstwowych problemów.

Podstawowym aktem rangi ustawowej regulującym przeciwdziałanie i zwalczanie przemocy domowej jest, jak wiadomo, ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie², która określa zadania instytucji publicznych oraz miejsce

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1249 – dalej u.p.p.r. Zgodnie z przedłożoną przez Ministerstwo Rodziny pod numerem UD296 propozycją zmiany ustawy, zyska ona poprawny tytuł o przeciwdziałaniu przemocy domowej, por. <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12351802/katalog/12819743#12819743> (dostęp: 22.07.2022 r.). Stąd w niniejszym artykule posługuję się już nową, w mojej ocenie bardziej adekwatną siatką pojęciową.

organizacji społecznych w systemie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, a także zasady postępowania wobec osób dotkniętych przemocą domową oraz osób tę przemoc stosujących. W interesującym nas zakresie ustawa zawiera art. 11a, formułujący materialnoprawną podstawę do zobowiązania osoby stosującej przemoc domową do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania³, a zatem otwierający cywilnoprawną drogę sądową na żądanie osoby dotkniętej przemocą. Pierwotnie miało to miejsce poprzez odesłanie do przepisów o postępowaniu nieprocesowym, a zgodnie z art. 11a ust. 2 zd. 2 *de lege derogata* postanowienie w przedmiocie zobowiązania do opuszczenia mieszkania zapada po przeprowadzeniu rozprawy, która powinna odbyć się w terminie jednego miesiąca od dnia wpływu wniosku, i staje się wykonalne z chwilą ogłoszenia. Postanowienie mogło być zmienione lub uchylone w razie zmiany okoliczności. To częściowe i niepełne uregulowanie budziło liczne wątpliwości w praktyce orzeczniczej, również w związku z brakiem rozwiązań umożliwiających natychmiastową izolację osoby stosującej przemoc od osób pokrzywdzonych⁴.

2. Skala i zakres zjawiska przemocy domowej w Polsce

Pojęcie „przemocy domowej”, czy też „przemocy w rodzinie”, napotyka liczne trudności definicyjne. Nie jest przedmiotem tego artykułu ich kompleksowe relacjonowanie i rozstrzygnięcie⁵. Niewątpliwie zjawisko to uznaje się za złożony problem całego społeczeństwa, cechujący się skomplikowanymi uwarunkowaniami, wielorakimi przyczynami i wielopłaszczyznowymi konsekwencjami wobec wszystkich członków rodziny. Nie tylko powoduje urazy fizyczne, lecz także wywiera długotrwały, negatywny wpływ na osoby nim dotknięte, gdyż przyczynia się do przewlekłego bólu, strachu, stresu pourazowego, depresji czy uzależnień⁶.

W związku z kompleksowym charakterem zjawiska przemocy domowej złożone muszą być również narzędzia badawcze. Interesującą próbą estymacji skali zjawiska było przeprowadzone w 2012 r. przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) badanie, którego wyniki, opublikowane w 2014 r. w dokumencie „Przemoc wobec kobiet. Badanie na poziomie Unii Europejskiej”, zawierają niezwykle wartościowe informacje dotyczące rzeczywistej skali i obrazu przemocy domowej. Wśród rekomendacji wskazać można m.in. podejmowanie działań edukacyjnych, wsparcie dla osób pokrzywdzonych przestępstwami związanymi z przemocą, znaczącą rolę

³ Artykuł 11a ust. 1 u.p.p.r. w pierwotnym kształcie brzmiał: „Jeżeli członek rodziny wspólnie zajmujący mieszkanie, swoim zachowaniem polegającym na stosowaniu przemocy w rodzinie czyni szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie, osoba dotknięta przemocą może żądać, aby sąd zobowiązał go do opuszczenia mieszkania”.

⁴ Por. np. P. Kruszyński, K. Wlazlak, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle porównawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2017/5, s. 43 i n.

⁵ Na ten temat por. np. M. Stożek, *Przemoc w rodzinie. Zapobieganie w świetle przepisów prawa*, Warszawa 2009, s. 11 i n.

⁶ J. McCauley, D.E. Kern, K. Kolodner, L. Dill, A.F. Schroeder, H.K. DeChant, L.R. Derogatis, *The “battering syndrome”: Prevalence and clinical characteristics of domestic violence in primary care internal medicine practices*, „Annals of Internal Medicine” 1995/123(10), s. 737 i n.

programów korekcyjnych, kompleksowość i zróżnicowane narzędzia, nie tylko o charakterze prawnokarnym⁷.

Niezależnie od złożoności zjawiska przemocy i związanej z tym trudności oceny jej skali (ze względu na przypadki niezgłaszania) o jej obrazie częściowo dostarczają wiedzy również dane statystyczne dotyczące wdrażania przez Policję procedury „Niebieskie Karty” w Polsce. W szczególności warto odnotować, że w 2021 r. nastąpił spadek liczby zgłoszonych przypadków przemocy w rodzinie. Odnotowano 141.409 sytuacji, w których miały miejsce różne rodzaje przemocy, co w odniesieniu do 2020 r. dało spadek o 22.656 przypadków (dynamika wyniosła 86,19%), natomiast w stosunku do 2019 r. – spadek o 24.693 sytuacje (dynamika – 85,13%)⁸. Jest to zatem przełamanie wcześniejszego trendu wzrostowego, zgodnie z którym w 2019 r. stwierdzono 166.102 przypadki przemocy w rodzinie. W odniesieniu do 2018 r. oznaczało to wzrost o 6.805 przypadków (dynamika wyniosła 104,27%), natomiast w stosunku do 2017 r. – wzrost o 332 przypadki (dynamika – 100,20%)⁹.

W 2021 r. odnotowano 50.002 przypadki przemocy fizycznej, 70.611 przypadków – psychicznej, 1.048 – seksualnej, 1.548 – ekonomicznej oraz 18.200 przypadków innego rodzaju przemocy. Spadek dotyczył wszystkich rodzajów przemocy. Pozostała jednak przewaga występowania przemocy psychicznej, a na drugim miejscu – fizycznej¹⁰.

W 2021 r. liczba osób, co do których istniało podejrzenie, że są dotknięte przemocą w rodzinie, wyniosła 75.761 osób, co w stosunku do 85.575 osób w 2020 r. i 88.032 osób w 2019 r. stanowi spadek, odpowiednio o 11,47% i 13,94%. W 2021 r., podobnie jak w latach ubiegłych, największą grupę osób, co do których istniało podejrzenie, że są dotknięte przemocą w rodzinie, stanowiły kobiety (72,74%). W dalszej kolejności wymienić należy osoby małoletnie (14,69% ogółu) oraz mężczyzn (12,57% ogółu)¹¹.

Powyższe dane wskazują nie tylko na tendencję spadkową stosowania procedury „Niebieskie Karty”, lecz także na zmniejszenie przypadków stwierdzonej przemocy domowej. Zbyt krótki okres nie pozwala na to, by skonstatować trwałą tendencję spadkową, a tym bardziej zdiagnozować przyczyny zjawiska. Ponadto brakuje podstaw do uznania, że zwiększyła się skala niezgłaszanej przemocy. Jednocześnie wzrosła liczba zatrzymań: w 2020 r. zatrzymano 17.954 osoby, co do których istniało podejrzenie, że stosowały przemoc domową. W grupie osób zatrzymanych dominują mężczyźni – zatrzymano ich 17.263. Grupa zatrzymanych kobiet liczyła 661 osób, natomiast wśród 30 zatrzymanych osób nieletnich było 29 chłopców i 1 dziewczynka. W odniesieniu do 2019 r. dało to wzrost ogólnej liczby osób zatrzymanych o 687 osób (zatrzymano 17.267 osób), zaś w odniesieniu do 2018 r. – o 1.039 osób (zatrzymano 16.915 osób)¹².

⁷ <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (dostęp: 22.08.2022 r.).

⁸ Informacja dotycząca realizacji przez Policję procedury „Niebieskie Karty” w 2021 r., s. 7.

⁹ Informacja dotycząca realizacji przez Policję procedury „Niebieskie Karty” w 2019 r., s. 7.

¹⁰ Informacja dotycząca realizacji przez Policję procedury „Niebieskie Karty” w 2021 r., s. 7.

¹¹ Informacja dotycząca realizacji przez Policję procedury „Niebieskie Karty” w 2021 r., s. 9 i n.

¹² Sprawozdanie z realizacji Krajowego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie na lata 2014–2020 – za okres od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia 2020 r., s. 54.

W 2019 r. prokuratorzy wnieśli przeciwko 15.424 osobom o zarzucane im przestępstwa wobec członka rodziny¹³: 15.260 aktów oskarżenia, 1.101 wniosków wskazanych w art. 335 § 1 Kodeksu postępowania karnego¹⁴, 1.047 wniosków w trybie art. 335 § 2 k.p.k. oraz 409 wniosków o warunkowe umorzenie postępowania w stosunku do sprawców przestępstw zakwalifikowanych jako przemoc w rodzinie. W tym okresie sąd uwzględnił 1.291 wniosków prokuratury w zakresie zastosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. W 2.695 przypadkach zastosował nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego jako środek zapobiegawczy, a 329 postanowień dotyczyło przedłużenia nakazu zastosowanego przez prokuratora lub sąd na dalsze okresy (art. 275a § 4 k.p.k.) – łącznie sądy wydały 3.024 postanowienia w tym zakresie¹⁵. Z kolei w 2020 r. prokuratorzy wnieśli przeciwko 15.326 osobom o zarzucane im przestępstwa przemocy w rodzinie: 15.089 aktów oskarżenia, 865 wniosków wskazanych w art. 335 § 1 k.p.k., 900 wniosków w trybie art. 335 § 2 k.p.k. oraz 319 wniosków o warunkowe umorzenie postępowania w stosunku do sprawców przestępstw zakwalifikowanych jako przemoc w rodzinie. W tym okresie sąd uwzględnił 1.444 wnioski prokuratury w zakresie zastosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania¹⁶.

Co ważne, nie potwierdziły się obawy, że stosowanie przez Policję i Żandarmerię Wojskową natychmiastowych nakazów/zakazów na podstawie ustawy z 30.04.2020 r.¹⁷ doprowadzi do zmniejszenia liczby stosowanych przez organy prowadzące postępowanie karne środków zapobiegawczych o charakterze nieizolacyjnym w postaci dozoru Policji pod warunkiem opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 275 § 3 k.p.k.) oraz w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 275a k.p.k.).

Tabela. Liczba karnych środków zapobiegawczych z art. 275 § 3 oraz art. 275a k.p.k.

Rok	Art. 275 § 3 k.p.k.	Art. 275a k.p.k.	Razem
2019	1.100	4.497	5.597
2020	1.040	4.912	5.952
2021	1.056	5.694	6.750

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Prokuratury Krajowej.

Statystyki pokazują tendencję wręcz odwrotną. Obserwuje się bowiem sumaryczny wzrost liczby środków zapobiegawczych, których istota sprowadza się do

¹³ W ramach agregowania danych statystycznych w jednostkach prokuratury odnotowane są sprawy z ok. 30 kwalifikacji, uznane za przestępstwa pomiędzy członkami rodziny (określane również jako „przestępstwa przemocy w rodzinie”).

¹⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1375) – dalej k.p.k.

¹⁵ *Sprawozdanie z realizacji Krajowego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie na lata 2014–2020 – za okres od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia 2019 r.*, s. 50.

¹⁶ *Sprawozdanie z realizacji Krajowego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie na lata 2014–2020 – za okres od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia 2020 r.*, s. 60.

¹⁷ Ustawa z 30.04.2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 956) – dalej ustawa z 30.04.2020 r.

odizolowania osoby stosującej przemoc od osoby dotkniętej przemocą. Zestawienie liczby tych środków za lata 2020 i 2021 z liczbą zastosowanych nakazów lub zakazów natychmiast po wystąpieniu zagrożenia życia i zdrowia prowadzi do konkluzji, że te ostatnie uzupełniły i wzmocniły system ochrony osób krzywdzonych. Zarzut, że ich wprowadzenie wpłynie negatywnie na poziom ochrony prawnokarnej, okazał się więc chybiony.

3. „Natychmiastowy nakaz/zakaz” – rozwiązania w ramach procedury cywilnej

Zjawisko przemocy wykazuje się niewątpliwie kompleksowością, gdyż obejmuje swym spektrum nie tylko relacje prawne, ale również społeczne, ekonomiczne, moralne czy emocjonalne. Dlatego w celu przeciwdziałania mu, zwalczania go i sankcjonowania system prawny przewiduje rozwiązania i całościowe, i różnorodne w swym charakterze metody regulacji. Oprócz tradycyjnych narzędzi prawnokarnych zastosowanie w tym obszarze znajdują również instrumenty cywilnoprawne i administracyjne. Rozwiązania o takiej właśnie specyfice wprowadziła ustawa z 30.04.2020 r., która weszła w życie 30.11.2020 r. Ustanowiła ona nowatorskie w polskim systemie prawnym rozwiązania pozwalające na natychmiastowe izolowanie osoby stosującej przemoc domową od osoby dotkniętej przemocą w sytuacjach, gdy istnieje zagrożenie dla życia lub zdrowia domowników.

Nowym instrumentem było przyznanie Policji (odpowiednio: Żandarmerii Wojskowej – wobec żołnierza, który jest sprawcą przemocy) uprawnienia do wydania, wobec osoby stosującej przemoc, nakazu natychmiastowego opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazu zbliżania się do wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia, które obowiązuje 14 dni.

W celu stwierdzenia zasadności wydania nakazu lub zakazu funkcjonariusz Policji (czy odpowiednio żołnierz ŻW) ocenia ryzyko zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego. Dokonywane jest to odrębnie dla osoby dorosłej i dla dziecka. Oceny ryzyka dokonuje się w kwestionariuszu szacowania ryzyka zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego, wskazanym w art. 15aa ust. 2 wraz z odpowiednim stosowaniem art. 15a ust. 2 i 3 ustawy o Policji¹⁸ (analogiczne przepisy znajdują się w ustawie o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych)¹⁹. Kwestionariusz taki stanowi jednolite narzędzie oraz pomoc dla policjantów we właściwej identyfikacji przypadków stanowiących zagrożenie życia i zdrowia w związku ze stosowaną przemocą domową. Formularz kwestionariusza szacowania ryzyka policjant wypełnia obligatoryjnie. Narzędzie analizy dotyczące osoby dorosłej odnosi się do czynników ryzyka (np. czy doszło do aktów przemocy z użyciem niebezpiecznego narzędzia, czy stosowane były groźby zabójstwa, czy doszło do duszenia, czy osoba stosująca przemoc jest pod

¹⁸ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1882 ze zm.) – dalej u.p.

¹⁹ Ustawa z 24.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1214 ze zm.) – dalej u.ż.w.

wplywem środków odurzających, czy jest agresywna wobec kobiety w ciąży, osoby w podeszłym wieku, niepełnosprawnej). Formularz odnoszący się do dziecka zawiera odmienności uwzględniające szczególny status i potrzeby osoby najmłodszej, o czym mowa poniżej. Analiza uzyskanych odpowiedzi pozwala stwierdzić okoliczności uzasadniające zatrzymanie osoby stosującej przemoc w rodzinie lub wydanie wobec niej nakazu lub zakazu.

Omawiany nakaz lub zakaz może być wydany przez Policję już podczas wykonywania czynności we wspólnie zajmowanym mieszkaniu lub jego bezpośrednim otoczeniu w związku z podjętą interwencją albo w związku z uzyskaniem, z dowolnego źródła, informacji o stosowaniu przemocy w rodzinie, np. zgłoszenia przez samą osobę dotkniętą przemocą w rodzinie, kuratora sądowego, pracownika miejskiego ośrodka pomocy społecznej czy nawet (oczywiście zweryfikowanej) informacji pochodzącej od osoby trzeciej. Ze względu na specyfikę zjawiska pokrzywdzenia nakaz lub zakaz wydawany jest z urzędu, bez konieczności inicjatywy osoby doznającej przemocy, a nawet wbrew jej woli. Instytucje publiczne nie mają obowiązku zapewnienia schronienia osobie stosującej przemoc w rodzinie, w stosunku do której został wydany nakaz lub zakaz. Policja ma jedynie obowiązek przekazania aktualnej listy placówek, w których taka osoba może znaleźć schronienie, o ile nie jest ona w stanie zapewnić sobie miejsca zamieszkania bądź uzyskać pomoc psychologiczną (art. 15ah u.p.). Osobie stosującej przemoc, wobec której wydano nakaz lub zakaz, przysługuje zażalenie. W przypadku jego wniesienia sąd w ciągu 3 dni dokonuje zbadania prawidłowości prowadzenia czynności, zasadności oraz legalności wydanego nakazu lub zakazu, a w razie stwierdzonych uchybień uchyla go (art. 15aj u.p.).

W celu zapewnienia pełniejszego respektowania orzeczenia sądu i nakazu policyjnego poddano penalizacji zachowania polegające na niezastosowaniu się do orzeczenia sądu lub nałożonego nakazu lub zakazu, mającego stanowić wykroczenie²⁰, a postępowanie w tym zakresie objęte zostało trybem przyspieszonym²¹.

Nakaz/zakaz wydawany jest przez policję lub Żandarmerię Wojskową na 14 dni. To okres analogiczny jak w ustawodawstwie austriackim, który ma umożliwić osobie doznającej przemocy podjęcie ewentualnych, dalszych działań. Rozwiązania austriackie początkowo przewidywały 10 dni, ale ustawodawca dokonał zmiany, uznając, że nie jest to wystarczający czas na ewentualne podjęcie dalszych działań przez osobę doznającą przemocy. Ustawa z 30.04.2020 r. uregulowała szczegółowo procedurę cywilnoprawną umożliwiającą długotrwałą izolację osoby stosującej przemoc. W Kodeksie postępowania cywilnego²² wprowadzony został osobny dział normujący orzekanie w przedmiocie wniosku o zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania

²⁰ Artykuł 66b ustawy z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2151 ze zm.).

²¹ Artykuł 90 § 2a ustawy z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1124).

²² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

i jego bezpośredniego otoczenia oraz zakazanie zbliżania się do wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia, obejmujący przepisy art. 560²–560¹² k.p.c.

Istotne udogodnienie dla wnioskodawcy (ze względu na to, że ma on wiele elementów koniecznych do wskazania we wniosku oraz może wnioskować o zabezpieczenie) stanowi możliwość (choć nie obowiązek) skorzystania z urzędowego formularza wniosku. Jest nim załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości²³, udostępniony również, wraz ze wzorem jego wypełnienia, na specjalnie dedykowanej, przygotowanej w prostym języku, stronie „przeciwdziałanie przemocy domowej” w domenie gov.pl Ministerstwa Sprawiedliwości²⁴.

Zgodnie z art. 560⁴ § 2 k.p.c., będącym wyjątkiem od reguły z art. 128 § 1 k.p.c., jeżeli do wniosku lub innych pism nie dołączono odpisów, sąd sporządza i doręcza ich odpisy. Przepis ten ma na celu przyspieszenie postępowania oraz oczywiście ułatwienie osobie składającej stosowny wniosek korzystania z ochrony. Dzięki temu osoba ta nie musi przedkładać dodatkowych egzemplarzy wniosku oraz załączników dla uczestnika, względnie uczestników, postępowania czy ewentualnie uzupełniać tego typu braków na normalnych zasadach.

Kolejnym *novum* na korzyść wnioskodawcy z art. 11a u.p.p.r. jest zwolnienie go z kosztów sądowych na podstawie art. 96 ust. 1 pkt 15 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁵. Zwolnienie odnosi się również do kosztów egzekucyjnych. Uzasadnione jest nie tylko kwestiami ekonomicznymi, ale również szybkością postępowania. W związku z tym w projektowanej tzw. ustawie antyprzemocowej 2.0²⁶ również osoba, wobec której wydano nakaz lub zakaz, została zwolniona od kosztów sądowych w postępowaniu zażaleniowym. W toku ewaluacji stosowania ustawy z 30.04.2020 r. stwierdzono bowiem, że wzywanie do uiszczenia opłaty znacząco wydłuża postępowanie zażaleniowe, przy znikomej z resztą liczbie zażaleń. Względny ekonomiki procesowej skłoniły projektodawcę do przyjęcia rozwiązania jednoosobowych składów orzekających, a uprawnienie do złożenia zażalenia na wydane przez Policję lub Żandarmerię Wojskową nakazy lub zakazy zostało przyznane także prokuratorowi.

Aby znacząco przyspieszyć postępowanie przed sądem, w ustawie z 30.04.2020 r. przewidziana została możliwość dokonywania doręczeń pism za pośrednictwem Policji czy Żandarmerii Wojskowej (art. 131 § 1¹ k.p.c.). Dodatkowo wprowadzony został miesięczny termin instrukcyjny do wydania orzeczenia przez sąd w pierwszej instancji. Termin na udzielenie w tych sprawach zabezpieczenia określony został na

²³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25.11.2020 r. w sprawie określenia wzoru i sposobu udostępniania urzędowego formularza wniosku o zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazanie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (Dz.U. z 2020 r. poz. 2106).

²⁴ <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/wzory-wnioskow-i-oswiadczen> (dostęp: 22.08.2022 r.).

²⁵ Ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1125).

²⁶ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (UD297), <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353151> (dostęp: 22.08.2022 r.), druk sejmowy nr 2615, Sejm IX kadencji.

3 dni. Możliwa jest również oczywiście natychmiastowa wykonalność wydanego w sprawie postanowienia.

Ograniczenie środkami administracyjnymi i cywilnymi dóbr przysługujących sprawcy przemocy domowej w postaci czasowego zakazu zbliżania się do mieszkania (czy też w przypadku projektowanych kolejnych zmian²⁷ – prawa do swobodnego przemieszczania się i utrzymywania kontaktów) jest uzasadnione potrzebą zagwarantowania innych konstytucyjnych dóbr, jakimi są: prawo do życia i zdrowia każdego człowieka, nietykalność i wolność osobista, a także wolność od poniżającego traktowania. W przypadku kolizji wskazanych dóbr prawa te powinny mieć pierwszeństwo w ich gwarantowaniu. Udział sądu w tej procedurze pozwala na zachowanie odpowiednich gwarancji procesowych dla uczestników postępowania i eliminację ewentualnych nadużyć w zastosowaniu omówionych instrumentów. Eliminacji nadużyć służą również inne rozwiązania przewidziane w ustawie z 30.04.2020 r. Jest to oczywiście rygor k.p.c. w zakresie gromadzenia dowodów przez funkcjonariusza Policji, a także prawo żądania dodatkowych informacji od innych instytucji lub organów. Na nakaz/zakaz, o czym była mowa powyżej, przysługuje zażalenie do sądu, ale dodatkowo, w przypadku stwierdzenia bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości nakazu lub zakazu, sąd zawiadamia o tym przełożonego policjanta, który wydał nakaz lub zakaz. Zasadność wydania nakazu stwierdzana jest przez funkcjonariusza na podstawie prostych w zastosowaniu, ale adekwatnych i obiektywnych narzędzi szacowania ryzyka, o których wspomniano wcześniej. Nie można też pomijać tego, że funkcjonariusze dysponują dużym zasobem wiedzy i doświadczenia, niejednokrotnie opartym na wieloletniej praktyce interwencji domowych w środowiskach dobrze znanych policji. Mimo to przed wejściem w życie ustawy przeprowadzone zostały szkolenia, zakrojone na szeroką niespotykaną zazwyczaj skalę. Ponadto stosowanie ustawy poddane jest ewaluacji.

4. Szczególne regulacje w odniesieniu do dzieci

Jak już zostało powyżej wskazane, kwestionariusz oceny ryzyka przewidziany został odrębnie dla osoby dorosłej, odrębnie dla dziecka. Formularz odnoszący się do dziecka zawiera pytania adresowane do osoby dorosłej o sytuację dziecka. Pytania dotyczą czynników ryzyka (np. czy osoba stosująca przemoc w rodzinie bije dziecko, dusi je lub przypala papierosem, czy jest agresywna wobec dziecka, czy mu grozi; czy wystąpiła konieczność obrony dziecka przed taką osobą; w jakim wieku jest dziecko oraz czy jest niepełnosprawne), których zaistnienie zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia zagrożenia życia lub zdrowia. Analiza uzyskanych odpowiedzi pozwala stwierdzić okoliczności uzasadniające zatrzymanie osoby stosującej przemoc lub wydanie wobec niej nakazu lub zakazu.

Ponadto w celu ustalenia okoliczności niezbędnych do stwierdzenia, czy zaistniały przesłanki do wydania nakazu lub zakazu, wprowadzona została możliwość

²⁷ Zob. projekt UD297, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353151> (dostęp: 22.08.2022 r.).

przesłuchania – na wniosek Policji – przez sąd opiekuńczy (właściwy z uwagi na miejsce pobytu dziecka) osób małoletnich, które w chwili przesłuchania nie ukończyły 15 lat. Jest to możliwe jednakże jedynie w przypadku, gdy ich zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla sprawy, w szczególności gdy są jedynymi świadkami zdarzenia (art. 15ab ust. 6 u.p. oraz art. 18b ust. 6 u.ż.w.).

Ze względu na traumatyczne przeżycia małoletniego świadka przemocy przesłuchanie go obwarowano – w celu maksymalnego zniwelowania dodatkowych przykrych doświadczeń – szeregiem wymogów, takich jak zapewnienie odpowiednich pomieszczeń, obecność biegłego psychologa i prokuratora czy też osoby pełnoletniej wskazanej przez dziecko. Co ważne, w przesłuchaniu nie bierze udziału osoba stosująca przemoc w rodzinie. Z czynności przesłuchania osoby małoletniej sporządza się protokół oraz nagranie obrazu i dźwięku (art. 15ab ust. 7 u.p. oraz art. 18b ust. 7 u.ż.w.).

Jeżeli małoletni został już przesłuchany na okoliczność stosowania przemocy w rodzinie w innej sprawie, sąd po zapoznaniu się z tymi zeznaniami ocenia, czy zachodzi potrzeba przesłuchania małoletniego w związku z treścią wniosku Policji lub Żandarmerii Wojskowej. Kiedy po analizie tych zeznań dojdzie do przekonania, że okoliczności w nich wskazane są wystarczającym dla Policji lub Żandarmerii Wojskowej materiałem dowodowym do podjęcia decyzji o wydaniu nakazu lub zakazu, może odstąpić od przesłuchania. W takim jednak wypadku sąd przekazuje Policji lub Żandarmerii Wojskowej protokoły dotychczasowych przesłuchań małoletniego (art. 15ab ust. 8 u.p. oraz art. 18b ust. 8 u.ż.w.).

Ponadto ustawa z 30.04.2020 r. wprowadza zobowiązanie sądu opiekuńczego – po otrzymaniu od Policji lub Żandarmerii Wojskowej zawiadomienia o wydaniu nakazu lub zakazu wobec osoby stosującej przemoc, która zamieszkuje z osobami małoletnimi (art. 15ad ust. 4 u.p. oraz art. 18d ust. 4 u.ż.w.) – do wszczęcia postępowania z urzędu i orzeczenia bezzwłocznie w przedmiocie zabezpieczenia w zakresie uregulowania sposobu roztoczenia pieczy nad małoletnim dzieckiem (art. 755⁴ k.p.c.). Sąd opiekuńczy w ramach tego postępowania będzie m.in. decydował o prawie do kontaktów osoby stosującej przemoc z małoletnim tą przemocą dotkniętym. Regulacja ta ma na celu ochronę dobra i bezpieczeństwa osób najmłodszych, co bezsprzecznie wymaga szybkiego działania.

Wprowadzone również zostało do Kodeksu postępowania cywilnego rozwiązanie, zgodnie z którym sąd w sprawach z art. 11a u.p.p.r. – jeśli w mieszkaniu zamieszkują osoby małoletnie – zawiadamia z urzędu o treści wydanego postanowienia (w tym wydanego w trybie zabezpieczenia) właściwy miejscowo sąd opiekuńczy (art. 560⁹ § 1 oraz art. 755² § 5 k.p.c.).

5. Wdrożenie ustawy, wstępna ewaluacja jej efektywności i propozycje *de lege ferenda*

W celu zapewnienia skutecznego wdrożenia ustawy z 30.04.2020 r. przewidziane zostało 6-miesięczne *vacatio legis*. W tym okresie zostały przygotowane i przeprowadzone

liczne interdyscyplinarne szkolenia²⁸. W pierwszej kolejności ich adresatami byli funkcjonariusze Policji i żołnierze Żandarmerii Wojskowej. Tematyka szkoleń obejmowała nowe instrumenty dla Policji i Żandarmerii Wojskowej w postaci natychmiastowych nakazów/zakazów, a także zagadnienia ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, standardy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) w tym zakresie, a także, co ważne, elementy komunikacji z dziećmi dotkniętymi przemocą oraz wsparcia osoby najmłodszej podczas interwencji służb w przypadku podejrzenia wystąpienia przemocy domowej²⁹.

Ze względu na wymogi systemowe przygotowano i przeprowadzono dedykowane szkolenia dla osób pierwszego kontaktu z ośrodków pomocy pokrzywdzonym działających w ramach sieci finansowanej z Funduszu Sprawiedliwości. Oprócz procedury stosowania nowych narzędzi nakazów/zakazów szkolenia te objęły zagadnienia psychologicznych aspektów przemocy domowej, specyfiki podejmowania interwencji w sytuacji podejrzenia przemocy, a także specyfiki społeczności uchodźczej w Polsce³⁰.

Dodatkowo przeprowadzone zostały webinaria dla kuratorów sądowych. Program tych webinarium był dostosowany do zgłoszonych przez nich potrzeb. Obejmował tematykę natychmiastowych nakazów/zakazów oraz zmian w tym zakresie w procedurze cywilnej. Dotyczył również metodyki sporządzania wywiadu środowiskowego na przykładach wywiadów z Anglii i Walii, przemocy w rodzinie w ujęciu psychologicznym, funkcjonowania dziecka doświadczającego różnych form przemocy, a także pracy kuratora sądowego w środowisku zróżnicowanym kulturowo, roli i zadań – w procedurze ochrony osób pokrzywdzonych – asystentów rodziny, pracowników gminnych i miejskich ośrodków pomocy społecznej i pomocy rodzinie³¹.

Na potrzeby szkoleń realizowanych przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury opracowany został również plan interdyscyplinarnych szkoleń z zakresu przeciwdziałania przemocy dla prokuratorów, sędziów, asystentów i urzędników sądowych oraz kuratorów sądowych. Szkolenia obejmowały omówienie przesłanek i procedury wydawania nowych instrumentów w postaci nakazów/zakazów, a także standardy orzecznictwa ETPC, psychologiczne aspekty przemocy domowej (zakres umiejętności szczególnie ważny do uzupełnienia dla prawników) oraz podstawowe zasady postępowania z osobami doznającymi przemocy w rodzinie, z uwzględnieniem zasad postępowania z osobami o szczególnych potrzebach, np. z dziećmi, osobami starszymi czy osobami z niepełnosprawnościami. Ważnym elementem

²⁸ W szkoleniach, prowadzonych w okresie *vacatio legis*, ze względu na ograniczenia związane z pandemią COVID-19 w drodze wideokonferencji udział wzięło: 28.421 funkcjonariuszy Policji, około 1.100 żołnierzy Żandarmerii Wojskowej, 559 osób pierwszego kontaktu oraz ok. 450 kuratorów. Szeroki zakres szkoleń został pozytywnie oceniony w raporcie GREVIO opublikowanym 16.09.2021 r.; por. GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Poland, nb 283, a także w Zaleceniach Komitetu Stron opublikowanych 9.12.2021 r.; por. Recommendation on the implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Poland, s. 3.

²⁹ Por. Plan szkolenia dla funkcjonariuszy Policji, materiał Ministerstwa Sprawiedliwości.

³⁰ Por. Plan szkolenia dla osób pierwszego kontaktu, 25–27.10.2020 r., materiał Ministerstwa Sprawiedliwości.

³¹ Por. Program webinarium dla kuratorów – razem przeciwko przemocy, materiał Ministerstwa Sprawiedliwości.

szkoleń było omówienie roli i zadań – w procedurze ochrony osób pokrzywdzonych – poszczególnych instytucji: kuratorów sądowych, asystentów rodziny, pracowników gminnych i miejskich ośrodków pomocy społecznej i pomocy rodzinie, gdyż koresponduje to z jednym z podstawowych wyzwań, jakim jest koordynacja działań³².

W okresie od 30.11.2020 r. (wejście w życie ustawy) do 30.06.2022 r. natychmiastowy nakaz/zakaz został wydany wobec 6.289 osób stosujących przemoc. Wobec 67.663 interwencji domowych nakaz zastosowano w 9,3% interwencji. Znacząca większość natychmiastowych nakazów/zakazów wydawana była przez funkcjonariuszy Policji (6.259), a jedynie w 30 przypadkach – przez Żandarmerię Wojskową. Zazwyczaj wydawany był łącznie nakaz opuszczenia mieszkania wraz z zakazem powrotu (5.567 – 88,5%). Wobec 263 osób (4,2%) wydano sam nakaz opuszczenia mieszkania, a wobec 459 (7,3%) – sam zakaz zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia. Z informacji pochodzących z ewaluacji stosowania ustawy wynika, że same nakazy wydawane są w szczególności, gdy osoba stosująca przemoc deklaruje wyjazd do innego miasta, za granicę. Sam zakaz stosowany jest natomiast zazwyczaj wówczas, gdy osoba stosująca przemoc w momencie jego wydawania nie przebywa już faktycznie w danym mieszkaniu. Warto odnotowania jest, że 206 osób, wobec których wydano nakaz/zakaz, to kobiety, a 6.083 osoby to mężczyźni (co stanowi 96,7%)³³. Zwraca uwagę znacząca liczba naruszeń nakazów/zakazów. W omawianym okresie było to 1.418 przypadków (22,5%). Warto jednocześnie podkreślić, że wystąpił bardzo wysoki odsetek łamania samego zakazu (668 przypadków naruszenia wobec 459 zakazów – aż 145,5% naruszeń), co wydaje się być związane z tym, że osoba, wobec której wydano zakaz, nie przebywała już w mieszkaniu w czasie podejmowania działań przez funkcjonariuszy i potem starała się do niego wrócić. Relatywnie wysoka jest również skala naruszeń w przypadku wydania samego nakazu opuszczenia mieszkania (155 przypadków naruszenia wobec 263 nakazów), co daje 58,9% naruszeń. Łamanie wydanych łącznie nakazów i zakazów miało miejsce w 595 przypadkach, czyli w 10,7%³⁴. Od wejścia w życie ustawy do 31.03.2022 r. do sądów rejonowych wpłynęło jedynie 75 zażaleń na nakazy/zakazy. Niemal wszystkie zostały rozpatrzone przez sądy i jedynie w 2 przypadkach zostały uwzględnione³⁵.

W celu ewaluacji ustawy zlecone zostały w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badania aktowe spraw prowadzonych na podstawie art. 11a u.p.p.r. Raport z badania wykazał poprawę w zakresie sprawności postępowania³⁶ i jednocześnie wyszczególnił obszary występujących nieprawidłowości. Raport został przekazany w trybie zewnętrznego nadzoru prezesom sądów, ze wskazaniem najistotniejszych problemów

³² Por. Program szkolenia „Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie”, 20.05.2021 r., materiał Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury.

³³ Informacje statystyczne z Policji i Żandarmerii Wojskowej.

³⁴ Informacje statystyczne z Policji i Żandarmerii Wojskowej.

³⁵ Informacje statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości.

³⁶ F. Manikowski, *Postępowanie w sprawie o zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia – analiza badań aktowych*, „Prawo w Działaniu” 2022/50, DOI: 10.32041/pwd.5001, s. 9–43.

pojawiających się w trakcie rozpoznawania spraw. Jednym z najważniejszych był czas trwania postępowania, choć dzięki możliwości wydawania przez Policję natychmiastowego nakazu opuszczenia mieszkania przez osobę stosującą przemoc kwestia ta przestała mieć tak istotne znaczenie praktyczne dla bezpieczeństwa osób dotkniętych przemocą. Przyczyny przewlekłości polegały w szczególności na przesyłaniu wezwań do uzupełnienia braków w czasie przekraczającym tydzień od wpływu wniosku do sądu lub wręcz na wzywaniu do dołączenia odpisów czy uiszczenia opłaty, w sytuacji gdy ustawodawca zwolnił wnioskodawcę z tego obowiązku. Inną przyczyną było błędne rejestrowanie spraw jako powództwo o eksmisję na skutek niejednoznacznie sformułowanego żądania czy też niekorzystanie przez sąd z możliwości doręczania korespondencji przez Policję lub Żandarmerię Wojskową na podstawie art. 131 § 1¹ k.p.c. W większości przypadków nie znajdowało uzasadnienia przekraczanie przewidzianych w art. 560¹² k.p.c. terminów na rozpoznanie apelacji.

Zidentyfikowany został problem braku wzywania wszystkich zainteresowanych w sprawie do wzięcia udziału w postępowaniu, w szczególności innych niż wnioskodawca osób, również doznających przemocy, w tym małoletnich, które także mogą być zainteresowane wynikiem sprawy. Z kolei jako zbędne należało uznać wzywanie – do udziału w sprawie w charakterze uczestnika – gminy jako podmiot, który ma ewentualnie zapewnić lokal socjalny osobie stosującej przemoc, gdyż w tych sprawach uczestnik nie ma prawa do lokalu socjalnego.

Uwagę zwraca zidentyfikowane częste cofanie wniosków w sprawach o zobowiązanie, co w kontekście dobra dziecka powinno skutkować wnikliwą analizą stanowiska wnioskodawcy pod kątem dopuszczalności tegoż cofnięcia (art. 203 § 4 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), a także powinno zmuszać do zastanowienia się nad zasadnością zawiadomienia sądu opiekuńczego.

Analiza akt wskazała również, że wobec treści art. 11a ust. 2 pkt 2 u.p.p.r. warto też ze szczególną uwagą rozważać zasadność postanowienia oddalającego wniosek w sprawie o zobowiązanie, wydanego na tej podstawie, że osoba stosująca przemoc opuściła wspólnie zajmowane mieszkanie. Powinno to być dokonywane zwłaszcza pod kątem ryzyka jej powrotu do mieszkania po zakończeniu postępowania. Orzeczenie oddalające wniosek mogłoby bowiem nie chronić osoby doznającej przemocy przed powrotem krzywdziciela, co zmusiłoby ją do ponownego uruchomienia procedury. Tego typu obawę uzasadnia wskazywana już skala naruszeń przy wydawaniu samego zakazu powrotu, a więc w sytuacjach, gdy sprawcy nie ma już w lokalu w momencie wydawania zakazu³⁷.

Na etapie wdrażania tak zasadniczych zmian konieczna jest międzyresortowa współpraca na poziomie roboczym, a także wymiana informacji, dobrych praktyk oraz sygnalizowanie problemów w procesie stosowania prawa. Ministerstwo Sprawiedliwości pozostawało w stałym, roboczym kontakcie z wszystkimi relevantnymi instytucjami, które przekazują informacje dotyczące trudności napotykaných

³⁷ F. Manikowski, *Postępowanie...*, s. 9–43. Por. również pismo do prezesów sądów apelacyjnych z 2.08.2022 r. (DSRiN-IV.071.3.2021).

podczas stosowania nowych rozwiązań. Niektóre ze zgłoszonych problemów wymagały interwencji legislacyjnej. Niezbędne regulacje zostały zawarte w projekcie ustawy antyprzemocowej 2.0, która była zapowiadana już na etapie prac sejmowych nad ustawą z 30.04.2020 r. To kolejny przykład racjonalnego działania prawodawcy i projektodawcy, polegającego na stopniowym wprowadzaniu nowych rozwiązań. Ustawa z 30.04.2020 r. wprowadziła instytucję natychmiastowego nakazu opuszczenia przez osobę stosującą przemoc mieszkania i zakaz zbliżania się do mieszkania i jego najbliższego otoczenia. Projekt UD297 (tzw. ustawa antyprzemocowa 2.0) opierając się na doświadczeniach stosowania tej instytucji, a także na analizach komparatystycznych³⁸, wprowadził 3 kolejne instrumenty ochrony – związane z zakazem zbliżania się do osoby, wstępu w określone miejsca oraz komunikowania się³⁹.

W szczególności istotne było doświadczenie austriackie. Najpierw – pod wpływem sprawy Kurt⁴⁰ – wprowadzony został zakaz wstępu do szkoły, instytucjonalnej placówki opieki nad dziećmi czy żłobka, do których uczęszcza zagrożona osoba, jeśli ma ona mniej niż 14 lat. Zakaz dotyczył również obszaru w promieniu 50 m od tych placówek⁴¹. Przedmiotowy przepis, regulujący doraźny zakaz dostępu w celu ochrony przed przemocą (*Betretungsverbot und Wegweisung zum Schutz vor Gewalt*), został ponownie zmieniony 1.01.2020 r. Przybrał wówczas kształt zakazu zbliżania się (*Annäherungsverbot*) osoby stosującej przemoc do osoby zagrożonej na odległość 100 m. Po tej zmianie przepis nie wymienia wyraźnie szkół ani innych placówek opieki nad dziećmi, ponieważ osoba stwarzająca zagrożenie jest w każdym przypadku zobowiązana do przebywania w odległości 100 metrów od zagrożonego dziecka. Polski projektodawca w projekcie UD297 nie zdecydował się na takie skonsumowanie zakazu wstępu przez zakaz zbliżania się, pozostawiając obie instytucje.

Co istotne, podjęcie prac nad projektem UD297 było również okazją do ulepszenia funkcjonowania systemu, a także korekty tych nieścisłości czy braków w ustawie z 30.04.2020 r., które udało się dostrzec i zidentyfikować w toku kompleksowej ewaluacji jej stosowania. Oprócz wcześniej przytoczonych propozycji zmian w projekcie UD297 dookreślone zostały przepisy regulujące utratę mocy nakazu lub zakazu w sytuacji, gdy wobec osoby stosującej przemoc zastosowano środki zapobiegawcze w jednocześnie toczącym się postępowaniu karnym.

W projekcie doprecyzowane zostały ponadto uprawnienia osoby, wobec której wydano nakaz opuszczenia mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia, do zabrania z tego mieszkania w trakcie postępowania toczącego się na podstawie art. 11a u.p.p.r. przedmiotów osobistego użytku i przedmiotów niezbędnych do wykonywania osobistej pracy zarobkowej oraz zwierząt domowych będących jej

³⁸ Por. np. M. Arczewska, *Zagraniczne systemy przeciwdziałania przemocy domowej a polskie prawodawstwo*, Warszawa 2019.

³⁹ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (UD297), <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353151> (dostęp: 24.08.2022 r.).

⁴⁰ Sprawa Kurt przeciwko Austrii, skarga nr 62903/15, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.06.2021 r.

⁴¹ Por. art. 38a ustawy o policji bezpieczeństwa w brzmieniu obowiązującym od 1.09.2013 r. (*Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei*; *Sicherheitspolizeigesetz* – SPG), StF: BGBl. Nr. 566/1991 idF BGBl. Nr. 662/1992 (DFB).

własnością. W wypadku, jeżeli osoba dotknięta przemocą nie wyraziła zgody na ich zabranie, w toku postępowania uczestnik będzie uprawniony do złożenia wniosku, który sąd będzie miał obowiązek rozpoznać niezwłocznie, wydając postanowienie incydentalne. Ponadto sąd w toczącym się postępowaniu, na wniosek zarówno wnioskodawcy (osoby dotkniętej przemocą), jak i uczestnika (osoby stosującej przemoc), może rozstrzygnąć o tymczasowym korzystaniu z określonych rzeczy znajdujących się we wspólnie zajmowanym mieszkaniu oraz określić sposób korzystania z nich, jeżeli nie spowoduje to nadmiernej zwłoki w postępowaniu. Przewidziana została także możliwość zabrania przez uczestnika rzeczy stanowiących jego własność, po prawnomocnym zakończeniu postępowania sądowego. By zapewnić bezpieczeństwo osobie dotkniętej przemocą w każdym z tych wypadków uczestnik będzie mógł odebrać rzeczy ze wspólnie zajmowanego mieszkania jedynie w obecności policjanta lub żołnierza Żandarmerii Wojskowej, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu z osobą dotkniętą przemocą.

Przyspieszeniu działań z zakresu przeciwdziałania przemocy domowej służyć ma również doprecyzowanie w projekcie ustawy procedury sądowej w zakresie postępowania rozpoznawczego, zabezpieczającego i odwoławczego.

Ważnym rozwiązaniem wprowadzonym w projekcie jest określenie możliwości i przesłanek zmiany i uchylenia orzeczonych nakazów i zakazów (art. 11a u.p.p.r.). Przy rozpoznawaniu sprawy o zmianę lub uchylenie wydanych przez sąd nakazów lub zakazów istotne znaczenie będzie miało to, czy osoba stosująca przemoc podjęła odpowiednie działania, tj. uczestniczenie w programach korekcyjno-edukacyjnych lub programie psychologiczno-terapeutycznym dla osób stosujących przemoc albo innych formach oddziaływań i terapii, w tym zwłaszcza mających na celu leczenie uzależnień, a jeżeli była prowadzona procedura „Niebieskie Karty” – jak ona przebiegała i jakie efekty przyniosły podjęte w jej ramach działania.

6. Ujęcie systemowe i rola otoczenia społecznego

Ważnym elementem budującym kompleksowość systemu przeciwdziałania przemocy domowej i wsparcia pokrzywdzonych oraz ich bliskich są organizacje pozarządowe. W obszarze działania Ministerstwa Sprawiedliwości ich włączenie w system dokonuje się zasadniczo za pośrednictwem sieci pomocy pokrzywdzonym realizowanej w ramach działania Funduszu Sprawiedliwości. Od uruchomienia w styczniu 2019 r. wieloletnich programów pomocy osobom pokrzywdzonym znacząco wzrosły środki przeznaczone w ramach działalności Funduszu na pomoc osobom pokrzywdzonym za pośrednictwem sieci ośrodków. W ramach programu na lata 2019–2021 przewidziano 354 punkty, a na lata 2022–2025 – 305 takich punktów⁴². Punkty te, równomiernie rozłożone na terenie całego kraju, oferują wsparcie prawne, psychologiczne czy materialne dla pokrzywdzonych każdego typu przestępstwem.

⁴² Por. *Program Pomocy Osobom Pokrzywdzonym na lata 2019–2025 (aktualizacja nr 4)*, s. 8–9; <https://www.funduszsprawiedliwosci.gov.pl/pl/konkursy/pomoc-pokrzywdzonym/program-pomocy-osobom-pokrzywdzonym-przestepstwem/download,38208,7.html> (dostęp: 22.08.2022 r.).

Według informacji agregowanych przez Departament Funduszu Sprawiedliwości, od wejścia w życie ustawy z 30.04.2020 r. do 31.03.2022 r. do placówek Funduszu zgłosiło się ponad 15.300 osób dotkniętych przemocą domową, z czego ponad 12.100 z nich to kobiety. W samym tylko I kwartale 2022 r. z sieci pomocy pokrzywdzonym skorzystało ponad 5.200 pokrzywdzonych przemocą domową, korzystając z ponad 7.300 godzin pomocy prawnej, 10.800 godzin pomocy psychologicznej i psychiatrycznej oraz ponad 600.000 zł pomocy materialnej.

Kluczowym elementem sieci pomocy pokrzywdzonym są osoby pierwszego kontaktu, które – o czym była mowa wyżej – zostały objęte szkoleniami. Niezależnie od tego osoba pierwszego kontaktu powinna posiadać co najmniej roczne doświadczenie w pracy z osobami pokrzywdzonymi przestępstwem. Do zadań takiej osoby należy bowiem w szczególności: przyjmowanie zgłoszeń, wstępna ocena uprawnienia do uzyskania pomocy, czuwanie nad prawidłowym wypełnianiem wniosków, kierowanie do specjalistów, udzielanie podstawowych informacji dotyczących praw osób pokrzywdzonych przestępstwem, w tym o procedurach pomocy, instytucjach wsparcia, działaniu organów ścigania. Ponadto podczas realizacji zadania każda z osób pierwszego kontaktu ma obowiązek wzięcia udziału w szkoleniach wskazanych przez Dysponenta Funduszu, których celem jest zwiększenie kwalifikacji tych osób w zakresie pomocy osobom pokrzywdzonym, świadkom i osobom im najbliższym⁴³. Taka konstrukcja działania wsparcia dla osób pokrzywdzonych przestępstwem została wskazana jako *promising practice* w raporcie Komitetu Lanzarote z 10.03.2022 r.⁴⁴

Ważną zasadę organizującą skuteczną prewencję czy wsparcie dla pokrzywdzonych stanowi zasada koordynacji działań. Jej wzmocnieniem były chociażby pilotażowe działania „Sieciowania Pomocy” realizowane od 2019 r. z inicjatywy Dysponenta Funduszu Sprawiedliwości zakończone rekomendacjami dobrych praktyk. Cykl spotkań władz lokalnych, organizacji pozarządowych, służb mundurowych, przedstawicieli prokuratury, miejskich i gminnych ośrodków pomocy społecznej, zespołów interdyscyplinarnych oraz powiatowych centrów pomocy rodzinie, jak również organizacji społecznych, miał na celu zidentyfikowanie problemów, zbadanie potrzeb oraz przygotowanie zaleceń w zakresie szeroko pojętego sieciowania pomocy w ramach funkcjonującej Sieci Pomocy Osobom Pokrzywdzonym Przystępstwem. Uczestnicy spotkań podkreślali wagę podejmowanych – na rzecz osób pokrzywdzonych przestępstwem, świadków i osób im najbliższych – działań pomocowych oraz konieczność współpracy w tym zakresie wszystkich służb i organizacji zajmujących

⁴³ Treść ogłoszenia konkursowego, s. 9; wszystkie ogłoszenia dostępne są na stronie internetowej Funduszu, np. Ogłoszenie w sprawie przeprowadzenia CXXX otwartego konkursu ofert na powierzenie realizacji zadań ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej – Funduszu Sprawiedliwości w zakresie udzielania pomocy osobom pokrzywdzonym przestępstwem oraz osobom im najbliższym, udzielania pomocy świadkom i osobom im najbliższym dla jednostek niezaliczanych do sektora finansów publicznych i nie działających w celu osiągnięcia zysku, w tym stowarzyszeń, fundacji, organizacji i instytucji na lata 2022–2025, <https://www.funduszsprawiedliwosci.gov.pl/pl/konkursy/pomoc-pokrzywdzonym/konkursy-2022-2025/download,38233,2.html> (dostęp: 27.07.2022 r.).

⁴⁴ The protection of children against sexual exploitation and sexual abuse facilitated by information and communication technologies, s. 123, 128, <https://rm.coe.int/implementation-report-on-the-2nd-monitoring-round-the-protection-of-ch/1680a619c4> (dostęp: 22.08.2022 r.).

się taką pomocą, w celu uzyskania jak największej skuteczności i komplementarności podejmowanych działań. Uczestnicy spotkań wskazali na potrzebę podejmowania działań sieciujących i umożliwiających wymianę wiedzy i doświadczeń w obszarze pomocy osobom pokrzywdzonym oraz – co najważniejsze – wymianę informacji z zakresu pomocy udzielanej konkretnej osobie. Dodatkowo w ramach celu w postaci przeciwdziałania przestępczości wiele projektów ukierunkowanych jest w całości lub w części na przeciwdziałanie przemocy domowej, budowanie systemu wsparcia dla pokrzywdzonych tego typu przestępczością czy zachowaniami podpadającymi pod stosowanie przemocy w ogóle⁴⁵.

Ważnym elementem otoczenia społecznego w efektywnym wdrażaniu i funkcjonowaniu rozwiązań antyprzemocowych są media. Ministerstwo nie dysponowało środkami na kampanię społeczną informującą o nowych narzędziach ochrony. Po części rolę tę przejął Fundusz Sprawiedliwości. Już wcześniej, w związku z utworzeniem od stycznia 2019 r. sieci pomocy pokrzywdzonym, w I i II kwartale 2019 r. przeprowadzona została ogólnopolska kampania informacyjna. Jej cel polegał na zbudowaniu rozpoznawalności Funduszu Sprawiedliwości poprzez działania szeroko zasięgowe i rozpowszechnianie wiedzy na temat sieci pomocy, aby była postrzegana jako miejsca osoby pokrzywdzonej, w szczególności przemocą domową, seksualną (istotny element przekazu to hasło „już jesteśmy bezpieczne”), gdzie bez obawy może ona zwrócić się o pomoc prawną, psychologiczną, psychiatryczną czy materialną. Cel wiązał się zatem z przekazaniem informacji o stabilnym, bezpiecznym podmiocie, który pozwala przełamać strach i w sposób pozytywny skłoni osobę potrzebującą pomocy do skorzystania z szerokiego wachlarza wsparcia udzielanego przez Fundusz Sprawiedliwości⁴⁶. Wdrożeniu ustawy z 30.04.2020 r. towarzyszyły również działania o charakterze kampanii informacyjnej Funduszu Sprawiedliwości, powtarzające przekaz z 2019 r. w obszarze wsparcia pokrzywdzonych przemocą domową oraz informujące o nowych rozwiązaniach prawnych.

⁴⁵ Por. np. projekt realizowany przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę pn. „Diagnoza problemu oraz oferty pomocowej dla dzieci pokrzywdzonych przestępstwem w Polsce”, mający na celu przeciwdziałanie przestępstwom wobec dzieci. Zakłada on pogłębienie i uaktualnienie wiedzy oraz podejmowanie działań edukacyjnych skierowanych do profesjonalistów (nauczycieli, opiekunów, pedagogów, pracowników socjalnych, lekarzy, pielęgniarek, policjantów, prawników *etc.*) oraz działań mających na celu sieciowanie osób i podmiotów działających na rzecz dzieci pokrzywdzonych przestępstwami. Ważny komponent współpracy międzyinstytucjonalnej zawiera z kolei projekt pt. „Standaryzacja świadczonej pomocy w ramach Sieci Pomocy Pokrzywdzonym Przestępstwem jako narzędzie zwiększenia efektywności świadczonej pomocy na rzecz osób pokrzywdzonych przestępstwem oraz osób im najbliższych” realizowany przez Stowarzyszenie Wspierania Aktywności „Bona Fides”.

⁴⁶ W przeprowadzonym przez Instytut Badań Pollster badaniu efektywności kampanii Funduszu Sprawiedliwości kampania promocyjna została oceniona pozytywnie przez 71% respondentów w post-teście IV 2019 i przez 70% respondentów w post-teście I/II 2020, a najsilniej odbieranym komunikatem kampanii było hasło wskazujące, że „Fundusz Sprawiedliwości zapewnia opiekę specjalistyczną osobom pokrzywdzonym przestępstwami” (przez 82% respondentów w post-teście IV 2019 i przez 81% respondentów w post-teście I/II 2020). Przeprowadzone badanie potwierdza, że podjęte w 2019 r. działania informacyjne zostały zauważone i efektywnie wpłynęły zarówno na rozpoznawalność Funduszu Sprawiedliwości (istotny wzrost rozpoznawalności z 10% do 35% w badaniu z I/II 2020), jak i skutecznie informowały o jego działalności.

Niedocenianym czynnikiem prewencji i wsparcia pozostają natomiast wspólnoty naturalne i relacje nieformalne. Jest to o tyle istotne, że poprawa jakości relacji, komunikacji w rodzinie stanowi ważny czynnik przeciwdziałający przemocy⁴⁷, co wskazuje na kierunek działań prewencyjnych. Jednak w polskich realiach rodzina i więzi społeczne mają dodatkowe znaczenie. Jak podają badania ilościowe prowadzone w ramach polsko-norweskiego projektu badawczego, w Polsce podmioty postrzegane jako najbardziej pomocne i skuteczne w zakresie pomocy czy wsparcia w rozwiązywaniu problemu przemocy w rodzinie to rodzina i niespokrewnieni przyjaciele⁴⁸. Nie zastąpią oni wyspecjalizowanych agend państwowych, jednak z punktu widzenia budowania i prowadzenia behawioralnych polityk publicznych stanowią ich ważny element. W szczególności w polskich warunkach wysoce pożądane i gwarantujące poprawę efektywności wydaje się być podejmowanie działań edukacyjnych, wzmacniających kompetencje rodziny, wspólnot nieformalnych, sąsiedzkich w obszarze przeciwdziałania, zwalczania przemocy domowej oraz wsparcia osób dotkniętych przemocą i ich bliskich.

7. Podsumowanie

Ustawa z 30.04.2020 r. stanowiła przełom w systemie zwalczania przemocy domowej, gdyż znacząco zwiększyła efektywność działań Policji dzięki nieznanemu dotychczas w polskim systemie prawnym narzędziu natychmiastowego nakazu opuszczenia mieszkania przez osobę stosującą przemoc domową i 14-dniowego zakazu zbliżania się do mieszkania i jego najbliższego otoczenia. Efektywność nowego narzędzia uzyskana została w wyniku szeroko zakrojonych działań wdrożeniowych w okresie *vacatio legis* ustawy z 30.04.2020 r., ukierunkowanych na współpracę różnych instytucji w procesie zwalczania przemocy domowej. Doświadczenia związane z monitorowaniem i ewaluacją, mimo krótkiego czasu niespełna 2 lat, pozwoliły na stworzenie kolejnego projektu poszerzającego wachlarz narzędzi ochronnych – o analogicznym charakterze – w postaci doraźnego narzędzia policyjnego z możliwością przedłużenia jego działania na drodze cywilnoprawnej.

Bibliografia

1. Arczewska M., *Zagraniczne systemy przeciwdziałania przemocy domowej a polskie prawodawstwo*, Warszawa 2019.
2. Kalokhe A.S., Iyer S., Gadhe K., Katendra T., Kolhe A., Rahane G., Sahay S., *A couples-based intervention (Ghya Bharari Ekatra) for the primary prevention of intimate*

⁴⁷ Por. np. A.S. Kalokhe, S. Iyer, K. Gadhe, T. Katendra, A. Kolhe, G. Rahane, S. Sahay, *A couples-based intervention (Ghya Bharari Ekatra) for the primary prevention of intimate partner violence in India: Pilot feasibility and acceptability study*, „JMIR Form Res.” z 1.02.2021, 5(2): e26130, DOI: 10.2196/26130 (dostęp: 24.08.2022 r.).

⁴⁸ Projekt „Zintegrowany system zapobiegania przemocy domowej” – projekt predefiniowany, realizowany przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w ramach Programu „Sprawiedliwość” finansowanego ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2014–2021, badanie instytucji i ich dostępności „Preferencje klientów w zakresie korzystania ze wsparcia relacyjnego i interwencji w zakresie przemocy domowej”.

- partner violence in India: Pilot feasibility and acceptability study*, JMIR Form Res. z 1.02.2021 r., 5(2): e26130, DOI: 10.2196/26130.
3. Kruszyński P., Włazlak K., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle porównawczym*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 5.
 4. Manikowski F., *Postępowanie w sprawie o zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia – analiza badań aktowych*, Prawo w Działaniu 2022, t. 50, DOI: 10.32041/pwd.5001.
 5. McCauley J., Kern D.E., Kolodner K., Dill L., Schroeder A.F., DeChant H.K., Derogatis L.R., *The “battering syndrome”: Prevalence and clinical characteristics of domestic violence in primary care internal medicine practices*, Annals of Internal Medicine 1995, t. 123, nr 10.
 6. Stożek M., *Przemoc w rodzinie. Zapobieganie w świetle przepisów prawa*, Warszawa 2009.
 7. *The protection of children against sexual exploitation and sexual abuse facilitated by information and communication technologies*, <https://rm.coe.int/implementation-report-on-the-2nd-monitoring-round-the-protection-of-ch/1680a619c4>.

Rafał Adamus

Podział spółki przez wyodrębnienie

*Division of a company by separation***Abstract**

This study concerns the introduction of a new type of division into the domestic legal order – the so-called division by separation, as part of the wider problem of cross-border mobility of companies, regulated in Directive 2017/1132 as amended by Directive 2019/2121.

The current legal regulation of the Code of Commercial Companies does not know the structure of division by separation, which is used to build corporate vertical relations. All division modes known to Polish commercial law are horizontal divisions. Meanwhile, as a result of the implementation of the directive in the cross-border dimension, it will be possible to make a cross-border division by separation also with the participation of Polish companies (i.e. companies subject to the Polish Commercial Companies Code).

*Failure to supplement the provisions of the Commercial Companies Code with the division by separation available to interested companies – under national procedures, without a cross-border element – would lead to the phenomenon of reverse discrimination. Reverse discrimination is a legal phenomenon that is unfavorable both economically and socially. Due to the principle of *numerus clausus* of transformation procedures and due to their regulation mostly by mandatory norms (*iuris cogentis*), it would not be possible to apply such a procedure without an explicit normative basis. Division by separation may become an interesting instrument for building vertical holding structures (and, in effect, even multi-stage), an alternative to a simple contribution in kind to a daughter company. Therefore, the study presents in detail the essence of the division by separation.*

Keywords: *limited joint-stock partnership, capital company, division of the company, separation, spin-off*

Streszczenie

Niniejsze opracowanie odnosi się do wprowadzenia do krajowego porządku prawnego nowego typu podziału – tzw. podziału przez wyodrębnienie, w ramach szerszego problemu transgranicznej mobilności spółek, uregulowanego w dyrektywie 2017/1132 zmienionej dyrektywą 2019/2121.

Prof. dr hab. Rafał Adamus, Uniwersytet Opolski, Polska, ORCID: 0000-0003-4968-459X, e-mail: radamus@uni.opole.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 2.12.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 10.01.2022 r.

Dotychczasowa regulacja prawna Kodeksu spółek handlowych nie zna konstrukcji podziału przez wyodrębnienie, która służy budowaniu korporacyjnych relacji pionowych. Wszystkie znane polskiemu prawu handlowemu tryby podziałów są podziałami poziomymi. Tymczasem w wyniku implementacji wspomnianej dyrektywy w wymiarze transgranicznym pojawi się możliwość dokonywania transgranicznego podziału przez wyodrębnienie także z udziałem polskich spółek (tzn. spółek podlegających polskiemu Kodeksowi spółek handlowych).

Nieuzupełnienie przepisów Kodeksu spółek handlowych o dostępny dla zainteresowanych spółek – w ramach procedur krajowych, bez elementu transgranicznego – podział przez wyodrębnienie prowadziłoby do zjawiska odwrotnej dyskryminacji. Odwrotna dyskryminacja jest zjawiskiem prawnym niekorzystnym zarówno ekonomicznie, jak i społecznie. Z uwagi na zasadę numerus clausus procedur transformacyjnych oraz ze względu na ich uregulowanie w większości normami bezwzględnie obowiązującymi (iuris cogentis) nie byłoby możliwe stosowanie takiej procedury bez wyraźnej podstawy normatywnej. Podział przez wyodrębnienie może stać się interesującym instrumentem do budowania pionowych struktur holdingowych (w efekcie nawet wielostopniowych), alternatywnym do zwykłego wniesienia aportu do spółki córki. Dlatego w opracowaniu przedstawiono w sposób szczegółowy istotę podziału przez wyodrębnienie.

Słowa kluczowe: spółka komandytowo-akcyjna, spółka kapitałowa, podział spółki, wyodrębnienie, wydzielenie

1. Zagadnienia wprowadzające

Niniejsze opracowanie odnosi się do podziału spółki kapitałowej i spółki komandytowo-akcyjnej (osobowej) przez tzw. wyodrębnienie¹. Implementacja art. 160b pkt 4 lit. c dyrektywy 2017/1132² zmienionej dyrektywą 2019/2121³ wymaga wprowadzenia do polskiego porządku prawnego, na potrzeby podziału transgranicznego, nowego trybu podziału spółki, tzw. podziału przez wyodrębnienie (na wzór prawa niemieckiego, tj. tzw. ustawy o transformacjach – *Umwandlungsgesetz*⁴). Brak takiego trybu podziału w wewnętrznym porządku prawnym prowadziłby do zjawiska dyskryminacji spółek z siedzibą w Rzeczypospolitej Polskiej.

Normy prawne regulujące materię podziału spółek obejmują takie zagadnienia⁵ jak: dopuszczalność podziału spółek⁶ (nie każdy typ spółki, zgodnie z założeniami ustawodawcy, może podlegać podziałowi); rodzaje trybów podziału spółek (sposoby podziału); procedura służąca do przeprowadzenia podziału spółki; zasada odnosząca się do sposobu pozyskania ekwiwalentu za przeniesienie całości lub części majątku na inny podmiot; ochrona praw udziałowców⁷; ochrona wierzycieli spółki dzielonej⁸; inne zagadnienia – ochrona interesów pracowników⁹.

Co do zasady tryby transformacji spółek podlegają zasadzie *numerus clausus*. Przepisy prawa regulujące zagadnienia związane z transformacją spółek mają z kolei

¹ Niniejszy artykuł powstał na podstawie raportu: R. Adamus, *Podział spółki przez wyodrębnienie w prawie polskim de lege ferenda*, Warszawa 2021, *passim*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/02/IWS_Adamus-R_Podzia%C5%82-sp%C3%B3%C5%82ki-przez-wyodr%C4%99bnienie-w-prawie-polskim-de-lege-ferenda.pdf (dostęp: 10.10.2022 r.). Problem ten jest coraz częściej zauważany w piśmiennictwie. Z literatury zob. np. M. Ruciński, *Podział przez wyodrębnienie – uwagi de lege lata*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022/6; H. Litwińczuk, *Nowe regulacje podatkowe dotyczące transgranicznej restrukturyzacji spółek*, „Przegląd Podatkowy” 2022/5.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z 14.06.2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (Dz.Urz. UE L 169 z 30.06.2017 r., s. 46, ze zm.).

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2121 z 27.11.2019 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcania, łączenia i podziału spółek (Dz.Urz. UE L 321 z 12.12.2019 r., s. 1).

⁴ Niemiecka ustawa o transformacjach z 28.10.1994 r. (*Umwandlungsgesetz*), BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428 – dalej UmwG.

⁵ W motywie 4 *in fine* preambuły dyrektywy 2019/2121 wskazano, że: „Prawo spółek do przekształcania, łączenia i podziału ponad granicami powinno iść w parze i być odpowiednio zrównoważone z ochroną pracowników, wierzycieli i wspólników”.

⁶ W motywie 9 preambuły dyrektywy 2019/2121 wskazano, że „dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do spółek w likwidacji, w których rozpoczęto dystrybucję aktywów. Ponadto państwa członkowskie powinny mieć również możliwość wyłączenia spółek objętych innymi postępowaniami likwidacyjnymi ze stosowania niniejszej dyrektywy. Państwa członkowskie powinny mieć również możliwość zdecydowania o niestosowaniu niniejszej dyrektywy do spółek objętych postępowaniem upadłościowym”.

⁷ W odniesieniu do wspólników zwraca się m.in. uwagę na przysługujące wspólnikom prawo wyjścia ze spółki (motyw 13 preambuły dyrektywy 2019/2121).

⁸ K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020/3, s. 162.

⁹ W motywie 12 preambuły dyrektywy 2019/2121 wskazano, że: „Aby umożliwić uwzględnienie uzasadnionych interesów wszystkich zainteresowanych podmiotów w postępowaniu regulującym operację transgraniczną, spółka powinna sporządzić i ujawnić plan proponowanej operacji, zawierający najważniejsze informacje na jej temat. Organy administrujące lub zarządzające powinny – w przypadkach przewidzianych w prawie krajowym lub zgodnie z praktyką krajową – włączać przedstawicieli pracowników na poziomie

charakter norm prawnych bezwzględnie obowiązujących m.in. z uwagi na potrzebę ochrony interesów udziałowców spółek czy wierzycieli¹⁰.

Zgodnie z aktualnie obowiązującym przepisem art. 529 § 1 Kodeksu spółek handlowych¹¹ podział spółki kapitałowej może być dokonany w jednej z czterech następujących form¹²: „1) przez przeniesienie całego majątku spółki dzielonej na inne spółki za udziały lub akcje spółki przejmującej, które obejmują wspólnicy spółki dzielonej (podział przez przejęcie); 2) przez zawiązanie nowych spółek, na które przechodzi cały majątek spółki dzielonej za udziały lub akcje nowych spółek (podział przez zawiązanie nowych spółek); 3) przez przeniesienie całego majątku spółki dzielonej na istniejącą i na nowo zawiązaną spółkę lub spółki (podział przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki); 4) przez przeniesienie części majątku spółki dzielonej na istniejącą spółkę lub na spółkę nowo zawiązaną (podział przez wydzielenie)”¹³.

Regulacja Kodeksu spółek handlowych opiera się na szerokiej autonomii woli podmiotów uczestniczących w procedurze transformacji. Niemniej w systemie prawa istnieją przepisy odnoszące się także do tzw. podziału przymusowego w celu ochrony interesu publicznego poprzez przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków. Podstawę prawną podziału obligatoryjnego stanowi

zarządu w podejmowanie decyzji na temat planu operacji transgranicznej. Informacje takie powinny obejmować co najmniej planowaną formę prawną spółki lub spółek, akt założycielski, w stosownych przypadkach statut, proponowany orientacyjny harmonogram operacji oraz szczegóły zabezpieczeń oferowanych wspólnikom i wierzycielom. Powiadomienie powinno zostać ujawnione w rejestrze, w którym informuje się wspólników, wierzycieli i przedstawicieli pracowników lub, w przypadku braku takich przedstawicieli, samych pracowników, że mogą oni przedstawić uwagi dotyczące proponowanej operacji. Państwa członkowskie mogą również zdecydować o ujawnieniu wymaganego niniejszą dyrektywą sprawozdania niezależnego biegłego”.

¹⁰ K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 126.

¹¹ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.) – dalej k.s.h.

¹² Liczba trybów podziału jest następstwem przyjęcia określonej konwencji co do kryteriów podziału. Polski ustawodawca posłużył się więc niż jednym kryterium.

¹³ Oprócz komentarzy do k.s.h. zob. następującą literaturę przedmiotu: Z. Majkut, *Łączenie się, podział i przekształcanie spółek prawa handlowego. Studium prawne, ekonomiczne i edukacyjne*, Toruń 2007, s. 229; S. Ciarkowski, *Charakter prawny planu podziału*, „Prawo Spółek” 2003/9, s. 12–19; S. Ciarkowski, *Plan podziału a zasada sukcesji uniwersalnej częściowej – wybrane zagadnienia szczegółowe*, „Prawo Spółek” 2003/12, s. 2–8; D. Gajewski, *Aspekty podatkowe podziału spółek kapitałowych*, „Monitor Podatkowy” 2002/2, s. 12–17; A. Witosz, *Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych*, Warszawa 2007, s. 377; A. Witosz, *Częściowa sukcesja uniwersalna w podziale spółek kapitałowych i jej konsekwencje*, „Prawo Spółek” 2006/5, s. 2–9; P. Błaszczuk, *Odpowiedzialność cywilna osób działających za spółkę handlową w procesie jej łączenia się, podziału i przekształcania*, Warszawa 2011, s. 374; M. Aslanowicz, *Z problematyki przekształcania, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000/8, s. 29–34; A. Szumański, *Podział spółki w świetle kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2002/1, s. 2–14; M. Jasińska, *Podział spółek kapitałowych*. Art. 528–550 KSH. Komentarz, Warszawa 2003, s. 173; P. Pinior, *Podział spółek kapitałowych – wybrane problemy prawnoporównawcze*, „Prawo Spółek” 2001/5, s. 13–24; P. Cwikliński, *Podział spółek handlowych – cz. II. Obowiązki zarządów spółek uczestniczących w podziale*, „Monitor Prawniczy” 2001/5; M. Baszczyk, *Odpowiedzialność spółek uczestniczących w podziale za zobowiązania przypisane w planie podziału – uwagi na tle brzmienia art. 546 § 1 KSH*, „Monitor Prawniczy” 2017/16; M. Śledzikowski, *Pozorny podział spółki kapitałowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/101, s. 215–225; M. Wyrwiński, *Dopuszczalność koincydencji łączenia, podziału lub przekształcania spółek handlowych*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2006/96, s. 231–243; K. Głód, *Cywilnoprawne skutki podziału spółki na gruncie k.s.h.*, „Radca Prawny” 2010/3, s. 41–50; M. Litwińska, *Podział spółek według kodeksu spółek handlowych. Zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001/10 (wkładka), s. 19; L. Miroszewski, *Zgłaszanie uchwał o połączeniu (podziale) spółek do sądu rejestrowego*, „Prawo Spółek” 2002/11, s. 3–11.

art. 21 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁴. Na podstawie przywołanego przepisu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej UOKiK) może wydać decyzję zobowiązującą do podziału spółki w sytuacji, gdy koncentracja podmiotów została już dokonana, a przywrócenie konkurencji w inny sposób nie jest możliwe. Decyzja taka nie może zostać wydana po upływie 5 lat od dokonania koncentracji. Podział przymusowy ma jednak miejsce w ramach proceduralnych przewidzianych w prawie handlowym (rozumianym jako wyspecjalizowany dział prawa cywilnego). Ponadto – jak się przyjmuje w literaturze – sam planowany podział spółki może zostać w pewnych warunkach potraktowany jako proces koncentracji podmiotów, wymagający zgłoszenia zamiaru jego dokonania Prezesowi UOKiK, który podejmuje kontrolę *ex ante*. Generalne przesłanki obowiązku dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji wskazane zostały w art. 13 ust. 1 u.o.k.k.¹⁵

2. Podział spółki według dyrektywy 2019/2121

W motywie 1 preambuły dyrektywy 2019/2121¹⁶ wskazano, że: „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 reguluje transgraniczne połączenia spółek kapitałowych. Przepisy dotyczące transgranicznych połączeń stanowią ważny etap w usprawnianiu funkcjonowania rynku wewnętrznego dla spółek i przedsiębiorstw oraz realizowaniu przez nie swobody przedsiębiorczości. Jednak ocena tych przepisów wskazuje, że istnieje potrzeba ich zmiany. Ponadto istnieje potrzeba, aby ustanowić przepisy regulujące transgraniczne przekształcenia i podziały spółek, ponieważ dyrektywa (UE) 2017/1132 zawiera jedynie przepisy dotyczące krajowych podziałów spółek akcyjnych”. Dyrektywa 2019/2121 otwiera zatem nowe możliwości dla transformacji spółek w wymiarze transgranicznym.

Obecny etap legislacji unijnej¹⁷ poprzedziły liczne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, które wskazywały, że transgraniczna aktywność spółek, w tym ich transformacje, należą do traktatowej swobody ponadgranicznej przedsiębiorców. Poszerzenie możliwości transgranicznych transformacji spółek – jak wskazano w literaturze przedmiotu – ma „na celu stworzenie «równego pola gry» (*level playing field*) dla mobilności spółek na wspólnym rynku i zminimalizowanie ryzyka występowania arbitrażu regulacyjnego ze strony spółek, a także zjawiska określanego mianem «wyścigu do deregulacji» (ang. *race to the laxity*) na skutek konkurencji pomiędzy krajowymi ustawodawcami”¹⁸. Dalej należy zwrócić uwagę na termin *ad quem* dla

¹⁴ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275) – dalej u.o.k.k.

¹⁵ M. Litwińska-Werner, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 17b, *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2016, s. 1188.

¹⁶ Na temat dyrektywy zob. K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 125 i n.; A. Mucha, *Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego*, Warszawa 2020, s. 368 i n.

¹⁷ Na temat historii regulacji problematyki transgranicznej mobilności spółek zob. np. K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 138 i n.; E. Wiczorek, *Transgraniczna fuzja spółek w aspekcie kolizyjnoprawnym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009/7(1); A. Mucha, *Transgraniczna...*, s. 47 i n.

¹⁸ K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 126.

transpozycji dyrektywy. Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy do dnia 31.01.2023 r. (art. 3 dyrektywy 2019/2121).

Dyrektywa 2019/2121 identyfikuje procedury podziału spółki w nieco inny sposób, niż czyni to polski Kodeks spółek handlowych. Dzieje się tak dlatego, że prawodawca unijny i prawodawca polski przykładają różną wagę do kryteriów wyodrębnienia trybów podziału. Podział spółki według dyrektywy 2019/2121 może być trojakiego rodzaju.

Jako pierwszy wymienia się podział pełny (*full division*). Taki przypadek występuje wówczas, gdy „spółka podlegająca podziałowi, w chwili rozwiązania bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na co najmniej dwie spółki przejmujące, w zamian za przyznanie wspólnikom spółki podlegającej podziałowi papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółek przejmujących oraz, w stosownych przypadkach, świadczenie pieniężne nieprzekraczające 10% wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, świadczenie pieniężne nieprzekraczające 10% wartości księgowej tych papierów wartościowych lub udziałów lub akcji” (art. 160b pkt 4 lit. a dyrektywy 2017/1132).

Kolejny rodzaj to podział częściowy (*partial division*). Polega on na tym, że „spółka podlegająca podziałowi przenosi część swoich aktywów i pasywów na jedną lub więcej spółek przejmujących, w zamian za przyznanie wspólnikom spółki podlegającej podziałowi papierów wartościowych lub udziałów lub akcji spółek przejmujących, spółki podlegającej podziałowi lub zarówno spółek przejmujących, jak i spółki podlegającej podziałowi oraz, w stosownych przypadkach, świadczenie pieniężne nieprzekraczające 10% wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, świadczenie pieniężne nieprzekraczające 10% wartości księgowej tych papierów wartościowych lub udziałów lub akcji” (art. 160b pkt 4 lit. b dyrektywy 2017/1132).

Wreszcie, jako trzeci, wskazuje się podział przez wyodrębnienie (*division by separation*). *Verba legis* dyrektywa 2019/2121 w polskiej wersji językowej posługuje się pojęciem „podziału przez wydzielenie”. Z jurslingwistycznego punktu widzenia polskie tłumaczenie urzędowe nie jest trafne – zwrot „podział przez wydzielenie” użyty został w art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h. i jego mechanizm różni się zasadniczo od tego w dyrektywie; lepszym zwrotem byłby „podział przez wyodrębnienie”¹⁹. Do podziału tego dochodzi, gdy „spółka podlegająca podziałowi przenosi część swoich aktywów i pasywów na jedną lub więcej spółek przejmujących w zamian za emisję na rzecz spółki podlegającej podziałowi papierów wartościowych lub udziałów lub akcji w spółkach przejmujących” (art. 160b pkt 4 lit. c dyrektywy 2017/1132). Z uwagi na naturę podziału przez wyodrębnienie dyrektywa 2019/2121 nie określa w tym przypadku żadnych mechanizmów ochronnych dla wspólników spółki dzielonej.

¹⁹ Prof. Krzysztof Oplustil i dr Ariel Mucha wyrazili następujące zapatrywanie: „Z perspektywy polskiego prawa najbardziej interesujący jest «podział przez wydzielenie» (ang. *division by separation*, niem. *Ausgliederung*), który polega na przeniesieniu przez spółkę dzieloną, w drodze częściowej sukcesji uniwersalnej, części swoich aktywów i pasywów na jedną lub więcej spółek nowo utworzonych, z których co najmniej jedna podlega prawu innego państwa członkowskiego, w zamian za emisję na rzecz spółki

Tryby podziału spółek różnią się od siebie. W każdym z tych trybów występuje tylko jedno uniwersalne spoiwo²⁰: transfer określonych aktywów i pasywów z jednego podmiotu na inny. Transfer ten ma tu szczególny charakter prawny. Prawodawca europejski nie posługuje się jako wiodącym kryterium odnoszącym się do statusu spółki, na którą przenoszony jest majątek spółki dzielonej, tzn. nie bierze on pod uwagę, czy spółka ta jest istniejąca, czy nowo zawiązana.

3. Podział przez wyodrębnienie w prawie niemieckim

Punktem odniesienia dla polskiej regulacji podziału przez wyodrębnienie niewątpliwie będzie niemiecka²¹ ustawa o przekształceniu podmiotów prawnych z 28.10.1994 r., tzw. *Umwandlungsgesetz*²². Ma ona zastosowanie także do innych niż spółki podmiotów prawnych. W procesie tworzenia treści art. 160b pkt 4 lit. c dyrektywy 2017/1132 zmienionej dyrektywą 2019/2121 duży wpływ na jego ostateczny kształt miało stanowisko Niemiec. Jak podnosi prof. Piotr Pinior, „Możliwość tworzenia spółek zależnych przewidziana została w prawie niemieckim, gdzie ustawa o przekształcaniu spółek (*Umwandlungsgesetz*) dopuszcza – poza znanym w prawie polskim rozdzieleniem i wydzielaniem – trzeci sposób podziału, określany mianem wyodrębnienia (*Ausgliederung*). Zgodnie z przepisem § 123(3) ust. 1 UmwG podmiot dzielony – spółka dzielona – może ze swego majątku wyodrębnić jedną część lub więcej części i przenieść wyodrębnione składniki majątkowe «jako całość» na jedną spółkę przejmującą lub więcej spółek przejmujących, w zamian za co spółka przejmująca przyzna

dzielonej udziałów lub akcji tych spółek (por. art. 160b pkt 4 lit. b dyrektywy 2017/1132). Pomimo zbieżności nazwy, jest to więc podział przez wydzielanie odmienny od instytucji występującej w polskim prawie spółek i przewidzianej w art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h. «Polski» podział przez wydzielanie w istocie odpowiada «unijnemu» podziałowi częściowemu, w przypadku którego udziały (akcje) w nowo zawiązanej spółce obejmują wspólnicy spółki dzielonej. Natomiast «unijny» transgraniczny podział przez wydzielanie stanowi sposób utworzenia spółki zależnej w innym państwie członkowskim, w oparciu o zharmonizowaną procedurę i częściową sukcesję uniwersalną praw i obowiązków spółki, z której następuje wydzielanie i która w jego wyniku stanie się spółką dominującą (por. pkt 8 preambuły, zdanie ostatnie). Na etapie implementacji dyrektywy do prawa polskiego ustawodawca powinien starannie rozważyć, jak nazwać ten podział tak, aby w praktyce nie wywołać konfuzji z wewnątrzkrajowym podziałem przez wydzielanie określonym w art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h.” (K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 146–147)

²⁰ Regulacja dyrektywy odbiega od spojrzenia na podział spółek przez pryzmat aktualnego polskiego prawa handlowego. Jak podnosi Maria Litwińska-Werner, „Podział charakteryzuje się pewnymi cechami, które muszą zaistnieć, aby można było uznać, że doszło do podziału spółki w rozumieniu prawnym. Należą tu: 1) przejęcie majątku spółki dzielonej przez spółki przejmujące lub nowo zawiązane; 2) przejęcie wspólników (akcjonariuszy) spółki dzielonej; 3) w przypadku podziału zwykłego – ustanie bytu prawnego spółki dzielonej bez przeprowadzania procedury likwidacyjnej” – M. Litwińska-Werner, [w:] *System...*, t. 17b, *Prawo...*, s. 1775. Dyrektywa odkrywa zatem nowe horyzonty przed polską doktryną prawa handlowego.

²¹ Zob. np. S. Widmann, D. Mayer [red.], *Umwandlungsrecht Kommentar. Kommentar*, München 2020; J. Schmitt, R. Hörtnagl [red.], *Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz: UmwG, UmwStG*, München 2020; D. Haritz, S. Menner, A. Bilitewski [red.], *Umwandlungssteuergesetz: UmwStG*, München 2019; M. Lutter, *Umwandlungsgesetz (UmwG)*, 2019; M. Habersack, H. Wicke [red.], *Umwandlungsgesetz: UmwG*, 2019; J. Kraft, J. Redenius-Hövermann [red.], *Umwandlungsrecht*, 2020.

²² P. Pinior, *Podział spółek kapitałowych w prawie polskim i niemieckim*, Warszawa 2003, s. 208; P. Pinior, *Tworzenie koncernów na skutek podziału spółki w prawie niemieckim*, „Prawo Spółek” 2005/6, s. 19–27; A. Szumański, *Niemiecka ustawa o przekształceniu podmiotów prawnych z 28.10.1994 r. (Umwandlungsgesetz)*, „Monitor Prawniczy” 1998/2.

udziały lub akcje spółce dzielonej. Spółka dzielona staje się zatem akcjonariuszem lub współnikiem spółki przejmującej (podział – wyodrębnienie przez przejęcie)”²³. Jednocześnie warto upowszechnić zaproponowaną przez prof. P. Piniora konwencję jurslingwistyczną „podziału przez wyodrębnienie”.

Niemieckie prawo spółek składa się z kilku aktów prawnych odnoszących się do poszczególnych typów spółek i aktu prawnego dotyczącego ich możliwych transformacji. W niemieckim porządku prawnym tematyka spółek nie została zatem zebrana w jednym kodeksie.

Według niemieckich przepisów o transformacji podmiotów prawnych tzw. rozdzielenie (*Aufspaltung*) polega na tym, że podmiot dzielony ulega rozwiązaniu bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego w ten sposób, że jego majątek zostaje w całości przeniesiony do innych już istniejących podmiotów prawnych lub do podmiotów prawnych nowo utworzonych w tym właśnie celu. Jednocześnie udziałowcy podmiotu dzielonego zostają udziałowcami podmiotów przejmujących jego majątek (§ 123[1] UmwG). Podział ten odbywa się na płaszczyźnie poziomej.

Wydzielenie (*Abspaltung*) polega na tym, że podmiot dzielony nie przestaje istnieć, lecz tylko część jego majątku zostaje przeniesiona na jeden lub więcej podmiotów już istniejących lub podmiotów specjalnie w tym celu utworzonych, zaś udziałowcy podmiotu dzielonego stają się również udziałowcami podmiotów przejmujących (§ 123[2] UmwG). Również ten podział odbywa się na płaszczyźnie poziomej.

Wreszcie tzw. wyodrębnienie (*Ausgliederung*) można uznać za podobne do wydzielenia (gdyż podmiot dzielony nie przestaje istnieć) z tą różnicą, że udziałowcem jednego lub więcej podmiotów przejmujących nie są udziałowcy podmiotu dzielonego, lecz bezpośrednio sam podmiot dzielony (§ 123[3] UmwG). W konsekwencji w przypadku podziału przez wyodrębnienie między podmiotem dzielonym a podmiotem przejmującym wyodrębnioną część majątku powstaje struktura holdingowa. Podział ten skutkuje powstaniem relacji pionowych.

Ustawodawca niemiecki wprowadza pewne ograniczenia podmiotowe dotyczące podziału przez wyodrębnienie. Ustawa o transformacji nie ogranicza się bowiem tylko do spółek. Z tej przyczyny wprowadzone zostały pewne restrykcje do podziału przez wyodrębnienie w odniesieniu do: stowarzyszeń audytorskich (§ 150 UmwG), towarzystw ubezpieczeń wzajemnych (§ 151 UmwG) i fundacji (§ 161 UmwG). Ponadto w przypadku przedsiębiorcy prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą podział przez wyodrębnienie może mieć miejsce tylko w celu przejęcia przez spółki osobowe, spółki kapitałowe czy zarejestrowane spółdzielnie lub w celu utworzenia nowych spółek kapitałowych. Nie jest to jednak dopuszczalne, jeżeli zobowiązania przedsiębiorcy indywidualnego przewyższają jego majątek (§ 152 UmwG). Do tej ostatniej kwestii ustawodawca niemiecki powraca w innej części ustawy. Sąd właściwy dla siedziby przedsiębiorcy jednoosobowego odmawia rejestracji wyodrębnienia, jeśli jest oczywiste, że zobowiązania przedsiębiorcy

²³ P. Pinior, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2015, s. 432.

jednoosobowego przekraczają jego majątek (§ 154 UmwG). Jeżeli wyodrębnienie obejmuje całe przedsiębiorstwo jednoosobowego przedsiębiorcy, wówczas wpis wyodrębnienia powoduje wygaśnięcie przedsiębiorstwa prowadzonego przez jednoosobowego przedsiębiorcę. Wygaśnięcie musi zostać wpisane do rejestru z urzędu (§ 155 UmwG).

Do podziału przez wyodrębnienie (*Ausgliederung*) niemiecki ustawodawca w zasadzie podchodzi bardziej elastycznie. Przykładowo spółka akcyjna lub spółka komandytowo-akcyjna nie może zostać podzielona przed upływem 2 lat od wpisu do rejestru, co jednak nie dotyczy podziału przez wyodrębnienie (§ 141 UmwG). W przypadku konieczności obniżenia kapitału zakładowego dzielonej spółki akcyjnej lub spółki komandytowej podział lub wyodrębnienie można również przeprowadzić w uproszczonej formie. W przypadku obniżenia kapitału zakładowego podział lub wyodrębnienie może nastąpić dopiero po wpisaniu do rejestru obniżenia kapitału zakładowego (§ 145 UmwG). Niemniej także przy podziale przez wyodrębnienie zarząd musi zadeklarować spełnienie wymogów prawnych na moment rejestracji oraz dołączyć plan podziału i raport z badania biegłego (§ 148 UmwG). Raport nie jest jednak wymagany w przypadku podziału przez wyodrębnienie przedsiębiorcy jednoosobowego (§ 153 UmwG). Dużą wagę ustawodawca niemiecki przykładu do zagadnienia odpowiedzialności, na co wskazuje § 157 w zw. z § 173 UmwG.

Rozwiązania szczegółowe przyjęte przez ustawodawstwo niemieckie nie będą jednak stanowiły „kalki” dla nowych rozwiązań dotyczących krajowego podziału przez wyodrębnienie, albowiem niemiecka ustawa odnosi się nie tylko do transformacji spółek handlowych, lecz także do innych podmiotów prawa, którym poświęca szereg rozwiązań prawnych. Tymczasem polski Kodeks spółek handlowych ma własny model regulacji, do którego należy dopasować projektowane zmiany.

4. Transgraniczny i krajowy podział przez wyodrębnienie

Prawo polskie, w następstwie implementacji dyrektywy 2017/1132 zmienionej dyrektywą 2019/2121, wprowadzi²⁴ dopuszczalność transgranicznego podziału spółki polegającego na tym, że spółka podlegająca podziałowi przenosi część swoich aktywów i pasywów na jedną lub więcej spółek przejmujących, w zamian za emisję na rzecz spółki podlegającej podziałowi papierów wartościowych lub udziałów, lub akcji w spółkach przejmujących. Podział transgraniczny odnosi się do spółek kapitałowych utworzonych zgodnie z prawem państwa członkowskiego i mających siedzibę, zarząd główny lub główne przedsiębiorstwo na terytorium Unii Europejskiej,

²⁴ Zgodnie z art. 160a dyrektywy 2017/1132 na podstawie prawa Unii Europejskiej prawo państwa członkowskiego spółki podlegającej podziałowi reguluje te części procedur i formalności, których należy dopełnić w związku z podziałem transgranicznym w celu uzyskania zaświadczenia potwierdzającego dopuszczalność podziału, natomiast przepisy państw członkowskich spółek przejmujących regulują te części procedur i formalności, których należy dopełnić po uzyskaniu zaświadczenia potwierdzającego dopuszczalność podziału.

pod warunkiem że co najmniej dwie ze spółek kapitałowych uczestniczących w podziale podlegają prawu różnych państw członkowskich (art. 160a dyrektywy 2017/1132).

Kodeks spółek handlowych, jak już wspomniano, nie zna instytucji tzw. podziału przez wyodrębnienie. Z kolei dyrektywa 2017/1132 zmieniona dyrektywą 2019/2121 przewiduje – w ramach transgranicznego podziału spółek – tzw. podział przez wyodrębnienie. Prawo unijne nie ma zastosowania do sytuacji pozbawionych elementu wspólnotowego. Zatem treść dyrektywy 2017/1132 zmienionej dyrektywą 2019/2121 mającej za przedmiot podział transgraniczny stanowi podstawę dla celów harmonizacji przepisów o podziale transgranicznym. Z kolei regulacja odnosząca się do podziału transgranicznego nie może służyć do przeprowadzania podziału spółek o wymiarze krajowym. W konsekwencji implementacja dyrektywy 2017/1132, bez zmiany Kodeksu spółek handlowych w zakresie wprowadzenia instytucji podziału przez wyodrębnienie, prowadziłaby do zjawiska odwrotnej dyskryminacji.

Jednym z fundamentów Unii Europejskiej – wyrażonym w prawie pierwotnym – jest tzw. zakaz dyskryminacji (art. 49, art. 54 w zw. z art. 18, art. 110 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²⁵). Odwrotna dyskryminacja ma miejsce wówczas, gdy podmioty krajowe znajdują się w gorszej sytuacji prawnej niż podmioty zagraniczne²⁶. Prawo Unii Europejskiej nie wprowadza zakazu dyskryminacji odwrotnej²⁷. Niemniej jest ona niewątpliwie zjawiskiem niekorzystnym dla podmiotów krajowych. Do sytuacji odwrotnej dyskryminacji z pewnością doszłoby, gdyby w przypadku podziału transgranicznego dopuszczalne było dokonywanie podziału przez wyodrębnienie, natomiast takiej możliwości nie przewidywałoby prawo krajowe.

Z tej przyczyny właściwe będzie wprowadzenie do Kodeksu spółek handlowych nowego trybu podziału – podziału przez wyodrębnienie. Projekt ustawy z 1.07.2022 r., umieszczony na stronie Rządowego Centrum Legislacji, spełnia ten postulat²⁸. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „Dyrektywa 2019/2121 przewiduje harmonizację podziałów transgranicznych, jednak za uwzględnieniem podziału przez wyodrębnienie w odniesieniu do krajowych podziałów przemawiają

²⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm. – dalej TFUE.

²⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rodzaje dyskryminacji*, [w:] *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 6, *Prawo antydyskryminacyjne*, red. J. Maliszewska-Nienartowicz, Warszawa 2020, s. 202; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1, *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 126; E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne* (Art. 43–48 TWE), Warszawa 2008; W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, t. 11, s. 72 i n.; A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011/2(26), s. 41–86.

²⁷ W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 20.02.2013 r., III SA/Gl 1791/12, LEX nr 1447761, wyrażono pogląd, że „dopuszczalna jest (...) dyskryminacja odwrotna występująca wówczas, gdy obrót krajowy podlega wyższemu opodatkowaniu (sprawa Dounias C-228/98 Freskot C-355/00 i Pereux C-86/78 pkt 32–33). Przepis art. 110 TFUE (art. 90 TWE) należy interpretować w ten sposób, aby objął wszystkie przepisy podatkowe, które są sprzeczne z zasadą równego traktowania produktów krajowych i produktów importowanych (sprawa H. Hansen C-148/77)”.

²⁸ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12362751/12901057/12901058/dokument569243.pdf> (dostęp: 10.10.2022 r.).

następujące argumenty: 1) brak uwzględnienia nowego typu podziału w przepisach dotyczących krajowych transformacji prowadziłby do zjawiska odwrotnej dyskryminacji polskich podmiotów. Z uwagi na zasadę *numerus clausus* typów transformacji nie byłoby możliwe uniknięcie tego zjawiska w procesie stosowania prawa; 2) wprowadzenie tożsamyh typów transformacji w wymiarze krajowym i transgranicznym zwiększy konkurencyjność polskich podmiotów na rynku wewnętrznym oraz atrakcyjność polskiego rynku dla przedsiębiorców zagranicznych; 3) wprowadzenie nowego typu wewnątrzkrajowych reorganizacji spółek zwiększy elastyczność działania tych podmiotów, co jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy reorganizacja ma na celu restrukturyzację spółki. Wyprowadzenie do odrębnej spółki nierentownych dotychczas części przedsiębiorstwa spółki może być podyktowane potrzebą oddłużenia i umożliwienia rozwoju pozostałym częściom przedsiębiorstwa; 4) w odróżnieniu od zwykłego wniesienia aportu w przypadku podziału przez wyodrębnienie dochodzi do transferu w drodze sukcesji uniwersalnej, co stanowi istotne uproszczenie w stosunku do zwykłego wniesienia aportu. Podział przez wyodrębnienie również może, zatem wiązać się ze zredukowaniem ciężarów formalnych; 5) wprowadzenie nowego typu podziału w wymiarze krajowym może również zwiększyć elastyczność w zakresie zapobiegania praktykom monopolistycznym. Konieczność podziału spółki może, bowiem być następstwem stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów praktyki monopolistycznej”.

„W literaturze podkreśla się jako najistotniejszą cechę dyrektyw, że są one narzędziem harmonizacji prawa (zблиżania standardów), dzięki którym możliwe jest dostosowanie prawa wewnętrznego «bez naruszania wewnętrznej równowagi kultury prawnej państwa». Przy czym w literaturze wyróżnia się harmonizację wyczerpującą (różne przepisy krajowe regulujące określoną kwestię zastąpione zostają jedną normą unijną), opcjonalną (państwo członkowskie ma wybór, czy stosować przepis krajowy, czy też zharmonizowany) i minimalną (ustanowiony jest tzw. standard minimalny, ale państwo członkowskie ma możliwość zastosowania ostrzejszego, dalej idącego standardu, np. ochronnego), a w odniesieniu do działań podejmowanych w ramach Unii Europejskiej także szczególne pojęcie tzw. dyskryminacji odwrotnej (państwo członkowskie może traktować własnych obywateli lub sytuacje krajowe, czysto wewnętrzne gorzej w porównaniu z obywatelami z innych państw członkowskich)”²⁹.

Problem dyskryminacji odwrotnej może zostać – ujmując to zagadnienie w szerszej perspektywie – wyeliminowany w różny sposób, np. w następstwie działalności prawodawczej państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Odwrotną dyskryminację można wyeliminować w drodze kreatywnej wykładni sądów krajowych. Niemniej ustawodawca wprowadził *numerus clausus* trybów mających za przedmiot transformacje spółek. Nie jest zatem możliwe kreowanie nowych trybów transformacji spółek

²⁹ M. Esymont, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, red. M. Bidziński, D. Jagiełło, Warszawa 2016, s. 91.

w trybie orzeczniczym. Ponadto, wobec złożonej materii prawa spółek, dyskryminacja odwrotna może zostać wyeliminowana przede wszystkim na poziomie krajowego ustawodawstwa.

Podział przez wyodrębnienie jest nowym, atrakcyjnym typem podziału spółki, a zatem jego brak w prawie krajowym nie ma miarodajnego uzasadnienia aksjologicznego. Kwestia odwrotnej dyskryminacji nie odnosi się tylko do dylematu, czy do polskiego porządku prawnego wprowadzić tryb podziału przez wyodrębnienie, ale czy też dopuścić możliwość podziału przez wyodrębnienie spółki komandytowo-akcyjnej.

Zgodnie z art. 160b pkt 1 dyrektywy 2017/1132 na użytek rozdziału IV „Podziały transgraniczne spółek kapitałowych” wskazanej dyrektywy słowo „spółka” określa spółkę kapitałową mającą formę wymienioną w załączniku II dyrektywy 2017/1132. Zgodnie z tym załącznikiem w przypadku Polski chodzi o następujące typy spółek: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowo-akcyjna, spółka akcyjna³⁰.

W prawie polskim spółka komandytowo-akcyjna jest spółką osobową. Zgodnie z art. 528 § 2 k.s.h. spółka osobowa nie podlega podziałowi³¹. Wspólnicy spółki osobowej posiadają w niej bowiem ogół praw i obowiązków (art. 10 k.s.h.). Niemniej, ponieważ w przypadku podziału przez wyodrębnienie nie dochodzi do zmian w zakresie składu osobowego wspólników spółki dzielonej, nie ma uzasadnionej racji, aby w przypadku podziału krajowego dopuścić podział przez wyodrębnienie spółki komandytowo-akcyjnej. Jak to wyjaśnił prof. Antoni Witosz, „podział spółki osobowej jest możliwy z teoretycznego punktu widzenia. Jego praktyczna przydatność jest jednak raczej znikoma w tych ustawodawstwach, które podział taki dopuszczają. Argumentem, jak się wydaje, przeważającym za wykluczeniem podziału spółki osobowej jest chęć przeciwdziałania majątkowemu osłabieniu spółek osobowych”³². Ramy niniejszego opracowania nie upoważniają do dokonywania analiz odnoszących się do dopuszczalności podziału krajowego spółki komandytowo-akcyjnej w innym trybie niż podział przez wyodrębnienie.

W dotychczasowej literaturze przedmiotu sformułowano następujący postulat: „przy okazji implementacji dyrektywy ustawodawca mógłby także rozważyć znowelizowanie regulacji dotyczących wewnątrzkrajowych reorganizacji spółek tak, aby «uzgodnić» je z przepisami dotyczącymi operacji transgranicznych. Postulat ten dotyczy przede wszystkim nowych podtypów reorganizacji spółek, przewidzianych w dyrektywie, tj. łążeń horyzontalnych (siostrzanych) oraz podziału przez wydzielanie, który istotnie różni się od tak samo nazwanej instytucji przewidzianej w prawie polskim (art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h.,...)”³³.

³⁰ W Niemczech będą to następujące typy spółek: *Aktiengesellschaft*, *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*.

³¹ Zob. jednak R. Adamus, *Czy czas na podział handlowej spółki osobowej?*, „Rejent” 2021/4, s. 11 i n.

³² A. Witosz, *Łączenie, podział i przekształcenie spółek handlowych*, [w:] *Biblioteka Prawa Spółek*, t. 4, red. A. Kidyba, Warszawa 2010, s. 39.

³³ K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 125 i n.

5. Istota podziału przez wyodrębnienie

Podziały przez wydzielanie i przez wyodrębnienie wykazują względem siebie pewne istotne podobieństwa. Podziały te³⁴ odnoszą się tylko do części majątku spółki dzielonej. W literaturze przedmiotu P. Piniór wyraził pogląd, że „zasadniczą kwestią pozwalającą rozróżnić sposoby podziału jest zatem to, czy spółka dzielona po podziale istnieje nadal, czy ulega rozwiązaniu”³⁵. Sam zwrot jurslingwistyczny „podział przez wydzielanie” czy „podział przez wyodrębnienie” stanowi konsekwencję przyjęcia pewnej konwencji językowej, a semantyczna postać tych zwrotów nie oddaje sama przez się sensu tej instytucji. W przypadku podziału przez wydzielanie płaszczyzna praw wspólników ulega zmianie: wspólnicy spółki dzielonej stają się wspólnikami spółki przejmującej. Natomiast płaszczyzna majątku spółki dzielonej charakteryzuje się tym, że z majątku spółki dzielonej ubywa część majątku dla niej bezekwiwalentnie. Z kolei w przypadku podziału przez wyodrębnienie płaszczyzna praw wspólników nie ulega zmianie – wspólnicy spółki dzielonej nie stają się wspólnikami spółki przejmującej. Natomiast w płaszczyźnie majątku spółki dzielonej w zamian za przekazanie części majątku (aktywów i pasywów) spółka dzielona otrzymuje prawa udziałowe w spółce przejmującej.

Istotę tego trybu można streścić następująco. Po pierwsze, w wyniku podziału przez wyodrębnienie w majątku spółki dzielonej dochodzi do formalnie ekwiwalentnej wymiany części majątku spółki dzielonej (części aktywów i pasywów) na prawa udziałowe w spółce wyodrębnionej. Po drugie, podział przez wydzielanie generuje relacje poziome pomiędzy spółkami biorącymi udział w połączeniu, a podział przez wyodrębnienie generuje relacje pionowe pomiędzy spółkami biorącymi udział w połączeniu. W konsekwencji, w tym ostatnim przypadku, właściwie nie powstaje problem ochrony interesów wspólników spółki dzielonej. Po trzecie, spółką wyodrębnioną może być spółka istniejąca albo spółka nowo zawiązana. Po czwarte, co do zasady w związku z podziałami przez wydzielanie i przez wyodrębnienie dojdzie do obniżenia kapitału zakładowego spółki dzielonej. Możliwy jest jednak podział przez wyodrębnienie bez obniżenia kapitału zakładowego spółki dzielonej.

Prima facie może pojawić się następujące pytanie: co odróżnia transfer w ramach tzw. podziału przez wyodrębnienie od np. wniesienia aportu? Przecież w obu

³⁴ B. Wołodkiewicz, *Następstwo procesowe w razie podziału spółki kapitałowej przez wydzielanie*, „Monitor Prawniczy” 2019/15; Ł. Węgrzynowski, *Sukcesja procesowa przy podziale spółki kapitałowej przez wydzielanie*, „Monitor Prawniczy” 2018/16; K. Gil, *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa – praktyczne problemy związane z rozliczeniami podatkowymi*, „Monitor Podatkowy” 2013/9, s. 19–24; M. Kidacka, *Podział spółki przez wydzielanie – problematyka odpowiedzialności za zobowiązania*, „Monitor Prawniczy” 2016/21; A. Cudna-Wagner, *Następstwo procesowe w przypadku podziału spółki przez wydzielanie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008/10, s. 33–37; P. Piniór, *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie majątku*, „Prawo Spółek” 2002/5, s. 16–26; P. Piniór, *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie z obniżeniem kapitału zakładowego spółki dzielonej*, „Prawo Spółek” 2005/5, s. 2–8; P. Rysiak, *Podział spółki przez wydzielanie bez podwyższania kapitału zakładowego spółki przejmującej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015/8, s. 37–43; W. Popiołek, *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002/2, s. 1–11; M. Rodzyńkiewicz, *O potrzebie uregulowania w kodeksie spółek handlowych nowych podtypów podziału przez wydzielanie oraz przez przejęcie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012/1, s. 26–32.

³⁵ P. Piniór, [w:] *Kodeks...*, s. 432.

przypadkach pojawia się istotny wspólny mianownik: ekwiwalent za transfer majątku otrzymuje sama spółka, która jest dzielona. Niemniej w obu przypadkach występują kluczowe odmienności. W przypadku podziału przedmiotem transferu są aktywa i pasywa. Spółka przejmująca wchodzi w prawa wierzyciela i przejmując dług. Transfer jest sukcesją uniwersalną. Odbywa się w reżimie podziału spółek. W przypadku zwykłego wniesienia aportu przedmiotem transferu są tylko aktywa. Wówczas transfer to sukcesja singularna, odbywa się w reżimie wnoszenia do spółki wkładów.

6. Następstwa podziału przez wyodrębnienie

Skutki prawne podziału przez wyodrębnienie okażą się różnorodne. Jednocześnie nie będą one w pełni tożsame ze skutkami innych trybów podziału. Pewną zapowiedź, jak ukształtują się skutki krajowego podziału przez wyodrębnienie, stanowią mogą kierunkowe skutki podziału transgranicznego. Zgodnie z art. 160r ust. 3 dyrektywy 2017/1132 podział transgraniczny przez wyodrębnienie wywołuje następujące skutki: część aktywów i pasywów spółki podlegającej podziałowi, w tym umowy, kredyty, prawa lub obowiązki, zostają przekazane spółce lub spółkom przejmującym, zaś pozostała część pozostaje w spółce podlegającej podziałowi zgodnie z rozdziałem określonym w planie podziału transgranicznego; udziały lub akcje spółki lub spółek przejmujących przydziela się spółce podlegającej podziałowi; prawa i obowiązki spółki podlegającej podziałowi wynikające z umów o pracę lub stosunków pracy, istniejące w dniu, w którym podział transgraniczny staje się skuteczny, przydzielone spółce przejmującej lub spółkom przejmującym zgodnie z planem podziału transgranicznego są przenoszone na daną spółkę przejmującą lub dane spółki przejmujące. W następstwie podziału przez wyodrębnienie powstanie spółka zależna. Podział przez wyodrębnienie buduje zatem strukturę pionową, a nie poziomą. Struktura pionowa może być dalej rozbudowywana w drodze kolejnych podziałów przez wyodrębnienie.

W podziale przez wyodrębnienie po stronie dzielonej może występować jeden podmiot, po stronie wyodrębnionej – jeden lub więcej podmiotów. Po stronie wyodrębnionej może być podmiot (podmioty) istniejący lub nowo zawiązany. Podział przez wyodrębnienie nie zawsze prowadzi zatem do powiększenia liczby podmiotów. W procesie podziału przez wyodrębnienie uczestniczą: po pierwsze – spółka dzielona, po drugie – spółka albo spółki wyodrębnione, przy czym spółka wyodrębniona może być spółką istniejącą lub nowo zawiązaną. Skutkiem podziału przez wyodrębnienie nigdy nie będzie likwidacja spółki dzielonej, gdyż ze spółki dzielonej wyodrębniona zostanie część majątku spółki dzielonej (chodzi tu o majątek w znaczeniu prawnym, a nie ekonomicznym).

Podział spółki (z wyjątkiem podziału przez wyodrębnienie) zasadniczo zmienia dotychczasową strukturę udziałów. Ponadto w spółce przejmującej mogą być inni, dominujący wspólnicy. Wspólnicy spółki dzielonej w takiej spółce przejmującej mogą mieć zupełnie marginalny status. W następstwie podziału przez wyodrębnienie nie będzie występowała konieczność wykupu praw udziałowych ani dopłat dla wspólników. Nie zajdzie również potrzeba wprowadzenia specjalnych gwarancji dla wspólników

spółki dzielonej³⁶. Nieistotny będzie problem związany z tzw. prawem wspólnika do wyjścia ze spółki. Można postawić tezę, że sytuacja prawna wspólników spółki dzielonej jest w zasadzie zbliżona w sytuacji, gdy: 1) spółka dzielona wstępuje w tryb podziału przez wyodrębnienie i w ten sposób tworzy spółkę zależną; 2) spółka wnosi do innej spółki wkład w postaci części swojego majątku i w ten sposób tworzy spółkę zależną.

W celu ochrony interesów wspólników spółki dzielonej powinno być wystarczające tradycyjne instrumentarium prawne: prawo do udziału w zgromadzeniu, na którym przyjmuje się plan podziału, prawo do głosowania nad planem podziału, prawo do informacji, prawo do zaskarżenia uchwały. Podział przez wyodrębnienie nie ma wpływu na status praw udziałowych wspólników spółki dzielonej. Jeżeli jednak następstwem podziału przez wyodrębnienie byłaby istotna zmiana przedmiotu działalności dzielonej spółki akcyjnej, wówczas zgodnie z art. 416 § 1 i 2 k.s.h. do powzięcia uchwały o istotnej zmianie przedmiotu działalności spółki wymagana jest większość dwóch trzecich głosów, a każda akcja ma jeden głos bez przywilejów lub ograniczeń. Co ważne, w myśl art. 416 § 4 k.s.h. skuteczność uchwały zależy od wykupienia akcji tych akcjonariuszy, którzy nie zgadzają się na zmianę.

Proces podziału przez wyodrębnienie jest co do zasady odwracalny w kontekście istnienia procedury łączenia się spółek. Alternatywą dla podziału przez wyodrębnienie (który wiąże się z – częściową – sukcesją generalną) jest wniesienie aportu do innej spółki (istniejącej albo nowo zawiązanej) w drodze sukcesji singularnej.

W następstwie podziału przez wyodrębnienie będzie miało miejsce, z mocy prawa, powstanie solidarnej odpowiedzialności spółki dzielonej i spółki wyodrębnionej za zobowiązania spółki dzielonej powstałe przed dniem wydzielienia³⁷. Jeżeli cena

³⁶ W motywie 18 preambuły dyrektywy 2019/2121 podniesiono, że: „W wyniku operacji transgranicznej wspólnicy często mają do czynienia z sytuacją, w której prawo mające zastosowanie do ich praw zmienia się, ponieważ stali się oni wspólnikami spółki podlegającej prawu państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie, którego prawo miało zastosowanie do spółki przed przeprowadzeniem operacji. Państwa członkowskie powinny zatem zapewnić wspólnikom posiadającym udziały lub akcje z prawem głosu, którzy głosowali przeciwko zatwierdzeniu planu, co najmniej prawo wyjścia ze spółki i otrzymania wynagrodzenia za udziały lub akcje w kapitale o wartości równej wartości ich udziałów lub akcji. Państwa członkowskie powinny jednak mieć możliwość podjęcia decyzji o zaoferowaniu tego prawa również innym wspólnikom, na przykład wspólnikom posiadającym udziały lub akcje bez prawa głosu lub wspólnikom, którzy w wyniku podziału transgranicznego uzyskaliby udziały lub akcje w spółce przejmującej w proporcjach innych niż te, które posiadali przed operacją, lub wspólnikom, w przypadku których nie nastąpiłaby zmiana prawa właściwego, ale ich niektóre prawa uległyby zmianie w wyniku operacji”.

³⁷ W motywach 22 i 23 preambuły dyrektywy 2019/2121 wskazano, że: „Operacja transgraniczna może wpłynąć na roszczenia dawnych wierzycieli spółki lub spółek dokonujących tej operacji, jeżeli spółka, która odpowiada za długi, podlega w następstwie tej operacji prawu innego państwa członkowskiego. Obecnie przepisy dotyczące ochrony wierzycieli różnią się w poszczególnych państwach członkowskich, co dodatkowo znacząco komplikuje proces operacji transgranicznej i prowadzi do niepewności zarówno dla zainteresowanych spółek, jak i dla ich wierzycieli w odniesieniu do zaspokojenia ich roszczenia. (...) W celu zapewnienia, aby wierzyciele mieli odpowiednią ochronę, w przypadkach gdy nie są oni zadowoleni z ochrony udzielonej przez spółkę w planie i nie mogą znaleźć zadowalającego rozwiązania ze spółką, wierzyciele, którzy powiadomili wcześniej spółkę, powinni mieć możliwość zwrócenia się o ustanowienie zabezpieczenia do odpowiedniego organu. Przy ocenie takich zabezpieczeń właściwy organ powinien uwzględnić, czy roszczenie wierzyciela wobec spółki lub strony trzeciej ma co najmniej równoważną wartość i co najmniej współmierną jakość kredytową, jak przed operacją transgraniczną i czy roszczenia można dochodzić w ramach tej samej jurysdykcji”.

emisyjna praw udziałowych w spółce przejmującej nie była wyższa niż wartość nominalna tych praw, a spółka dzielona nie rozporządziła tymi prawami udziałowymi na rzecz osób trzecich, to teoretycznie nie dochodzi do upośledzenia pozycji prawnej wierzycieli spółki dzielonej. W praktyce może być jednak zupełnie inna płynność udziałów w spółce wyodrębnionej i zupełnie inna płynność składników wyodrębnionego majątku. Spółka wyodrębniona wstępuje z dniem wyodrębnienia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału. Sukcesja ta ma charakter generalny. Co do zasady na spółkę wyodrębnioną w związku z podziałem przechodzą z dniem wyodrębnienia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, pozostające w związku z przydzielonymi jej w planie podziału składnikami majątku spółki dzielonej, a które zostały przyznane spółce dzielonej, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej. W zasadzie nie dochodzi do ryzyka niewypłacalności spółki dzielonej³⁸. Spółka dzielona w zamian za przekazanie części swojego majątku spółce wyodrębnionej uzyskuje prawa udziałowe w spółce wyodrębnionej. W następstwie podziału przez wyodrębnienie może dojść do przejścia na spółkę wyodrębnioną zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ Kodeksu pracy³⁹.

Podział przez wyodrębnienie może być nowym instrumentem służącym polityce Prezesa UOKiK w zakresie kontroli koncentracji. Przykładowo zgodnie z art. 19 ust. 2 u.o.k.k. Prezes UOKiK „może na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji nałożyć obowiązek lub przyjąć ich zobowiązanie, w szczególności do: 1) zbycia całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców, 2) wyzbycia się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców (...)”. W następstwie podziału przez wyodrębnienie powstaje spółka zależna. Niemniej spółka dzielona ma możliwość zbycia udziałów w tak powstałej spółce zależnej.

Przedmiotem wyodrębnienia może być przedsiębiorstwo, zorganizowana część przedsiębiorstwa, zbiór składników majątkowych spółki dzielonej, pojedynczy składnik majątkowy spółki dzielonej. Jak o tym już wspomniano, w zależności od rodzaju przedmiotu wyodrębnienia mogą powstać różne skutki podatkowe (art. 112, 117 Ordynacji podatkowej⁴⁰). Propozycja zmian legislacyjnych w odniesieniu do podziału przez wyodrębnienie zakłada dopasowanie się do aktualnych regulacji prawnych.

W obowiązującym stanie prawnym skutki prawnopodatkowe połączenia reguluje art. 93c i art. 117 o.p. Zgodnie z art. 93c § 1 o.p. „Osoby prawne przejmujące lub osoby prawne powstałe w wyniku podziału wstępują, z dniem podziału lub z dniem

³⁸ W motywie 25 preambuły dyrektywy 2019/2121 podniesiono, że: „w celu ochrony wierzycieli przed ryzykiem niewypłacalności po przeprowadzeniu operacji transgranicznej państwa członkowskie powinny mieć możliwość zażądania od spółki lub spółek złożenia oświadczenia o wypłacalności, stwierdzającego, że nie są im znane jakiekolwiek powody, dla których spółka lub spółki powstające w wyniku operacji transgranicznej mogłyby nie mieć zdolności do wywiązania się ze swoich zobowiązań”.

³⁹ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1510 ze zm.).

⁴⁰ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.) – dalej o.p.

wydzielenia, we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki osoby prawnej dzielonej pozostające w związku z przydzielonymi im, w planie podziału, składnikami majątku". W myśl art. 93c § 2 o.p. przywołany powyżej przepis § 1 „stosuje się, jeżeli majątek przejmowany na skutek podziału, a przy podziale przez wydzielenie – także majątek osoby prawnej dzielonej, stanowi zorganizowaną część przedsiębiorstwa". Z mocy art. 93d o.p. przepis art. 93c o.p. ma „zastosowanie również do praw i obowiązków wynikających z decyzji wydanych na podstawie przepisów prawa podatkowego". W myśl art. 117 § 1 o.p. „Osoby prawne przejmujące lub osoby prawne powstałe w wyniku podziału (osoby nowo związane) odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem za zaległości podatkowe osoby prawnej dzielonej, jeżeli majątek przejmowany na skutek podziału, a przy podziale przez wydzielenie – także majątek osoby prawnej dzielonej, nie stanowi zorganizowanej części przedsiębiorstwa". Zgodnie z art. 117 § 2 o.p. „Zakres odpowiedzialności osób prawnych przejmujących lub osób prawnych nowo związanych ograniczony jest do wartości aktywów netto nabytych, wynikających z planu podziału". Na podstawie art. 117 § 3 o.p. „Zakres odpowiedzialności osób prawnych przejmujących lub osób prawnych nowo związanych przy podziale przez wydzielenie ograniczony jest do zaległości z tytułu zobowiązań podatkowych powstałych do dnia wydzielenia". Wreszcie art. 117 § 4 o.p. stanowi, że przepis art. 115 § 4 o.p. „stosuje się odpowiednio do orzekania o odpowiedzialności podatkowej za zaległości podatkowe osoby prawnej wykreślonej z właściwego rejestru na skutek jej podziału". Analogiczne uregulowanie powinno odnosić się do przypadku podziału przez wyodrębnienie z uwzględnieniem szczególnej sytuacji prawnej, jaka wiąże się z podziałem spółki komandytowo-akcyjnej.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na ryzyko wykorzystania instrumentu podziału spółki w przypadku wyodrębnienia toksycznych aktywów, czy to rzeczowych, czy personalnych, w celu uratowania pozostałych segmentów działalności spółki⁴¹. Niekiedy takie zachowanie, w szczególności podejmowane pod kątem możliwych zdarzeń na przyszłość, może być w pełni akceptowalne. Jeżeli spółka posiadająca zdolność podziałową zamierza prowadzić działalność o różnej skali ryzyka, wówczas wyodrębnienie nowej spółki wydaje się być w pełni uzasadnione. Celem jest, by działalność obarczona wyższym ryzykiem w przyszłości nie infekowała bardziej stabilnych segmentów działalności. Sytuację należałoby oceniać inaczej, gdyby podział przez wyodrębnienie miał służyć ucieczce przed już powstałą odpowiedzialnością. Podział przez wyodrębnienie hipotetycznie może być wykorzystywany do takich praktyk. Niezbędny zatem byłby specjalistyczny audyt przepisów prawa karnego pod kątem ewentualnej potrzeby zmian, a w szczególności art. 300 § 1 i art. 301 § 1 Kodeksu karnego⁴².

W polskiej literaturze prawniczej autorem koncepcji o możliwości połączenia tzw. restrukturyzacji podmiotowej (transformacji polegającej na podziale, połączeniu,

⁴¹ A. Mucha, *Transgraniczna...*, s. 374.

⁴² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

przekształceniu spółki) z restrukturyzacją zobowiązań jest prof. dr hab. Antoni Witosz⁴³. Podział przez wyodrębnienie może być wykorzystywany w procesie restrukturyzacji zobowiązań.

7. Podsumowanie

Zbliża się kolejna poważna zmiana w prawie spółek na przestrzeni krótkiego odcinka czasu (po wprowadzeniu prostej spółki i prawa holdingowego). Uelastycznienie regulacji Kodeksu spółek handlowych o transformacji spółek, poprzez wprowadzenie konstrukcji krajowego podziału przez wyodrębnienie, to krok w dobrym kierunku. Jednocześnie ustawodawca dopuszcza dokonanie podziału spółki komandytowo-akcyjnej, a zatem spółki osobowej. W praktyce przedsiębiorcy będą mogli połączyć tzw. restrukturyzację podmiotową z restrukturyzacją zobowiązań.

Bibliografia

1. Adamus R., *Czy czas na podział handlowej spółki osobowej?*, Rejent 2021, nr 4.
2. Adamus R., *Podział spółki przez wyodrębnienie w prawie polskim de lege ferenda*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/02/IWS_Adamus-R._Podzia%C5%82-sp%C3%B3%C5%82ki-przez-wyodr%C4%99bnienie-w-prawie-polskim-de-lege-ferenda.pdf.
3. Aslanowicz M., *Z problematyki przekształcania, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 8.
4. Baszczyk M., *Odpowiedzialność spółek uczestniczących w podziale za zobowiązania przypisane w planie podziału – uwagi na tle brzmienia art. 546 § 1 KSH*, Monitor Prawniczy 2017, nr 16.
5. Błaszczuk P., *Odpowiedzialność cywilna osób działających za spółkę handlową w procesie jej łączenia się, podziału i przekształcania*, Warszawa 2011.
6. Burek W., Klaus W., *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2013, t. 1.
7. Ciarkowski S., *Charakter prawny planu podziału*, Prawo Spółek 2003, nr 9.
8. Ciarkowski S., *Plan podziału a zasada sukcesji uniwersalnej częściowej – wybrane zagadnienia szczegółowe*, Prawo Spółek 2003, nr 12.
9. Ciesliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1, Swobody rynku wewnętrznego, Warszawa 2009.
10. Cudna-Wagner A., *Następstwo procesowe w przypadku podziału spółki przez wydzielanie*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 10.
11. Ćwikliński P., *Podział spółek handlowych*, cz. II, Obowiązki zarządów spółek uczestniczących w podziale, Monitor Prawniczy 2001, nr 5.

⁴³ A. Witosz, *Restrukturyzacja spółek handlowych jako propozycje układowe w upadłości z możliwością zawarcia układu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2003/11; A. Witosz, *Restrukturyzacja spółek handlowych a upadłość z możliwością zawarcia układu*, „Prawo Spółek” 2003/12.

12. Esymont M., *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo gospodarcze – zagadnienia wybrane*, red. M. Bidziński, D. Jagiełło, Warszawa 2016.
13. Gajewski D., *Aspekty podatkowe podziału spółek kapitałowych*, *Monitor Podatkowy* 2002, nr 2.
14. Gil K., *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa – praktyczne problemy związane z rozliczeniami podatkowymi*, *Monitor Podatkowy* 2013, nr 9.
15. Głód K., *Cywilnoprawne skutki podziału spółki na gruncie k.s.h.*, *Radca Prawny* 2010, nr 3.
16. Habersack M., Wicke H. [red.], *Umwandlungsgesetz: UmwG*, 2019.
17. Haritz D., Menner S., Bilitewski A. [red.], *Umwandlungssteuergesetz: UmwStG*, München 2019.
18. Jasińska M., *Podział spółek kapitałowych. Art. 528–550 KSH. Komentarz*, Warszawa 2003.
19. Kidacka M., *Podział spółki przez wydzielanie – problematyka odpowiedzialności za zobowiązania*, *Monitor Prawniczy* 2016, nr 21.
20. Kraft J., Redenius-Hövermann J. [red.], *Umwandlungsrecht*, 2020.
21. Litwińczuk H., *Nowe regulacje podatkowe dotyczące transgranicznej restrukturyzacji spółek*, *Przegląd Podatkowy* 2022, nr 5.
22. Litwińska M., *Podział spółek według kodeksu spółek handlowych. Zagadnienia wybrane*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001, nr 10.
23. Litwińska-Werner M., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 17b, *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2016.
24. Lutter M., *Umwandlungsgesetz (UmwG)*, 2019.
25. Majkut Z., *Łączenie się, podział i przekształcanie spółek prawa handlowego. Studium prawne, ekonomiczne i edukacyjne*, Toruń 2007.
26. Maliszewska-Nienartowicz J., *Rodzaje dyskryminacji*, [w:] *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 6, *Prawo antydyskryminacyjne*, red. J. Maliszewska-Nienartowicz, Warszawa 2020.
27. Miroszewski L., *Zgłaszanie uchwał o połączeniu (podziale) spółek do sądu rejestrowego*, *Prawo Spółek* 2002, nr 11.
28. Mucha A., *Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego*, Warszawa 2020.
29. Oplustil K., Mucha A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2020, nr 3.
30. Pinior P., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2015.
31. Pinior P., *Podział spółek kapitałowych – wybrane problemy prawnoporównawcze*, *Prawo Spółek* 2001, nr 5.
32. Pinior P., *Podział spółek kapitałowych w prawie polskim i niemieckim*, Warszawa 2003.
33. Pinior P., *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie majątku*, *Prawo Spółek* 2002, nr 5.
34. Pinior P., *Podział spółki kapitałowej przez wydzielanie z obniżeniem kapitału zakładowego spółki dzielonej*, *Prawo Spółek* 2005, nr 5.
35. Pinior P., *Tworzenie koncernów na skutek podziału spółki w prawie niemieckim*, *Prawo Spółek* 2005, nr 6.

36. Popiołek W., *Podział spółki kapitałowej przez wydzielenie – zagadnienia wybrane*, Przegląd Prawa Handlowego 2002, nr 2.
37. Rodzyńkiewicz M., *O potrzebie uregulowania w kodeksie spółek handlowych nowych podtypów podziału przez wydzielenie oraz przez przejęcie*, Przegląd Prawa Handlowego 2012, nr 1.
38. Ruciński M., *Podział przez wyodrębnienie – uwagi de lege lata*, Przegląd Prawa Handlowego 2022, nr 6.
39. Rysiak P., *Podział spółki przez wydzielenie bez podwyższania kapitału zakładowego spółki przejmującej*, Przegląd Prawa Handlowego 2015, nr 8.
40. Schmitt J., Hörtnagl R. [red.], *Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz: UmwG, UmwStG*, München 2020.
41. Skibińska E., *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (Art. 43–48 TWE)*, Warszawa 2008.
42. Szumański A., *Niemiecka ustawa o przekształceniu podmiotów prawnych z 28.10.1994 r. (Umwandlungsgesetz)*, Monitor Prawniczy 1998, nr 2.
43. Szumański A., *Podział spółki w świetle kodeksu spółek handlowych*, Prawo Spółek 2002, nr 1.
44. Śledzikowski M., *Pozorny podział spółki kapitałowej*, Przegląd Prawa i Administracji 2015, nr 101.
45. Śledzińska-Simon A., *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, Studia BAS 2011, nr 2(26).
46. Węgrzynowski Ł., *Sukcesja procesowa przy podziale spółki kapitałowej przez wydzielenie*, Monitor Prawniczy 2018, nr 16.
47. Widmann S., Mayer D. [red.], *Umwandlungsrecht Kommentar. Kommentar*, München 2020.
48. Wieczorek E., *Transgraniczna fuzja spółek w aspekcie kolizyjnoprawnym*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2009, t. 7, nr 1.
49. Witosz A., *Częściowa sukcesja uniwersalna w podziale spółek kapitałowych i jej konsekwencje*, Prawo Spółek 2006, nr 5.
50. Witosz A., *Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych*, Warszawa 2007.
51. Witosz A., *Łączenie, podział i przekształcanie spółek handlowych*, [w:] *Biblioteka Prawa Spółek*, t. 4, red. A. Kidyba, Warszawa 2010.
52. Witosz A., *Restrukturyzacja spółek handlowych a upadłość z możliwością zawarcia układu*, Prawo Spółek 2003, nr 12.
53. Witosz A., *Restrukturyzacja spółek handlowych jako propozycje układowe w upadłości z możliwością zawarcia układu spółek handlowych*, Prawo Spółek 2003, nr 11.
54. Wołodkiewicz B., *Następstwo procesowe w razie podziału spółki kapitałowej przez wydzielenie*, Monitor Prawniczy 2019, nr 15.
55. Wyrwiński M., *Dopuszczalność koincydencji łączenia, podziału lub przekształcenia spółek handlowych*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelktualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego 2006, nr 96.

Kamil Wielgus

Rękojmia za wady sprzedanych praw i dóbr niematerialnych w ujęciu historycznym i prawnoporównawczym

*Warranty for defects of sold rights and intangible goods
from a historical and comparative legal perspective*

Abstract

The paper deals with historical and comparative legal analysis of the subject of warranty for physical and legal defects. A brief review of European legal orders shows that they are generally oriented towards things (variously understood as tangible or intangible objects). However, modern trade is characterized by an increasing dematerialization of its components. It justifies the question of how the European legal orders and some model acts solved (in the past) and still solve the problem of seller's responsibility for the sold rights and intangible objects. First, a historical analysis will be made of two issues – the concept of 'thing', as well as the object of property, and the object of the sale contract (and at the same time the regime of seller's responsibility for defects). In the second part, the analysis from the comparative legal perspective will be made, covering selected legal orders in the field of the contract of sale of rights and liability of the seller for defects of these objects. The research has been based on the following legal systems: Austrian, French, German and Swiss. In addition, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the model law – the Draft Common Frame of Reference (DCFR) were analyzed.

Keywords: *intangible objects, contract of sale, seller's responsibility, material defects, warranty*

Mgr Kamil Wielgus jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz asystentem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego; przygotowuje rozprawę doktorską pod opieką dr. hab. Grzegorza Tracza przy Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego; interesuje się prawem zobowiązań oraz prawem spadkowym; Polska, ORCID: 0000-0002-1781-3134, e-mail: kamil.wielgus@uj.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 4.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 20.04.2022 r.

Streszczenie

Praca dotyczy analizy historycznej oraz prawnoporównawczej zagadnienia przedmiotu rękojmi za wady fizyczne i prawne. Pobieżny przegląd porządków prawnych wykazuje, że są one na ogół zorientowane na rzeczy (różnie rozumiane – jako przedmiot materialny czy też niematerialny). Współczesny obrót cechuje się jednak w coraz to większym stopniu dematerializacją jego składników. Uzasadnia to postawienie pytania, w jaki sposób europejskie porządki prawne oraz niektóre ustawy modelowe rozwiązywały i nadal rozwiązują problem odpowiedzialności sprzedawcy za zbyte prawa oraz inne przedmioty majątkowe. W pierwszej kolejności zostanie dokonana analiza historyczna w zakresie dwóch zagadnień – rzeczy i przedmiotu własności (oraz ich zakresu pojęciowego) oraz przedmiotu umowy sprzedaży (a zarazem reżimu rękojmi za wady). W drugiej części dokonana zostanie analiza z perspektywy prawnoporównawczej i europejskiej, obejmująca wybrane porządki prawne w zakresie umowy sprzedaży praw oraz odpowiedzialności zbywcy z tytułu rękojmi za wady tych praw. Badania zostały dokonane na podstawie następujących systemów prawnych: austriackiego, francuskiego, niemieckiego i szwajcarskiego. Przeanalizowano ponadto Konwencję Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG) oraz prawo modelowe – Wspólne Ramy Odniesienia (DCFR).

Słowa kluczowe: przedmioty niematerialne, umowa sprzedaży, odpowiedzialność sprzedawcy, wady fizyczne, rękojmia

1. Przedmiot analizy

Prezentowany tekst dotyczy problematycznego zakresu zastosowania reżimu rękojmi za wady przy umowie sprzedaży. Zagadnienie to wiąże się ściśle z kwestią odpowiedzialności sprzedawcy za przedmiot umowy sprzedaży. Podstawowy aspekt normatywny i teleologiczny w tym zakresie obejmuje odpowiedzialność sprzedawcy za wady rzeczy, które na ogół rozumiane są jako przedmioty materialne (zob. np. art. 45 Kodeksu cywilnego¹, § 90 *Bürgerliches Gesetzbuch*)². Cel obecnie obowiązujących w Europie przepisów o sprzedaży przede wszystkim polega na uregulowaniu sprzedaży własności rzeczy. Współcześnie, choć proces ten trwa już od przełomu XIX i XX w., zauważa się jednak tzw. dematerializację obrotu, która nabiera dziś prędkości. Zjawisko to jest szeroko dostrzegane i nie musi być udowadnianie. W gruncie rzeczy na popularności zyskuje aktualnie problematyka obrotu treściami cyfrowymi (*digital economy*)³, które stanowią dobro (przedmiot) niematerialne (niecielesne). Wartość treści cyfrowych niejednokrotnie przekracza nawet wartość nieruchomości. Z kolei ściśle przywiązywanie wagi europejskich systemów prawa (zwłaszcza pochodzących z kultury germańskiej) do sprzedaży (własności) rzeczy, jako przedmiotu materialnego, spowodowało, że wspomniane dobra stoją bardzo często niejako „poza systemem prawnym”. Na ogół dysponentowi treści cyfrowych – jak się najczęściej przyjmuje – nie służy względem nich prawo bezwzględne, a jeśli nawet – to zagadnienie to może być różnorodnie ujmowane w systemach Europy. Problem ten dostrzegł ustawodawca unijny (zob. wąskie ujęcie „towaru” na tle art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 1999/44/WE⁴ czy art. 2 pkt 3 dyrektywy 2011/83/UE⁵ oraz por. poszerzone pojęcie „towaru” na tle art. 2 pkt 5 lit. a i b dyrektywy 2019/771⁶, jak i „treści cyfrowych” na tle art. 2 pkt 6 dyrektywy 2019/771 oraz art. 2 pkt 1 dyrektywy 2019/770⁷).

Jednakże należy mieć na względzie, że treści cyfrowe stanowią tylko jeden z przykładów, choć istotnych w praktyce, dóbr o postaci niematerialnej. Oprócz tego można wyróżnić pewne kategorie dóbr niematerialnych, względem których ustawodawca

¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

² *Bürgerliches Gesetzbuch* z 18.08.1896 r. (kodeks cywilny niemiecki) – dalej BGB.

³ R. Schulze, D. Staudenmayer, [w:] *EU Digital Law*, red. R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020, s. 1–2.

⁴ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE L 171 z 7.07.1999 r., s. 12, ze zm.).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r., s. 64, ze zm.).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz.Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r., s. 28) – dalej dyrektywa 2019/771.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r., s. 1) – dalej dyrektywa 2019/770.

przysznaje określone prawa (np. prawa członkowskie w spółkach, prawa z zakresu szeroko rozumianej własności intelektualnej, wierzytelności czy nawet przedsiębiorstwo, których istotą jest klientela, tzw. *good will*) i względem których ustawodawca nie przysznaje żadnych praw (np. *know-how*).

Wszystko to skłania do zadania pytania: czy reżim rękojmi za wady przy sprzedaży pasuje do współczesnego modelu umowy sprzedaży, czy też nie pasuje, powinien znaleźć zastosowanie, czy też nie powinien znaleźć zastosowania do sprzedaży tych wszystkich innych praw i przedmiotów, które nie stanowią dobra materialnego (czyli rzeczy *sensu stricto*)? Rozważając odpowiedź, nie trudno dostrzec, że powołane prawa i dobra mogą się od siebie zdecydowanie różnić (w swej postaci i naturze). Stąd rodzi się następne pytanie: czy *de lege ferenda* uzasadnione jest utrzymanie jednego modelu, czy może wielu modeli umowy sprzedaży? Kwestie te mają szczególne znaczenie zwłaszcza w kontekście analizy i implementacji dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771. Jeden ze wstępnych kroków do omówienia wskazanych zagadnień stanowią badania historyczne oraz porównawcze.

W pierwszej kolejności zostanie dokonana analiza historyczna w zakresie następujących zagadnień: pojęć „rzecz” i „przedmiot własności”, a także przedmiotu umowy sprzedaży (a zarazem reżimu rękojmi za wady). W drugiej części artykułu dokonana zostanie analiza z perspektywy prawnoporównawczej i europejskiej, obejmująca wybrane porządki prawne w zakresie umowy sprzedaży praw oraz odpowiedzialności zbywcy z tytułu rękojmi za wady tych praw. Badania zostały przeprowadzone na podstawie następujących systemów prawnych: austriackiego, francuskiego, niemieckiego i szwajcarskiego. Przeanalizowano ponadto Konwencję Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG)⁸ oraz prawo modelowe – Wspólne Ramy Odniesienia (DCFR)⁹.

2. Aspekt historyczny

2.1. Pojęcie „rzeczy” – podejście wąskie i szerokie

Definicja pojęcia „rzecz” jest przedmiotem trudnego, długiego i wielowątkowego sporu (*die Lehre von den Rechtsobjekt*¹⁰). W pracy ograniczono się tylko do zwięzłego określenia tej skomplikowanej problematyki. W pozostałym zakresie należy odesłać Czytelnika do literatury szczegółowej¹¹.

⁸ Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzana w Wiedniu dnia 11.04.1980 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286) – dalej Konwencja, CISG.

⁹ C. von Bar, E. Clive, H. Schultke-Nölke [red.], *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Munich 2009, <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dcfcr.pdf> (dostęp: 24.11.2022 r.).

¹⁰ Szerzej T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer. Kommentar zum BGB*, t. I, *Allgemeiner Teil*. §§ 1–240, red. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen 2003, s. 308.

¹¹ Na ten temat najszerszej w polskiej literaturze zob. W. Dajczak, *Rzymska „res incorporalis” a kształtowanie się pojęć „rzeczy” i „przedmiotu praw rzeczowych” w europejskiej nauce prawa prywatnego*, Poznań 2007, *passim*.

Przyjmuje się, że wąskie i szerokie znaczenie pojęcia „rzecz” wywodzi się jeszcze od podziału na rzeczy materialne (cielesne) oraz niematerialne (niecielesne), który został dokonany w prawie rzymskim przez Gaiusa (Gai 2, 12–14¹²)¹³. W swoich instytucjach dokonał on kategoryzacji na: osoby (*personae*), rzeczy (*res*) i skargi (*actiones*). Przez pojęcie „rzeczy” rozumiał własność rzeczy, rzeczy spadkowe czy prawa obligacyjne. Z uwagi na ich różnorodność dokonał ich podziału na te cielesne (*res corporales*) oraz te niecielesne (*res incorporales*)¹⁴. Wedle tego podziału rzeczy majątkowe to takie, które można dotknąć (np. nieruchomości), a rzeczy niematerialne to takie, których dotknąć nie można (istnieją w sferze prawnej, *in iure*, np. spadek, użytkowanie, zobowiązanie)¹⁵. W rezultacie, jak się przyjmuje, nie odróżniał on samego prawa od przedmiotu tego prawa¹⁶. Wpływ dokonanego podziału na dalszy rozwój prawa nie jest oceniany jednoznacznie – spotkał się on zarówno z aprobatą, jak i krytyką¹⁷.

W XII i XIII w. nauka *ius commune* nadal opierała się na podziale wprowadzonym przez Gaiusa, lecz jej przedstawiciele skłaniali się w stronę stanowiska obejmującego prawem własności rzeczy w rozumieniu szerokim (zarówno *res corporales*, jak i *res incorporales*). Koncepcja ta była przyjmowana również w kolejnych wiekach. Należy tu zwłaszcza podkreślić podejście filozofów prawa natury (np. Samuel von Pufendorf, Christian Wolff), którzy również opowiadali się za rozszerzeniem pojęcia „rzeczy” na elementy świata niematerialnego. Na tej podstawie dwie duże kodyfikacje – austriacka oraz francuska¹⁸ – przyjęły szerokie znaczenie pojęcia „rzeczy” (rozumiane jako *res*).

Zgodnie z § 285 austriackiego kodeksu cywilnego¹⁹ rzeczą w prawnym rozumieniu jest wszystko, co się różni od osoby i służy do użytku ludzkiego („*Alles, was von der*

¹² https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/gai2_Poste.htm (dostęp: 24.11.2022 r.).

¹³ Wniosek ten był jednak podważany w literaturze – W. Bojarski, *Problem res incorporales (rzeczy niematerialnych) w prawie rzymskim*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici” 1979/105, s. 22–27.

¹⁴ W. Dajczak, *Rzymska...*, s. 34 i n.

¹⁵ Gai 2, 12–14:

„12. Przy tym niektóre rzeczy są materialne (*corporales*), a inne niematerialne (*incorporales*).

13. Materialne są te, których można dotknąć, na przykład ziemia, niewolnik, ubranie, złoto, srebro i jeszcze niezliczone inne rzeczy.

14. Niematerialne są te, których nie można dotknąć, tj. będące prawami, jak na przykład spadek, użytkowanie, zobowiązania, jakkolwiek by je zaciągnięto. I nie ma znaczenia, że na spadek składają się rzeczy materialne, że zbierane z ziemi pożytki (*fructus*) są materialne, ani że to, co nam się należy z jakiegoś zobowiązania, jest przeważnie materialne, jak na przykład ziemia, niewolnik lub pieniądze. Bowiem samo prawo dziedziczenia, samo prawo użytkowania i samo zobowiązanie są niematerialne. Należą tu też służebności gruntów miejskich (*iura praediorum urbanorum*) i wiejskich (*rusticorum*)... ..niewznoszenia (*non extollendi*), by sąsiadowi nie zasłonić słońca. Podobnie, prawo... ..ścieków i okapu (*fluminum et stillicidiorum*), by... ”.

¹⁶ Wniosek ten nie jest oczywisty – W. Bojarski, *Problem...*, s. 34. Według dominującego zapatrywania juryści rzymscy nie znali pojęcia przedmiotu prawa – W. Dajczak, *Rzymska...*, s. 68.

¹⁷ Przegląd stanowisk – zob. W. Bojarski, *Problem...*, s. 35.

¹⁸ Szerokie pojęcie „rzeczy” zostało przyjęte przez inne duże kodyfikacje tamtych czasów. Przede wszystkim mowa o kodeksie cywilnym bawarskim (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* z 1756 r.) oraz kodeksie pruskim (*Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten* z 1794 r.). Niniejsza praca nie jest pracą historyczną i nie wyczerpuje nawet w najmniejszym stopniu skomplikowanej problematyki szerokiego lub wąskiego znaczenia pojęcia „rzecz”. Dlatego przywoływane są jedynie rozważania, które mają na celu lepsze zrozumienie zagadnienia obrotu prawami. Omawianie tych dwóch (zresztą bardzo istotnych) kodyfikacji mogłoby zamazać obraz przedmiotowej kwestii, który nie jest wyczerpujący, aczkolwiek wystarczający do analizy.

¹⁹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* z 1.06.1811 r. (kodeks cywilny austriacki) – dalej ABGB.

Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt"). Natomiast kodeks cywilny francuski²⁰ nie opierał się wyłącznie na pojęciu „rzeczy” (*la chose*), ale także na pojęciu „dobra” (*bien*)²¹. Według art. 516 CC fr., wszystkie dobra (*biens*) są ruchome lub nieruchome²². Pojęcie „rzeczy” zasadniczo było odnoszone do przedmiotów zmysłowych, natomiast pojęcie „dobra” – także do przedmiotów niezmysłowych. Ten podział stanowił inspirację do poszukiwania w prawie francuskim podziału na *res corporales* i *incorporales*²³. Rodziło to wiele sporów, czy kodeks cywilny francuski oparł się na szerokim pojęciu „rzeczy” i przedmiotu własności. Ostatecznie stwierdzono, że w kodeksie cywilnym francuskim przyjęto szerokie pojęcie „rzeczy”²⁴.

Kolejnym etapem rozwoju nauki o przedmiotach praw (własności) była dziewiętnastowieczna niemiecka pandektystyka. Nauka niemiecka zrównywała (i do dziś zrównuje) pojęcia „*res corporales*” oraz „*res incorporales*” z nowożytnymi pojęciami „*körperliche Sachen*” oraz „*unkörperliche Sachen*” (*res*)²⁵. W opozycji do szerokiego pojęcia „rzeczy” oraz przedmiotu własności (a zatem nurtu prawnonaturalnego) stanął Friedrich Carl von Savigny, który wywarł istotny wpływ na porządki prawne wywodzące się z kultury germańskiej²⁶. Autor ten zawężał znaczenia pojęć „rzecz” oraz „przedmiot prawa własności” tylko do rzeczy materialnych (*körperliche Sachen*). W swojej pracy („*System des heutigen römischen Rechts*”) zdefiniował „rzecz”, opierając się na twórczości Immanuela Kanta, jako część niewolnej natury („*begrenztetes Stück der unfreien Natur*”)²⁷. Na tej podstawie podzielił prawa na prawa osobiste („zobowiązaniowe”, *Obligationenrecht*) oraz prawa do rzeczy („rzeczowe”, *Sachenrecht*), a łącznie określał je jako prawo majątkowe (*Vermögensrecht*)²⁸. Podział ten stanowił później bazę do rozróżnienia prawa zobowiązań (*Schuldrecht*) i prawa rzeczowego (*Sachenrecht*) w przyszłym kodeksie cywilnym niemieckim²⁹, co zostało następnie przejęte przez wiele innych systemów europejskich (np. polski³⁰ czy szwajcarski³¹). Istotne znaczenie

²⁰ *Code civil, Code Napoléon* z 21.03.1804 r. (kodeks cywilny francuski) – dalej CC fr.

²¹ S. Grzybowski, *Rzeczy. Pojęcie i podziały. Zarys systemu. Odbitka z zeszytu XXXIII i XXXIV Encyklopedji Podręcznej Prawa Prywatnego*, Warszawa 1939, s. 2.

²² Zob. szeroki przegląd kodyfikacji francuskiej, jej historii oraz wykładni z początków obowiązywania kodeksu cywilnego francuskiego – W. Dajczak, *Rzecz*..., s. 132–155.

²³ W. Dajczak, *Rzecz*..., s. 147.

²⁴ S. Grzybowski, *Rzeczy*..., s. 3.

²⁵ T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer*..., t. I, *Allgemeiner*..., s. 308.

²⁶ M. Haedicke, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das reformierte Schuldrecht*, Tübingen 2003, s. 25–26; T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer*..., t. I, *Allgemeiner*..., s. 311.

²⁷ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 338: „[d]ie unfreie Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begrenzung; ein so begrenztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigentum heißt”.

²⁸ F.C. von Savigny, *System*..., s. 339–340, 367 i n.

²⁹ M. Haedicke, *Rechtskauf*..., s. 25–26.

³⁰ Zob. tytuły książki drugiej (art. 140 i n.) i książki trzeciej (art. 353 i n.) k.c.

³¹ Zob. np. o wpływie F.C. von Savigny’ego na strukturę szwajcarskich uregulowań prawa cywilnego: P. Liver, *Das Eigentum*, [w:] *Schweizerisches Privatrecht. Bd V/I. Sachenrecht*, red. M. Gutzwiller, H. Hinderling, A. Meier-Hayoz, H. Merz, Basel-Stuttgart 1977, s. 1.

miało również to, że zapatrywanie F.C. von Savigny'ego podzielili inni wybitni przedstawiciele pandektystyki, np. Bernhard Windscheid³², który wywarł ogromny wpływ na kształt ówczesnej literatury, a później także na kształt niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB)³³. W rezultacie dorobek niemieckiej historycznej szkoły prawa stanowił punkt zwrotny w dotychczas przyjmowanym rozumieniu pojęć „rzeczy” i „przedmiotu własności”. Z perspektywy czasu dorobek szkoły historycznej jest różnie oceniany. W nowszej literaturze postrzega się jako „krok wstecz” względem prawa rzymskiego oraz *ius commune*³⁴.

Trzeba zauważyć, że omawiany spór na temat powyższych pojęć, jakkolwiek bardzo żywy już od czasów prawa rzymskiego, nie miał większego znaczenia praktycznego. Przeświadczenie o słuszności jednego czy drugiego podejścia do pojęć „rzeczy” i „przedmiotu własności” nie wywoływało ważnych skutków praktycznych. Do przełomu XIX i XX w. obrót prawami wydawał się być zjawiskiem obcym. Najdroższy składnik obrotu stanowiły nieruchomości, co widoczne jest do dziś w szczególnych zasadach chroniących pewność i bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami. Obrót prawami, czy nawet rzeczami ruchomymi, nie był tak istotny³⁵. Dopiero na początku XX w. wzrosło znaczenie handlu zarówno ruchomościami, jak i dobrami niematerialnymi. Poszerzyła się wówczas lista aktywów rynkowych znajdujących się w obrocie. Na zdecydowanie większą skalę zaczęto obracać udziałami, akcjami w spółkach handlowych, obligacjami przemysłowymi czy listami zastawnymi. Wypracowany został również wtedy koncept własności intelektualnej, której wartość przekraczała niejednokrotnie wartość nieruchomości. Proces rozwoju obrotu dobrami niematerialnymi uległ jeszcze większej dynamizacji na przełomie XX i XXI w. Obrót dobrami niematerialnymi prowadzi nawet do wyparcia znaczenia dóbr materialnych (rzeczy materialnych)³⁶. Zjawisko to zauważa się np. w zakresie prawa własności, które podlega ograniczeniom własności intelektualnej (np. nie da się korzystać ze smartfona, jeżeli użytkownik nie posiada licencji na *software*; sam telefon bez oprogramowania staje się bezużyteczny). Przemiany ekonomiczne i społeczne były dostrzegalne także w twórczości prawników, zwłaszcza niemieckich. Odnotowania wymagają przede wszystkim rozważania, z przełomu XIX i XX w., zwolennika szerokiego ujmowania rzeczy (które obejmowały także dobra niematerialne) – Otto von Gierkego. Autor ten w pierwszym tomie opracowania „*Deutsches Privatrecht*” zdefiniował „rzecz” jako ograniczony przestrzennie kawałek świata zewnętrznego nadający się do objęcia kontrolą prawną³⁷. Ten kierunek interpretacji przyjmowało także przedkodeksowe orzecznictwo niemieckie³⁸.

³² B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, Stuttgart 1879, s. 416–419.

³³ *Bürgerliches Gesetzbuch* z 18.08.1896 r. (niemiecki kodeks cywilny).

³⁴ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 27. Tożsama ocena – F. Zoll (ml.), *Przedmiot praw rzeczowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1938/3, s. 236–237.

³⁵ R. Libchaber, *Biens. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016, nb 1.

³⁶ R. Libchaber, *Biens...*, nb 1.

³⁷ O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig 1895, s. 270.

³⁸ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 35.

Mimo tych wszystkich rozbieżności koncepcje odnoszące się do szerokiego rozumienia pojęcia „rzecz” nie odegrały większego znaczenia w dyskusji nad kodyfikacją niemieckiego kodeksu cywilnego³⁹. Nie wywarły one ostatecznego wpływu na ukształtowanie znaczenia tego terminu, gdyż ostatecznie został on zdefiniowany wąsko (§ 90 BGB). Doprowadziły one jednak do uznania, że przedmiotem obrotu prawnego w Niemczech są nie tylko wierzytelności i prawa rzeczowe, lecz także dobra własności intelektualnej⁴⁰.

Dzisiaj w starciu pomiędzy szerokim a wąskim rozumieniem pojęcia „rzecz” na prowadzenie wysuwa się to drugie (ujęcie wąskie). Pomimo widocznych tendencji, które zrodziły się na przełomie XIX i XX w., regulacje europejskie na ogół obecnie ujmują pojęcie „przedmiotu własności” wąsko. Takie zapatrywanie wyrażono wprost w § 90 BGB, art. 3:2 holenderskiego kodeksu cywilnego⁴¹ czy w art. 45 k.c. Prawo szwajcarskie nie definiuje pojęcia „rzecz”, lecz literatura jest zgodna, że przedmiotem własności mogą być tylko rzeczy materialne (art. 641 ZGB⁴²)⁴³. W prawie austriackim, choć przyjęto szerokie znaczenie pojęcia „rzecz”, prawo własności zostało ograniczone przez naukę tylko do rzeczy materialnych (zob. § 353–354 ABGB)⁴⁴. Za niejasne należy uznać określenie „przedmiotu własności” w prawie francuskim. Zauważa się tam silne wpływy koncepcji Shaleya Ginossara, według którego własność obejmowała szeroki katalog dóbr, w tym niematerialnych, np. wierzytelności⁴⁵. Nie jest to jednak jedyny nurt, bowiem wyróżnienie własności dóbr niematerialnych traktuje się jako sporne. Na ogół jednak dominuje stanowisko, że własność dotyczy zarówno dóbr materialnych, jak i niematerialnych⁴⁶.

2.2. Przedmiot umowy sprzedaży oraz rękojmi za wady

Sprzedaż zawsze była i jest centralnym typem transakcji w rozwiniętej gospodarce⁴⁷. Co okazuje się charakterystyczne dla wszystkich państw kultury *ius commune*, punkt odniesienia dzisiejszych uregulowań umowy sprzedaży stanowiło prawo rzymskie⁴⁸. W prawie rzymskim umowa kupna-sprzedaży (*emptio-venditio*) to umowa konsensualna, a zatem niewymagająca szczególnej formy⁴⁹. Cechował ją szeroki zakres

³⁹ T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer...*, t. I, *Allgemeiner...*, s. 311–312.

⁴⁰ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 35.

⁴¹ *Burgerlijk Wetboek* z 14.06.1822 r. (niderlandzki kodeks cywilny) – dalej BW.

⁴² *Zivilgesetzbuch* z 10.12.1907 r. (szwajcarski kodeks cywilny) – dalej ZGB.

⁴³ R. Arnet, [w:] *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Swisslex 2016, art. 641 ZGB, nb 6, 10.

⁴⁴ M. Winner, [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 285–446 ABGB. Sachenrecht I*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2016, § 354 ABGB, nb 3, s. 143.

⁴⁵ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris 1960, *passim*.

⁴⁶ A. Sériaux, *Propriété. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016, nb 36.

⁴⁷ R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford–USA 2006, s. 79.

⁴⁸ W. Ernst, [w:] *Historisch-kritischer. Kommentar zum BGB*, t. III, *Schuldrecht: Besonderer Teil. 1. Teilband*, §§ 433–656, red. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen 2013, s. 38.

⁴⁹ W. Dajczak, [w:] *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, Warszawa 2013, s. 480.

przedmiotowy. Przedmiotem umowy mogły być wszelkie składniki majątku należące do podmiotów, np. grunt, zwierzęta⁵⁰. Istniała również możliwość zbycia zarówno rzeczy spodziewanej (np. sprzedaż plonów przed ich zebraniem), jak i nadziei (*emptio spei*, np. sprzedaż przyszłych połowów). Za dopuszczalne uznawano też zbycie praw majątkowych. Ten szeroki zakres został wyrażony stwierdzeniem, że prawie wszystko może być przedmiotem umowy sprzedaży („*omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit*”⁵¹). W rezultacie przedmiot umowy mógł obejmować nie tylko przedmioty materialne, lecz także niematerialne⁵², w tym prawa np. wierzytelności (poprzez nowację czy – w okresie prawa poklasycznego – poprzez *cessio actionis*)⁵³, wierzytelności ucieleśnione w skargach (*venditio actionis*)⁵⁴, ograniczone prawa rzeczowe (służebności czy *ususfructus*), spadek⁵⁵. Innymi słowy, przedmiot umowy sprzedaży został określony szeroko⁵⁶. Mimo to w praktyce obrót ograniczał się jednak do przedmiotów materialnych, choć trzeba pamiętać o tym, że Rzymianie nie mieli rozwiniętego systemu dóbr niematerialnych (np. nie znali praw własności intelektualnej).

Z prawa rzymskiego wywodzą się również dzisiejsze regulacje rękojmi za wady (np. austriacka⁵⁷, holenderska⁵⁸, niemiecka; jego najwierniejsze odwzorowanie, jak się wskazuje, znajdziemy w prawie południowej Afryki⁵⁹). Już w okresie obowiązywania ustawy XII tablic powstawała odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu wad z mocy aktu *mancipatio*. Uznawano, że dokonanie sprzedaży w ten sposób jednocześnie zawiera w sobie przyjęcie obiektywnej odpowiedzialności na siebie przez zbywcę (*actio auctoritatis*)⁶⁰. W literaturze wskazuje się, że taka kategoria odpowiedzialności wywodziła się z deliktu⁶¹. Gdy sprzedaż zaczęła być postrzegana jako umowa konsensualna, zrodził się problem co do źródła ochrony nabywcy za wady zbywanego przedmiotu. W prawie przedklasycznym uzupełniano ją stypulacją gwarancyjną (*stipulatio duplae*), a następnie na etapie prawa klasycznego wiązano taką odpowiedzialność z samym zawarciem kontraktu *emptio-venditio*⁶². Można już więc w prawie klasycznym dopatrywać się pierwowzoru doktryny uzasadnionych oczekiwań.

⁵⁰ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-USA 1996, s. 234; W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 480.

⁵¹ D.18.1, 34, 1.

⁵² F. Zoll (starszy), *Rzymskie prawo prywatne (pandekta)*, t. IV.A, *Zobowiązania*, Warszawa-Kraków 1920, s. 41; T. Rüfner, [w:] *Commentaries on European Contract Laws*, red. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018, s. 1964, nb 6.

⁵³ Zob. W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 437–438.

⁵⁴ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973, s. 359.

⁵⁵ M. Kaser, *Das römische privatrecht. Erster abschnitt*, München 1971, s. 548; W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 480.

⁵⁶ Rodziło to pewne problemy w stosunku do rozróżnienia *emptio-venditio* oraz *locatio conductio* – R. Zimmermann, *The Law...*, s. 234–235; T. Rüfner, [w:] *Commentaries...*, s. 1964, nb 6.

⁵⁷ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band, erster Halbband. §§ 859–1044*, red. H. Klang, F. Gschnitzer, Wien 1968, § 922, 923 ABGB, s. 498–499.

⁵⁸ A.S. Hartkamp, M.M.M. Tillema, A.E.B. Ter Heide, *Contract Law in the Netherlands*, Zuidpoolingel 2011, s. 188.

⁵⁹ R. Zimmermann, *The Law...*, s. 302.

⁶⁰ R. Zimmermann, *The Law...*, s. 294; W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 483.

⁶¹ R. Zimmermann, *The Law...*, s. 295.

⁶² W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 484.

Odpowiedzialność sprzedawcy obejmowała ewikcję rzeczy, czyli wszelkie szkody powstałe na skutek utraty przez nabywcę możliwości spokojnego władania rzeczą. W nowszych kodyfikacjach odpowiedzialność na zasadzie ewikcji zamieniono na odpowiedzialność za tytuł prawny. Wyjątkiem w tym zakresie jest regulacja art. 1626 CC fr. (*de la garantie en cas d'éviction*; zob. porównanie porządków prawnych w rozdziale 3 poniżej)⁶³.

Oprócz odpowiedzialności na zasadzie ewikcji występowała jeszcze odpowiedzialność za niezgodności rzeczy, które nie odpowiadały oczekiwaniom kupującego. W tym zakresie wymienia się dwa szczególne rozwiązania: stosowane przez edylów kurulnych oraz wywodzone z klauzuli *ex fide bona*⁶⁴. Pierwsze z nich polegało na tym, że w I i II w. p.n.e. edylowie kurulni wprowadzili zasady odpowiedzialności sprzedającego w odniesieniu do sprzedaży zwierząt i niewolników. Jeżeli zbywany towar nie posiadał właściwości, o których sprzedawca zapewniał, to w ciągu 6 miesięcy nabywca mógł odstąpić od umowy i żądać na podstawie *actio redhibitoria* zwrotu zapłaconej ceny, ewentualnie w terminie roku mógł on złożyć skargę *actio quanti minoris*, co prowadziło do obniżenia ceny (*prima potestas experiundi vitium*)⁶⁵. Kupujący nie mógł zasadniczo dochodzić odszkodowania, lecz odpowiedzialność z tytułu *actio redhibitoria* czy *actio quanti minori* występowała już niezależnie od winy⁶⁶. W ramach tego drugiego rozwiązania (skargi o obniżenie ceny, opartej na klauzuli *ex fide bona*) kupującemu służyła skarga o naprawienie szkody (*actio empti*), jeżeli została spowodowana zachowaniem sprzedającego ocenianym jako sprzeczne z dobrą wiarą⁶⁷. Odpowiedzialność na wypadek ewikcji („wady prawne”) obejmowała nie tylko rzeczy (*res corporales*), lecz także prawa⁶⁸. Wskazywano, że odpowiedzialność za sprzedaną wierzytelność (skargę) odnosi się tylko do istnienia wierzytelności (*debitorem esse*), ale nie dotyczy wypłacalności dłużnika (*locupletem esse debitorem*)⁶⁹. Odpowiedzialność za wady fizyczne nie była szerzej rozważana w stosunku do kupna-sprzedaży praw. Rzymski model umowy sprzedaży został w zasadzie przejęty przez średniowiecznych jurystów z epoki *ius commune*⁷⁰.

Jak wskazano powyżej, w okresie drugiej połowy XIX w. nastąpił zwrot w kierunku wąskiego ujmowania znaczenia pojęć „rzecz” i „przedmiot własności”. Ta tendencja do ścisłego „urzeczowienia” regulacji prawa cywilnego, w sensie zawężenia jej zakresu do przedmiotów materialnych, wywarła piętno również na regulację umowy sprzedaży. Przykładem takiego uregulowania była (i częściowo nadal jest) regulacja umowy sprzedaży w kodeksie cywilnym niemieckim (BGB). Kodeks ten pisano w okresie agrarno-rzemieślniczym oraz przedindustrialnym, co jednoznacznie wpłynęło na kształt prawa.

⁶³ W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 483.

⁶⁴ W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 484.

⁶⁵ R. Zimmermann, *The New...*, s. 83.

⁶⁶ R. Zimmermann, *The New...*, s. 83.

⁶⁷ W. Dajczak, [w:] *Prawo...*, s. 485–486.

⁶⁸ F. Zoll (starszy), *Rzymskie...*, t. IV.A, *Zobowiązania...*, s. 42.

⁶⁹ M. Kaser, *Das römische...*, s. 557.

⁷⁰ T. Rüfner, [w:] *Commentaries...*, s. 1965, nb 9.

W czasie sporządzania BGB składany był projekt przez Franza von Kübela (kodyfikator BGB, przewodzący 1. Komisji kodyfikacyjnej), aby sprzedaż objąć nie tylko rzeczy, ale i prawa (szeroki zakres przedmiotu umowy sprzedaży)⁷¹. Stanowił on wynik ekonomicznej zmiany, jaką było poszerzenie obrotu rynkowego o nowe dobra niematerialne. Jak wspomniano wyżej, na przełomie XIX i XX w. poszerzył się znacznie katalog aktywów rynkowych. Dyskusja nad szerokim bądź wąskim ujęciem „rzeczy” przechodziła kolejny renesans. Ponadto dysputowano, czy sprzedaż powinna obejmować rzeczy materialne, czy też rzeczy niematerialne. W kodeksie cywilnym niemieckim przyjęto ostatecznie wąską koncepcję „rzeczy”. Projekt F. von Kübela także nie wszedł w życie⁷². W toku prac nad BGB w ogóle nie dyskutowano (rozmowy toczyły się tylko w komisji, w której skład wchodził F. von Kübel) nad stosowaniem przepisów o umowie kupna (sprzedaży) oraz rękojmi za wady dóbr niematerialnych, niecielesnych (*unkörperliche Sachen*) – z wyjątkiem wierzytelności⁷³. Stwierdzono, że bardziej szczegółowe uregulowanie sprzedaży dóbr niematerialnych nie jest konieczne, skoro w tym zakresie istnieją wypracowane reguły dobrej wiary oraz ustalone zwyczaje. Ewentualne zabiegi unormowania tego obszaru uznano zatem za zbędne⁷⁴.

W konsekwencji, od początków obowiązywania, kodeksowa regulacja sprzedaży dotyczyła sprzedaży w sposób jednolity, czyli w odniesieniu do rzeczy ruchomych i nieruchomości (*Sachkauf*)⁷⁵. Sprzedaż praw ujęto tylko w dwóch przepisach (§ 437, 441 BGB1900⁷⁶). Przepisy te regulowały odpowiedzialność za istnienie wierzytelności. Była to swoista rękojmia za wady przy nabyciu wierzytelności, która jednak nie znajdowała zastosowania do innych praw (np. autorskich, własności przemysłowej)⁷⁸.

To, że umowa sprzedaży (*Kaufvertrag*)⁷⁹ została ograniczona jedynie do rzeczy (*Sache*, § 90 BGB), nie oznaczało jeszcze, iż sprzedaż przedmiotów niematerialnych była całkowicie nieuregulowana. W literaturze przyjmowano, że niektóre umowy sprzedaży rzeczy niecielesnych są podobne do umowy kupna („*kaufähnlich*”) w rozumieniu dawnego § 445 BGB1900. Zgodnie z nim przepisy § 433–444 BGB1900 znajdowały odpowiednie zastosowanie do innych umów odpłatnego zbycia lub obciążenia przedmiotu. Paragraf 445 BGB1900 nie rozszerzał regulacji umowy sprzedaży na rzeczy niecielesne, jednakże „starał się” dostosować regulacje umowy kupna do umów, których nie można było bezpośrednio zakwalifikować jako nabycie⁸⁰. Mimo to literatura próbowała w drodze wykładni objąć jego zastosowaniem także umowy kupna, których przedmiotem były rzeczy niematerialne.

⁷¹ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 38; T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer...*, t. I, *Allgemeiner...*, s. 313.

⁷² T. Rüfner, [w:] *Historisch-kritischer...*, t. I, *Allgemeiner...*, s. 313.

⁷³ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 39–40.

⁷⁴ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 42.

⁷⁵ W. Ernst, [w:] *Historisch-kritischer...*, t. III, *Schuldrecht...*, s. 55.

⁷⁶ *Bürgerliches Gesetzbuch* z 18.08.1896 r. (niemiecki kodeks cywilny) w wersji sprzed nowelizacji z 1.01.2002 r. – dalej BGB1900.

⁷⁷ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 39.

⁷⁸ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 39.

⁷⁹ Umowa ta może być tłumaczona także jako „umowa kupna” (*Kauf* – kupno), jednak w celu ujednolicenia terminologii w dalszej części będzie stosowana jako „umowa sprzedaży”.

⁸⁰ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 41, 67–68.

Nowelizacja z 1.01.2002 r. (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) zmodyfikowała przepisy dotyczące sprzedaży⁸¹. Miała ona stanowić odpowiedź m.in. na rosnące w XX w. znaczenie praw i innych dóbr niecielesnych⁸². Pozostawiono sprzedaż rzeczy jako podstawowy model uregulowania (§ 433 i n. BGB), ale – w odróżnieniu do poprzedniego kształtu normatywnego – przepisy te mają dziś odpowiednie zastosowanie do sprzedaży praw (innych niż własność⁸³) i innych dóbr (§ 453 BGB)⁸⁴. W ten sposób na gruncie BGB ukształtowały się trzy modele sprzedaży: a) własności rzeczy, b) praw innych niż własność oraz c) pozostałych dóbr.

W nauce niemieckiej uznano, że powyższa nowelizacja stanowi dobry kierunek rozwoju, lecz nie jest wystarczająca. Dostrzeżono, że odpowiednie stosowanie może spowodować więcej wątpliwości niż rozwiązań. Rodzi się podstawowe pytanie: gdzie są granice odpowiedniego stosowania? Co więcej, przepisy dotyczące rzeczy nie dają się w pełni przełożyć, nawet odpowiednio, na prawa. Wiąże się to z dużą niepewnością prawa⁸⁵. Przykładem może być analizowana w tej pracy kwestia odpowiedzialności zbywcy nie tylko za przysługiwanie, lecz także za treść praw. Ponadto nie do końca precyzyjne sformułowania BGB (zwłaszcza § 453 ust. 3 BGB) prowadzą do wniosku, że proste wady w prawie mogą zostać ograniczone tylko do wady w tytule, a nie do wady w treści. Zwracają na to uwagę również przedstawiciele literatury austriackiej, którzy tym samym próbują wykazać różnice między porządkiem austriackim i niemieckim⁸⁶. W rezultacie modernizacja prawa zobowiązań w zakresie rękoi przy sprzedaży praw jest oceniana jako nieudana⁸⁷. Mimo to odegrała ona istotne znaczenie dla innych ustawodawstw (np. polskiego od 2014 r. czy holenderskiego⁸⁸).

W większości współczesnych systemów prawnych przedmiotem sprzedaży są zasadniczo rzeczy, rozumiane jako przedmioty materialne, czy też własność rzeczy (§ 433 ust. 1 BGB, art. 7:1 BW, art. 184 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań⁸⁹, art. 535 k.c.). Sprzedaż praw została zazwyczaj uregulowana metodą odesłania (odpowiedniego stosowania) albo nie została uregulowana w ogóle. Tylko niektóre przepisy

⁸¹ Szerzej na temat nowelizacji w zakresie umowy sprzedaży zob. C. Schubel, [w:] *Einführung in das neue schuldrecht*, red. M. Schwab, C.-H. Witt, München 2002, s. 123 i n.

⁸² M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 44–45.

⁸³ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 37–38.

⁸⁴ T. Rüfner, [w:] *Commentaries...*, s. 1967–1968, nb 15.

⁸⁵ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar BGB*, red. B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann, Beck Online 2019, § 453 BGB, nb 5.

⁸⁶ Tak R. Reischauer, [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 917–937 ABGB. Leistungsstörungenrecht*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2018, § 922, 923 ABGB, nb 129, s. 265.

⁸⁷ R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, s. 2–3.

⁸⁸ Można na marginesie wskazać, że kodeks cywilny holenderski niemalże powielił regulację sprzedaży i rękoi za wady z kodeksu cywilnego niemieckiego. Zgodnie z art. 3:2 BW rzeczami są tylko obiekty materialne, które mogą być kontrolowane przez człowieka. Kodeks cywilny holenderski osobno definiuje prawa majątkowe (art. 3:6 BW). Według art. 7:1 BW sprzedaż to umowa, na podstawie której jedna ze stron zobowiązuje się do dostarczenia rzeczy, a druga strona – do zapłaty ceny. Zgodnie z 7:47 BW przepisy o umowie sprzedaży stosuje się odpowiednio do sprzedaży wartościowych praw, o ile odpowiada to naturze zbywanych praw.

⁸⁹ *Obligationenrecht* z 30.04.1911 r. (szwajcarski kodeks zobowiązań) – dalej OR.

umowy sprzedaży w swej podstawowej wersji obejmują rzeczy i inne prawa (§ 1053 ABGB, § 1470 włoskiego kodeksu cywilnego⁹⁰)⁹¹.

W konsekwencji nawet Ernst Rabel w swojej prawnoporównawczej pracy o umowie sprzedaży jako główny obowiązek sprzedawcy wskazał przeniesienie własności rzeczy⁹². W analizie pominął prawa i inne przedmioty, wyłączając je spod pojęcia „towaru” (*die Ware*)⁹³, jako centralnego punktu odniesienia. Znalazło to później zresztą szerokie odbicie w regulacjach międzynarodowych i europejskich (np. CISG). Wszystko to dało podstawy do dyskusji, czy transfer własności stanowi jedną z podstawowych (konstytutywnych) cech umowy sprzedaży⁹⁴. Nie powinno zatem dziwić, że współczesne regulacje rękojmi za wady są w systemach europejskich co do zasady stosowane jedynie co do rzeczy (§ 922 ABGB, § 434 BGB, art. 197 OR, art. 556–576 k.c., 1625 CC fr., 1490 CC it.)⁹⁵. Jednocześnie trzeba mieć jednak na względzie, że definicje pojęcia „rzecz” różnią się w poszczególnych systemach (szerokie znaczenie np. w prawie austriackim czy francuskim, a wąskie – np. w prawie niemieckim czy polskim; zob. rozważania powyżej w rozdziale 2.1.).

3. Analiza prawnoporównawcza

3.1. Prawo austriackie

Na gruncie prawa austriackiego rękojmia za wady (*Gewährleistung*, § 922 ABGB) stanowi element części ogólnej prawa zobowiązań (*Allgemeines Schuldrecht*). Znajduje ona zastosowanie do wszystkich przypadków odpłatnego⁹⁶ zbycia rzeczy, w szczególności (choć nie tylko) do umowy sprzedaży⁹⁷. Z tego względu niektóre regulacje szczególne, przewidziane dla przenoszenia pewnych kategorii praw i dóbr, mogą określać zasady odpowiedzialności zbywcy inaczej niż przepisy ogólne wynikające z rękojmi za wady (na zasadzie *lex specialis*). Przykładem takiego unormowania jest regulacja umowy cesji (przelewu) wierzytelności, która w sposób szczególny reguluje odpowiedzialność cedenta za wypłacalność dłużnika (§ 1397 i n. ABGB; reżim ten zostanie szerzej przedstawiony poniżej).

⁹⁰ *Codice Civile* z 16.03.1942 r. – dalej CC it.; P.G. Monateri, A. Musy, F.A. Chiaves, *Contract Law. Italy*, [w:] *The International Encyclopaedia of Laws*, red. R. Blanpain, London 1999, s. 127.

⁹¹ Zob. szeroką analizę prawnoporównawczą przedmiotu umowy sprzedaży – T. Rüfner, [w:] *Commentaries...*, s. 1964–1972, nb 15–26.

⁹² Zob. uwagi prawnoporównawcze – E. Rabel, *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlin-Leipzig 1936, s. 117, 140.

⁹³ Nastąpiło to jednak z innych przyczyn, gdyż cytowana praca (zob. przyp. 92) miała stanowić fundament modelowej i międzynarodowej regulacji. W rzeczywistości zaowocowała przygotowaniem Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (Wiedeń, 11.04.1980 r.).

⁹⁴ S. Martens, [w:] *Commentaries on European Contract Laws*, red. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018, s. 1977.

⁹⁵ H. Honsell, [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020, przed art. 197 OR, nb 15, s. 1322.

⁹⁶ W prawie austriackim rękojmi za wady nie stosuje się do nieodpłatnego zbycia rzeczy; H. Ofner, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 4, §§ 859–1089 ABGB, *WucherG, UN-Kaufrecht*, red. M. Schwimann, Wien 2006, § 922 ABGB, nb 4–6, s. 542–543.

⁹⁷ R. Welser, *Bürgerlichen Rechts*, t. II, Wien 2007, s. 64.

Z brzmienia § 922 ABGB wynika jednoznacznie, że reżim rękojmi za wady znajduje zastosowanie do rzeczy. Jednakże pojęcie „rzeczy” zostało w § 285 ABGB zdefiniowane szeroko (*Sache*). Zgodnie z tą drugą regulacją rzeczą w prawnym rozumieniu jest wszystko, co się różni od człowieka i służy do użytku ludzkiego. W literaturze podkreśla się, że kodeks cywilny austriacki nie zawsze jednak używa pojęcia „rzecz” w tym samym (szerokim) znaczeniu. Konieczne jest zatem każdorazowo wykazanie, czy na tle konkretnej regulacji chodzi o pojęcie „rzeczy” w rozumieniu wąskim (jako przedmiot materialny) czy szerokim (według § 285 ABGB)⁹⁸. Na przykład prawo własności w prawie austriackim zostało ograniczone tylko do rzeczy rozumianych jako przedmioty materialne (zob. § 353 i n. ABGB)⁹⁹. Niezależnie od powyższego piśmiennictwo jest zgodne co do tego, że rękojnia za wady znajdzie zastosowanie zarówno do nabycia rzeczy materialnych (§ 292 ABGB), jak i niematerialnych¹⁰⁰. Pojęcie „rzeczy” zostało więc ujęte na gruncie § 922 i n. ABGB – jak przyjmuje się w doktrynie – szeroko.

Pod pojęciem „rzeczy niematerialnych” rozumie się masy majątkowe, prawa (wierzytelności¹⁰¹, prawa majątkowe na dobrach niematerialnych¹⁰²) oraz usługi¹⁰³. Jednakże nie wszystkie usługi będą objęte reżimem rękojmi za wady. Regulacja § 922 i n. ABGB znajdzie zastosowanie tylko do usług, które będą wiązać się z pewnym efektem (rezultatem), ponieważ samo świadczenie polegające na zwykłym zachowaniu się dłużnika (*facere*) nie stanowi rzeczy w rozumieniu § 922 i n. ABGB¹⁰⁴.

Jak wskazano, pojęcie „rzeczy” obejmuje nie tylko prawa, lecz także dobra niematerialne. W orzecznictwie przyjęto, że oprogramowanie (*software*) jest rzeczą w rozumieniu § 285, 922 i n. ABGB, a zatem do jego zbycia można zastosować reżim rękojmi za wady¹⁰⁵. Podobnie dzieje się w sytuacji zbycia przedsiębiorstwa. Pomimo ujmowania tej kategorii przedmiotu jako zbioru rzeczy (masy majątkowej) należy je traktować tak jak rzecz i stosować reżim rękojmi za wady do jego nabycia w pełni¹⁰⁶. Rękojnia ta obejmuje także tytuły uczestnictwa w spółkach prawa handlowego (spółki akcyjnej czy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością)¹⁰⁷. Zbycie papieru wartościowego może prowadzić do odpowiedzialności zbywcy z tytułu rękojmi za

⁹⁸ E. Helmich, [w:] *ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, red. A. Kletečka, M. Schauer, rdb.at, § 285 ABGB, nb 2.

⁹⁹ M. Winner, [w:] *Kommentar...*, § 354 ABGB, nb 3, s. 143.

¹⁰⁰ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 503–505; H. Ofner, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 4, §§ 1089–859..., § 922 ABGB, nb 3, s. 542; R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 16, s. 247.

¹⁰¹ Z zastrzeżeniem § 1397 i n. ABGB; F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 501.

¹⁰² Problematiczna jest tylko w tym zakresie swoboda artystyczna (*künstlerischer Freiheit*) oraz jej ewentualny wpływ na zakres rękojmi za wady. Dominuje zapatrywanie, że sama okoliczność, iż autor ma swobodę w uprawianiu swojej twórczości nie wyłącza rękojmi za wady; A. Pfeffer, E.A. Rauter, *Handbuch Kunstrecht*, Wien 2014, s. 53–56. Również na tle prawa patentowego – zob. L. Friebe, O. Pulitzer, *Österreichisches Patentrecht. Das materielle Recht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1972, s. 276–288.

¹⁰³ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 501; E. Helmich, [w:] *ABGB-ON...*, § 285 ABGB, nb 2.

¹⁰⁴ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 501.

¹⁰⁵ R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 17, s. 247.

¹⁰⁶ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 504; R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 18, s. 247.

¹⁰⁷ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 504.

wady zarówno w stosunku do niezgodności dokumentu (materialnego nośnika), jak i niezgodności prawa inkorporowanego do tego dokumentu¹⁰⁸.

Na tle § 922 i n. ABGB wada jest rozumiana szeroko, jako generalna sprzeczność przedmiotu z umową (*Vertragsgemäßheit der Leistung*)¹⁰⁹. Niezgodności przedmiotu na tle § 922 i n. ABGB dzieli się na rzeczowe (*Sachmangel*, które można dosłownie tłumaczyć jako „wada rzeczy”) oraz prawne (*Rechtsmangel*). Przez pojęcie „wady rzeczowej”, którą można też nazwać wadą fizyczną (*Sachmangel*), rozumie się wady substancji rzeczy. Przez pojęcie „wady prawnej” rozumie się natomiast niezgodności (z umową) tytułu prawnego do tej rzeczy¹¹⁰. Podkreśla się jednocześnie, że nawet rzeczy niematerialne mogą posiadać niezgodności w ich substancji (*Sachsubstanzmängel*)¹¹¹.

Reżim rękojmi za wady, zgodnie z dominującym poglądem, obejmuje również nabycie praw (*Erwerb von Rechten*). Zgodnie z wyrażanym w doktrynie stanowiskiem – niezgodności w zbywanych prawach, mimo pewnych wątpliwości (m.in. językowych; w końcu wada substancji rzeczy jest określana przez ustawę jako wada rzeczowa, fizyczna, *Sachmangel*), można kwalifikować jako wady rzeczowe (fizyczne)¹¹². Tym samym wady zbywanych praw (rzeczy niematerialnych) można zakwalifikować – w zależności od ich treści – jako wadę rzeczową (*Sachmangel*) albo wadę prawną (*Rechtsmangel*)¹¹³.

W literaturze istnieją zasadnicze wątpliwości dotyczące granic odpowiedzialności zbywcy za wady fizyczne (rzeczowe) oraz wady prawne względem nabywanych praw¹¹⁴. Na przykład toczą się spory, czy nabycie wszystkich udziałów w spółce, której przedsiębiorstwo okazało się nie odpowiadać umowie, stanowi przykład wady fizycznej czy wady prawnej¹¹⁵. Istnieją tu dwa przeciwstawne stanowiska.

Jeżeli chodzi o zbycie wierzytelności, które następuje poprzez zawarcie umowy cesji (przelewu) wierzytelności (*Zession, Abtretungsvertrag*, § 1392 i n. ABGB), ustawodawca uregulował rękojmię za wady w sposób szczególny (§ 1397 i n. ABGB). Reżim ten znajduje szerokie zastosowanie, ponieważ zgodnie z § 1393 ABGB wszystkie zbywalne prawa podlegają zbyciu według reżimu cesji wierzytelności. Dotyczy to w szczególności praw o charakterze obligacyjnym. Sformułowanie § 1393 ABGB, jak uznaje się w literaturze i orzecznictwie, może być jednak mylące¹¹⁶. Mogłoby ono potencjalnie sugerować, że poprzez cesję wierzytelności zbywalne są również prawa rzeczowe, jednak takie stanowisko jest powszechnie odrzucane¹¹⁷. Prawa te podlegają reżimowi prawnorzeczowemu. Co więcej, ustawodawca przewidział cały szereg szczególnych uregulowań nabywania przeróżnych kategorii praw, które to

¹⁰⁸ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 505.

¹⁰⁹ H. Ofner, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 4, §§ 1089–859..., § 922 ABGB, nb 13, s. 544.

¹¹⁰ R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 143, s. 268.

¹¹¹ R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 119, s. 263.

¹¹² R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 125, s. 264.

¹¹³ F. Gschnitzer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, s. 504.

¹¹⁴ Szerzej R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 126–127, s. 264–265.

¹¹⁵ R. Reischauer, [w:] *Kommentar...*, § 922, 923 ABGB, nb 138, s. 267.

¹¹⁶ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1293–1503 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2016, § 1393 ABGB, nb 1, s. 1103.

¹¹⁷ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293...

zostały zamieszczone na tle prawa spadkowego czy prawa spółek¹¹⁸. W rezultacie wyjątkowo szerokie sformułowanie § 1393 ABGB (mające odnosić się do wszystkich praw zbywalnych) nie odpowiada prawnej rzeczywistości, przez co odnosi się w istocie jedynie do wierzytelności wynikających ze stosunków zobowiązaniowych.

Ustawodawca austriacki przyjął model przeniesienia własności, odróżniający tytuł nabycia od sposobu nabycia własności (*Die Lehre vom titulus und modus*, § 380 i n., 425 i n. ABGB)¹¹⁹. Do przeniesienia własności niezbędna jest zatem przyczyna (*causa*), np. zawarcie umowy sprzedaży (*titulus*) oraz przekazanie rzeczy (*modus*)¹²⁰. Ze względu na szerokie rozumienie pojęcia „rzecz” powyższa zasada odnosi się również do zbycia (cesji) wierzytelności. Dotyczy to (co jest oczywiste) tytułu oraz (co już mniej oczywiste) sposobu przeniesienia prawa, ponieważ ustawodawca austriacki uznaje posiadanie rzeczy materialnych (posiadanie rzeczy, *Sachbesitz*) oraz niematerialnych (posiadanie prawa, *Rechtsbesitz*) – § 311 ABGB¹²¹. Do przeniesienia wierzytelności nie znajdują jednak zastosowania reguły przenoszenia własności rzeczy wskazane w § 425 i n. ABGB, gdyż odnoszą się one tylko do rzeczy materialnych¹²². W przypadku wierzytelności (ale też innych rzeczy niematerialnych) za tytuł, podstawę (*titulus*) uznaje się umowę obligacyjną (np. sprzedaż), natomiast za sposób (*modus*) przeniesienia wierzytelności uznaje się umowę cesji wierzytelności¹²³. Wraz z jej zawarciem przechodzi na cedenta zarówno własność, jak i posiadanie¹²⁴.

Według § 1397 ABGB ktokolwiek ceduje wierzytelność nieodpłatnie, nie ponosi za nią odpowiedzialności. Jeżeli jednak cesja jest dokonywana w zamian za zapłatę (odpłatnie), cedent odpowiada względem cesjonariusza zarówno za prawidłowość wierzytelności (*Richtigkeit*), jak i możliwość uzyskania świadczenia z wierzytelności (*Einbringlichkeit*, czyli jej ściągальność). Odpowiedzialność cedenta nie przekracza

¹¹⁸ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293..., § 1393 ABGB, nb 1–2, s. 1103.

¹¹⁹ M. Winner, [w:] *Kommentar...*, § 380 ABGB, nb 1–3, s. 266.

¹²⁰ Jest sporne, czy przeniesienie rzeczy (*modus*) należy traktować jako akt prawny (umowa rzeczowa, *Dingliche Eingung*) czy jako akt faktyczny (*Realakt*). Ponadto, w przypadku akceptacji modelu umowy rzeczowej, wątpliwości budzi to, czy akt zawiera się jako element umowy zobowiązującej (umowa zobowiązująco-rozporządzająca), czy też następuje to dopiero w chwili przekazywania rzeczy (czyli niejako przyjęcie zasady rozdzielenia, *Trennungsprinzip*); zob. szerzej T. Klicka, A. Reidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 2, §§ 285–530 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2012, § 425 ABGB, nb 2, s. 280. Spór dotyczy tego, czy austriacki model przeniesienia własności jest w istocie zbieżny z modelem niemieckim (z uwzględnieniem różnicy, że ten pierwszy przyjmuje regułę kauzalności, a ten drugi – regułę abstrakcyjności umów), czy może przyjmuje naukę o tytule i sposobie nabycia własności, która swoje korzenie ma w prawie rzymskim; zob. G. Koziol, K. Koziol, H. Koziol, *Austrian Private Law*, Vienna 2017, s. 67–70.

¹²¹ K. Grüblinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 2, §§ 285–530 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2012, § 311 ABGB, nb 3, s. 50. Sporne jest jednak, czy można mówić o posiadaniu praw tylko wtedy, gdy prawo to wiąże się z posiadaniem rzeczy materialnej (wzorem tradycji romańskiej), czy również rzeczy niematerialnej (np. wierzytelności). Dominuje zapatrywanie, że posiadanie praw odnosi się tylko do praw, które przysługują uprawnienia do rzeczy materialnej; zob. C. Holzner, [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 285–446 ABGB. Sachenrecht I*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2016, § 311 ABGB, nb 2, s. 61.

¹²² M. Winner, [w:] *Kommentar...*, § 427 ABGB, nb 2, s. 339.

¹²³ C. Holzner, [w:] *Kommentar...*, § 425 ABGB, nb 1, s. 333.

¹²⁴ T. Klicka, A. Reidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 2, §§ 530–285..., § 427 ABGB, nb 5, s. 286; przyjmuje się tu, że posiadanie (*Besitz*) może objąć też prawa, które nie przysługują uprawnieniom do rzeczy – zob. przyp. 121.

kwoty wyższej od tej otrzymanej od cesjonariusza (nabywcy). Według ogólnie akceptowanego zapatrywania reguła z § 1397 ABGB jest stosowana „z pierwszeństwem” w stosunku do reguł ogólnych rękojmi za wady z § 922 i n. ABGB¹²⁵. Regulacja § 1397 ABGB modyfikuje przesłanki odpowiedzialności ogólnego reżimu rękojmi z § 922 i n. ABGB i jest względem nich regulacją szczególną. Wniosek ten nie wyklucza jednak uzupełniającego stosowania reżimu ogólnego (§ 922–1397 ABGB)¹²⁶, np. przyjmuje się, że roszczenia z § 1397 ABGB przedawniają się po upływie 2 lat według § 933 ust. 1 ABGB¹²⁷.

Ściągalność wierzytelności (*Einbringlichkeit*) jest utożsamiana z odpowiedzialnością za wady rzeczowe (fizyczne, *Sachmangel*), natomiast prawidłowość wierzytelności (*Richtigkeit*) – z odpowiedzialnością za wady prawne wierzytelności (*Rechtsmangel*)¹²⁸. Jak się przyjmuje, odpowiedzialność za ściągalskość (wady fizyczne) odnosi się do faktycznej wykonalności, tj. w szczególności wypłacalności dłużnika, ale także do przeszkód w wykonaniu roszczenia, które uniemożliwiają (całkowitą) egzekucję wierzytelności cesjonariusza¹²⁹. Wyraża się nawet dalej idące poglądy, że jeżeli zbyt wierzytelność polega na otrzymaniu lub korzystaniu z rzeczy, to wady tej rzeczy (przedmiotu) są również wadami tej wierzytelności¹³⁰. Natomiast odpowiedzialność za prawidłowość wierzytelności (wady prawne) dotyczy sytuacji, gdy np. nabyta wierzytelność ma inną treść niż uzgodniona, w ogóle nie istnieje lub istnieje tylko w mniejszym stopniu, jest warunkowa lub ograniczona w czasie albo nie jest zabezpieczona w sposób przyrzeczony (np. przez zastaw)¹³¹. Właściwym momentem na ocenę zgodności wierzytelności z umową jest chwila zawarcia umowy cesji (w zależności od akceptacji zapatrywania na temat sposobu przejścia własności – zobowiązująco-rozporządzającej czy rozporządzającej)¹³². Ziszczenie się przesłanek z § 1397 ABGB uzasadnia powoływanie się na uprawnienia przewidziane w ramach reżimu ogólnego przy rękojmi za wady (§ 932, 933 ABGB)¹³³.

Od 1.01.2022 r. obowiązuje ustawa z 9.09.2021 r. o gwarancjach praw konsumentów (*Verbrauchergewährleistungsgesetz*, VGG), która wprowadziła reżim rękojmi za wady treści cyfrowych. Jej zakres zastosowania obejmuje zawarte pomiędzy przedsiębiorcą oraz konsumentem umowy sprzedaży towaru (*Waren*, czyli rzecz cielesna) czy dostarczania świadczeń cyfrowych (*Bereitstellung digitaler Leistungen*, czyli treści cyfrowe czy usługi cyfrowe)¹³⁴. Zakres ten jest więc ukierunkowany na obrót konsumencki. Jedynie obowiązek aktualizacji (*Aktualisierungspflicht*)

¹²⁵ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293..., § 1397 ABGB, nb 3, s. 1143.

¹²⁶ G. Ertl, [w:] *Kommentar zum ABGB. 2. Band. Teilband §§ 1175–1292 ABGB*, red. P. Rummel, Wien 2002, § 1397 ABGB, nb 1, s. 200.

¹²⁷ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293..., § 1397 ABGB, nb 5, s. 1144.

¹²⁸ A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293..., § 1397 ABGB, nb 4, s. 1144.

¹²⁹ G. Ertl, [w:] *Kommentar...*, § 1397 ABGB, nb 3, s. 201.

¹³⁰ M. Lukas, [w:] *ABGB–ON: Kommentar (Manz Grosskommentare)*, red. A. Kletečka, M. Schauer, rdb.at 2017, § 1397, nb 7.

¹³¹ G. Ertl, [w:] *Kommentar...*, § 1397 ABGB, nb 2, s. 201.

¹³² A. Heidinger, [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1503–1293..., § 1397 ABGB, nb 4, s. 1144.

¹³³ G. Ertl, [w:] *Kommentar...*, § 1397 ABGB, nb 4–5, s. 201.

¹³⁴ Zob. § 1 ust. 1 pkt 2 oraz 3 VGG.

znajduje zastosowanie do umów obustronnie profesjonalnych (§ 1 ust. 3 oraz § 7 VGG). Według § 4 VGG przedsiębiorca gwarantuje, że sprzedawany przez niego towar czy dostarczane treści cyfrowe są wolne od wad, czyli że posiadają uzgodnione właściwości zgodnie z umową (§ 5 VGG), jak również obiektywnie wymagane właściwości (§ 6 VGG). Ustawa reguluje z osobna rękojmię za wady towarów (§ 9–15 VGG) oraz za wady dostarczanych świadczeń cyfrowych (np. § 18 i 20 VGG). Oznacza to, że zakres rękojmi za wady jest szeroki i obejmuje zarówno wady fizyczne, jak i prawne świadczeń cyfrowych (na co zresztą wskazuje wprost § 18 ust. 1 VGG), a nawet usług cyfrowych (*digitale Dienstleistungen*). Uregulowania te opierają się na treściach dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 (zob. § 31 VGG). Ustawa natomiast nie zmieniła istotnie kodeksowego uregulowania rękojmi za wady. Dokonała modyfikacji jedynie w zakresie uwzględnienia wymogów przewidzianych w dyrektywach (np. wprowadzona została hierarchia uprawnień z tytułu rękojmi za wady; zob. § 932 ust. 1 ABGB).

3.2. Prawo francuskie

We Francji regulacja rękojmi za wady sprzedawanych praw jest najbardziej skomplikowana. Analiza jednak pokazuje, że regulacja ta znajduje bardzo szerokie zastosowanie do całego szeregu katalogu dóbr materialnych i niematerialnych. Wynika to nie tylko z pewnych założeń ogólnych (np. szerokiego pojęcia „rzeczy”, a właściwie pojęcia „dobra”), lecz także szeregu kazuistycznych regulacji, właściwych dla sprzedaży praw. Przy analizie systemu francuskiego trzeba mieć na względzie pewne „zamieszanie pojęciowe” występujące w prawie cywilnym francuskim, ponieważ kodeks cywilny francuski posługuje się wieloma terminami zamiennie (w badanym zakresie: dobra niematerialne, *les biens incorporels*; rzeczy niematerialne, *les choses incorporelles*; prawa, *les droits*; prawo niematerialne, *le droit incorporel*).

Według art. 1582 CC fr. sprzedaż (*la vente*) jest umową, zgodnie z którą jedna strona zobowiązuje się dostarczyć rzecz (*la chose*), a druga – za nią zapłacić. Własność (*la propriété*) jest nabywana, gdy tylko rzecz i cena zostały przez strony uzgodnione. W literaturze wskazuje się, że do zawarcia umowy sprzedaży konieczne jest zaistnienie czterech elementów: 1) porozumienie stron (*le consentement des parties*), 2) cena (*un prix*), 3) rzecz (*une chose*), 4) przeniesienie własności rzeczy na nabywcę (*le transfert de la propriété de la chose à l'acquéreur*)¹³⁵.

Kodeks cywilny francuski przyjmuje, podobnie jak kodeks cywilny austriacki, szerokie pojęcie „rzeczy”, a zatem takie, które obejmuje rzeczy materialne (*les choses corporelles*) i niematerialne (*les choses incorporelles*). Interpretacja tych pojęć zasadniczo nie odbiega od tej powszechnie akceptowanej (w zakresie cielesności i niecielesności – poprzez kryterium zmysłowej poznawalności)¹³⁶. Pewną różnicą występującą na tle

¹³⁵ O. Barret, P. Brun, *Vente: structure. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2019, nb 30.

¹³⁶ Co do rzeczy materialnych – zob. R. Libchaber, *Biens...*, nb 48–59; jeżeli chodzi natomiast o rzeczy niematerialne, zob. R. Libchaber, *Biens...*, nb 60–66.

prawa francuskiego względem pozostałych systemów (np. austriackiego) jest jednak to, że pojęcia „rzeczy niematerialnej” nie utożsamia się często z pojęciem „praw” (*les droits*)¹³⁷. Podział ten (czyli na rzeczy materialne, niematerialne oraz prawa) wywołuje pewne wątpliwości w kontekście brzmienia art. 516 CC fr., który dokonuje podziału dóbr (*les biens*) na rzeczy materialne i niematerialne (swoją drogą krytykowany w nowszej literaturze francuskiej¹³⁸). Niejasna jest relacja pojęcia „dobra” (*le bien*) do pojęcia „rzeczy” (*la chose*). Według jednego z dominujących poglądów, opartego na wykładni zaproponowanej przez S. Ginossara o przysługiwaniu dóbr (stosunku przysługiwania, *l'appropriabilité des biens*)¹³⁹, pojęcie „dobra” to najważniejsze określenie. Dobro dzieli się na rzeczy (materialne i niematerialne) oraz prawa. Nie jest to jedyne wyrażane zapatrywanie, bowiem wyróżnia się też inne interpretacje. Ich szczegółowa analiza wykracza poza zakres badań. Z punktu widzenia dalszej analizy ma jednak istotne znaczenie, gdyż dosyć powszechnie w literaturze francuskiej pojęcie „rzeczy” nie jest w prawie francuskim utożsamiane z pojęciem „prawa” – zwłaszcza z punktu widzenia wyżej przedstawionej treści definicji sprzedaży, która polega na sprzedaży rzeczy (art. 1582 CC fr.).

W rezultacie powyższych założeń zazwyczaj przyjmuje się, że pojęcie rzeczy (*la chose*) w rozumieniu przepisów regulujących sprzedaż (art. 1582 i 1583 CC fr.) obejmuje jej szerokie rozumienie, a zatem obejmuje zarówno dobra materialne (*les biens corporels*) i niematerialne (*les biens incorporels*). Zakłada się, że reżim umowy sprzedaży dotyczy także praw (wbrew zaprezentowanemu powyżej zamętowi terminologicznemu)¹⁴⁰. Potwierdza to zresztą brzmienie art. 1598 CC fr., zgodnie z którym wszystko, co znajduje się w handlu (obrocie), może zostać sprzedane, chyba że określone przepisy stanowią inaczej. Ponadto w regulacji kodeksowej umowy sprzedaży są zawarte odpowiednie przepisy właściwe dla dostarczenia różnego rodzaju praw (art. 1689–1701-1 CC fr., *du transport de certains droits incorporels, des droits successifs et des droits litigieux*).

Jednakże, aby dookreślić reżim sprzedaży praw, nie można poprzestać jedynie na regulacji sprzedaży. Musi ona zostać uzupełniona o odpowiednie przepisy właściwe dla przeniesienia sprzedawanego prawa. Są to regulacje właściwe dla cesji wierzytelności (*cession de créance*), cesji umowy (*cession de contrat*), cesji praw spornych (*cession de droits litigieux*) i in.¹⁴¹ Powoduje to cały szereg trudności, także dla wykładni reżimu rękojmiami za wady (*la garantie*) – o czym mowa poniżej.

W literaturze za sporną uznaje się kwestię sprzedaży praw własności intelektualnej. Przyjmuje się, że do sprzedaży samego nośnika (materialnego) tego prawa zostaną zastosowane ogólne przepisy o sprzedaży rzeczy bez większych wątpliwości. Literatura nie jest jednak zgodna co do charakteru sprzedaży prawa majątkowego

¹³⁷ R. Libchaber, *Biens...*, nb 67.

¹³⁸ R. Libchaber, *Biens...*, nb 67.

¹³⁹ Zob. S. Ginossar, *Droit...*, s. 33.

¹⁴⁰ D. Montoux, *V° Vente mobilière – Fasc. 10: Vente mobilière. – Règles générales*, [w:] *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Lexis360.fr 2017, nb 67; O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 50.

¹⁴¹ O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 51.

na dobrach niematerialnych. Umowy takie określa się mianem *sui generis* (nie jest to „czysta” postać umowy sprzedaży). Wobec tego reżim regulujący sprzedaż musi znaleźć zastosowanie z odpowiednimi modyfikacjami¹⁴². Warto jeszcze wskazać, że pomimo szerokiego pojęcia „rzeczy” („dóbr”), podobnie jak na gruncie kodeksu cywilnego austriackiego, spod zakresu umowy sprzedaży zostały wyjęte usługi (*des services*)¹⁴³, choć – jak się podkreśla – w języku potocznym sprzedaż praw ujmuje się jako sprzedaż usług (co nie może być jednak utożsamiane – w technicznym znaczeniu)¹⁴⁴.

Regulacja rękojmi za wady przy sprzedaży (*la garantie*) została przewidziana w art. 1625 i n. CC fr. i dzieli się na gwarancję na wypadek ewikcji (*de la garantie en cas d'éviction*, art. 1626–1640 CC fr.) oraz na gwarancję za wady rzeczy sprzedanej (*de la garantie des défauts de la chose vendue*, art. 1641–1649 CC fr.). Zakres regulacji rękojmi za wady, ze względu na upowszechnienie się obrotu towarów „złożonych” (komputerów, pojazdów i innych maszyn), został ostatnimi laty bardzo rozszerzony¹⁴⁵. Niezależnie od reżimów szczególnych umowy sprzedaży (zob. uwagi poniżej, np. co do sprzedaży wierzytelności) sama rękojmia za wady (*la garantie*) posiada jeszcze dalsze, szczególne uregulowania. Dotyczy to np. sprzedaży nieruchomości, która została przez niego zbudowana (art. 1642-1, 1646-1 CC fr.) czy sprzedaży zwierząt¹⁴⁶.

Zgodnie z art. 1625 CC fr. rękojmia za wady (*la garantie*) obejmuje dwa elementy: 1) spokojne przeniesienie posiadania rzeczy oraz 2) wady (*le défaut*) ukryte i ujawnione tej rzeczy. Według art. 1626 CC fr., nawet jeśli w chwili sprzedaży strony nie określiły postanowień dotyczących rękojmi za wady, sprzedający i tak jest zobowiązany z mocy prawa do zagwarantowania kupującemu, że sprzedana rzecz nie zostanie mu odebrana (ewikcja) w całości lub części albo że nie będzie on obciążony opłatami związanymi z tą rzeczą, które nie zostały mu oświadczone w momencie sprzedaży. Z kolei według art. 1641 CC fr. sprzedawca jest odpowiedzialny za wady rzeczy sprzedanej, czyniące ją niezdatną do użytku, do którego rzecz jest przeznaczona, lub tak zmniejszające ten użytek, że kupujący nie nabyłby rzeczy lub zapłaciłby niższą cenę, gdyby o nich wiedział. Zasadniczo więc, tak jak sama umowa sprzedaży, rękojmia za wady odnosi się do pojęcia „rzecz” (*la chose*).

Akceptacja szerokiego rozumienia terminu „rzecz” – co zostało przedstawione powyżej – powoduje, że zastosowanie reżimu rękojmi (na wypadek ewikcji i za wady ukryte) do sprzedaży praw i pozostałych dóbr co do zasady uznaje się

¹⁴² O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 52.

¹⁴³ O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 53. Na marginesie można wskazać, że problematyczne na gruncie CC fr. są sytuacje hybrydowe – w umowie zastrzeżone jest świadczenie usług i przeniesienie własności np. sprzedaż budynku, który ma być wybudowany. Orzecznictwo przyjęło kilka kryteriów, np. umowa ma charakter sprzedaży, jeżeli wartość materiałów jest większa niż wartość dzieła; O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 56–68.

¹⁴⁴ O. Barret, P. Brun, *Vente: structure...*, nb 50–51.

¹⁴⁵ O. Barret, P. Brun, *Vente: effets. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2020, nb 527.

¹⁴⁶ O. Barret, P. Brun, *Vente: effets...*, nb 531.

za dopuszczalne. Dominuje zapatrywanie, zgodnie z którym rękojmia na wypadek ewikcji (art. 1625 i n. CC fr.) może być stosowana do sprzedaży rzeczy materialnych oraz niematerialnych¹⁴⁷. Również rękojmia za wady rzeczy sprzedanej (art. 1641 i n. CC fr.) znajduje zastosowanie do tych dwóch kategorii rzeczy (materialnych i niematerialnych)¹⁴⁸.

Nie tak jasne okazuje się stanowisko literatury w zakresie sprzedaży prawa (*le droit*) – ze względu na wiele regulacji szczególnych do niej się odnoszących. Pojęcie „prawa” jest bowiem niejednoznaczne. Na ogół w literaturze przyjmuje się, że rękojmię za wady można zastosować również do sprzedaży praw¹⁴⁹. Potwierdza to zresztą ustawodawca (art. 1693 CC fr.; choć w zakresie wierzytelności zob. 1701-1 CC fr.). Można więc uznać, że sama „zasada” zastosowania reżimu rękojmi (*la garantie*) do zbywanych praw i dóbr niematerialnych, zgodnie z dominującym zapatrywaniem, jest akceptowana. Nie jest już tak jasne stanowisko doktryny co do zakresu przepisów, które mają znaleźć zastosowanie do poszczególnych kategorii praw. Wykładnia regulacji kodeksu cywilnego francuskiego nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów – zwłaszcza po nowelizacji dokonanej ordonanssem z 2016 r., która w znacznym zakresie zrewolucjonizowała obrót prawami i obowiązkami, np. poprzez dodanie regulacji cesji długu (*la cession de dette*, art. 1327 CC fr.¹⁵⁰) i modernizacji cesji wierzytelności (*la cession de créance*)¹⁵¹.

Przy zbywaniu praw najbardziej specyficzna jest cesja wierzytelności (art. 1321 i n. CC fr.), ponieważ samodzielnie reguluje ona reżim rękojmi za wady cesji (art. 1326 CC fr.). Umowa cesji wierzytelności nie ma charakteru umowy rozporządzającej, tak jak to bywa w wielu systemach kontynentalnych (np. polskim czy niemieckim), ponieważ system francuski odrzuca konstrukt umowy rzeczowej. Umowa cesji przenosi „natychmiast” wierzytelność (*transmission immédiate de la créance*, art. 1323 CC fr.), czyli z mocy samej umowy cesji. Wywołuje ona dwa rodzaje skutków: 1) tworzy zobowiązanie do zapłaty (jeżeli jest odpłatna), 2) przenosi wierzytelność na cesjonariusza¹⁵². Przeniesienie wierzytelności jest skuteczne względem osób trzecich z chwilą sporządzenia aktu cesji (art. 1323 CC fr.), który musi mieć, pod rygorem nieważności, formę pisemną (art. 1322 CC fr.).

Powyższe rodzi pytanie o relację umowy cesji wierzytelności (art. 1321 i n. CC fr.) do umowy sprzedaży (art. 1582 i n. CC fr.). Zagadnienie to staje się aktualne zwłaszcza po reformie z 2016 r., skoro od tego czasu cesja może być również nieodpłatna (art. 1321 CC fr.). Umowa sprzedaży jest natomiast ze swej istoty odpłatna. Problem ten jednak okazuje się pozorny, ponieważ w literaturze francuskiej jednoznacznie

¹⁴⁷ R. Le Guide, Art. 1625 et 1626 – Fasc. unique: *Obligations du vendeur. – Garantie en cas d'éviction: étendue, conditions et exercice*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2019, nb 4.

¹⁴⁸ J. Huet, Art. 1641 à 1649 – Fasc. 20: *Vente. – Garantie légale contre les vices cachés. – Domaine de la garantie*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2018, nb 90.

¹⁴⁹ O. Barret, P. Brun, *Vente: effets...*, nb 394 wraz z przytoczoną tam literaturą, nb 548.

¹⁵⁰ F. Rouvière, *Cession de dette. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2018, nb 1.

¹⁵¹ C. Ophèle, *Cession de créance. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2018, nb 1.

¹⁵² L. Lionel, Art. 1321 à 1326 – Fasc. 20: *régime général des obligations. – Opérations sur obligations. – Cession de créance. – Effets*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2020, nb 2.

przyjmuje się, że jeżeli umowa cesji ma charakter odpłatny, należy ją kwalifikować równocześnie jako sprzedaż (*la vente*)¹⁵³.

Regulacje dotyczące umowy cesji wierzytelności regulują rękojmię (*la garantie*) odrębnie w stosunku do umowy sprzedaży. Zgodnie z art. 1326 CC fr. (*la garantie légale*) cedent zbywający wierzytelność odpłatnie gwarantuje istnienie roszczenia i jego akcesoriów, chyba że cesjonariusz nabył wierzytelność na własne ryzyko lub wiedział o jej niepewnym charakterze. Cedent odpowiada za wypłacalność dłużnika tylko wtedy, gdy się do tego zobowiąże i tylko do wysokości ceny, którą mógł uzyskać z tytułu cesji wierzytelności. Strony mogą postanowić inaczej – tak by cedent odpowiadał za wypłacalność dłużnika w chwili cesji wierzytelności lub w chwili wymagalności tej wierzytelności. Przyjęcie na siebie takiej odpowiedzialności powinno być wyraźnie określone w umowie.

Wskazana regulacja została wprowadzona po reformie kodeksu cywilnego francuskiego z 2016 r. Przed tym rokiem rękojmia za wady była uregulowana wyłącznie w art. 1693 CC fr., zgodnie z którym, kto sprzedaje wierzytelność (*créance*) lub inne niematerialne prawo (*droit incorporel*), musi zagwarantować jego istnienie w czasie dostarczenia (*délivrance*), nawet jeśli odbywa się to bez wyraźnej gwarancji. Po 2016 r. powołany art. 1693 CC fr. nie obejmuje już swą treścią wierzytelności, lecz tylko inne prawa niematerialne¹⁵⁴. Zamiast tego w przepisach o cesji wierzytelności dodano powołany powyżej art. 1326 CC fr.¹⁵⁵ *Prima facie* pomiędzy art. 1693 CC fr. (odnoszącym się do praw niematerialnych) oraz art. 1326 CC fr. (odnoszącym się do wierzytelności) zachodzi kolizja, skoro wierzytelność jest także postrzegana jako postać prawa niematerialnego. Dlatego w art. 1701-1 CC fr. ustawodawca przesądził, że do cesji wierzytelności nie znajduje zastosowania m.in. art. 1693 CC fr. (czyli reżim rękojmi z umowy sprzedaży). Jednoznacznie określono, że zastosowanie w tym przypadku będzie mieć wyłącznie art. 1326 CC fr. Nie wywołuje to większych różnic, ponieważ nowy art. 1326 CC fr. był wzorowany na regulacji dotyczącej umowy sprzedaży¹⁵⁶.

Podsumowując powyższe nieco skomplikowane rozważania, należy stwierdzić, że co do zasady do umowy cesji wierzytelności znajdzie zastosowanie reżim rękojmi przy cesji wierzytelności (art. 1326 CC fr.), natomiast przy sprzedaży (przenoszeniu) innych praw niematerialnych zastosowanie znajdzie reżim rękojmi przy sprzedaży (art. 1693 CC fr.)

Powyższy wniosek trzeba uzupełnić jeszcze o jedną uwagę. Pomimo rozstrzygnięcia potencjalnej kolizji reżimu rękojmi przy cesji oraz umowy sprzedaży (w cytowanym art. 1701-1 CC fr.) stanowisko literatury nie jest w tym przedmiocie takie oczywiste. Dotyczy to odpłatnej umowy cesji, którą wówczas kwalifikuje się jako sprzedaż prawa. Jak się w takim przypadku przyjmuje, cesjonariusz może

¹⁵³ C. Ophèle, *Cession...*, nb 100–103; L. Lionel, *Art. 1321...*, nb 4, 28–29.

¹⁵⁴ M. Mignot, *Art. 1689 à 1698 – Fasc. unique: Vente. – Transport des droits incorporels autres que la vente*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2019, nb 2.

¹⁵⁵ C. Ophèle, *Cession...*, nb 179.

¹⁵⁶ L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 19.

alternatywnie powoływać się na regulację rękojmi przy cesji lub na regulację rękojmi przy sprzedaży. Jest to zatem zbieg kumulatywno-alternatywny, czyli że uprawniony ma wybór między jedną a drugą regulacją¹⁵⁷. Ponadto wykładnia art. 1326 CC fr. określa, że nie jest wykluczone okazjonalne odwoływanie się do ogólnej regulacji rękojmi za wady (art. 1625 i n. CC fr.), tzn. interpretowanie regulacji dotyczących rękojmi przy cesji w sposób zorientowany na rękojmię przy sprzedaży¹⁵⁸.

Z brzmienia powołanego wyżej art. 1326 CC fr. wynika, że rękojnia (*la garantie*) przy cesji wierzytelności obejmuje tylko cesję odpłatną¹⁵⁹. Jest to bowiem jedyne ograniczenie, ponieważ znajduje ona zastosowanie do wszystkich cesji wierzytelności, niezależnie od ich charakteru (np. cywilnego czy handlowego)¹⁶⁰. Odnosi się zatem również do cesji tytułów uczestnictwa w spółkach¹⁶¹. Jednakże, w tym ostatnim zakresie, wady tytułów stanowią wady samego przedsiębiorstwa wchodzącego do majątku spółki. Zagadnienie to nie jest rozstrzygane jednoznacznie¹⁶². Pozostaje sporne, gdyż występują głosy, które do sprzedaży tytułów uczestnictwa nakazują stosować jednak reżim art. 1693 CC fr.¹⁶³

Rękojnia przy cesji wierzytelności obejmuje, po pierwsze, zagwarantowanie istnienia prawa w chwili dokonania (dostarczenia) umowy cesji (*l'existence de la créance*)¹⁶⁴. Przyjmuje się, że cedent odpowiada również za częściowe nieistnienie wierzytelności. Taka sytuacja zachodzi również, gdy kwota wierzytelności jest mniejsza niż ta określona w umowie cesji (np. 500 euro zamiast obiecanych 1.000 euro)¹⁶⁵. Cedent odpowiada również za wierzytelności, które co prawda istnieją, ale nie mogą zostać wyegzekwowane (np. gdy wierzytelność jest obciążona zastawem)¹⁶⁶. Po drugie, odpowiedzialność sprzedawcy przy cesji obejmuje również prawa związane akcesoryjnie z wierzytelnością (*accessoires de la créance*). Mowa tu w szczególności o hipotecie (ale też o zastawie, poręczeniu i in.), która zabezpiecza zbywaną wierzytelność. Jeżeli takowa nie istniała w chwili dokonania aktu cesji, cedent jest odpowiedzialny względem cesjonariusza¹⁶⁷. Odpowiedzialność cedenta nie powstaje, jeżeli wierzytelność wygasła po dokonaniu cesji. Podkreśla się jednocześnie, że niezbędne jest określenie nie tyle daty wygaśnięcia wierzytelności, co daty wystąpienia przyczyny jej wygaśnięcia. Jeżeli przyczyna powstała po dokonaniu cesji (np. ze względu na przedawnienie), cedent nie będzie ponosił odpowiedzialności¹⁶⁸. Zasadniczo, na podstawie art. 1326 CC fr., cedent nie ponosi odpowiedzialności za wypłacalność dłużnika zbywanej wierzytelności. Pewne reguły jednak nakładają tę

¹⁵⁷ L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 19.

¹⁵⁸ L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 22.

¹⁵⁹ C. Ophèle, *Cession...*, nb 178.

¹⁶⁰ C. Ophèle, *Cession...*, nb 180.

¹⁶¹ C. Ophèle, *Cession...*, nb 180.

¹⁶² C. Ophèle, *Cession...*, nb 188.

¹⁶³ M. Mignot, *Art. 1689...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 13.

¹⁶⁴ L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 19.

¹⁶⁵ C. Ophèle, *Cession...*, nb 182; L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 20.

¹⁶⁶ L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 20.

¹⁶⁷ C. Ophèle, *Cession...*, nb 186; L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 21.

¹⁶⁸ C. Ophèle, *Cession...*, nb 189.

odpowiedzialność na cedenta. Przykładem takiej regulacji jest przeniesienie weksla poprzez indos (*l'endossement*), gdzie indosatariusz (*l'endosseur*), o ile nie uzgodniono inaczej, jest gwarantem przyjęcia i płatności (L511-10 C. Com. fr.¹⁶⁹)¹⁷⁰.

Zaprezentowane zasady odpowiedzialności sprzedawcy prawa są dyspozytywne, a zatem mogą być rozszerzone, zawężone lub wyłączone (*la garantie conventionnelle*)¹⁷¹. W analizie prawa francuskiego to bardzo istotny czynnik, ponieważ – jak praktyka pokazuje – regulacja rękojmi jest niemalże zawsze modyfikowana przez strony i stanowi podstawową treść umów. Co jednak charakterystyczne dla systemu francuskiego, zrealizowanie się przesłanek rękojmi przy cesji wywołuje skutki określone przez ogólne prawo sprzedaży (*la vente*) i obejmuje określone w niej uprawnienia¹⁷².

Rękojmia za sprzedaż innych praw niematerialnych (niż wierzytelność) została natomiast uregulowana w art. 1693 CC fr. Według jego brzmienia, kto sprzedaje niematerialne prawo (*droit incorporel*), musi zagwarantować jego istnienie w czasie dostarczenia (*délivrance*), nawet jeśli odbywa się to bez wyraźnej gwarancji. Co istotne, wskazana regulacja dotyczy wyłącznie cesji praw osobistych (czyli obligacyjnych, *droits personnels*), ponieważ prawa rzeczowe (*droits réels*) podlegają odrębnemu reżimowi (art. 537 i n. CC fr.) i ogólnej rękojmi na wypadek ewikcji oraz za wady rzeczy sprzedanej (art. 1625, 1641 i n. CC fr.)¹⁷³. Wynika to z brzmienia art. 1689 CC fr., który ogranicza zastosowanie kolejnych przepisów (w tym wspomnianego art. 1693 CC fr.) tylko do praw skutecznych względem osób trzecich (*vers les tiers*), czyli dłużnika. Zasadniczo jednak reżimy art. 1326 oraz art. 1693 CC fr. są zbieżne w swej treści i rezultacie¹⁷⁴. Powyżej zaprezentowane uwagi co do art. 1326 CC fr. znajdują zastosowanie *mutatis mutandis* do odpowiedzialności co do sprzedaży innych praw niematerialnych (art. 1693 CC fr.).

Bez dogłębnej analizy ustawodawca określa również szczególne przepisy co do odpowiedzialności z tytułu rękojmi (*la garantie*) właściwe dla poszczególnych praw. Na przykład zbycie spadku lub praw spadkowych oraz odpowiedzialność za to zbycie zostały uregulowane w art. 1696 CC fr. (*cession de succession ou de droits successifs*). Zgodnie z powołaną regulacją każdy, kto sprzedaje spadek bez wyszczególnienia jego przedmiotów, jest zobowiązany do zagwarantowania swojego statusu spadkobiercy. Regulacja ta wywołuje wiele wątpliwości, w szczególności co do zakresu regulacji rękojmi za wady. Nie jest bowiem jasne, czy art. 1696 CC fr. wyklucza ogólną regulację rękojmi (a zatem, czy stanowi samoistny reżim), czy tylko ją uzupełnia¹⁷⁵.

¹⁶⁹ *Code de commerce* z 15.08.1807 r. (francuski kodeks handlowy).

¹⁷⁰ C. Ophèle, *Cession...*, nb 180.

¹⁷¹ C. Ophèle, *Cession...*, nb 196 i n.

¹⁷² C. Ophèle, *Cession...*, nb 191; L. Lionel, *Art. 1321...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 19. Pozostaje tylko sporna granica odpowiedzialności cedenta, tzn. czy jest to kwota, jaką uzyskał on w zamian za zbyciem wierzytelność, czy może wysokość zbywanej wierzytelności – C. Ophèle, *Cession...*, nb 192.

¹⁷³ M. Mignot, *Art. 1689...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 2.

¹⁷⁴ M. Mignot, *Art. 1689...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 21.

¹⁷⁵ D. Guével: *Cession de droits successifs. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016, nb 128-134; M. Mignot, *Art. 1689...*, [w:] *JurisClasseur...*, nb 102-112.

W przypadku sprzedaży praw własności intelektualnej (np. patentu, *brevet*) dopuszcza się zastosowanie ogólnego reżimu rękojmi przy sprzedaży (art. 1625 i n. CC fr.). Dotyczy to zarówno rękojmi na wypadek ewikcji (art. 1625 i n. CC fr.), jak i rękojmi za wady rzeczy sprzedanej (art. 1641 i n. CC fr.), choć tę ostatnią zwykło się określać jako rękojmię za wady prawa sprzedanego¹⁷⁶.

Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych (*contrat de fourniture de contenus numeriques et de services numeriques*, CNSN) zostały natomiast uregulowane w kodeksie konsumenckim (art. L224-25-1 i n. C. Con. fr.¹⁷⁷). Wskazane przepisy wprowadzono ordonanssem nr 2021-1247 z 29.10.2021 r. Stanowią one implementację dyrektyw 2019/770 i 2019/771. Zakres uregulowania odnosi się zatem jedynie do stosunków konsumenckich (art. L224-25-2 ust. 1 C. Con. fr.). W zakresie sprzedaży treści lub usług cyfrowych z towarami czy innymi usługami o niecyfrowym charakterze omawiane regulacje znajdują zastosowanie jedynie co do treści czy usług cyfrowych (art. L224-25-2 ust. 2 C. Con. fr.). Przedsiębiorca odpowiada za niezgodności treści cyfrowych czy usług cyfrowych z umową według kryteriów określonych w ustawie (art. L224-25-12 ust. 1 C. Con. fr.).

3.3. Prawo niemieckie

Umową sprzedaży sprzedawca rzeczy zobowiązuje się do przekazania kupującemu tej rzeczy (*Sache*) i przeniesienia prawa własności do tej rzeczy. Sprzedawca musi dostarczyć kupującemu rzecz wolną od wad rzeczowych i wad prawnych (*Sach- und Rechtsmängel*). Kupujący jest zobowiązany do zapłacenia sprzedającemu uzgodnionej ceny oraz do przyjęcia rzeczy (art. 433 BGB, *Sachkauf*)¹⁷⁸.

System niemiecki jest jednym z modelowych systemów, który zaaprobował wąskie ujęcie pojęcia „rzecz”. Rzeczą w rozumieniu kodeksu cywilnego niemieckiego jest tylko przedmiot materialny (*körperliche Gegenstände*, § 90 BGB). W rezultacie, zgodnie z literalnym brzmieniem § 433 i n. BGB, do czasu nowelizacji kodeksu z 1.01.2002 r. umowę sprzedaży można było stosować wyłącznie w stosunku do przedmiotów materialnych, z pominięciem przedmiotów niematerialnych (*unkörperliche Gegenstände*, z wyjątkiem wierzytelności, zob. § 437 BGB1900). Mimo tak wąskiego zakresu przepisów w literaturze było bezsporne, że § 433 BGB1900 należy wyklądać rozszerzająco, tzn. nie zawężać jego zakresu do przedmiotów fizycznych¹⁷⁹. Ostatecznie i tak zdecydowano się dokonać reformy kodeksu cywilnego niemieckiego, która miała na celu zmodernizowanie prawa zobowiązań i dostosowanie jej do nowych realiów. Jednym z owoców tej nowelizacji było dodanie § 453 BGB, zgodnie z którym przepisy o sprzedaży rzeczy znajdują odpowiednie zastosowanie do sprzedaży praw i innych

¹⁷⁶ Trzeba też wskazać, że w zakresie tej drugiej rękojmi – za wady praw sprzedanych – zaistniał spór co do jej wykładni; zob. szerzej O. Lestrade, *Fasc. 4730: Cession de brevet*, [w:] *JurisClasseur Brevets*, Lexis360.fr 2020, nb 55–103.

¹⁷⁷ *Code de la consommation* – dalej C. Con. fr.

¹⁷⁸ B. Grunewald, *Kaufrecht. Handbuch des Schuldrechts*, t. 6, Tübingen 2006, s. 62–63.

¹⁷⁹ M. Haedicke, *Rechtskauf...*, s. 41, 67–68.

przedmiotów (ust. 1, *Rechtskauf, Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen*)¹⁸⁰. Dało to podstawę prawną, bez nawiązywania do koncepcji umów nienazwanych czy zastosowania analogii, do stosowania § 433 i n. BGB do umów sprzedaży praw. Celem normy było uporządkowanie przepisów o sprzedaży innych praw majątkowych i pozostałych dóbr¹⁸¹.

Przedmiotem umowy sprzedaży mogą być wszystkie zbywalne prawa podmiotowe, jak i pozostałe dobra (względem których nie przyznano praw podmiotowych)¹⁸². Dotyczy to m.in. roszczeń (w rozumieniu § 194 BGB, czyli wierzytelności, *Forderungen*) niezależnie, czy mają one za przedmiot świadczenie pieniężne, czy niepieniężne, prawa rzeczowe (np. zastaw, hipotekę, dług gruntowy czy rentę gruntową, prawo zabudowy), prawa własności intelektualnej (np. patenty, chyba że są przenoszone w celu używania – wówczas jest to umowa licencji, *Lizenzvertrag*¹⁸³), udziały w spółkach handlowych, uprawnienia i koncesje z prawa publicznego (np. pozwolenie na budowę)¹⁸⁴. Natomiast § 453 ust. 1 BGB nie może znaleźć zastosowania do praw niezbywalnych, tj. wierzytelności z wyłączoną zbywalnością (np. poprzez zastrzeżenie *pactum de non cedendo*, § 399 BGB), użytkowania (§ 1059 BGB), służebności osobistej (§ 1092 ust. 1 pkt 1 BGB) i innych praw o osobistym charakterze¹⁸⁵. Sprzedaż praw nie odnosi się także do przeniesienia posiadania (§ 854 ust. 1 BGB)¹⁸⁶. Jak jeszcze się przyjmuje, § 453 BGB nie stosuje się do nabycia własności, która dotyczy się tylko rzeczy materialnych¹⁸⁷. W tym ostatnim zakresie znajduje zastosowanie ogólny reżim rękoi sprzedaży. Na mocy § 453 BGB regulacje dotyczące umowy sprzedaży znajdują zastosowanie również do pozostałych przedmiotów (*sonstige Gegenstände*). Obejmuje to, jak się przyjmuje, przede wszystkim zbiory rzeczy lub praw np. przedsiębiorstwo (*Unternehmen*)¹⁸⁸.

Ustawodawca niemiecki czyni silne rozróżnienie praw na takie, które przyznają prawa do posiadania rzeczy, jak i takie, które nie przyznają prawa do posiadania do rzeczy (ich substrat; przedmiot jest niematerialny). Umowa sprzedaży praw i innych przedmiotów zobowiązuje do przeniesienia na nabywcę praw i tych przedmiotów. Jeżeli określone prawo przyznaje uprawnienia do posiadania rzeczy, niezbędne jest także wydanie tej rzeczy w sposób wolny od wad fizycznych i prawnych¹⁸⁹. W przypadku praw, które nie przyznają uprawnień do rzeczy, zbywca musi dokonać

¹⁸⁰ W. Ernst, [w:] *Historisch-kritischer...*, t. III, *Schuldrecht...*, s. 56; R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 433–480 (Kaufrecht)*, Berlin 2014, § 453 BGB, nb 1.

¹⁸¹ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 2.

¹⁸² R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 12.

¹⁸³ B. Grunewald, *Kaufrecht...*, s. 63.

¹⁸⁴ B. Grunewald, *Kaufrecht...*, s. 63–64; R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 3; R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 14.

¹⁸⁵ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 20.

¹⁸⁶ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 5; U. Büdenbender, [w:] *NomosKommentar. BGB. Schuldrecht. Bd 2/1: §§ 241–610*, red. B. Dauner-Lieb, W. Langen, Baden-Baden 2016, § 453 BGB, nb 4, s. 1815.

¹⁸⁷ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 21.

¹⁸⁸ B. Grunewald, *Kaufrecht...*, s. 64–65.

¹⁸⁹ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 1.

wszelkich czynności niezbędnych do przeniesienia lub ustanowienia prawa (np. wpis w odpowiednim rejestrze, zawiadomienie dłużnika)¹⁹⁰. Mogą to być także prawa przyszłe i prawa warunkowe¹⁹¹. Jak się przyjmuje, to, że określone prawo nie istnieje lub nawet nie może istnieć, nie wpływa na skuteczność (ważność) umowy¹⁹².

Jednakże przepisy regulujące sprzedaż rzeczy nie zawsze mogą być, nawet odpowiednio, zastosowane do sprzedaży praw. W rezultacie w zakresie sprzedaży praw nadal panuje pewien nieład, który jest skutkiem wielu problemów interpretacyjnych¹⁹³. Jeden z nich to kwestia odpowiedniego zastosowania § 434 i 435 BGB, które regulują wady rzeczowe (fizyczne, *Sachmangel*) oraz prawne (*Rechtsmangel*) rzeczy, do sprzedaży praw¹⁹⁴. Nie chodzi tu o same regulacje, które uprawniają kupującego do posiadania rzeczy, bo w kontekście treści § 453 ust. 3 BGB są one jednoznaczne i bezsporne. Jak się przyjmuje, rękojmia za wady prawne i fizyczne znajduje tu zastosowanie nawet wprost (a nie odpowiednio)¹⁹⁵. Problem natomiast powstaje podczas sprzedaży praw, które nie przyznają prawa do posiadania rzeczy, a zatem ich przedmiot jest niematerialny. Pojawia się tu zatem wątpliwość, w jakim zakresie znajdzie zastosowanie reżim rękojmi za wady.

W orzecznictwie i literaturze zaczęły się toczyć dyskusje, czy niezgodności w treści praw, które nie przyznają prawa do posiadania rzeczy, można objąć odpowiednio reżimem wad rzeczowych (fizycznych, *Sachmangel*; § 453 ust. 1 i 3 BGB). Wyróżnia się stanowiska: uznające dopuszczalność takiego zabiegu¹⁹⁶ i nieuznające jego dopuszczalności¹⁹⁷. Spór powstał na gruncie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa. Zwolennicy poglądu przeciwnego uznawali, że rękojmia za wady w swojej podstawowej treści nie obejmuje wad przedsiębiorstwa¹⁹⁸. Jako argumenty za tym stanowiskiem podnosi się: 1) gdyby uznać, że wszystkie prawa byłyby objęte reżimem rękojmi za wady fizyczne, to § 453 ust. 3 BGB okazałby się niepotrzebnym przepisem, 2) brakuje ścisłego związku między prawem a przedmiotem, 3) krótki termin przedawnienia z § 438 BGB jest nieuzasadniony do sprzedaży praw.

Zwolennicy stosowania rękojmi za wady fizyczne do zbywanych praw argumentują z kolei, że taka wykładnia jest sprzeczna z *ratio legis* nowelizacji z 1.01.2002 r., która miała na celu zmodernizowanie, a nie zachowanie *statusu quo* (ponieważ przed reformą i wejściem w życie § 453 BGB uznawano, że regulacja rękojmi za wady

¹⁹⁰ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 11.

¹⁹¹ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 4.

¹⁹² R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 5.

¹⁹³ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 5.

¹⁹⁴ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 42–44.

¹⁹⁵ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 7; W. Weidenkaff, [w:] *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, red. G. Brudermüller, I. Götz, S. Herrler, K. Thorn, D. Weidlich, J. Ellenberger, C. Grüneberg, H. Sprau, W. Weidenkaff, J. Wicke, München 2020, § 453 BGB, nb 21a, s. 698.

¹⁹⁶ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 42–44.

¹⁹⁷ B. Grunewald, *Kaufrecht...*, s. 101; U. Büdenbender, [w:] *NomosKommentar...*, § 453 BGB, nb 14, s. 1817; S. Leible, M. Müller, [w:] *Juris.PraxisKommentat. BGB, Schuldrecht. Teil 2: §§ 433 bis 630h*, t. 2.2., red. R. Beckmann, Saarbrücken 2015, § 453 BGB, nb 12–13, s. 239, 240; B. Grunewald, [w:] *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, red. H.P. Westermann, B. Grunewald, Köln 2017, § 453 BGB, nb 13; 16–18, s. 1891–1892; W. Weidenkaff, [w:] *Palandt...*, § 453 BGB, nb 21b, s. 698.

¹⁹⁸ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 46.

fizycznie nie może znaleźć zastosowania do zbywanych praw¹⁹⁹)²⁰⁰. Spór nie jest jednoznacznie rozstrzygnięty w literaturze, natomiast orzecznictwo uznało dopuszczalność stosowania rękojmi za wady fizyczne do sprzedaży praw. Akceptacja tej interpretacji oznaczałaby, że wady muszą istnieć w chwili dokonania rozporządzenia prawem. Moment ten jest również miarodajny dla początku biegu przedawnienia²⁰¹.

Wyróżnić należy także stanowisko pośrednie. Zgodnie z nim zasadniczo nie można zastosować rękojmi za wady fizyczne do zbywanych praw, które nie przysługują uprawnieniom do rzeczy (§ 434 BGB). Jednakże w przypadku, gdy np. zbywana wierzytelność co prawda istniała i została przeniesiona na nabywcę (kupującego), ale posiada niezgodności w swej treści (np. roszczenie nie opiewa na uzgodnioną kwotę, jest inny termin wymagalności, przewidywała niższe odsetki) to zbywca jest odpowiedzialny za wady prawne tego prawa (§ 435 BGB w zw. z § 453 BGB). W konsekwencji – wady treści zbywanych praw nie stanowią przykładu wad fizycznych, a przykład wad prawnych²⁰².

Nie jest także oczywiste zastosowanie do sprzedawanych praw rękojmi za wady prawne (§ 435 BGB). Literatura zgodnie przyjmuje, że wada tytułu prawnego istnieje, gdy prawo jest obciążone prawem osoby trzeciej (np. hipoteką)²⁰³. Jeżeli natomiast prawo nie istnieje (np. wierzytelność nie powstała ze względu na nieważność czynności prawnej), to jest to, według literatury, przejaw niemożliwości świadczenia (§ 275 BGB), a nie wada prawna²⁰⁴. Wobec powyższego przypadek nieistnienia prawa nie uzasadnia zastosowania reżimu rękojmi za wady prawne, ale ogólnych przepisów o naruszeniu zobowiązania (§ 437 BGB)²⁰⁵. Dotyczy to również sytuacji, w której prawo co prawda istniało, lecz przysługiwało osobie trzeciej²⁰⁶.

Analizowany § 453 BGB po raz kolejny został zmieniony na mocy ustawy z 25.06.2021 r. wdrażającej dyrektywę w sprawie niektórych aspektów prawa umów dotyczących dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych (*Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen*)²⁰⁷. Zgodnie ze zmienionym brzmieniem § 453 ust. 1 zd. 2 BGB do umowy konsumenckiej sprzedaży treści cyfrowych przez przedsiębiorcę nie stosuje się przepisów: 1) § 433 ust. 1 zd. 1 oraz § 475 ust. 1 w sprawie wydania przedmiotu sprzedaży oraz terminu wykonania tego obowiązku; oraz 2) § 433 ust. 1 zd. 2, § 434–442, § 475 ust. 3 zd. 1, ust. 4–6 oraz § 476 i 477 dotyczących uprawnień w przypadku wad. W ich miejsce stosuje się przepisy rozdziału 3 tytułu 2a podtytułu 1, czyli te dotyczące konsumenckiej umowy obejmujące produkty

¹⁹⁹ Choć i to stanowisko nie było jednoznacznie aprobowane; por. wyrok BGH z 12.11.1969 r., I ZR 93/67, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1970, s. 653; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, *Besonderer Teil*, München 1972, s. 115.

²⁰⁰ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 47–49.

²⁰¹ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 53.

²⁰² R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 7.

²⁰³ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 8.

²⁰⁴ R. Wilhelmi, [w:] *Grosskommentar...*, § 453 BGB, nb 54–56.

²⁰⁵ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 7.

²⁰⁶ R.M. Beckmann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, § 453, nb 8.

²⁰⁷ BGBl. I S. 2123, ber. 2022 S. 105.

cyfrowe (*Verbraucherverträge über digitale Produkte*, § 327–327s BGB). Wskazuje się, że nowelizacja § 453 ust. 1 zd. 2 BGB miała na celu rozstrzygnięcie kolizji norm w zakresie uregulowań dotyczących umowy o dostarczanie treści cyfrowych (§ 327 i n. BGB), która także może być zakwalifikowana jako sprzedaż, oraz w zakresie umowy sprzedaży (§ 433 i n. BGB)²⁰⁸. Wyłączenie to ma jedynie zakresowy charakter, co obejmuje głównie uregulowania dotyczące wydania przedmiotu sprzedaży, terminu wykonania tego obowiązku i uprawnień z tytułu wad. W reżimie umowy o dostarczanie treści cyfrowych zostały uregulowane wady produktu (*Produktmangel*). Według § 327e ust. 1 BGB produkt cyfrowy jest wolny od wad, jeśli spełnia wymagania subiektywne, wymagania obiektywne i wymagania integracyjne w odpowiednim czasie zgodnie z przepisami kodeksu. Jest to swoisty odpowiednik wad fizycznych (rzeczowych, *Sachmangel*). Według natomiast § 327g BGB produkt cyfrowy jest wolny od wad prawnych (*Rechtsmangel*), jeżeli konsument może z niego korzystać zgodnie z subiektywnymi lub obiektywnymi wymogami wynikającymi z § 327e ust. 2 i 3 BGB bez naruszania praw osób trzecich.

3.4. Prawo szwajcarskie

Rękojmia za wady w prawie szwajcarskim została uregulowana przy sprzedaży w szwajcarskim kodeksie zobowiązań. Przez umowę sprzedaży („kupna”, *Kaufvertrag*) sprzedawca zobowiązuje się wydać kupującemu przedmiot zakupu oraz przenieść jej własność, a kupujący zobowiązuje się do zapłaty sprzedającemu ceny (art. 184 OR).

Wskazany przepis mógłby sugerować, że dotyczy on również innych niż rzecz dóbr (*Kaufgegenstand*). Jednakże zobowiązanie polega także na przeniesieniu własności (*Eigentum*), a to – zgodnie z art. 641 ust. 1 ZGB – może się odnosić tylko do rzeczy (*Sachen*). Samo prawo cywilne szwajcarskie nie definiuje pojęcia „rzecz”, jednak w literaturze zgodnie przyjmuje się, że jest to jedynie przedmiot materialny (*körperliche Sachen*)²⁰⁹. Wobec tego, zgodnie z przyjmowanym stanowiskiem doktryny, podstawowym obowiązkiem sprzedawcy jest przeniesienie własności na kupującego i wydanie mu rzeczy²¹⁰, co winno nastąpić łącznie²¹¹. Obowiązek wydania rzeczy ruchomych wynika również z art. 714 ust. 1 ZGB (stanowi on warunek przeniesienia własności²¹²).

Mimo to, zgodnie z jednolicie przyjmowanym stanowiskiem orzecznictwa i literatury, przedmiotem umowy sprzedaży mogą być również inne dobra, jak np. prawa rzeczowe, ograniczone prawa rzeczowe, wierzytelności (*Forderungskauf*), prawa własności

²⁰⁸ F. Faust, [w:] *BeckOK BGB*, red. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2022, § 453, nb 35–37.

²⁰⁹ P. Liver, *Das Eigentum*, [w:] *Schweizerisches...*, s. 11; R. Arnet, [w:] *Schweizerisches...*, art. 641 OR, nb 6, 10.

²¹⁰ Na niejasność sformułowania art. 184 OR zwraca się uwagę w literaturze, np. C. Huguenin, *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von E. Maissen, B. Meise, T. Huber-Purtschert*, Zürich–Basel–Genf 2019, s. 721.

²¹¹ P. Cavin, *Kauf, Tausch und Schenkung*, [w:] *Schweizerisches Privatrechts. Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, M. Gutzwiller, H. Hinderling, A. Meier-Hayoz, H. Merz, P. Piotet-Roger, R. Secrétan, W. von Steiger, F. Vischer, Basel–Stuttgart 1977, s. 40–41.

²¹² Tak samo do przeniesienia własności nieruchomości konieczny jest wpis do księgi wieczystej (art. 958, 972 ZGB); zob. C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 747.

intelektualnej, dobra niematerialne (np. określone korzyści, sytuacje prawne), w tym m.in. *know-how*²¹³. W rezultacie przedmiot umowy nie musi zostać zawężony wyłącznie do „rzeczy”. Pozwala to wstępnie rozważać zastosowanie przepisów o umowie sprzedaży do zbywanych praw (względnych i bezwzględnych) i pozostałych dóbr – w szczególności regulacji rękojmi za wady – poza tymi charakterystycznymi dla sprzedaży rzeczy (np. obowiązek wydania rzeczy z art. 184 ust. 1 OR²¹⁴).

Zgodnie z art. 197 OR sprzedawca odpowiada przed kupującym zarówno za gwarantowane właściwości, jak i za zapewnienia, że rzecz nie posiada wad fizycznych lub prawnych, które uniemożliwiają lub znacząco zmniejszają jego wartość lub przydatność do zamierzonego wykorzystania. Regulacja nie opiera się na modelu rękojmi za wady (w którym wada jest rozumiana jako sprzeczność z umową), lecz na modelu obiektywno-subiektywnym (uwzględnia się kryteria uzasadnionych oczekiwań oraz oświadczeń stron umowy)²¹⁵.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 197 OR rękojmia za wady również ograniczona została jedynie do rzeczy (w wąskim rozumieniu)²¹⁶. Brak jest przy tym odpowiedników regulacji prawnych, które nakazywałyby stosować odpowiednio przepisy o sprzedaży rzeczy do sprzedaży praw czy pozostałych dóbr (jak np. w prawie polskim – art. 555 k.c., a w niemieckim – § 453 ust. 1, 3 BGB). Ewentualną lukę – tak jak w przypadku ujęcia przedmiotu umowy sprzedaży (art. 184 OR) – trzeba uzupełniać wykładnią według dyrektyw określonych w art. 1 ust. 2 ZGB²¹⁷. I w tym zakresie w nauce istnieje jednak rozbieżność poglądów co do możliwości zastosowania regulacji rękojmi za wady fizyczne i prawne do sprzedaży praw. Wyróżnić można zarówno przedstawicieli, zdaniem których taki zabieg nie jest możliwy (ze względów podobnych do tych przyjmowanych w literaturze niemieckiej), jak i przedstawicieli, którzy uznają taki zabieg za dopuszczalny²¹⁸.

Zdecydowanie dominuje zapatrywanie negatywne, zgodnie z którym reżim rękojmi za wady z art. 197 i n. OR znajdzie zastosowanie tylko do sprzedaży rzeczy (*Sachkauf*), czyli już nie do sprzedaży praw (*Rechtskauf*)²¹⁹. Wynika to jednak z tego, że szwajcarski kodeks zobowiązań zawiera szczególną regulację odpowiedzialności zbywcy, dotyczącą zbycia praw (art. 171 i 173 OR). Według aprobowanego przez naukę zapatrywania reżim z art. 171 i 173 OR stanowi *lex specialis* względem reżimu rękojmi za wady przy sprzedaży z art. 197 i n. OR. Te ostatnie nie mogą znaleźć

²¹³ P. Cavin, *Kauf...*, [w:] *Schweizerisches...*, s. 41; S. Hrubesch-Millauer, [w:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe* (art. 184–318 OR), red. M. Müller-Chen, C. Huguenin, Swisslex 2016, art. 184 OR, nb 12, s. 137–138; C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 743–749; A. Koller, [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020, art. 184 OR, nb 10–13, s. 1248–1249.

²¹⁴ C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 746.

²¹⁵ P. Cavin, *Kauf...*, [w:] *Schweizerisches...*, s. 63–65.

²¹⁶ Zob. zestawienie przepisów – H. Schönle, P. Higi, [w:] *Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR-Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung* (Art. 1–529 OR), Zürich 2005, s. 203.

²¹⁷ H. Schönle, P. Higi, [w:] *Kauf...*, s. 201–202.

²¹⁸ A. Koller, [w:] *Kommentar...*, s. 1066.

²¹⁹ P. Cavin, *Kauf...*, [w:] *Schweizerisches...*, s. 62–63; H. Honsell, [w:] *Basler...*, art. 197 OR, nb 1, s. 1323.

zastosowania nawet przez analogię do sprzedaży praw²²⁰ (co jednak jest sporne np. w zakresie wyłączenia rękojmi za wady praw – art. 192 ust. 3 OR²²¹). Przyjmuje się, że powołane przepisy (art. 171, 173 OR), mimo że są właściwe dla umowy cesji wierzytelności, znajdują generalne zastosowanie także do nabycia innych praw majątkowych²²². Na przykład nabycie praw członkowskich (tytułów uczestnictwa) w spółkach czy nabycie praw majątkowych na dobrach niematerialnych kwalifikuje się jako zbycie praw, a nie jako zbycie rzeczy. Jednakże nabycie przedsiębiorstwa (*Unternehmen*) jest uważane za nabycie rzeczy, a nie prawa²²³. W rezultacie, jeżeli podmioty zawierają umowę sprzedaży prawa, to do takiej umowy znajdują zastosowanie przepisy właściwe dla umowy sprzedaży (art. 184 i n. OR), z wyjątkiem regulacji rękojmi za wady, gdyż w tym przypadku zastosowanie znajdzie regulacja rękojmi właściwa dla umowy cesji wierzytelności (art. 171 i 173 OR).

Artykuł 171 OR statuuje trzy zasady: 1) w przypadku odpłatnej cesji wierzytelności cedent jest odpowiedzialny za istnienie roszczenia w momencie cesji; 2) cedent nie jest odpowiedzialny za wypłacalność dłużnika, chyba że się do tego zobowiązał; 3) w przypadku nieodpłatnej cesji (*unentgeltlicher Zession*²²⁴) cedent nie ponosi również odpowiedzialności za istnienie roszczenia. Według art. 173 OR cedent odpowiada z tytułu rękojmi tylko za otrzymane wynagrodzenie powiększone o odsetki, a także za koszty związane z zawarciem umowy cesji oraz nieskutecznego postępowania przeciwko dłużnikowi (ust. 1); jeżeli wierzytelność zostanie dalej przeniesiona z mocy ustawy na innego wierzyciela, poprzedni wierzyciel nie odpowiada ani za istnienie wierzytelności, ani za wypłacalność dłużnika²²⁵.

Regulacja ta stanowi swoistą rękojnię za wady przy cesji (*Gewährleistung des Zedenten*)²²⁶. Podstawową gwarancją z niej wynikającą jest odpowiedzialność zbywcy za: 1) istnienie (przysługiwanie) wierzytelności (*Bestand*); 2) zdolność dłużnika do zapłaty w chwili wymagalności (*Zahlungsfähigkeit*) – o ile tak strony zastrzegą, 3) inne specjalne zapewnienia dokonane przez cedenta²²⁷. Właściwą chwilą oceny wadliwości jest chwila rozporządzenia (art. 171 OR), ale zbywca odpowiada za wierzytelność nawet do momentu zawiadomienia dłużnika (*debitor cessus*) o cesji²²⁸.

Co jednak istotne, w literaturze przyjmuje się, że przysługiwanie wierzytelności cedentowi (*Bestand*) nie oznacza jedynie samego istnienia roszczenia, ale także to,

²²⁰ P. Reetz, C. Burri, [w:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*. Art. 1–183 OR, red. A. Furrer, A. Schnyder, Zürich 2016, art. 171, nb 1, s. 991; C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 787; H. Honsell, [w:] *Basler...*, art. 197 OR, nb 1, s. 1323.

²²¹ C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 778–779.

²²² C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 778.

²²³ H. Honsell, [w:] *Basler...*, art. 197 OR, nb 1, s. 1323.

²²⁴ Zob. szerzej: A. Koller, [w:] *Das Schweizerische Obligationenrechts mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts von Dr. iur. Theo Guhl*, Zürich 2000, s. 278.

²²⁵ Artykuł 172 OR reguluje zagadnienie dokonania cesji w celu umorzenia długu cedenta (*Zession zahlungshalber*) i nie jest przepisem reżimu rękojmi; D. Girsberger, J.L. Hermann, [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020, art. 172 OR, nb 2, s. 1089.

²²⁶ D. Girsberger, J.L. Hermann, [w:] *Basler...*, przed art. 171–173 OR, nb 1, s. 1085.

²²⁷ D. Girsberger, J.L. Hermann, [w:] *Basler...*, przed art. 171–173 OR, nb 4, s. 1086.

²²⁸ D. Girsberger, J.L. Hermann, [w:] *Basler...*, art. 171 OR, nb 3, 8, s. 1087.

czy wierzytelność posiada wszelkie cechy charakterystyczne, które powinna ona posiadać z uwzględnieniem dobrej wiary (*Treu und Glauben*). Dotyczy to w szczególności tego, czy posiada uzgodnioną treść, czy jest wolna od zarzutów i zastrzeżeń (*Frei von Einreden und Einwendungen*), czy istnieją wszelkie uprawnienia uboczne (*Nebenrechte*). Innymi słowy, jest to odpowiedzialność nie tylko za tytuł, lecz także za treść²²⁹.

Szczególną cechą rękojmi przy cesji wierzytelności jest to, że – w przypadku kilkukrotnej cesji – odpowiada nie tylko bezpośredni cedent, ale również wszyscy poprzedni (chyba że doszło do cesji ustawowej; art. 173 OR)²³⁰. Wiedza cedenta o niezgodności wierzytelności oznacza zasadniczo konkludentne zrzeczenie się dobrodziejstw przewidzianych w art. 171 i 173 OR²³¹. Artykuły 171 i 173 OR znajdują zastosowanie, nawet jeżeli cedowana wierzytelność nie istniała. Innymi słowy, umowa taka nie jest niemożliwa pierwotnie (art. 20 OR), a cesjonariuszowi przysługują roszczenia względem cedenta²³². Zasadniczą różnicą jest jednak to, że zaistnienie odpowiedzialności z tytułu rękojmi przy cesji nie uzasadnia zastosowanie uprawnień typowych dla reżimu rękojmi za wady (przy sprzedaży), ale uzasadnia odpowiedzialność odszkodowawczą (art. 97 ust. 1 OR)²³³.

4. Wybrane ustawy modelowe

4.1. Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 11.04.1980 r. (CISG²³⁴)

Ustanowienie Konwencji (umowy międzynarodowej – w rozumieniu prawa publicznego) ma na celu ujednolicenie profesjonalnej, międzynarodowej sprzedaży towarów. Konwencja ta reguluje kwestie prywatnoprawne, wiążące podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Stanowi krok milowy dla *lex mercatoria*²³⁵. Pozwala na zastosowanie jednolitej regulacji sprzedaży towarów w stosunku do przedsiębiorców z dwóch różnych państw, opierającej się na konstrukcji *opt-out*. Oznacza to, że jeżeli przesłanki jej zastosowania są spełnione, a strony nie postanowiły inaczej, jest ona dla nich wiążąca²³⁶. Regulacja nie ma charakteru wyczerpującego. W przypadkach wykraczających poza jej zakres zastosowanie znajdą regulacje wskazane jako właściwe według reguł kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego²³⁷.

²²⁹ H. Becker, [w:] *Berner Kommentar. Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR*, red. H. Becker, Bern 1945, art. 171 OR, nb 7, s. 804–805; P. Reetz, C. Burri, [w:] *Handkommentar...*, art. 171, nb 11, s. 994; D. Girsberger, J.L. Hermann, [w:] *Basler...*, art. 171 OR, nb 7 s. 1087.

²³⁰ H. Becker, [w:] *Berner...*, art. 171 OR, nb 1, s. 803.

²³¹ H. Becker, [w:] *Berner...*, art. 171 OR, nb 4, s. 804.

²³² A. Koller, [w:] *Basler...*, art. 184 OR, nb 38, s. 1254.

²³³ C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 430.

²³⁴ *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

²³⁵ L.A. DiMatteo, *International Contracting. Law and Practice*, The Netherlands 2016, s. 285–286.

²³⁶ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe prawo handlowe. System prawa handlowego*, t. 9, red. W. Popiołek, Warszawa 2013, s. 870.

²³⁷ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 867.

Zgodnie z art. 1 CISG Konwencję stosuje się do umów sprzedaży towarów między stronami mającymi siedziby handlowe w różnych państwach: a) jeżeli państwa te są umawiającymi się państwami lub b) jeżeli normy międzynarodowego prawa prywatnego wskazują na ustawodawstwo umawiającego się państwa, jako prawo właściwe. Wobec powyższego dla analizy w niniejszej pracy kluczowe wydają się dwa pojęcia limitujące zakres zastosowania Konwencji: umowy sprzedaży oraz towaru.

Umowa sprzedaży – zgodnie z art. 53 CISG – wyraża to, że kupujący obowiązany jest zapłacić cenę za towary i przyjąć dostawę. Jak się przyjmuje, spod zakresu Konwencji została wyłączona umowa zamiany i darowizny²³⁸ (jeżeli chodzi o umowy dostawy i świadczenia usług, zob. art. 3 CISG), a także umowy przedwstępne oraz umowy ramowe. Jest sporne, czy w jej zakresie mieszczą się umowy mieszane (zawierające elementy sprzedaży i innej umowy)²³⁹. Ponieważ Konwencja odnosi się zasadniczo do obrotu profesjonalnego, w jej zakres nie wchodzi także konsumenckie umowy sprzedaży.

Kluczowe znaczenie ma także pojęcie „towar”. Konwencja nie definiuje wprost tego określenia. Jest jasne, że termin ten odnosi się do przedmiotów posiadających postać materialną. W literaturze podkreśla się, że samo semantyczne znaczenie słowa „towar” wskazuje, że Konwencja dotyczy jedynie ruchomości (tzn. nie obejmuje nieruchomości)²⁴⁰. Wniosek ten jednak dalej nie rozstrzyga, czy zakresem zastosowania Konwencji są wyłącznie przedmioty materialne, czy może także niematerialne. Jednakże na to pytanie udziela częściowo odpowiedzi sama Konwencja.

Zgodnie z art. 2 CISG Konwencji nie stosuje się do sprzedaży: a) towarów zakupionych do użytku osobistego, rodzinnego lub do użytku w gospodarstwie domowym, jeśli sprzedający, w jakimkolwiek czasie przed zawarciem umowy lub w chwili jej zawarcia, nie wiedział i nie powinien był wiedzieć, że towary zostały zakupione do użytku w jakimkolwiek z tych celów; b) na licytacji; c) w drodze egzekucji lub w inny sposób przez organy wymiaru sprawiedliwości; d) udziałów, akcji, tytułów inwestycyjnych, papierów wartościowych lub pieniędzy; e) okrętów, statków, poduszkowców i statków powietrznych; f) energii elektrycznej.

W perspektywie powyżej zarysowanego zagadnienia szczególne znaczenie mają przepisy art. 2 lit. d i f CISG, które wprost wyciągają spod zakresu pojęcia „towar” takie prawa jak tytuły uczestnictwa, papiery wartościowe (mimo że są to dobra niematerialne inkorporowane do rzeczy ruchomych, chyba że podlegały dematerializacji) oraz energię elektryczną. Te rodzaje dóbr stanowią przykład dóbr niematerialnych (*res incorporales*). Powołaną regulację można wyklądać na dwa sposoby: 1) jako wyraz szerszej myśli, że pojęciem „towaru” zostały objęte tylko dobra ucieleśnione; 2) że pojęcie „towaru” obejmuje także dobra nieucieleśnione, ale z ich zakresu po prostu wyłączono tytuły uczestnictwa oraz papiery wartościowe.

W literaturze problem ten został dostrzeżony. Nie jest jasne, czy zakresem Konwencji objęto np. takie dobra jak oprogramowanie, które stanowi przykład dóbr

²³⁸ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 867.

²³⁹ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 868.

²⁴⁰ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 870.

nieucieleśnionych²⁴¹. Podobne wątpliwości istnieją w stosunku do praw własności intelektualnej²⁴². Pewną wskazówką interpretacyjną mogą służyć prawnoporównawcze prace E. Rabela, które tworzyły podstawę dla sformułowania treści Konwencji. Jak wskazał sam autor, spod pojęcia „towaru” (*Die Ware*), stanowiącego punkt centralny jego analiz, wyłączył prawa majątkowe²⁴³.

W literaturze niemieckiej podkreśla się, że pojęcie „towary” (*Waren*) należy rozumieć autonomicznie, a nie według prawa krajowego. Zasadniczo słowo to obejmuje swym znaczeniem przedmioty cielesne (materialne) i ruchome (*bewegliche körperliche Gegenstände*)²⁴⁴. Ponadto wskazuje się, że głównym celem nawiązania do pojęcia „towarów” jest wyłączenie z zakresu zastosowania zakupu nieruchomości i praw²⁴⁵. Ma to umożliwić międzynarodową mobilność przedmiotu sprzedaży.

Niemiecka literatura stoi jednak na stanowisku, że pojęcie „cielesności” (*körperliche*) może być rozumiane na gruncie Konwencji nieco szerzej. Dotyczy to zwłaszcza przedmiotów niematerialnych, które wymagają materialnego nośnika (np. gaz w zamkniętych pojemnikach). Nie odnosi się to jednak do przedmiotów niematerialnych, które nie wiążą się z elementem materialnym (nie posiadają nośnika). Dlatego zgodnie przyjmuje się, że zakup praw (np. roszczeń, praw własności przemysłowej, licencji) nie jest objęty zakresem Konwencji²⁴⁶. Podobnie zakup przedsiębiorstwa polegającego na nabyciu udziałów (*share deal*) czy aktywów (*asset deal*) stanowi zakup prawa i nie mieści się w zakresie zastosowania Konwencji²⁴⁷.

W kontekście powyższych twierdzeń wątpliwości budzi to, czy sprzedaż oprogramowania (*software*) jest objęta Konwencją. Spór oscyluje wokół zagadnienia, czy oprogramowanie znajduje się na materialnym nośniku, czy jest to przykład nabycia, czy może tylko udzielenia licencji (która przecież nie wchodzi w zakres zastosowania Konwencji). Zgodnie z dominującym stanowiskiem sprzedaż oprogramowania mieści się w zakresie zastosowania Konwencji, o ile oprogramowanie znajduje się na materialnym nośniku²⁴⁸. Takie samo stanowisko wykładnia prezentuje w stosunku do sprzedaży *know-how*²⁴⁹.

Powyższe skłania do wniosku, że głębsza analiza CISG nie jest konieczna, skoro spod zakresu zastosowania Konwencji zasadniczo wyjęte są dobra niematerialne (poza tymi, które wiążą się z materialnym nośnikiem). Nie ma potrzeby analizowania w kontekście dóbr niematerialnych odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 74–77 CISG) czy gwarancyjnej (rękojmia; art. 46–52 CISG) przewidzianej w Konwencji na wypadek naruszenia zobowiązania (art. 45 CISG).

²⁴¹ M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 870.

²⁴² M. Jagielska, [w:] *Międzynarodowe...*, t. 9, s. 870.

²⁴³ E. Rabel, *Das recht...*, s. 117, 140.

²⁴⁴ P. Huber, [w:] *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 4, *Schuldrecht – Besonderer Teil I* §§433–534. *Finanzierungsleasing*. CISG, Beck Online 2019, art. 1 CISG, nb 13.

²⁴⁵ P. Huber, [w:] *Münchener...*, t. 4, *Schuldrecht...*, art. 1 CISG, nb 14.

²⁴⁶ P. Huber, [w:] *Münchener...*, t. 4, *Schuldrecht...*, art. 1 CISG, nb 16.

²⁴⁷ P. Huber, [w:] *Münchener...*, t. 4, *Schuldrecht...*, art. 1 CISG, nb 18; F. Ferrari, [w:] *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, red. I. Schwenzer, U.G. Schroeter, Beck Online 2019, art. 1 CISG, nb 36.

²⁴⁸ P. Huber, [w:] *Münchener...*, t. 4, *Schuldrecht...*, art. 1 CISG, nb 20.

²⁴⁹ P. Huber, [w:] *Münchener...*, t. 4, *Schuldrecht...*, art. 1 CISG, nb 23.

4.2. Wspólne Ramy Odniesienia (Draft Common Frame of Reference, DCFR)

Umowa (kontrakt) sprzedaży (*contract for sale*) została zdefiniowana w art. IV.A-1:101 DCFR. Przedmiotem umowy jest dobro (*sales of goods*). Pojęcie „dóbr” (*goods*) zostało zdefiniowane w art. VIII.-1:201 DCFR. Zgodnie z nim dobra oznaczają materialne ruchomości. Dotyczą zatem statków, okrętów, poduszkowców lub samolotów, obiektów kosmicznych, zwierząt, płynów i gazów.

Jednakże, zgodnie z art. IV.A-1:101(2) DCFR, przepisy o sprzedaży dóbr znajdują zastosowanie z odpowiednim dostosowaniem ich brzmienia do: a) sprzedaży energii elektrycznej; b) sprzedaży akcji, udziałów, instrumentów inwestycyjnych oraz zbywalnych; c) umów sprzedaży innych form dóbr niecielesnych, w tym praw do wykonania zobowiązania, praw własności intelektualnej (*industrial and intellectual property rights*) oraz innych zbywanych praw; d) umów przyznających, w zamian za cenę, prawa do informacji czy danych, w tym oprogramowania i bazy danych; e) umów wymiany dóbr i innych wyżej wymienionych przedmiotów.

W konsekwencji Wspólne Ramy Odniesienia wprost wyrażają myśl, że przedmiotem sprzedaży mogą być objęte nie tylko dobra cielesne, lecz także niecielesne. Taka reguła została przewidziana ze względu na różnorodność dóbr niematerialnych. Ich uregulowanie nie byłoby możliwe, stąd konieczne jest pozostawienie pewnego luzu interpretacyjnego, tak by dostosować przepisy o umowie sprzedaży do tych różnorodnych kategorii dóbr²⁵⁰. Warto jednak dodać, że spod zakresu umowy sprzedaży zostały wyjęte sprzedaż i wymiana własności nieruchomości oraz innych praw do tych nieruchomości (art. IV.A.-1:101[3] DCFR).

Zakres odpowiedniego stosowania nie został bliżej określony. Do obowiązków sprzedawcy zalicza się: a) przeniesienie własności do dóbr, b) dostarczenie dóbr, c) dostarczenie dokumentów reprezentujących lub związanych z dobrami, które mogą być wymagane zgodnie z umową, d) zapewnienia, że dobra są zgodne z umową (art. IV.A.-2:101 DCFR). Obowiązki te muszą zostać odpowiednio dostosowane do każdego z rodzajów dóbr. Wskazuje się przykładowo, że jeżeli przedmiotem umowy (podobnej do) sprzedaży będą informacje, to nie znajdzie zastosowania obowiązek przeniesienia własności²⁵¹. Najmniejszą trudność sprawia energia elektryczna, ponieważ odpowiednie stosowanie będzie odbywało się tylko w zakresie takiej różnicy, że nie przybiera ona postaci materialnej. Jednocześnie zauważa się, że pod pojęciem „dobra” ujęto płyny i gazy (art. VIII.-1:201 DCFR)²⁵².

Większe wątpliwości pojawiają się w stosunku do akcji czy udziałów w spółkach handlowych. Wskazano, że w tym zakresie istnieją znaczne rozbieżności, które wymagają daleko idącego zabiegu interpretacyjnego odpowiedniego stosowania.

²⁵⁰ C. von Bar, E. Clive, J. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf (dostęp: 3.03.2022 r.), s. 1234.

²⁵¹ C. von Bar, E. Clive, J. Schulte-Nölke, *Principles...*, s. 1234.

²⁵² C. von Bar, E. Clive, J. Schulte-Nölke, *Principles...*, s. 1235.

Na przykład nie przewiduje się obowiązku dostarczenia akcji czy udziałów w formie zgodnej z umową. Nie istnieje także gwarancja za zgodność zbywanego prawa udziałowego z celem (np. że spółka ma przynosić określony dochód)²⁵³. Jeżeli nabycie udziałów w spółce stanowi zbycie pakietu kontrolnego, to pośrednio następuje również nabycie przedsiębiorstwa. W tym ostatnim zakresie odpowiednio znajdują zastosowanie przepisy o sprzedaży²⁵⁴.

5. Wnioski wynikające z analizy historyczno-porównawczej

Celem powyższej analizy było zbadanie, w jaki sposób europejskie porządki prawne zapatrują się na sprzedaż dóbr niematerialnych (praw oraz przedmiotów niematerialnych, niecielesnych) oraz odpowiedzialność za ewentualne niezgodności tych dóbr. Powyższa analiza prowadzi do szeregu wniosków o charakterze generalnym.

I. Dyskusja na temat szerokiego czy wąskiego rozumienia pojęć „rzecz” (*Sachensbegriff*) i „przedmiot własności” (*Eigentumsbegriff*) nie powinna być odnoszona jedynie do prawa rzeczowego, ale także do prawa zobowiązań. Można stwierdzić, że są to różne aspekty tego samego problemu („dwie strony medalu”). Analiza historyczna pokazuje, że akceptacja wąskiego czy szerokiego znaczenia pojęcia „rzecz” zazwyczaj determinowała zakres przedmiotowy regulacji umowy sprzedaży (co było wyraźnie widoczne np. na tle kodeksu cywilnego niemieckiego). Podstawowym zadaniem prawa zobowiązań jest zapewnienie sprawnej wymiany dóbr i usług. Jeżeli przedmiot umowy sprzedaży zostanie zdefiniowany wąsko, może to powodować wiele konsekwencji w zakresie funkcjonowania tego obrotu. Dlatego pojęcia „rzecz” i „przedmiot własności”, choć najszerzej analizowane na tle prawa rzeczowego, powinny być także zbadane na tle prawa zobowiązań (jako przedmiot umów, a zwłaszcza umowy sprzedaży – jako podstawowego modelu umowy w zakresie wymiany dóbr).

Trzeba jednak uznać, że w tym zakresie nie znajduje zastosowania automatyczna współzależność prawa rzeczowego i zobowiązań. W europejskich porządkach prawnych przewidywane są **cztery różne modele regulacji**:

- 1) pojęcia „rzecz”, „przedmiot własności” oraz „przedmiot umowy sprzedaży” zostały zdefiniowane wąsko, czyli jedynie w zakresie przedmiotów materialnych (był to model niemiecki do 2002 r., § 90, 903, 433 i n. BGB; a obecnie częściowo jest to model szwajcarski, art. 641 ZGB, art. 184 OR²⁵⁵);
- 2) pojęcia „rzecz” i „przedmiot własności” zostały zdefiniowane wąsko, natomiast pojęcie „przedmiot umowy sprzedaży” zostało zdefiniowane szeroko (jest to obecny model niemiecki po 2002 r., § 90, 903, 433 i n., 453 BGB; holenderski, art. 3:2, 7:1, 7:47 BW; polski, art. 45, 140, 535 i n., 555 k.c.);

²⁵³ C. von Bar, E. Clive, J. Schulte-Nölke, *Principles...*, s. 1234, 1235.

²⁵⁴ C. von Bar, E. Clive, J. Schulte-Nölke, *Principles...*, s. 1235.

²⁵⁵ Wniosek ten ma jedynie częściowo zastosowanie, ponieważ literatura dopuszcza, aby przedmiotem umowy sprzedaży były też dobra inne niż rzeczy.

- 3) pojęcia „rzecz” i „przedmiot umowy sprzedaży” zostały zdefiniowane szeroko, natomiast pojęcie „przedmiot własności” zostało zdefiniowane wąsko (jest to model austriacki, § 285, 353, 1054 ABGB);
- 4) pojęcia „rzecz”, „przedmiot własności” i „przedmiot umowy sprzedaży” zostały zdefiniowane szeroko (jest to model francuski, art. 516, 544, 1582 CC fr.).

II. Obrót prawami oraz przedmiotami niematerialnymi nie jest zjawiskiem nowym, ale jego upowszechnienie nastąpiło stosunkowo niedawno, na przełomie XX i XXI w. Nic dziwnego, że poprzednie regulacje nie były przystosowane do obrotu dobrami niematerialnymi, skoro nie istniała ku temu realna potrzeba. Najłatwiej zauważyć to można w kontekście wąskiego ujęcia pojęć „rzecz”, „przedmiot własności” oraz „przedmiot umowy sprzedaży”, które w największych kodyfikacjach europejskich (np. w kodeksie cywilnym niemieckim, kodeksie cywilnym szwajcarskim) ograniczane są do dóbr świata fizycznego, przedmiotów materialnych (cielesnych). Dobra niematerialne nie są zasadniczo objęte zakresem tych pojęć (poza wyjątkami, np. kodeks cywilny francuski). Taki stan uregulowania wynikał i nadal wynika zazwyczaj z trzech założeń.

Po pierwsze, prawa i dobra niematerialne charakteryzują się tak **istotną różnorodnością**, że jest mało prawdopodobne, by można je objąć jedną, sztywną klamrą regulacyjną. Stanowi to ich zasadniczą cechę, która odróżnia je od rzeczy (rozumianej jako przedmiot cielesny). Do dziś zresztą regulacja sprzedaży praw i dóbr niematerialnych jest określona w wielu systemach poprzez metodę analogii czy odpowiedniego stosowania (zob. § 453 BGB, art. 7:47 BW, art. IV.A-1:101[2] DCFR, art. 555 k.c.). Jeszcze inaczej podchodzą do tego inne systemy, które nie regulują w żaden sposób sprzedaży praw (np. system szwajcarski, zob. art. 197 OR; można wzmiankować, że podobna sytuacja istnieje zresztą w prawie angielskim czy państw nordyckich). Jedynie wyjątkowo regulacje umowy sprzedaży znajdują zastosowanie wprost do obrotu przedmiotami materialnymi i niematerialnymi (zob. § 922 i n., 1054 ABGB).

Po drugie, brak regulacji zorientowanej na obrót prawami majątkowymi i dobrami niematerialnymi opierał się także na założeniu, co było widoczne np. w trakcie kodyfikacji BGB, że w jego zakresie istnieje **szeroko rozwinięty system zwyczajów i praktyk**. Zwalnia to zatem z wymogu wyodrębnienia szczególnego reżimu przewidzianego dla tego rodzaju obrotu (prawami majątkowymi). Nietrudno zauważyć, że takie założenie okazało się z perspektywy czasu zupełnie błędne. W kulturze porządków europejskich, pod wpływem prawa wtórnego Unii Europejskiej (dalej UE), doszło do szerokiego upowszechnienia się kontroli treści postanowień umownych, regulacji obrotu konsumenckiego. Obowiązujące przepisy stanowią istotne kryterium dla kontroli abuzywności, a ponadto wchodzą one w miejsce ewentualnych postanowień, które zostały uznane za niedozwolone. Jeszcze lepiej widać to w prawie niemieckim, gdzie kontrola ogólnych warunków umów (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) obejmuje także obrót profesjonalny (§ 305 i n. BGB). Ochrona przed abuzywnymi postanowieniami niewynegocjowanymi indywidualnie jest obecnie coraz bardziej rozciągana na obrót profesjonalny (np. w prawie francuskim od 2016 r. czy w prawie

polskim – zob. art. 385⁵ k.c.). Uzasadnia to tym samym wypracowanie przez ustawodawcę reżimu sprzedaży praw i innych dóbr, które będą stanowić pewien punkt odniesienia dla kontroli abuzywności (zarówno w stosunkach konsumenckich, jak i profesjonalnych).

Obok tych dwóch założeń można wymienić jeszcze trzecie (choć jest ono kontrowersyjne). Państwa członkowskie UE mają obowiązek implementacji dyrektyw UE. Te z kolei, w zakresie obrotu konsumenckiego, zostały odniesione zasadniczo do pojęcia „towaru” rozumianego jako materialna rzecz ruchoma (czyli w wąskim ujęciu). Można zatem przyjąć, że współczesne ograniczenie zakresu zastosowania części regulacji (np. niemieckiej) umowy sprzedaży jedynie do rzeczy, jako przedmiotu materialnego, wynika również z woli uniknięcia ewentualnych zarzutów skierowanych względem państw członkowskich co do (nie)prawidłowości implementacji prawa wtórnego UE. Wniosek ten może mieć szczególne znaczenie dla porządku polskiego, bowiem w polskim Kodeksie cywilnym nie została przewidziana szczególna regulacja konsumenckiej umowy sprzedaży (jak np. w prawie niemieckim, *Verbrauchsgüterkauf*, § 474–479 BGB; czy francuskim, L120-1, L217-1 i n. francuskiego kodeksu konsumenckiego, *Code de la consommation*), lecz regulacje konsumenckie, powszechne i profesjonalne zostały ze sobą „pomieszane” (np. art. 543¹, 546¹, 558 k.c.).

Wskazany wzrost znaczenia praw majątkowych i pozostałych dóbr niematerialnych w obrocie jest dziś coraz bardziej dostrzegalny. Odpowiedź na tę sytuację stanowiła m.in. nowelizacja kodeksu cywilnego niemieckiego z 2002 r. (modernizacja prawa zobowiązań, co przejawia się np. w zakresie nowelizacji § 453 BGB) czy kodeksu cywilnego francuskiego ordonansiem z 2016 r. Jednym z motywów tych zmian było otwarcie reżimu kodeksowego na obrót prawami i dobrami niematerialnymi. Tendencje te widać także w obrocie papierami wartościowymi, które to w coraz większym stopniu ulegają dematerializacji. Poza tym można to zauważyć w kontekście wykładni Konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, która zgodnie z jej art. 1 ust. 1 znajduje zastosowanie tylko do obrotu towarów (rozumianych zasadniczo jako ruchome rzeczy materialne). Mimo to, aby poszerzyć jej zakres zastosowania, wysnuwa się interpretacje wskazujące, że pojęcie „towaru” powinno obejmować także dobra niematerialne (np. programy komputerowe, *know-how*), o ile tylko posiadają one materialny nośnik. Proponuje się nawet dalej idące wykładnie, według których „materialność” (cielesność) powinna być wykładana inaczej na gruncie rzeczowej Konwencji. Za potwierdzeniem powołanego stwierdzenia, o potrzebie pogłębienia analizy w zakresie sprzedaży praw i dóbr niematerialnych, przemawiają także ustawy modelowe, które obejmują swoimi propozycjami regulacji umowy sprzedaży również obrót prawami i dobrami niematerialnymi (np. art. IV.A-1:101[2] DCFR). Jest to także dostrzegalne w zakresie prawa wtórnego UE. Dotychczas dyrektywa 2011/83/UE zasadniczo ograniczała swój zakres zastosowania do obrotu „towarów”, zdefiniowanych jako materialne rzeczy ruchome (art. 2 pkt 3). Już dziś widać, że regulacja okazuje się być niewystarczająca, ponieważ nowo uchwalone dyrektywy 2019/771 oraz

2019/770 zostały odniesione już nie tylko do dóbr materialnych, ale także poszerzyły ochronę konsumencką w stosunku do nabycia pozostałych dóbr (treści cyfrowych).

W ostatnich latach zrodziła się wyraźna potrzeba uregulowania obrotu prawami i dobrami niematerialnymi oraz odpowiedzialności sprzedawcy za ich wadliwość. Następuje nawrót do pierwotnego stanu rzeczy, bowiem w prawie rzymskim przedmiot umowy sprzedaży został określony szeroko. Z czasem został on w części systemów prawnych ograniczony wyłącznie do przedmiotów materialnych (głównie na skutek twórczości F.C. von Savigny'ego). Dziś znów jest widoczna tendencja odwrotna, tj. powrotu do korzeni współczesnej tradycji prawnej, czyli prawa rzymskiego. W konsekwencji **szerokie ujmowanie przedmiotu sprzedaży pozostaje w zgodzie z rzymską tradycją europejskich porządków prawnych**. Podejście to może jednak powodować dalsze komplikacje, np. co do granic umowy sprzedaży oraz umowy o świadczenie usług, a także tego, gdzie można postawić granice w zakresie możliwości obrotu dobrami niematerialnymi (zwłaszcza gdy chodziłoby o dobra związane z osobowością człowieka, osobiste). Odpowiedź na te pytania wymaga jednak pogłębionej analizy.

III. Współczesne systemy prawne na ogół nie przewidują szczególnej regulacji sprzedaży praw (innych niż własność) i pozostałych dóbr. Wyjątkiem w tym zakresie jest regulacja prawa francuskiego, która posiada szereg regulacji dotyczących rękojmi za wady różnych kategorii nabywanych praw. Rodzi to podstawowe pytanie: czy da się współcześnie utrzymać **jeden model umowy sprzedaży**, czy może konieczne jest dokonanie odpowiedniego podziału i wyróżnienie **wielu modeli umowy sprzedaży**, a poszczególne z nich odnosiłyby się do różnych kategorii przedmiotów (np. umowa sprzedaży wierzytelności, umowa sprzedaży przedsiębiorstwa, umowa sprzedaży spadku, umowa sprzedaży akcji)?

W wielu porządkach prawnych jest natomiast widoczna **tendencja uogólniająca (generalizująca) ochronę kupującego na wypadek wadliwości nabytych praw**. Mowa w tym miejscu o współczesnych tendencjach interpretacyjnych odchodzących od stosowania szczególnych reżimów odpowiedzialności sprzedawcy (np. rękojmi za wady przy cesji wierzytelności; § 1387 ABGB, § 437 BGB sprzed 2002 r., art. 516 k.c.) na rzecz ogólnego reżimu rękojmi za wady w zakresie umowy sprzedaży. Następuje więc nie tyle „granulacja” (rozdrobienie) prawa, co jego ujednolicanie. Co prawda te szczególne reżimy odpowiedzialności sprzedawcy (np. przy wierzytelnościach) nadal mają istotne znaczenie, jednak np. uprawnienia w razie niezgodności prawa z umową wynikają zasadniczo z regulacji ogólnych dla rękojmi przy sprzedaży. Obecnie jedynie w prawie szwajcarskim, zgodnie z dominującym zapatrywaniem, szczególna regulacja rękojmi przy cesji wierzytelności (art. 171, 173 OR) wyklucza całkowicie zastosowanie ogólnego reżimu rękojmi przy sprzedaży (art. 197 i n. OR). Dotyczy to oczywiście praw względnych (wierzytelności i innych praw majątkowych do niej podobnych). W zakresie praw bezwzględnych innych niż prawo własności istnieje zasadnicza zgodność co do stosowania ogólnego reżimu dla umowy sprzedaży i wchodzącej w jej skład rękojmi za wady. Na ogół jednak reżim umo-

wy sprzedaży przewidziany dla tych praw majątkowych opiera się na generalnej klauzuli odpowiedniego stosowania (§ 453 BGB, 555 k.c.). Nie jest to zdecydowanie sytuacja zadowalająca, bowiem niewiele ona wnosi i praktycznie nic nie rozwiązuje. Wręcz przeciwnie, wywołuje wiele wątpliwości co do zakresu odpowiedniego stosowania. Jest to zatem stan unormowania, który przynosi więcej pytań aniżeli odpowiedzi. Takiej oceny dokonano zresztą w prawie niemieckim.

IV. W nawiązaniu do wniosku trzeciego (*ad III*) zakres zastosowania rękojmi za wady do sprzedaży praw majątkowych i innych pozostałych dóbr stanowi centralny punkt sporny w wielu systemach. Przegląd porządków pokazuje, że rodzi on najwięcej wątpliwości w kontekście umowy sprzedaży.

W tym zakresie najszerszą ochronę przewiduje system austriacki. Obejmuje on reżimem rękojmi za wady (§ 922 i n. ABGB) wszelkie rodzaje niezgodności z umową praw majątkowych (względnych i bezwzględnych) i pozostałych dóbr. Nawet w przypadku wierzytelności ochrona nabywcy obejmuje także takie cechy jak np. wypłacalność dłużnika. Jest to zatem ewenement na tle pozostałych porządków prawnych. Również relatywnie szeroka ochrona nabywcy praw i przedmiotów niematerialnych, choć oparta na kazuistycznych regulacjach, została przewidziana w prawie francuskim. Systemy te można zaliczyć do tzw. **szerokiego modelu ochrony nabywcy praw i przedmiotów niematerialnych**.

Ich przeciwieństwem jest regulacja prawa szwajcarskiego, która przewiduje najwęższą ochronę (ze wszystkich badanych systemów) nabywcy praw i innych przedmiotów. Ochrona nabywcy prawa nie obejmuje reżimu rękojmi przy sprzedaży, a jedynie przy cesji (art. 171, 173 OR). Jak się przyjmuje, odpowiedzialność sprzedawcy odnosi się do braku tytułu do prawa, choć nie dotyczy niezgodności co do ich treści. System ten można zaliczyć do tzw. **wąskiego modelu ochrony nabywcy praw i przedmiotów niematerialnych**.

Oprócz tego istnieje cały szereg regulacji, w których zakres ochrony sprzedawcy jest sporny i stanowi temat dyskusji. Najlepszy przykład tego typu systemu to prawo niemieckie (§ 453 ust. 1 zd. 1 i § 3 BGB). Podobny problem zarysował się na tle prawa polskiego (art. 555 k.c.)²⁵⁶.

W każdym z przeanalizowanych systemów zakres zastosowania reżimu rękojmi wywołuje spore kontrowersje. Wątpliwości pojawiają się głównie wokół odpowiedzi na pytanie: czy skutki wadliwości w zbywanych prawach powinny być rozwiązywane według reżimu odpowiedzialności kontraktowej czy według reżimu rękojmi za wady, tzn. czy nabywca może się powołać na uprawnienia właściwe dla tego drugiego (np. obniżenie ceny, odstąpienie od umowy, usunięcie wady, dostarczenie przedmiotu wolnego od wad)? Niezależnie od tego literatura w tym zakresie nie jest obszerna. Problem ten nie został dostatecznie zbadany.

Szeroką i jednolitą ochroną – ze względu na uregulowania unijne (tzw. dyrektywy bliźniacze: 2019/770 i 2019/771) – zostały objęte treści i usługi cyfrowe.

²⁵⁶ Zagadnienie to zostanie szerzej przedstawione przez autora w odrębnym opracowaniu na temat zastosowania rękojmi za wady do sprzedaży praw i innych przedmiotów.

Przegląd porządków pozwala ustalić, że bezpośrednie regulacje obejmujące umowy dotyczące powołanych dóbr zostały uregulowane jedynie w zakresie konsumencim. Regulacje zamieszczane są w różnych miejscach, np. w prawie austriackim w osobnej ustawie (VGG), w prawie francuskim w kodeksie konsumenckim (*Code de la consommation*), a w prawie niemieckim w kodeksie cywilnym (np. § 327 i n. BGB, 453 § 1 zd. 2 BGB). Rękojmia za wady obejmuje jednak swoiste wady „fizyczne” (określane w prawie niemieckim jako wady produktów cyfrowych, *Produktmangel*) oraz wady prawne. Uregulowania te wpisują się w szeroki model ochrony kupującego.

V. W niektórych porządkach europejskich (zwłaszcza niemieckim; § 453 ust. 1 i ust. 3 BGB), w kontekście rękojmi za wady nabywanych praw, **sporne jest to, czy dane prawo przyznaje uprawnienia do rzeczy, czy też ma za przedmiot dobro niematerialne**. W stosunku do tych dwóch kategorii praw zarówno standard ochrony, jak i reżim, który ma znaleźć zastosowanie, są różnicowane. Najwięcej kontrowersji wywołuje to w prawie niemieckim, gdzie istnieją zasadnicze rozbieżności co do stosowania reżimu rękojmi za wady prawne i fizyczne do praw, które nie przyznają uprawnień do posiadania rzeczy.

Widoczna jest też tendencja w pozostałych systemach (choć często niewyrażana wprost), że w przypadku zbywanych praw (innych niż własność), które przyznają uprawnienia do posiadania rzeczy, znajduje zastosowanie reżim właściwy dla sprzedaży rzeczy (§ 453 ust. 1 BGB), a w przypadku praw, które nie przyznają uprawnień do rzeczy, znajduje zastosowanie reżim właściwy dla cesji wierzytelności (tak np. w prawie austriackim, gdzie zgodnie z § 1393 ABGB wszystkie zbywalne prawa są przedmiotem umowy cesji; czy szwajcarskim, gdzie reżim z art. 171 i 173 OR znajduje zastosowanie do wierzytelności, tytułów uczestnictwa w spółkach handlowych czy nawet praw własności intelektualnej).

VI. Zbadane systemy prawne **chronią nabywcę prawa nie tylko w zakresie przysługiwania tytułu (w tym istnienia prawa), lecz także w zakresie treści tych praw**.

W prawie szwajcarskim odpowiedzialność za przysługiwanie prawa (*Bestand*) obejmuje zarówno jej istnienie (w ogóle lub w majątku zbywcy), jak i to, czy przysługuje ona w formie wolnej od zarzutów i zastrzeżeń. Podobnie w prawie niemieckim, gdzie na gruncie BGB dokonuje się interpretacji, aby do treści praw stosować rękojmię za wady fizyczne (§ 434 BGB), a do tytułu (przysługiwania) praw – rękojmię za wady prawne (§ 435 BGB). Jest to jednak zagadnienie bardzo sporne. W prawie francuskim natomiast rękojmia przy cesji wierzytelności obejmuje zagwarantowanie istnienia prawa w chwili dokonania umowy cesji (*l'existence de la créance*), co dotyczy także zgodności co do treści wierzytelności. Ta druga kategoria niezgodności jest traktowana jako częściowe nieistnienie wierzytelności (np. wierzytelność o zapłatę 500 euro, podczas gdy sprzedawca zapewniał, że wynosi 1.000 euro). Z kolei w porządku austriackim wprost wyróżnia się na gruncie regulacji rękojmi za wady (§ 922 ABGB): wady „substancji” (treści) praw i wady tytułów praw.

Bibliografia

1. Arnet R., [w:] *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Swisslex 2016.
2. Barret O., Brun P., *Vente: effets. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2020.
3. Barret O., Brun P., *Vente: structure. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2019.
4. Becker H., [w:] *Berner Kommentar. Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR*, red. H. Becker, Bern 1945.
5. Beckmann R.M., [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 433–480 (Kaufrecht)*, Berlin 2014.
6. Bojarski W., *Problem res incorporales (rzeczy niematerialnych) w prawie rzymskim*, Acta Universitatis Nicolai Copernici 1979, z. 105.
7. Büdenbender U., [w:] *NomosKommentar. BGB. Schuldrecht. Bd 2/1: §§ 241–610*, red. B. Dauner-Lieb, W. Langen, Baden-Baden 2016.
8. Cavin P., *Kauf, Tausch und Schenkung*, [w:] *Schweizerisches Privatrechts. Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, M. Gutzwiller, H. Hinderling, A. Meier-Hayoz, H. Merz, P. Piotet-Roger, R. Secrétan, W. von Steiger, Basel–Stuttgart 1977.
9. Dajczak W., [w:] *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, Warszawa 2013.
10. Dajczak W., *Rzymska „res incorporalis” a kształtowanie się pojęć „rzeczy” i „przedmiotu praw rzeczowych” w europejskiej nauce prawa prywatnego*, Poznań 2007.
11. DiMatteo L.A., *International Contracting. Law and Practice*, The Netherlands 2016.
12. Ernst W., [w:] *Historisch-kritischer. Kommentar zum BGB, t. III, Schuldrecht: Besonderer Teil. 1. Teilband. §§ 433–656*, red. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen 2013.
13. Ertl G., [w:] *Kommentar zum ABGB. 2. Band. Teilband §§ 1175–1292 ABGB*, red. P. Rummel, Wien 2002.
14. Faust F., [w:] *BeckOK BGB*, red. W. Hau, R. Poseck, Beck Online 2022.
15. Ferrari F., [w:] *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, red. I. Schwenzer, U.G. Schroeter, Beck Online 2019.
16. Friebe L., Pulitzer O., *Österreichisches Patentrecht. Das materielle Recht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1972.
17. Gierke O., *Deutsches privatrecht*, t. I, Leipzig 1895.
18. Ginossar S., *Droit réel, propriété et créance*, Paris 1960.
19. Girsberger D., Hermann J.L., [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020.
20. Grunewald B., [w:] *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, red. H.P. Westermann, B. Grunewald, Köln 2017.
21. Grunewald B., *Kaufrecht. Handbuch des Schuldrechts*, t. 6, Tübingen 2006.
22. Grüblinger K., [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 2, §§ 285–530 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2012.
23. Grzybowski S., *Rzeczy. Pojęcie i podziały. Zarys systemu. Odbitka z zeszytu XXXIII i XXXIV Encyklopedji Podręcznej Prawa Prywatnego*, Warszawa 1939.

24. Gschnitzer F., [w:] *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band, erster Halbband. §§ 859–1044*, red. H. Klang, F. Gschnitzer, Wien 1968.
25. Guével D., *Cession de droits successifs. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016.
26. Haedicke M., *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das reformierte Schuldrecht*, Tübingen 2003.
27. Hartkamp A.S., Tillema M.M.M., Ter Heide A.E.B., *Contract Law in the Netherlands*, Zuidpoolsingel 2011.
28. Heidinger A., [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 6, §§ 1293–1503 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2016.
29. Helmich E., [w:] *ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, red. A. Kletečka, M. Schauer, rdb.at.
30. Holzner C., [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 285–446 ABGB. Sachenrecht I*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2016.
31. Honsell H., [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020.
32. Hrubesch-Millauer S., [w:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (art. 184–318 OR)*, red. M. Müller-Chen, C. Huguenin, Swisslex 2016.
33. Huber P., [w:] *Münchener Kommentar zum BGB, t. 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433–534. Finanzierungsleasing. CISG*, Beck Online 2019.
34. Huet J., *Art. 1641 à 1649 – Fasc. 20: Vente. – Garantie légale contre les vices cachés. – Domaine de la garantie*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2018.
35. Huguenin C., *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von E. Maissen, B. Meise, T. Huber-Purtschert*, Zürich–Basel–Genf 2019.
36. Jagielska M., [w:] *Międzynarodowe prawo handlowe. System prawa handlowego*, t. 9, red. W. Popiołek, Warszawa 2013.
37. Kaser M., *Das römische privatrecht. Erster abschnitt*, München 1971.
38. Klicka T., Reidinger A., [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 2, §§ 285–530 ABGB, red. G. Kodek, M. Schwimann, Wien 2012.
39. Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973.
40. Koller A., [w:] *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, red. W. Lüchinger, D. Oser, Basel 2020.
41. Koller A., [w:] *Das Schweizerische Obligationenrechts mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts von Dr. iur. Theo Guhl*, Zürich 2000.
42. Koziol G., Koziol K., Koziol H., *Austrian Private Law*, Vienna 2017.
43. Larenz K., *Lehrbuch des Schuldrechts, t. II, Besonderer Teil*, München 1972.
44. Le Guidec R., *Art. 1625 et 1626 – Fasc. unique: Obligations du vendeur. – Garantie en cas d'éviction: étendue, conditions et exercice*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2019.
45. Leible S., Müller M., [w:] *Juris.PraxisKommentat. BGB, Schuldrecht. Teil 2: §§ 433 bis 630h, t. 2.2.*, red. R. Beckmann, Saarbrücken 2015.

46. Lestrande O., *Fasc. 4730: Cession de brevet*, [w:] *JurisClasseur Brevets*, Lexis360.fr 2020.
47. Libchaber R., *Biens. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016.
48. Lionel L., *Art. 1321 à 1326 – Fasc. 20: régime général des obligations. – Opérations sur obligations. – Cession de créance. – Effets*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2020.
49. Liver P., *Das Eigentum*, [w:] *Schweizerisches Privatrecht. Bd V/I. Sachenrecht*, red. M. Gutzwiller, H. Hinderling, A. Meier-Hayoz, H. Merz, Basel-Stuttgart 1977.
50. Lukas M., [w:] *ABGB–ON: Kommentar (Manz Grosskommentare)*, red. A. Kletečka, M. Schauer, rdb.at 2017.
51. Martens S., [w:] *Commentaries on European Contract Laws*, red. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018, DOI: 10.1111/1468-2230.12420.
52. Mignot M., *Art. 1689 à 1698 – Fasc. unique: Vente. – Transport des droits incorporels autres que la vente*, [w:] *JurisClasseur Civil Code*, Lexis360.fr 2019.
53. Monateri P.G., Musy A., Chiaves F.A., *Contract Law. Italy*, [w:] *The International Encyclopaedia of Laws*, red. R. Blanpain, London 1999.
54. Montoux D., *V° Vente mobilière – Fasc. 10: Vente mobilière. – Règles générales*, [w:] *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Lexis360.fr 2017.
55. Ofner H., [w:] *ABGB. Praxiskommentar*, t. 4, §§ 859–1089 ABGB, WucherG, UN-Kaufrecht, red. M. Schwimann, Wien 2006.
56. Ophèle C., *Cession de créance. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2018.
57. Pfeffer A., Rauter E.A., *Handbuch Kunstrecht*, Wien 2014.
58. Rabel E., *Das recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlin–Leipzig 1936.
59. Reetz P., Burri C., [w:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen. Art. 1–183 OR*, red. A. Furrer, A. Schnyder, Zürich 2016.
60. Reischauer R., [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 917–937 ABGB. Leistungsstörungenrecht*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2018.
61. Rouvière F., *Cession de dette. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2018.
62. Rüfner T., [w:] *Commentaries on European Contract Laws*, red. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018.
63. Rüfner T., [w:] *Historisch-kritischer. Kommentar zum BGB*, t. I, Allgemeiner Teil. §§ 1–240, red. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen 2003.
64. Schönle H., Higi P., [w:] *Kauf und Schenkung. Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR)*, Zürich 2005.
65. Schubel C., [w:] *Einführung in das neue schuldrecht*, red. M. Schwab, C.-H. Witt, München 2002.
66. Schulze R., Staudenmayer D., [w:] *EU Digital Law*, red. R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden 2020.
67. Sériaux A., *Propriété. Répertoire de droit civil*, Dalloz 2016.

68. von Bar C., Clive E., Schulte-Nölke J., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf.
69. von Savigny F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840.
70. Weidenkaff W., [w:] *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, red. G. Brudermüller, I. Götz, S. Herrler, K. Thorn, D. Weidlich, J. Ellenberger, C. Grüneberg, H. Sprau, W. Weidenkaff, J. Wicke, München 2020.
71. Welser R., *Bürgerlichen Rechts*, t. II, Wien 2007.
72. Wilhelmi R., [w:] *Grosskommentar BGB*, red. B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann, Beck Online 2019.
73. Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, Stuttgart 1879.
74. Winner M., [w:] *Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 285–446 ABGB. Sachenrecht I*, red. P. Rummel, M. Lukas, Wien 2016.
75. Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford–USA 1996.
76. Zimmermann R., *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford–USA 2006.
77. Zoll (mł.) F., *Przedmiot praw rzeczowych*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1938, z. 3.
78. Zoll (starszy) F., *Rzymskie prawo prywatne (pandekta)*, t. IV.A, *Zobowiązania*, Warszawa–Kraków 1920.

Aneta Makowiec

W poszukiwaniu instytucji zapisu
o skutku rzeczowym w prawie spadkowym
na ziemiach polskich od czasów najdawniejszych
do zakończenia II wojny światowej –
rys prawnohistoryczny

*Searching for institution of legacy enforceable per se
in succession law existing in Polish territories
from the oldest days to the end of World War II –
historical outline from legal perspective*

Abstract

This paper focuses on the presentation of succession institutions similar in nature to a legacy enforceable per se which existed in the Polish territories from the oldest days until the end of World War II. In the context of the issues researched in the paper, it seems very important to analyse the regulations existing in the period of the rebirth of the Polish State after the First World War, which were contained in the Napoleonic Code, because this is where an institution similar to the legacy of immediate enforceability occurs. In the situation, where it is impossible to find any institution of legacy enforceable per se in the Polish regulations existing during the time analysed, the paper lists other institutions introduced at that time by legislators that allowed the deceased to dispose of

Dr Aneta Makowiec, radca prawny w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie, adiunkt w Ośrodku Badań nad Prawem Rolnym na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, absolwentka kierunku Prawo oraz kierunku Administracja na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie; stypendystka – stypendium Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego za wybitne osiągnięcia naukowe w latach 2010/2011 i 2014/2015; laureatka stypendium Fundacji na rzecz Nauki Polskiej dla wybitnych młodych uczonych – Start 2015; autorka i współautorka ponad 65 publikacji naukowych z zakresu prawa rolnego, prawa cywilnego, prawa administracyjnego, w tym artykułów zamieszczonych w renomowanych czasopismach polskich i zagranicznych, rozdziałów w pracach zbiorowych, monografiach, opracowań dydaktycznych i głos; Polska, ORCID: 0000-0001-6478-4500, e-mail: aneta.makowiec@uj.edu.pl.
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 24.09.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 29.10.2021 r.

the estate mortis causa. The paper also investigates the influence of economic, social and political factors on the shaping of the institutions analysed and on the changes in the evolution of succession law throughout the centuries.

Keywords: *ordinary legacy, legacy enforceable per se, succession, will, succession law*

Streszczenie

Niniejszy artykuł koncentruje się na przybliżeniu instytucji prawnospadkowych obowiązujących na ziemiach polskich od czasów najdawniejszych do zakończenia II wojny światowej, które były zbliżone w swym kształcie do zapisu o skutkach rzeczowych. Z uwagi na poruszoną problematykę szczególne znaczenie ma analiza regulacji obowiązujących w okresie odrodzenia państwa polskiego po I wojnie światowej, zawartych w kodeksie Napoleona, gdyż to właśnie tam, jak się okaże, pojawia się instytucja przypominająca zapis windykacyjny. Natomiast w sytuacji gdy nie sposób odnaleźć instytucji zapisu o skutkach rzeczowych wśród polskich regulacji prawnospadkowych obowiązujących w poddanym analizie przedziale czasowym, wskazane zostaną inne wprowadzone wówczas przez ustawodawcę instytucje pozwalające spadkodawcy rozrządzić majątkiem mortis causa. W artykule zostanie zwrócona również uwaga na wpływ czynników ekonomicznych, społecznych i politycznych na ukształtowanie przedmiotowych instytucji oraz na przeobrażenia/ewolucję prawa spadkowego na przestrzeni wieków.

Słowa kluczowe: *zapis zwykły, zapis o skutku rzeczowym, dziedziczenie, testament, prawo spadkowe*

1. Wstęp

Celem badawczym podjętym w niniejszym artykule jest próba odnalezienia i przybliżenia instytucji spadkowych obowiązujących na ziemiach polskich od czasów najdawniejszych do zakończenia II wojny światowej. Szczególnie istotne znaczenie ma analiza regulacji obowiązujących w okresie odrodzenia państwa polskiego po I wojnie światowej, zawartych w kodeksie Napoleona, gdyż to właśnie tam pojawiła się instytucja przypominająca zapis windykacyjny. W sytuacji gdy nie sposób odnaleźć zapisu o skutkach rzeczowych wśród polskich regulacji spadkowych obowiązujących w poddanym analizie przedziale czasowym, wskazane zostaną wprowadzone wówczas przez ustawodawcę mechanizmy pozwalające spadkodawcy rozrządzić majątkiem *mortis causa* i służące realizacji jego woli. W związku z tym zwrócona zostanie także uwaga na ważki wpływ czynników ekonomicznych, społecznych i politycznych na ukształtowanie przedmiotowych instytucji oraz ich przeobrażenia na przestrzeni wieków.

Należy w tym miejscu tylko syntetycznie wspomnieć, że zapis windykacyjny (legat windykacyjny) funkcjonujący obecnie w polskim prawie spadkowym jest rozrządzeniem testamentowym, za pomocą którego testator może rozdysponować posiadanym majątkiem na wypadek śmierci w akcie ostatniej woli¹. Najistotniejszą cechą zapisu windykacyjnego jest wywoływanie skutku rzeczowego w chwili otwarcia spadku. Oznacza to, że za pomocą zapisu windykacyjnego testator, pod pewnymi warunkami, może decydować o losach konkretnego składnika majątku *mortis causa*. Wśród wspomnianych warunków należy wskazać po pierwsze to, że wspomniany składnik może stanowić przedmiot zapisu windykacyjnego². Po drugie powinien znajdować się w majątku spadkodawcy w chwili jego śmierci. Po trzecie spadkodawca nie jest zobowiązany do jego zbycia. Skutkiem zapisu windykacyjnego jest to, że z chwilą śmierci spadkodawcy zapisobierca windykacyjny z mocy samego prawa staje się właścicielem zapisanej rzeczy lub uprawnionym z tytułu prawa będącego przedmiotem zapisu³. Nadto na skutek ustanowienia legatu o skutku rzeczowym w testamencie jego przedmiot nie wchodzi do spadku i nie podlega dziedziczeniu na zasadach ogólnych. Niezwykle istotne jest również to, że zapisobierca nabywa

¹ Zob. szerzej m.in.: J. Turlukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011; P. Księżak, *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012; J. Turlukowski, *Instytucja zapisu windykacyjnego w prawie polskim*, Warszawa 2014; J. Waszczuk-Napiórkowska, *Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2014; P. Blajer, *Nabycie przedsiębiorstwa będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego. Aspekty materialno- i proceduralnoprawne*, Warszawa 2016; P. Blajer, *Ustanowienie przez przedsiębiorcę zapisu windykacyjnego*, Warszawa 2016; P. Blajer, *Gospodarstwo rolne jako przedmiot zapisu windykacyjnego – wybrane problemy*, „Studia Iuridica Agraria” 2011/IX; P. Księżak, *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. J. Bieluk, A. Doliwa, A. Malarewicz-Jakubów, T. Mróz, Białystok 2012; A. Bieranowski, *Wykładnia testamentu zawierającego zapis windykacyjny – głos w dyskusji*, „Rejent 2012” /7–8, s. 177; A. Makowiec, *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, Warszawa 2019.

² Zob. szerzej A. Makowiec, *Zapis...*, s. 79–179.

³ Z. Truszkiewicz, *O niektórych skutkach zapisu windykacyjnego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, red. A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko, Warszawa 2014.

przeznaczony mu przedmiot na zasadzie sukcesji syngularnej. Trzeba również wspomnieć, że legatariusze windykacyjni ponoszą odpowiedzialność za długi spadkowe⁴, a także ponoszą subsydiarną odpowiedzialność za zachówek⁵.

2. Ewolucja instytucji zapisu w regulacjach prawnośpadkowych na ziemiach polskich

2.1. Regulacje prawnośpadkowe na ziemiach polskich od czasów najdawniejszych

W plemiennych systemach germańskich i słowiańskich dominował pogląd, że spadek należy do rodziny i spadkodawca nie może nim swobodnie dysponować⁶. Rodzina i związki rodowo-plemienne były bardzo silne, toteż podstawą uprawnienia do spadku były więzy krwi – *Das Gut rinnt wie das Blut* („Dobra płyną jak krew”). W historii ludów nowożytnych rozwój testamentu datuje się na początki średniowiecza, gdyż wcześniej w ogóle nie znano pojęcia testamentu i opierano się na zasadzie *solus Deus heredem facere potest, non homo* (z przywołanej zasady wynikało w literalnym tłumaczeniu, że tylko Bóg może uczynić dziedzicem, żaden człowiek tego uczynić nie może)⁷. Księgi prawa zwyczajowego z XIII w. i ustawa Kazimierza Wielkiego nie zawierały wzmianek o testamencie. Koncepcja swobody testowania wykształciła się dopiero pod wpływem recepcji prawa rzymskiego⁸. Pierwszymi uczonymi, dzięki którym nastąpiło odrodzenie zainteresowania prawem rzymskim, byli tzw. glosatorzy – prawnicy szkoły w Bolonii, którzy zaczęli badać prawo rzymskie na podstawie odkrytych wówczas Digestów justyniańskich⁹. Nazwa kierunku pochodzi od wyjaśnień i uwag (głos) zapisywanych w tekście kodyfikacji justyniańskiej na marginesie lub między wierszami¹⁰. Glosatorzy stosowali scholastyczną metodę objaśniania poszczególnych słów, zdań i ustępów drogą operacji logiczno-językowej. Uważali oni prawo rzymskie za prawo „żywe”, wskrzeszone, a cesarzy niemieckich – za bezpośrednich kontynuatorów cesarzy rzymskich. Rozpowszechniali tezę, że prawo rzymskie powinno mieć moc obowiązującą na wszystkich terytoriach, nad którymi rozciąga się panowanie cesarzy niemieckich, a posługiwanie się prawem rzymskim stanowi przejaw przynależności do Rzeszy.

Postglosatorzy, zwani komentatorami lub konsyliatorami, reprezentowali natomiast nowy kierunek, który zapanował na uniwersytetach włoskich od połowy

⁴ Zob. szerzej A. Makowiec, *Zapis...*, s. 227–276.

⁵ Zob. szerzej A. Makowiec, *Zapis...*, s. 279–311.

⁶ Zob. W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 528; także K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 96–97.

⁷ H. Konic, *Otwarcie i objęcie spadku. Wykład porównawczy na tle prawodawstw obowiązujących w Polsce w zestawieniu z kodeksem cywilnym szwajcarskim*, Warszawa 1923, s. 20.

⁸ Zob. P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*, t. II, Lwów 1910, s. 67; W. Wołodkiewicz, [w:] *Prawo rzymskie. Instytucje*, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Warszawa 1996, s. 325 i n.

⁹ Zob. F. Longchamps de Bérier, [w:] *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, Warszawa 2009, s. 89.

¹⁰ F. Longchamps de Bérier, [w:] *Prawo...*

XIV w.¹¹ Ich dokonaniem było twórcze przystosowanie prawa rzymskiego do potrzeb współczesności. Komentatorzy potrafili pogodzić w swych obszernych opracowaniach czysto teoretyczne i abstrakcyjne rozważania z potrzebami praktyki¹². Dorobek komentatorów dał początek nowym dziedzinom prawa – handlowemu, międzynarodowemu, prywatnemu. Komentatorzy byli właściwymi twórcami odrodzonego prawa rzymskiego, które w ich interpretacji zaczęło przenikać jako prawo powszechne w charakterze czynnika ujednolicającego do wielu systemów partykularnych Europy. Dzieła komentatorów stanowiły podstawę znajomości prawa rzymskiego¹³. Recypowane prawo rzymskie zostało zaś skonfrontowane w wielu miejscach Europy z tradycyjnymi systemami, w których nie było miejsca na swobodę testowania.

Pojawienie się pierwszych testamentów na ziemiach polskich datuje się na XII w., a ich upowszechnienie – na XIV w. Pierwotnie ich zakres podmiotowy i przedmiotowy był nieograniczony; istniała możliwość rozrządzenia zarówno ruchomościami, jak i nieruchomościami, na rzecz rodziny oraz osób trzecich. Obok prawa rzymskiego, jako kolejne źródło rozwoju zasady swobody testowania, należy wskazać prawo kościelne¹⁴. Ze względu na potrzeby Kościoła przyjęto, że w celu zapewnienia zbawienia dusz (*pro salute animae*) spadkodawca mógł rozrządzić częścią swojego majątku. Początkowo było to tylko rozrządzenie na rzecz Kościoła, później również na inne cele. Pod wpływem Kościoła, w XIV–XV w., przyjęto instytucję trzecizny¹⁵, która polegała na swobodnej alienacji 1/3 dóbr¹⁶. Później wykształciła się zasada, zgodnie z którą w testamencie można było rozrządzić jedynie ruchomościami i pieniędzmi, natomiast nieruchomości przysługiwały zawsze dziedzicom ustawowym¹⁷. Zasadę tę wyrażono w ustawie tymczasowej radomskiej z 1505 r. i ustawie sejmu piotrkowskiego z 1510 r. Ustawa z 1510 r. została potwierdzona przez konstytucję piotrkowską z 1519 r. i wyroki sądów królewskich. Później została przyjęta w konstytucji z 1768 r. i 1775 r.¹⁸

Z powstaniem i rozwojem testamentu ściśle wiązała się instytucja zapisu. Testament nie musiał ustanawiać dziedzica, ale mógł zawierać jedynie zapisy¹⁹. Warto dodać, że nazwa „zapis” w dawnym prawie polskim miała odmienne znaczenie od obecnie przyjętego. Właściciel rzeczy, sprzedając ją, czynił „zapis” na rzecz kupca, co oznaczało, że zobowiązywał się do sprzedaży tej rzeczy. Ówczesną instytucję zapisu określano mianem „legat” lub „odkaz”. Owe legaty można było czynić na rzecz osób świeckich i duchownych, przy czym na rzecz tych ostatnich (lub kościołów) występowały znaczne ograniczenia. Testator ustanawiający legat nazywany był

¹¹ F. Longchamps de Bérrier, [w:] *Prawo...*, s. 90–91.

¹² Zob. W. Osuchowski, *Zarys...*, s. 124 i n.

¹³ Zob. S. Grzybowski, *Dzieje prawa*, Wrocław 1981, s. 85.

¹⁴ Zob. P. Dąbkowski, *Prawo...*, s. 67.

¹⁵ Zob. M. Miłkuła, *Zakres przedmiotowy spadkobrania testamentowego w statutach litewskich*, [w:] *Krakowskie studia z historii państwa i prawa*, t. 3, red. W. Uruszczak, D. Malec, M. Miłkuła, Kraków 2010, s. 131 i n.

¹⁶ Zob. K. Kolańczyk, *Studia nad relikami wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce. Rozporządzanie własnością ziemską do końca XIV wieku*, [w:] *Studia nad historią prawa polskiego*, t. XX, Poznań 1950, s. 576 i n.

¹⁷ Zob. J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski, Tom I do połowy XV wieku*, Warszawa 1964, s. 509.

¹⁸ Zob. P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 39.

¹⁹ Zob. H. Konic, *Otwarcie...*, s. 21.

odkazać, a osoba na rzecz której go ustanawiał – odkaźnikiem. Zazwyczaj uczyniony w testamencie odkaz stanowił wynik dobrej woli testatora. Dawne prawo polskie знаło również sytuacje, kiedy odkazca był do niego prawnie zobowiązany²⁰, np. duchowny świecki miał obowiązek pamiętać o kościele, przy którym był ustanowiony, natomiast prawo ormiańskie z 1519 r. nakazywało każdemu Ormianinowi odkazać coś na rzecz kościoła, biskupa i księży²¹. W sytuacji niewykonania odkazu przez odkazcę (tzw. odkazy ręczne, kiedy to odkazca wręczał przedmiot odkazu odkaźnikowi od razu, na łożu śmierci) obowiązek ten ciążył na spadkobiercach w stosunku do ich części spadkowych lub na wykonawcy testamentu²². Zakres dozwolonej dyspozycji dobrami był dość ograniczony. Zmieniało się to na przestrzeni wieków, a różnice występowały terytorialnie i stanowi²³.

Uogólniając, można stwierdzić, że swoboda dysponowania nieruchomościami była niewielka. Przedmiotem odkazów mogły być rzeczy ruchome, sumy pieniężne i prawa. Nadto odkazca mógł zapisać rzeczy, które w chwili sporządzenia testamentu nie należały do niego, jeżeli następnie je nabył i w chwili śmierci posiadał²⁴. W niektórych sytuacjach mógł określić, że przedmiot odkazu przejdzie na spadkobiercę z pierwszego odkaźnika. Według dzisiejszych pojęć, w świetle przepisów polskiego prawa spadkowego, odkaz można przyrównać do zapisu zwykłego.

2.2. Regulacje prawnospadkowe w okresie międzywojennym

2.2.1. Zarys zagadnienia

Warto w tym miejscu przejść do przybliżenia regulacji w zakresie prawa spadkowego obowiązujących na ziemiach polskich w okresie międzywojennym. Analizę należy poprzedzić spostrzeżeniem, że okres rozbiorów przerwał ewolucję prawa polskiego. W tym czasie na ziemiach polskich obowiązywały różne systemy prawne. Co więcej, w ramach jednego zaboru brak było jednolitości²⁵. W chwili odzyskania przez Polskę niepodległości w 1918 r. funkcjonowało pięć odrębnych uregulowań w zakresie prawa spadkowego²⁶. Na terenie zaboru austriackiego były to przepisy § 531–858 kodeksu cywilnego austriackiego z 1811 r. (ABGB)²⁷, na ziemiach zaboru pruskiego – § 1922–2385 księgi V kodeksu cywilnego niemieckiego z 1896 r. (BGB), na terenie Spisza i Orawy – prawo węgierskie, w zaborze rosyjskim, na ziemiach Królestwa Kongresowego – księga III kodeksu Napoleona z 1804 r. (k.N.) uzupełniona przepisami Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego z 1818 r., na pozostałych zaś ziemiach zaboru rosyjskiego obowiązywały art. 1104–1373 księgi III cz. I Zbioru

²⁰ Zob. P. Dąbkowski, *Prawo...*, s. 105.

²¹ P. Dąbkowski, *Prawo...*

²² P. Dąbkowski, *Prawo...*, s. 105–106.

²³ Zob. P. Księżak, *Zapis windykacyjny...*, s. 21.

²⁴ Zob. P. Dąbkowski, *Prawo...*, s. 77.

²⁵ Zob. szerzej B. Leśnodorski, [w:] *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Warszawa 1976, s. 424 i n.

²⁶ Zob. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 16 i n.

²⁷ Zob. F. Zoll, [w:] *Spadkowe prawo: województwa południowe*, F. Zoll, S. Kosiński, Warszawa 1939, s. 3–4.

Praw Rosyjskich²⁸. Każdy ze wskazanych aktów zawierał odmienne uregulowania w zakresie prawa spadkowego, gdyż był przystosowany do różnego poziomu rozwoju społeczno-gospodarczego i politycznego państw zaborczych²⁹. Priorytetowe zadanie nowo powstałego państwa w zakresie prawodawstwa polegało na dokonaniu unifikacji prawa, a następnie kodyfikacji. Stanowiło to kwestię o szczególnie doniosłym znaczeniu, gdyż bez jednolitego prawa niemożliwa była całkowita integracja społeczeństwa polskiego ani utworzenie z państwa polskiego całości gospodarczej³⁰. Nadto wymagała tego suwerenność państwowa. Ustawą z 3.06.1919 r.³¹ utworzono komisję kodyfikacyjną, której zadanie dotyczyło przygotowania projektów jednolitego dla całego obszaru Polski ustawodawstwa w dziedzinie prawa cywilnego i karnego. Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego okazały się bardziej czasochłonne niż w przypadku prawa karnego. Nie było to zadanie łatwe, gdyż występowały poważne różnice między ustawodawstwem cywilnym poszczególnych dzielnic. Ponadto społeczeństwo wykazywało silne związanie z prawem małżeńskim, rodzinnym, rzeczowym czy spadkowym. Sprawiało to, że usuwanie pojawiających się trudności następowało bardzo powoli. Same prace nad kodyfikacją prawa spadkowego rozpoczęto stosunkowo późno, bo dopiero w 1926 r. pod przewodnictwem Henryka Konica. Prace komisji ograniczyły się jedynie do dyskusji nad podstawowymi założeniami prawa spadkowego i nie zostały ukończone z powodu wybuchu wojny we wrześniu 1939 r. Nie przedstawiono wtedy żadnego jednolitego projektu prawa spadkowego. Do tego momentu jednak został opracowany i uchwalony w pierwszym czytaniu projekt rozdziału księgi drugiej kodeksu postępowania niespornego w postępowaniu spadkowym. Ogłoszono go drukiem wraz z uzasadnieniem w styczniu 1939 r.³²

W praktyce w okresie międzywojennym stosowano przepisy porozbiorowe z wielkimi zmianami odnoszącymi się do dzielenia gospodarstw rolnych i w kwestii ujednolicenia zasad sporządzania testamentów wojskowych³³. Powyższe regulacje miały bezpośredni wpływ na praktykę na ziemiach polskich oraz pośrednio na regulacje przyjęte w dekrecie z 1946 r.³⁴

Szczegółowe omówienie każdej z regulacji prawa spadkowego funkcjonującej w ustawodawstwie zaborczym obowiązującym na ziemiach polskich przekracza ramy niniejszego opracowania. Jednak szczególnie istotne znaczenie ma analiza unormowań zawartych w k.N., gdyż tam pojawia się instytucja bardzo zbliżona w swym kształcie do obecnie wprowadzonego do prawa polskiego zapisu windykacyjnego – zapisu o skutku rzeczowym; i to właśnie jej zostanie poświęcona zdecydowanie

²⁸ Zob. J. Barwiński, *O spadkach, ich dziedziczeniu i podziale*, Warszawa 1936, s. 5.

²⁹ Zob. M. Pietrzak, [w:] *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Warszawa 1976, s. 562.

³⁰ M. Pietrzak, [w:] *Historia...*

³¹ Ustawa z 3.06.1919 r. o komisji kodyfikacyjnej (Dz.Pr.P.P. z 1919 r. Nr 44, poz. 315).

³² Zob. J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 16-17.

³³ Zob. K. Przybyłowski, *Polskie międzywojenne prace kodyfikacyjne w dziedzinie prawa spadkowego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa-Wrocław 1967, s. 260 i n.

³⁴ Dekret z 8.10.1946 r. – Prawo spadkowe (Dz.U. Nr 60, poz. 328 ze zm.), *Biblioteka Tekstów Ustaw VI, Prawo spadkowe wraz z przepisami wprowadzającymi prawo spadkowe i Postępowanie spadkowe wraz z słowem wstępnym J. Sajdaka*, Poznań 1949.

największa część poniższych rozważań. Odnośnie do pozostałych regulacji warto jedynie krótko podsumować rozwiązania zawarte w BGB i ABGB, ponieważ to one znacząco wpłynęły na regulacje prawa spadkowego po II wojnie światowej.

2.2.2. Regulacje prawnospadkowe zawarte w kodeksie Napoleona

Na ziemiach polskich kodeks Napoleona³⁵ został wprowadzony w Księstwie Warszawskim w 1808 r. i wywarł przemożny wpływ na prawo cywilne II Rzeczypospolitej. Początkowo unormowania zawarte w tym kodeksie spotkały się z oporem polskiego społeczeństwa, gdyż część przepisów nie pasowała do polskiej tradycji i rzeczywistości panującej w Księstwie Warszawskim³⁶. Jednakże stopniowo sprzeciw społeczny malał, a po upadku powstania listopadowego k.N. stał się symbolem odrębności Królestwa Polskiego od Rosji. Ostatecznie przepisy przejęte z k.N. obowiązywały w Polsce do 1945 r. i były traktowane jak rodzime, polskie prawo. Regulacje normujące sprawy z zakresu prawa spadkowego obowiązywały zaś na centralnych ziemiach polskich w latach 1808–1946³⁷, kiedy to zostały zastąpione przez dekret. Warto podkreślić, że do dnia dzisiejszego znajdują zastosowanie w sprawach spadkowych po zmarłych w tamtym okresie.

Z uwagi na temat niniejszego opracowania warto rozważyć trzy rodzaje rozrządzeń testamentowych, które przewidywał k.N. Był to zapis ogólny, zapis pod tytułem ogólnym i zapis pod tytułem szczególnym (zapis szczególny). Wszystkie rozrządzenia obejmujące majątek spadkowy zamykały się w powyższych kategoriach zapisu³⁸. Można zauważyć, że k.N. nie wyróżniał zapisów według kryterium odnoszonego przez nie skutku, a według tego, jaką częścią swojego majątku spadkodawca postanowił rozrządzić. Co istotne, zapis prosty i bezwarunkowy przenosił własność przedmiotu zapisu na legatariusza z dniem śmierci testatora, czyli wywoływał skutek rzeczowy (art. 1005, 1006, 1014 k.N.). Powody wprowadzenia zapisu o skutku rzeczowym były natomiast dwojakiego rodzaju. W pierwszej kolejności to motywy polityczne. Zwycięska burżuazja pragnęła znieść wszelkie relikty stosunków feudalnych. Motywy drugiego rodzaju (wydawać by się mogło: gospodarcze) nie pozostawały pozbawione politycznego zabarwienia, gdyż polegały na chęci jak największego zmniejszenia liczby przypadków, w których właściciel byłby ograniczony

³⁵ Kodeks cywilny, zwany kodeksem Napoleona, faktycznie zatytułowany Kodeks Cywilny Francuzów, był zbiorem norm prawa cywilnego. Został on wprowadzony we Francji w 1804 r. z inicjatywy Pierwszego Konsula, późniejszego Cesarza Francuzów Napoleona I Bonaparte. Kodeks ten z licznymi zmianami obowiązuje we Francji do dziś, a jego zapisy wywarły znaczny wpływ na prawo cywilne większości państw Europy.

³⁶ Zob. R. Longchamps de Bérier, *Kodeks Napoleona*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1921/7–9, s. 145–146; S. Płaza, *Historia prawa na tle porównawczym*, cz. II, Kraków 2002, s. 49–50.

³⁷ Uchylił je art. IX dekretu z 8.10.1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo spadkowe (Dz.U. z 1946 r. Nr 60, poz. 329 ze zm.).

³⁸ Powodowało to, że nie było różnic między pozycją prawną powołanego w testamencie spadkobiercy a pozycją zapisobiercy, gdyż majątek mógł być przekazany jedynie przez dokonanie rozrządzenia pod postacią zapisu; zob. M. Planiol, *Podręcznik prawa cywilnego (o darowiznach i testamentach)*, Warszawa 1922, s. 101.

w wykonywaniu swego prawa własności. Zapewnienie możliwie nieograniczonej swobody działania i wolności jednostki stanowiło wykładnik wywodzącego się z rewolucji francuskiej liberalizmu.

Za pomocą zapisu ogólnego testator mógł przekazać cały swój majątek jednej lub kilku osobom (art. 1003 k.N.)³⁹. Powołanie zapisobiercy do całości majątku spadkodawcy było uzależnione od istnienia innych osób uprawnionych (współzapisobierców i dziedziców koniecznych). W tym kontekście warto przybliżyć regulację zawartą w art. 1006 k.N., który stanowił, że „gdy w chwili śmierci testatora nie ma następców, dla których część jego majątku przez prawo jest zastrzeżoną, zapisobierca ogólny, ze śmiercią testatora, z samego prawa wchodzi w posiadanie, i nie będzie obowiązany żądać wydania”. Możliwa była także sytuacja, w której legatariusz ogólny nie otrzymywał nic ze spadku, a działo się tak, kiedy majątek spadkowy obciążały równocześnie zapisy pod tytułem szczególnym. Zgodnie z art. 1009 k.N. zapisobiercy tacy ponosili odpowiedzialność za długi spadkowe i zapisy.

W drodze zapisu pod tytułem ogólnym spadkodawca zapisywał natomiast innej osobie własność lub użytkowanie pewnej, oznaczonej części swojego majątku. Zapis ten mógł zostać uczyniony tylko z części rozporządzalnej majątku spadkowego (art. 1010 k.N.)⁴⁰. W drodze tego rozrządzenia testamentowego możliwe było zapisanie wszystkich ruchomości albo wszystkich nieruchomości, ułamkowej części majątku, ułamkowej części ruchomości albo nieruchomości. Stanowiło to katalog zamknięty, toteż w innym przypadku domniemywano, że jest to rozrządzenie pod tytułem szczególnym. Warto także dodać, że zapis pod tytułem ogólnym nie dawał prawa do całości spadku⁴¹. W praktyce jednak zapisobierca pod tytułem ogólnym mógł otrzymać cały majątek spadkowy, np. w sytuacji gdy spadkodawca zapisał mu wszystkie nieruchomości, a w skład majątku nie wchodziły żadne ruchomości. Stosownie do regulacji zawartej w art. 1011 k.N. zapisobierca pod tytułem ogólnym mógł żądać wydania przedmiotu zapisu od spadkobierców albo od zapisobierców ogólnych. Ponościł on zaś odpowiedzialność za długi spadkowe w stosunku do swojej części i udziału (art. 1012 k.N.).

Szerszego omówienia wymaga zapis pod tytułem szczególnym, który w znaczący sposób przypomina wprowadzony do polskiego porządku prawnego zapis windykacyjny. Zapisem szczególnym w myśl regulacji zawartych w k.N. było każde rozrządzenie majątkowe na wypadek śmierci, które nie mieściło się w definicji zapisu ogólnego i zapisu pod tytułem ogólnym⁴². Zapis szczególny mógł zostać ujęty

³⁹ Zob. C. Demolombe, *O spadkach*, t. I, Warszawa 1901, s. 77.

⁴⁰ Zgodnie z regulacjami zawartymi w kodeksie Napoleona majątek spadkodawcy dzielił się na dwie części. Częścią rozporządzalną spadkodawca mógł rozporządzić w drodze testamentu lub darowizny. Jej wielkość zależała od ilości krewnych w linii prostej uznanych za dziedziców koniecznych. Część obowiązkową natomiast prawo zabezpieczało dla jego uprzywilejowanych spadkobierców. W sytuacji gdy spadkodawca, rozporządzając swoim majątkiem, przekroczył część rozporządzalną, uczynione zapisy i darowizny ulegały stosunkowemu zmniejszeniu.

⁴¹ Zob. A. Moszyńska, *Zapis windykacyjny w Polsce – dawniej i dziś*, „Rejent” 2013/1, s. 68; E. Niezbecka, *Zapis*, Lublin 1990, s. 14.

⁴² Zob. A. Okolski, *Zasady prawa cywilnego obowiązujące w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1885, s. 409.

tylko w testamencie, bez względu na rodzaj testamentu⁴³. Polegał on na zapisaniu jednego lub wielu przedmiotów należących do majątku testatora. Unormowania k.N. nie zawierały zamkniętego katalogu praw mogących stanowić przedmiot zapisu szczególnego. Mogły to być prawa, które na mocy przepisów szczególnych podlegały dziedziczeniu⁴⁴. Testator mógł rozrządzić w drodze zapisu szczególnego jedną rzeczą lub wieloma rzeczami (ruchomymi i nieruchomościami), które nie musiały być indywidualnie oznaczone.

Zapis okazywał się bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należał do spadkodawcy albo spadkodawca był zobowiązany do jego zbycia, bez względu na to, czy testator wiedział, że rzecz do niego nie należała (art. 1021 k.N.). W doktrynie i orzecznictwie pojawiała się jednak tendencja do utrzymywania w mocy rozrządzenia testatora i ograniczenia nieważności zapisu. Uznano, że zapisem cudzej rzeczy nie jest rozrządzenie testamentowe, w którym spadkodawca nakłada na spadkobiercę lub zapisobiercę ogólnego obowiązku, by wydał należącą do niego rzecz zapisobiercy szczególnie, jeżeli chce skorzystać ze spadku lub zapisu⁴⁵. Doktryna przyjęła natomiast, że art. 1021 k.N. nie znajduje zastosowania, kiedy przedmiotem zapisu była rzecz oznaczona co do gatunku⁴⁶. W sytuacji gdy zapisana rzecz nie znajdowała się w majątku spadkowym spadkobiercy, spadkobierca miał obowiązek ją nabyć i wydać zapisobiercy⁴⁷. Natomiast w przypadku gdy testator zapisał jedną z dwóch rzeczy, pozostawiając możliwość wyboru spadkobiercy lub zapisobiercy, i okazało się, że jedna z tych rzeczy nie należała do testatora, osoba obowiązana powinna wydać tę drugą rzecz⁴⁸. Warto dodać, że w sytuacji gdy przedmiotem zapisu była rzecz nieoznaczona, spadkobierca na mocy art. 1022 k.N. nie miał obowiązku wydania rzeczy najlepszego gatunku, nie mógł jednak świadczyć rzeczy najgorszego gatunku. Wskazuje to na konkretyzację ogólnej reguły ujętej w art. 1246 k.N. Przedmiotem zapisu szczególnego mogła być także rzecz zbiorowa lub zbiór rzeczy, np. kolekcja znaczków, obrazów, księgozbiór. Oprócz nieruchomości do najczęściej zapisywanych ówczesne rzeczy należały pieniądze⁴⁹. W sposób wyraźny regulowano sytuację, kiedy rzecz uległa zmianie w okresie między sporządzeniem testamentu a śmiercią spadkodawcy bądź wydaniem jej zapisobiercy. Artykuł 1018 k.N. stanowił, że zapisaną rzecz należało wydać z przynależnościami i w stanie, w jakim znajdowała się w dniu śmierci spadkodawcy. Przyjmowano, że wszystkie

⁴³ Jak podaje Antoni Okolski testament „ze względu na formę, może być trojaki, mianowicie: 1) własnoręczny, 2) publiczny i 3) tajemny czyli mistyczny. Prócz tego mogą być jeszcze szczególne testamenty, jak np. sporządzane w czasie wojny i zagranicą, dla których ustanowione zostały wyjątkowe przepisy (art. 981-1001)”, zob. A. Okolski, *Zasady...*, s. 398.

⁴⁴ Zob. H. Konic, *Otwarcie...*, s. 1-4.

⁴⁵ Wyrok izby cywilnej sądu kasacyjnego francuskiego z 29.03.1837 r., *Recueil périodique Dalloz* 1837, dział 1, s. 387; za: A. Moszyńska, *Zapis...*, s. 70.

⁴⁶ Jeżeli testator użył słów „zapisuję Pawłowi krowę”, nie określając jej indywidualnie, to spadkobiercy obowiązani byli wydać przedmiot zapisu, choćby zachodziła konieczność zakupu przedmiotu zapisu, gdyby nie znajdował się on w masie spadkowej.

⁴⁷ Zob. A. Okolski, *Zasady...*, s. 412.

⁴⁸ Zob. J. Bieda, M. Klos, *Zapis windykacyjny – powrót do przeszłości*, „Państwo i Prawo” 2013/4, s. 23.

⁴⁹ Zob. A. Moszyńska, *Zapis...*, s. 75.

ulepszenia rzeczy dokonane po sporządzeniu testamentu stanowiły korzyść zapisobiercy. Natomiast w sytuacji gdy rzecz zaginęła przed śmiercią spadkodawcy, zapisobiercy nie przysługiwało roszczenie o zapłatę jej wartości⁵⁰. Jeżeli rzecz uległa uszkodzeniu po śmierci testatora i odpowiedzialna za to była osoba zobowiązana do wydania przedmiotu zapisu, zapisobierca mógł żądać naprawienia szkody. Nie miał on jednak takiej możliwości, jeśli uszkodzenie to nastąpiło przed otwarciem spadku. Zgodnie z art. 1020 k.N., gdy spadkodawca przed sporządzeniem lub po sporządzeniu testamentu obciążył nieruchomość hipoteką, spadkobierca zobowiązany do wydania przedmiotu zapisu nie był zobowiązany do uwolnienia rzeczy od tego obciążenia, chyba że testator nałożył na niego taki obowiązek. Artykuł 1019 k.N. stanowił, że w sytuacji gdy testator powiększył zapisaną nieruchomość przez nowe nabytki, to nie stanowiły one części zapisu, nawet jeżeli przylegały do danej nieruchomości⁵¹. Nie dotyczyło to przypadku, w którym testator wyraźnie zastrzegł lub poczynił nowe rozrządzenie, że stanowią one część zapisu. Natomiast w sytuacji gdy zapisana posiadłość była ogrodzona, a testator po sporządzeniu testamentu powiększył jej obwód, upiększył lub postawił budowlę na gruncie stanowiącym przedmiot zapisu, ich własność przechodziła na zapisobiercę wraz z własnością nieruchomości gruntowej. Zapisobierca miał także prawo do przychodów, jakie przynosiła rzecz od dnia wytoczenia powództwa o wydanie lub od dnia, kiedy na dobrowolne wydanie została wyrażona zgoda spadkobierców lub innych dłużników zapisu. Przewidziano jednak dwa wyjątki, kiedy przychody (procent), jakie przynosiła rzecz liczono od chwili otwarcia spadku, nawet pomimo braku wytoczenia skargi. Po pierwsze, była to sytuacja, kiedy testator wprost wyraził swoją wolę w testamencie, aby zapisobierca szczególnie korzystał z przychodów od dnia jego śmierci. Po drugie, kiedy została zapisana na rzecz zapisobiercy „reszta dożywotnia lub pensja pod tytułem alimentów”⁵².

Ciekawe wnioski płynące z badań 319 testamentów zgromadzonych w Archiwum Państwowym w Łodzi, a sporządzonych przez notariuszy prowadzących kancelarie w Zgierzu w latach 1826–1875, zaprezentowane zostały w artykule Justyny Biedy i Michała Kłosa⁵³. Autorzy wskazali, że zapis szczególnie miał różny charakter. Przedmiotem zapisu szczególnego były głównie ruchomości. Zapisy sum pieniężnych pojawiły się w 135 testamentach, ruchomych przedmiotów domowego użytku – w 69 testamentach, natomiast zwierząt gospodarskich – w 22 testamentach⁵⁴. Kosztowności (takie jak srebro i biżuteria) zapisano w 8 testamentach, a maszyny rzemieślnicze – w 11. Rozrządzenia ruchomościami dotyczyły także zapisów wierzytelności (18 testamentów), wierzytelności hipotecznych (3 testamenty). Pojawiły się także zapisy w postaci prawa pobierania dochodów z nieruchomości

⁵⁰ Jak podaje A. Okolski w publikacji *Zasady...*, s. 410, „wszelkie ulepszenia, które w rzeczy zostały zaprowadzone od dnia sporządzenia testamentu, idą na korzyść zapisobiercy, który z drugiej strony nie może skarżyć się na uszkodzenia, jakim on podległa”.

⁵¹ A. Okolski, *Zasady...*

⁵² A. Okolski, *Zasady...*, s. 411–412.

⁵³ Zob. J. Bieda, M. Kłos, *Zapis...*, s. 23–24.

⁵⁴ J. Bieda, M. Kłos, *Zapis...*

– w 7 testamentach, a także dochodów z rzeczy ruchomych – w 1 testamencie. Przedmiotem zapisu szczególnego były również w wielu przypadkach nieruchomości, a mianowicie nieruchomości mieszkalne znajdujące się w miastach – w 95 testamentach, gospodarstwa rolne – w 63 testamentach, grunty niezabudowane – w 20 testamentach, młyny – w 5 testamentach, wiatraki – w 4 testamentach, fabryki – w 3 testamentach, domy zajezdne – w 1 testamencie. Zapis prawa dożywotniego użytkowania nieruchomości pojawił się 39 razy, natomiast terminowe użytkowanie nieruchomości – w 3 testamentach⁵⁵.

Własność zapisanych przedmiotów spadkowych przechodziła na zapisobiercę z dniem śmierci testatora albo w dniu, w którym spełnił się zastrzeżony warunek (art. 900 k.N.)⁵⁶. W stosunku do warunku stosowano ogólne przepisy odnoszące się do zobowiązań⁵⁷. Spełnienie się warunku rozwiązującego⁵⁸ powodowało upadek zapisu, natomiast warunek zawieszający⁵⁹ występował wtedy, kiedy testator uzależnił skuteczność rozporządzenia od zaistnienia określonego zdarzenia⁶⁰. Ustawodawca nie określił wprost katalogu warunków, które mogły zostać zastrzeżone w testamencie. Jednocześnie wskazał warunki niedozwolone, a mianowicie: zgodnie z art. 900 k.N. zabronione były warunki niemożliwe do spełnienia⁶¹, przeciwne prawu⁶², a także niemoralne, sprzeczne z dobrymi obyczajami⁶³. Sankcją uczynienia zapisu pod takim warunkiem było uznanie owego postanowienia za niezastrzeżone. Artykuł 1040 k.N. normował istotną kwestię, wskazując *expressis verbis*, do jakiego momentu warunek miał nastąpić lub nie nastąpić – do momentu śmierci zapisobiercy. Jeżeli zapisobierca zmarł przed ziszczeniem się warunku, zapis uważany był za nieważny

⁵⁵ J. Bieda, M. Kłos, *Zapis...*, s. 25.

⁵⁶ Jak podaje A. Okolski w publikacji *Zasady...*, s. 409, „Tak np. jeżeli ktoś zapisał wszystkie meble, znajdujące się w pewnym domu, bibliotekę i t.p. zapisy takie będą szczególnymi, pomimo to, iż mogą się składać z kilku tysięcy sztuk”.

⁵⁷ J.J. Delsol, *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurysprudencją*, t. III, Warszawa 1874, s. 176–177.

⁵⁸ Na przykład warunek rozwiązujący był zastrzeżony, gdy testator uczynił na rzecz swojego syna zapis z jednoczesnym zakazem rezygnacji z pobierania nauki.

⁵⁹ Na przykład warunek zawieszający był zastrzeżony, gdy testator uczynił na rzecz swojego małżonka zapis pod warunkiem wybudowania domu.

⁶⁰ M. Planiol wskazuje na konsekwencje dla zapisobiercy, jakie niesie z sobą zapis warunkowy, a mianowicie „gdy zapis jest warunkowy, prawo legatarjusza powstaje dopiero z nastaniem warunku (art. 1040)”; zob. M. Planiol, *Podręcznik...*, s. 122.

⁶¹ Warunek, który nigdy i w żadnych okolicznościach nie mógł się ziszczyć ani nie mógł być wykonany, np. uzależnienie skuteczności zapisu od tego, by zapisobierca zbudował *perpetuum mobile* – samonapędzającą się maszynę. Za niemożliwy do spełnienia nie mógł być uznany warunek, którego wykonanie w przyszłości nie zostało wykluczone. Zob. H. Cederbaum, *Jak napisać testament własnoręczny*, Warszawa 1903, s. 108–109.

⁶² Chodzi o sytuacje, kiedy uzależniano skuteczność zapisu od popełnienia przestępstwa lub występku. Podobnie było w przypadku warunków obrażających porządek publiczny. Jak podaje H. Cederbaum w publikacji *Jak napisać...*, s. 109, „Niedozwolony będzie warunek zapisu, którego mocą ojciec ma być odsunięty od opieki nad dziećmi swemi. Opieka sprawowana przez ojca jest rzeczą porządku publicznego; odsunięty on być może od opieki tylko w pewnych wypadkach przez prawo wyszczególnionych”.

⁶³ Były to np. warunki, które sprzeciwiały się przepisom religijnym lub nakłaniały do niemoralnego zachowania. Jednak warunek zakazujący zapisobiercy zawarcia związku małżeńskiego, jeżeli było to umotywowane szczególnymi względami, np. dobrem rodziny, nie był uważany za sprzeczny z dobrymi obyczajami. W tym kontekście zob. J.J. Litauer, *Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa z dodaniem tekstu francuskiego, ustaw uzupełniających i związkowych oraz orzecznictwa kasacyjnego*, Warszawa 1929, s. 271; H. Cederbaum, *Jak napisać...*, s. 110.

i niepodlegający dalszemu dziedziczeniu. Ponadto zapisodawca miał możliwość określenia terminu, do jakiego warunek miał nastąpić lub nie nastąpić. Wtedy to, z uwagi na brak odmiennych regulacji, stosowano przepisy ogólne dotyczące umów (art. 1176–1177 k.N.).

Zastrzeżenie terminu, które traktowano jako postanowienie o charakterze zawieszającym, wstrzymywało prawo zapisobiercy do żądania wydania przedmiotu zapisu. Nie powodowało to jednak nieważności zapisu. W sytuacji gdy zapisobierca zmarł przed nastaniem wyznaczonego terminu, jego prawo przechodziło na jego spadkobierców. Reasumując, k.N. dopuszczał możliwość dokonania zapisu z zastrzeżeniem warunku lub terminu. Dopuszczalność przenoszenia własności nieruchomości pod warunkiem zawieszającym i rozwiązującym potwierdzało orzecznictwo⁶⁴.

Stwierdzenie, że własność rzeczy zapisanej przechodziła na zapisobiercę z dniem śmierci testatora wymaga stosownego doprecyzowania. Niewątpliwie własność zapisanej rzeczy przechodziła na zapisobiercę z dniem śmierci testatora, jednak na mocy art. 1014 k.N. wejście w posiadanie zapisanego przedmiotu nie następowało z mocy samego prawa, a dopiero od dnia wytoczenia skargi o wydanie albo od dnia udzielenia dobrowolnego zezwolenia na wydanie rzeczy. Legatariusz miał prawo żądać wydania swego zapisu na zasadach określonych w art. 1011 k.N., czyli w pierwszej kolejności od spadkobierców koniecznych, w przypadku ich braku – od zapisobiercy ogólnego lub pod tytułem ogólnym, a gdyby go nie było, to od innego ustanowionego spadkobiercy albo kuratora spadku. Był to istotny moment, gdyż od niego zapisobierca mógł żądać przychodów z rzeczy lub odsetek od kapitału. Spadkodawca nie mógł zwolnić zapisobiercy od obowiązku żądania wydania rzeczy⁶⁵. Zapisobierca musiał wypełnić swą powinność, nawet jeśli posiadał zapisaną rzecz w dniu otwarcia spadku. W sytuacji dłuższego i niezakłóconego posiadania przedmiotu zapisu domniemywano jednak jego dobrowolne wydanie⁶⁶. Zobowiązanymi z zapisu byli spadkobiercy lub zapisobiercy ogólni lub pod tytułem ogólnym, każdy w stosunku do części i udziału otrzymanego przez nich ze spadku (art. 1017 k.N.). Od tej zasady istniały jednak wyjątki: kiedy przedmiot zapisu stanowił rzecz niepodzielną lub rzecz ściśle oznaczoną i kiedy życzeniem spadkodawcy było, aby zapisu nie uiszczać częściowo. W tych przypadkach zobowiązany to osoba, w której posiadaniu znajdował się zapis lub którą zobowiązał testator. Spadkobiercy, zapisobiercy ogólni lub pod tytułem ogólnym, przyjmując spadek, brali na siebie obowiązek wydania zapisów. Jeżeli jednak tego nie uczynili dobrowolnie, a zapisobiercy wytoczyli przeciwko nim skargę, wówczas to oni ponosili koszty takiego postępowania. Kiedy przedmiotem zapisu była rzecz oznaczona co do tożsamości lub prawo rzeczowe na rzeczy, zapisobierca dysponował skargą o odzyskanie lub *actio confessoria* (powództwo rzeczowe przeciw każdemu,

⁶⁴ Wyrok izby cywilnej sądu kasacyjnego francuskiego z 4.01.1858 r., *Recueil périodique Dalloz* 1858, dział 1, s. 37 oraz wyrok izby cywilnej sądu kasacyjnego francuskiego z 18.07.1854 r., *Recueil périodique Dalloz* 1854, dział 1, s. 357; za: A. Moszyńska, *Zapis...*, s. 70.

⁶⁵ Wyrok izby cywilnej sądu kasacyjnego francuskiego z 29.04.1884 r., *Recueil périodique Dalloz* 1885, dział 1, s. 78; za: A. Moszyńska, *Zapis...*, s. 70. J.J. Litauer, *Prawo...*, s. 300.

⁶⁶ Wyrok izby cywilnej sądu kasacyjnego francuskiego z 26.01.1865 r., *Recueil périodique Dalloz* 1865, dział 1, s. 88; za: A. Moszyńska, *Zapis...*, s. 70.

kto uniemożliwia wykonywanie służebności), w zależności od powstałego prawa⁶⁷. Natomiast w sytuacji gdy przedmiot zapisu stanowił inny przedmiot, np. pieniądze, spadkobierca był zobowiązany tak jak przez umowę⁶⁸. W konsekwencji legatariuszowi szczególnemu nie przysługiwała „*petitio haereditatis*” ani skarga o działy, gdyż były one zastrzeżone dla spadkobierców ogólnych. Przysługiwały mu natomiast dwie skargi: skarga rzeczowa i skarga osobista⁶⁹.

Zapisobierca miał możliwość przyjęcia spadku wprost lub z dobrodziejstwem inwentarza. Na mocy art. 789 w zw. z art. 2262 k.N. prawo spadkobiercy do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku przedawniało się z upływem 30 lat. Co istotne, jeżeli przed upływem tego terminu uprawniony zmarł, prawo to mogli wykonać jego spadkobiercy⁷⁰. Wątpliwości wśród przedstawicieli doktryny wywoływały konsekwencje niezłożenia przez uprawnionego oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Wśród autorów wypowiadających się na ten temat można było wyodrębnić dwie grupy poglądów. Pierwsza grupa to autorzy, którzy twierdzili, że niezłożenie w wyznaczonym terminie oświadczenia woli o przyjęciu lub odrzuceniu spadku skutkowało uznaniem spadkobiercy za zrzekającego się spadku przez milczące odrzucenie. Uzasadniając powyższe stanowisko, wskazywano na brzmienie art. 775 k.N., w myśl którego nikogo nie można zobowiązać do przyjęcia spadku⁷¹. Druga grupa poglądów reprezentowana była przez autorów, którzy uważali, że brak oświadczenia spadkodawcy powodował domniemanie milczącego przyjęcia spadku. Stanowisko takie argumentowano, przywołując treść art. 784 k.N., który stanowił, że „zrzeczenie się spadku nie domniemywa się: może być czynione nadal tylko w kancelarii trybunału pierwszej instancji, w którego okręgu otworzył się spadek, w księdze oddzielnej, na ten cel utrzymywanej”⁷². Przepis wprost zakazywał milczącego odrzucenia spadku. Zastanawiano się także nad tym, czy spadkobiercę należy traktować jako przyjmującego spadek wprost, czy z dobrodziejstwem inwentarza. Słuszny pogląd w tej kwestii wyraził Jean Joseph Delsol. Stwierdził on, że trzeba założyć, iż spadkobierca przyjął spadek wprost, gdyż przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza w istocie jest jego częściowym odrzuceniem⁷³. W sytuacji gdy testator dokonał zapisu szczególnego na rzecz kilku osób, a zapis upadł w stosunku do jednej z nich, to udział, który by jej przypadł, przechodził na rzecz pozostałych współlegatariuszy zgodnie z tzw. teorią przyrostu⁷⁴.

W przepisach k.N. wprost określono odpowiedzialność zapisobiercy za długi spadkowe, a mianowicie: art. 1024 k.N. stanowił, że „zapisobierca pod tytułem

⁶⁷ Zob. E. Niezbecka, *Zapis...*, s. 14.

⁶⁸ E. Niezbecka, *Zapis...*

⁶⁹ Zob. M. Planiol, *Podręcznik...*, s. 123–126.

⁷⁰ Spadkobiercy, jeżeli było ich kilku, musieli złożyć wspólnie oświadczenie o przyjęciu spadku wprost lub z dobrodziejstwem inwentarza albo o jego odrzuceniu. W razie braku porozumienia między spadkobiercami zmarłego zachodziło domniemanie, że spadek został przyjęty z dobrodziejstwem inwentarza.

⁷¹ Zob. J. Brym, *Prawo cywilne*, Warszawa 1922, s. 54.

⁷² J.J. Delsol, *Zasady...*, s. 72–73.

⁷³ J.J. Delsol, *Zasady...*, s. 74.

⁷⁴ Zob. J. Bieda, M. Klos, *Zapis...*, s. 20.

szczególnym nie jest odpowiedzialnym za długi spadku, z zastrzeżeniem wszakże zmniejszenia zapisu, jak to już wyżej powiedziano, i skargi hipotecznej wierzycieli". Istniały jednak dwa odstępstwa od tej ogólnej zasady. Po pierwsze, jeżeli zapisana nieruchomości obciążona była hipoteką, zapisobierca stawał się dłużnikiem hipotecznym⁷⁵. Po wtóre, zapis uczyniony w testamencie mógł być proporcjonalnie zmniejszony, jeśli przekraczał część rozporządzalną majątku. Chodziło tutaj bowiem o ochronę praw spadkowych uprawnionych do rezerwy – dziedziców koniecznych. Nadto odpowiedzialność taka za wszystkie bądź określone ciężary spadku mogła wynikać z woli spadkodawcy wyrażonej w testamencie, np. spadkodawca nakładał na zapisobiercę szczególnego obowiązek spłaty długów dziedziców koniecznych⁷⁶.

2.2.3. Regulacje prawnosпадkowe zawarte w niemieckim kodeksie cywilnym z 18.08.1896 r.

Niemiecki kodeks cywilny obowiązujący na ziemiach zaboru pruskiego znał tylko jeden rodzaj zapisu. Zgodnie z § 1939 BGB spadkodawca mógł w testamencie przyrzec drugiemu korzyści majątkowej, nie ustanawiając go dziedzicem. Co istotne, zapis w prawie niemieckim nie wywoływał skutku rzeczowego, gdyż pomiędzy obciążonym zapisem a uprawnionym z tytułu zapisu powstawał stosunek prawny o charakterze obligacyjnym. Osobą uprawnioną z zapisu mógł być każdy, natomiast obciążonym – dziedzic lub zapisobierca. Jak stanowił § 2182 BGB, obciążeni zapisem ponosili odpowiedzialność z tytułu rękojmi wobec uprawnionego zapisobiercy. Zapisobierca musiał dożyć otwarcia spadku, w innym przypadku zapis był bezskuteczny (§ 2160 BGB). W § 2087 BGB wyrażona była reguła interpretacyjna, zgodnie z którą nie należało uważać za dziedzica osoby, której przeznaczono w testamencie poszczególne przedmioty. Na mocy § 2158 BGB w sytuacji zapisu na rzecz kilku osób obowiązywała pomiędzy nimi zasada przyrostu. Istniała także możliwość ustanowienia zapisu pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Zapisobierca mógł z kolei zapis przyjąć lub odrzucić (§ 2176 BGB). Warto dodać, że skuteczność zapisu nie była zależna od przyjęcia spadku lub zapisu przez obciążonego zapisem, ponieważ obowiązek wykonania zapisu przechodził na tego, kto wszedł w jego miejsce (§ 2161 BGB). W prawie niemieckim istniała również instytucja podzapisu (odpowiadająca obecnie istniejącemu w polskim prawie spadkowym dalszemu zapisowi). Obciążał on zapisobiercę, który był zobligowany go wykonać dopiero wtedy, kiedy mógł żądać własnego zapisu. Zakres ciążącego na nim zobowiązania zależał od wysokości przypadającego mu zapisu i od tego, w jakim zakresie zapis ten otrzymał. Testator mógł zapisać przedmiot nienależący do spadku, jeżeli z testamentu wynikała taka

⁷⁵ Przypadek ten został opisany przez M. Planiola: „Jeżeli przedmiotem zapisu jest nieruchomości, obciążona hipotecznie, wówczas wierzytelność, idąca w ślad za nieruchomością, dosięgnie legatarjusza, jak i każdego innego dzierżającego nieruchomości (art. 1024). Jednakże legatarjusz, zmuszony zapłacić za kogo innego, będzie posiadał przynależny mu z prawa regres, i będzie podstawiony w prawa wierzyciela przez niego zapłaconego”; zob. M. Planiol, *Podręcznik...*, s. 126.

⁷⁶ Dane pochodzą z testamentów znajdujących się w aktach notariuszy prowadzących kancelarie w Zgierzu w latach 1826–1875; zob. J. Bieda, M. Kłos, *Zapis...*, s. 27.

jego wola; w przeciwnym razie zapis był bezskuteczny. Zapis był także bezskuteczny, jeżeli świadczenie stanowiące jego przedmiot okazywało się niemożliwe lub zakazane (§ 2171 BGB). Prawo niemieckie regulowało także zapis naddziałowy oraz tzw. naddział. Polegały one na tym, że pozostały przy życiu małżonek dziedziczący w zbiegu z krewnymi drugiego stopnia albo dziadkami otrzymywał ponad swój udział w spadku przedmioty należące do małżeńskiego gospodarstwa domowego, niebędące przynależnościami gruntu i podarunkami ślubnymi (§ 1932 BGB). Wyjątek przewidziany został w § 1933 BGB. Dotyczył on sytuacji, w której zaistniały okoliczności uzasadniające rozwód z winy pozostałego przy życiu małżonka.

2.2.4. Regulacje prawno spadkowe zawarte w austriackim kodeksie cywilnym z 1811 r.

W austriackim kodeksie cywilnym z 1811 r., obowiązującym na terenie zaboru austriackiego, występowały trzy sposoby dziedziczenia. Zgodnie z § 533 ABGB „prawo dziedziczenia wynika albo z woli przez spadkodawcę według przepisów ustawy objawionej albo z umowy dziedziczenia przez ustawę dozwolonej (§ 602 ABGB), albo z ustawy”. Sposoby te mogły mieć miejsce równocześnie. W kontekście omawianej problematyki na uwagę zasługuje § 535 ABGB, w którym wskazano różnicę pomiędzy dziedziczeniem a zapisem. Przywołany artykuł stanowił, że „jeżeli komu nie jest przeznaczoną część jaka całego spadku, w stosunku do jego całości oznaczona, lecz tylko pewna rzecz pojedyncza, jedna lub więcej rzeczy pewnego gatunku, suma pieniężna, albo prawa jakie; wtenczas to, co tym sposobem jest przeznaczone chociażby wartość tego wynosiła większą część spadku, nazywa się zapisem (legatem); a ten, dla kogo przeznaczenie takie nastąpiło, nie jako dziedzic, lecz jako zapisobierca (legataryjusz) ma być uważanym”. Podobnie jak w prawie niemieckim zapis w prawie austriackim tworzył wyłącznie stosunek obligacyjny⁷⁷. Zapisem nazywano każdą korzyść majątkową, z wyjątkiem powołania na dziedzica, którą ustanawiał spadkodawca w rozrządzeniu ostatniej woli⁷⁸. Było to rozrządzenie ostatniej woli spadkodawcy, na podstawie którego dziedzic lub inna osoba odnosząca korzyść ze spadku mieli obowiązek spełnienia świadczenia majątkowego na korzyść osoby trzeciej⁷⁹. Przedmiot zapisu został określony w § 653 ABGB jako „wszystko, co jest w zwykłym obiegu, jako to: rzeczy, prawa, prace i inne czynności wartość mające, mogą być przedmiotem zapisów”. Nadto § 656–683 ABGB zawierały reguły ułatwiające interpretację woli spadkodawcy wyrażonej w testamencie. Zapis mógł obciążać każdego, kto otrzymał jakąkolwiek korzyść ze spadku. Za zapisy spadkobierca odpowiadał tak samo jak za inne długi spadkowe, a jedynie przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza ograniczało tę odpowiedzialność do wysokości majątku spadkowego⁸⁰. Zapisobiercą

⁷⁷ Zob. E. Till, *Prawo prywatne austriackie*, t. VI, *Wykład austriackiego prawa spadkowego*, Lwów 1904, s. 264–265.

⁷⁸ Zob. F. Zoll, [w:] *Spadkowe...*, s. 8.

⁷⁹ F. Zoll, [w:] *Spadkowe...*, s. 22 i n.

⁸⁰ S. Wróblewski, *Komentarz do austriackiego kodeksu cywilnego*, t. III, *Komentarz do §§ 531–824 Austriackiego Kodeksu Cywilnego (Prawo spadkowe)*, Kraków 1904, s. 433, 767 i n.

mógł być każdy, kto miał zdolność do dziedziczenia, również dziedzic. Przepis § 647 ABGB przewidywał, że „do ważności zapisu (§ 535 ABGB) jest konieczne, aby go pozostawił przez ważne rozporządzenie ostatniej woli zdolny spadkodawca osobie, która posiada zdolność dziedziczenia”⁸¹. Ponadto § 651 ABGB stanowił, że „jeżeli spadkodawca uczyni zapis pewnej klasie osób, jak np. dla krewnych, dla służących lub ubogich; naówczas może dziedzicowi lub komu trzeciemu zostawić rozdzielenie, której i ile z pomiędzy nich ma się każdej dostać. Jeżeli spadkodawca w przedmiocie tym nic nie postanowił, wybór służy dziedzicowi”. Oznaczało to, że spadkodawca mógł pozostawić obciążonemu zapisem lub osobie trzeciej możliwość wyboru osób mających otrzymać zapis.

Prawo austriackie normowało również darowiznę na wypadek śmierci (*donatio mortis causa*) – § 603 ABGB stanowił, że „kiedy darowizna na przypadek śmierci ma być za umowę, kiedy za rozporządzenie ostatniej woli uważaną, w rozdziale o darowiznach postanowionem będzie”. Była ona uregulowana w § 956 ABGB. Zgodnie z nim „darowizna, której wykonanie nastąpić ma dopiero po śmierci darującego, waży tyle, co zapis, jeżeli przepisane formalności są zachowane. Wtenczas tylko uważana jest za kontrakt, gdy ją obdarowany przyjął, gdy darujący zrzekł się wyraźnie prawa odwołania onejże i dokument pisemny obdarowanemu był doręczonym”.

3. Refleksje końcowe

Dokonana analiza w niniejszym artykule prowadzi do wniosku, że kształt norm prawa spadkowego jest mocno związany z rozwojem historycznym, gospodarczym i społecznym społeczeństwa. Powyższe czynniki wywarły bowiem ważki wpływ na ewolucję prawa spadkowego od czasów najdawniejszych. Można również zaobserwować oddziaływanie prawa rzymskiego i uformowanych w nim instytucji prawa spadkowego na porządki normatywne Europy kontynentalnej. Przede wszystkim zwraca uwagę okoliczność, że zapis o skutkach rzeczowych na kształt *legatum per vindicationem* został przyjęty w krajach romańskiego kręgu prawnego, z kolei zapis o skutkach obligacyjnych (*legatum per damnationem*) spotkał się z uznaniem w krajach z kręgu germańskiego. Jest to szczególnie widoczne w okresie rozbiorów i po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, gdyż w tym czasie na ziemiach polskich funkcjonowało ustawodawstwo państw zaborczych.

Dostrzec można, że we wszystkich ustawodawstwach zaborczych przewidziano zasadę swobody dysponowania majątkiem *mortis causa*. Jednak tylko na mocy uregulowań zawartych w k.N. istniała możliwość ustanowienia przez testatora zapisu o skutku rzeczowym. W pozostałych analizowanych zaborczych porządkach prawnych funkcjonował li tylko zapis o skutkach obligacyjnych. Przeprowadzone badania pozwoliły również dostrzec, że w k.N., obowiązującym na ziemiach Królestwa Kongresowego, testator mógł w testamencie ustanowić spadkobiercę zarówno do całego spadku, jak i do poszczególnych części lub rzeczy. W przepisach ujętych

⁸¹ Zob. F. Zoll, [w:] *Spadkowe...*, s. 12.

w k.N. wyróżniono zapis ogólny, zapis pod tytułem ogólnym oraz zapis pod tytułem szczególnym. Każdy z nich wywoływał skutki rzeczowe. Zapisy były rozróżniane w zależności od tego, jaką częścią majątku rozrządził na rzecz zapisobiercy testator. Zapis pod tytułem szczególnym natomiast najbardziej przypomina wprowadzony do polskiego prawa spadkowego w 2011 r. zapis windykacyjny⁸², gdyż przenosił on własność konkretnego przedmiotu zapisu na zapisobiercę z dniem śmierci testatora.

Warto także odnieść się do dokonanej analizy uregulowań spadkowych zawartych BGB i ABGB obowiązujących w okresie międzywojennym w Polsce. Na mocy przepisów zawartych w ABGB spadkodawca mógł rozporządzić swoim majątkiem albo na podstawie testamentu, albo na podstawie kodycyłu, jeżeli nie ustanowiono w nim spadkobiercy, a jedynie inne rozrządzenia. Nadto ABGB dopuszczał wobec małżonków umowy spadkowe odnoszące się do całości lub części spadku, a w § 603 ABGB przewidywał darowiznę na wypadek śmierci. Znana była również instytucja zapisu o skutku obligacyjnym i zapisu naddziałowego, który dawał współdziedzicowi prawo do konkretnej rzeczy.

Unormowania ujęte w BGB także przewidywały możliwość wyznaczenia spadkobiercy w drodze testamentu. Zgodnie z § 1938 BGB spadkodawca mógł w testamencie, bez powołania spadkobiercy, wykluczyć małżonka lub krewnego od dziedziczenia ustawowego. Z kolei na mocy § 1939 BGB mógł uczynić zapis na rzecz osoby trzeciej, czy też obciążyć poleceniem (§ 1940 BGB). Warto dodać, że zapisy dawały zapisobiercy jedynie wierzytelność w stosunku do osoby spadkobiercy i należały do długów spadkowych⁸³. Dopuszczalne były również zapisy naddziałowe. Kodeks przewidywał możliwość zawarcia umowy dziedziczenia, która mogła ustanawiać dziedzica, zapis lub polecenie.

Kodyfikacje obowiązujące na terytorium Polski w okresie zaborów i po odzyskaniu przez Polskę niepodległości miały znaczący wpływ na ustawodawstwo polskie. Ponadto stan prawny ukształtowany pod zaborami, który istniał po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, w zakresie prawa spadkowego utrzymał się do końca 1946 r. Pod wpływem nauki germańskiej założenie, że zapis testamentowy powinien mieć skutki wyłącznie obligacyjne, było przyjmowane zgodnie w toku prac nad zunifikowanym prawem spadkowym w okresie międzywojennym⁸⁴. Należy zatem podkreślić, że przed 23.10.2011 r., kiedy to weszły w życie przepisy wprowadzające instytucję zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego, funkcjonował już na ziemiach polskich przez prawie 140 lat zapis testamentowy wywołujący skutki rzeczowe. Był to zapis pod tytułem szczególnym uregulowany w k.N.

⁸² Ustawa z 18.03.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. Nr 85, poz. 458).

⁸³ Zob. R. Świrgoń-Skok, *Swoboda dysponowania majątkiem na wypadek śmierci w ujęciu historycznoprawnym*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 535.

⁸⁴ Zob. J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szttykowi*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2007, s. 130.

Bibliografia

1. Bardach J., *Historia państwa i prawa Polski, Tom I do połowy XV wieku*, Warszawa 1964.
2. Barwiński J., *O spadkach, ich dziedziczeniu i podziale*, Warszawa 1936.
3. Bieda J., Kłos M., *Zapis windykacyjny – powrót do przeszłości*, Państwo i Prawo 2013, nr 4.
4. Bieranowski A., *Wykładnia testamentu zawierającego zapis windykacyjny – głos w dyskusji*, Rejent 2012, nr 7–8.
5. Blajer P., *Gospodarstwo rolne jako przedmiot zapisu windykacyjnego – wybrane problemy*, *Studia Iuridica Agraria* 2011, t. IX.
6. Blajer P., *Nabycie przedsiębiorstwa będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego. Aspekty materialno- i proceduralnoprawne*, Warszawa 2016.
7. Blajer P., *Ustanowienie przez przedsiębiorcę zapisu windykacyjnego*, Warszawa 2016.
8. Brym J., *Prawo cywilne*, Warszawa 1922.
9. Cederbaum H., *Jak napisać testament własnoręczny*, Warszawa 1903.
10. Dąbkowski P., *Prawo prywatne polskie*, t. II, Lwów 1910.
11. Delsol J.J., *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurysprudencej*, t. III, Warszawa 1874.
12. Demolombe C., *O spadkach*, t. I, Warszawa 1901.
13. Górecki J., *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Sztykowi*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2007.
14. Grzybowski S., *Dzieje prawa*, Wrocław 1981.
15. Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959.
16. Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001.
17. Kolańczyk K., *Studia nad relikami wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce. Rozporządzanie własnością ziemską do końca XIV wieku*, [w:] *Studia nad historią prawa polskiego*, t. XX, Poznań 1950.
18. Konic H., *Otwarcie i objęcie spadku. Wykład porównawczy na tle prawodawstw obowiązujących w Polsce w zestawieniu z kodeksem szwajcarskim*, Warszawa 1923.
19. Księżak P., *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010.
20. Księżak P., *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. J. Bieluk, A. Doliwa, A. Malarewicz-Jakubów, T. Mróz, Białystok 2012.
21. Księżak P., *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012.
22. Leśnodorski B., [w:] *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, red. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Warszawa 1976.
23. Litauer J.J., *Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa z dodaniem tekstu francuskiego, ustaw uzupełniających i związkowych oraz orzecznictwa kasacyjnego*, Warszawa 1929.
24. Longchamps de Bérier F., [w:] *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, red. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, Warszawa 2009.

25. Longchamps de Brier R., *Kodeks Napoleona, Przegląd Prawa i Administracji* 1921, z. 7–9.
26. Makowiec A., *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, Warszawa 2019.
27. Mięka M., *Zakres przedmiotowy spadkobrania testamentowego w statutach litewskich*, [w:] *Krakowskie studia z historii państwa i prawa*, t. 3, red. W. Uruszczak, D. Malec, M. Mięka, Kraków 2010.
28. Moszyńska A., *Zapis windykacyjny w Polsce – dawniej i dziś*, *Rejent* 2013, nr 1.
29. Niebecka E., *Zapis*, Lublin 1990.
30. Okolski A., *Zasady prawa cywilnego obowiązujące w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1885.
31. Osuchowski W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962.
32. Pietrzak M., [w:] *Historia Państwa i Prawa Polskiego*, red. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Warszawa 1976.
33. Planiol M., *Podręcznik prawa cywilnego (o darowiznach i testamentach)*, Warszawa 1922.
34. Płaza S., *Historia prawa na tle porównawczym*, cz. II, Kraków 2002.
35. Przybyłowski K., *Polskie międzywojenne prace kodyfikacyjne w dziedzinie prawa spadkowego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stęki*, Warszawa–Wrocław 1967.
36. Świrgoń-Skok R., *Swoboda dysponowania majątkiem na wypadek śmierci w ujęciu historycznoprawnym*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podreka, Warszawa 2013.
37. Till E., *Prawo prywatne austriackie*, t. VI, *Wykład austriackiego prawa spadkowego*, Lwów 1904.
38. Truskiewicz Z., *O niektórych skutkach zapisu windykacyjnego przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, red. A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko, Warszawa 2014.
39. Turlukowski J., *Instytucja zapisu windykacyjnego w prawie polskim*, Warszawa 2014.
40. Turlukowski J., *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011.
41. Waszczuk-Napiórkowska J., *Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2014.
42. Wołodkiewicz W., [w:] *Prawo rzymskie. Instytucje*, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Warszawa 1996.
43. Wróblewski S., *Komentarz do austriackiego kodeksu cywilnego*, t. III, *Komentarz do §§ 531–824 Austriackiego Kodeksu Cywilnego (Prawo spadkowe)*, Kraków 1904.
44. Zoll F., [w:] *Spadkowe prawo: województwa południowe*, F. Zoll, S. Kosiński, Warszawa 1939.

Łukasz Mroczyński-Szmaj

Nowe europejskie prawo sygnalizowania nieprawidłowości. Rozwiązania modelowe a polski projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa

*The new European whistleblowing law.
Model solutions and the Polish draft act
on the protection of whistleblowers*

Abstract

Due presentation the topic "The new European whistleblowing law. Model Solutions and the Polish Draft Act on the Protection of Whistleblowers" the author set himself three goals. First, he briefly describes the most important and most characteristic provisions of the new Directive on whistleblowers to give the reader at least a general idea of the model solution prepared by the EU legislator. Second, the paper gives a brief presentation of the draft law on the protection of whistleblowers that implements the Directive in the Polish legal system, taking into account the differences and divergences from the model solution noticed by the literature, the legal literature, and the author himself, so as to provide the reader with knowledge about the most important problems of implementation. Finally, the author aims to present individual conclusions and postulates de lege ferenda within the presented topic. In this last element, the author pays special attention to opportunities and threats connected with the new legislation.

Keywords: whistleblowing law, directive 2019/1937, protection of whistleblowers, whistleblower

Mgr Łukasz Mroczyński-Szmaj, asystent w Zakładzie Prawa Cywilnego i Handlowego Instytutu Nauk Prawnych, Kolegium Nauk Społecznych Uniwersytetu Rzeszowskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-4256-5136, e-mail: lmroczynski@ur.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 19.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 20.04.2022 r.

Streszczenie

Przedstawiając temat „Nowe europejskie prawo sygnalizowania nieprawidłowości. Rozwiązania modelowe a polski projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa” autor artykułu stawia sobie trzy cele. Po pierwsze, w sposób skrótowy dokonuje opisu najważniejszych i najbardziej charakterystycznych nowych przepisów dyrektywy o sygnalistach, aby dać czytelnikowi chociaż ogólne wyobrażenie o rozwiązaniu modelowym przygotowanym przez unijnego prawodawcę. Po drugie, w pracy została dokonana skrótowa prezentacja projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa stanowiącej wdrożenie dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Jednocześnie uwzględniono odrębności i rozbieżności – w stosunku do rozwiązania modelowego – zauważone przez literaturę, piśmiennictwo oraz samego autora, aby przekazać odbiorcy wiedzę na temat najważniejszych problemów związanych z implementacją. Po trzecie, autor stawia sobie za cel przedstawienie indywidualnych wniosków i postulatów *de lege ferenda* w obrębie prezentowanego tematu. W tym ostatnim elemencie autor zwraca szczególną uwagę na szanse i zagrożenia, jakie wiążą się z nowym prawodawstwem.

Słowa kluczowe: prawo zgłaszania naruszeń, dyrektywa 2019/1937, ochrona osób zgłaszających naruszenia prawa, sygnalista

1. Wprowadzenie

Obecnie jesteśmy świadkami i uczestnikami rewolucyjnej zmiany legislacyjno-społecznej, którą przynosi ze sobą nowe prawodawstwo Unii Europejskiej (dalej UE). Wraz z przyjęciem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z 23.10.2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii¹ ustanowione zostały ogólnounijne zasady dotyczące zgłaszania nieprawidłowości przez tzw. sygnalistów, a także systemowe gwarancje związane z ochroną tych osób. W literaturze przedmiotu wprost zauważa się, że „kwestia sygnalizacji nieprawidłowości uznawana jest za jedno z najistotniejszych wyzwań, z którym spotkają się zarówno podmioty prawa prywatnego (przedsiębiorstwa, korporacje), jak i podmioty ze sfery prawa publicznego”², przez co należy przypuszczać, że prawodawca unijny pokłada sporą nadzieję w nowej ogólnoeuropejskiej transformacji wdrażającej tę instytucję na niespotykaną dotąd skalę.

Już pierwszy motyw przywoływanej dyrektywy wskazuje, że „osoby pracujące dla organizacji publicznej lub prywatnej lub utrzymujące kontakt z taką organizacją w związku ze swoją działalnością zawodową niejednokrotnie jako pierwsze dowiadują się o zagrożeniach lub szkodach dla interesu publicznego, do jakich dochodzi w tym kontekście. Zgłaszając naruszenia prawa Unii, które są szkodliwe dla interesu publicznego, osoby takie działają jako «sygnaliści» i tym samym odgrywają kluczową rolę w ujawnianiu takich naruszeń i zapobieganiu im oraz w ochronie dobra społecznego”. Realizacja tego celu znajduje swoje odzwierciedlenie w projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa³ mającej dokonać transpozycji dyrektywy o sygnalistach do polskiego ustawodawstwa. Zanim jednak ukazał się ten aktualny projekt, w piśmiennictwie i publicystyce⁴ trwały długie dyskusje m.in. na temat wcześniejszego, rządowego projektu ustawy o jawności życia publicznego⁵ oraz potencjalnej możliwości powrotu do procedowania zawartych tam rozwiązań⁶. Rzeczywistość pokazała jednak, że powstał całkiem nowy projekt ustawy, dużo bardziej przystający do modelowego wzorca z dyrektywy o sygnalistach.

Oceniając rozwiązania legislacyjne, unijne i krajowe, warto mieć na względzie okoliczność, że tak naprawdę w anglosaskim świecie korporacyjnym sygnalizowanie

¹ Dz.Urz. UE L 305 z 26.11.2019 r., s. 17, ze zm. – dalej dyrektywa o sygnalistach. Data transpozycji nałożona na państwa członkowskie minęła 17.12.2021 r.

² Tak: B. Baran, *Srodki ochrony sygnalistów na podstawie dyrektywy 1937/2019 (tzw. Dyrektywy o ochronie sygnalistów)*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021, s. 15. Por. A.J. Brown, D. Lewis, R. Moberly, W. Vandekerckhove [red.], *International Handbook on Whistleblowing Research*, Cheltenham 2014, s. 1.

³ Projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa z 18.10.2021 r. (druk UC101), <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12352401/katalog/12822845#12822845> (dostęp: 30.12.2021 r.) – dalej projekt ustawy o sygnalistach.

⁴ <https://dziennikpolski24.pl/kontrowersje-wokol-ustawy-o-jawnosci-zycia-publicznego-urzednicy-po-informuja-ze-kupili-sobie-pralke-albo-telewizor/ar/12963983> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁵ <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r83905103,Projekt-ustawy-o-jawnosci-zycia-publicznego.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁶ T. Wróblewski, *Sygnaliści w spółkach giełdowych – po cichu i bocznymi drzwiami*, <https://cowprawiepiszczy.com/2019/12/sygnalisci-w-spolkach-gieldowych-po-cichu-i-bocznymi-drzwiami/> (dostęp: 30.12.2021 r.).

nieprawidłowości oraz ochrona sygnalisty zyskują coraz większą popularność już od około 40–50 lat⁷. Z tego względu ten element etycznego postępowania został wdrożony do wszystkich ważniejszych procedur i kodeksów etycznych znaczących globalnych korporacji⁸. W efekcie zjawiskiem „sygnalizacji” (*whistleblowingu*) coraz bardziej zaczęli interesować się prawodawcy, w tym prawodawca unijny. W ciągu ostatnich 10 lat zauważyć można intensyfikację wdrażania mechanizmów zgłaszania naruszeń⁹ w prawie UE (wcześniej zainteresowanie prawodawcy unijnego tym tematem było raczej niskie)¹⁰ w odniesieniu do funkcjonowania rynków finansowych m.in. w ramach – pakietu MAR¹¹ / MAD II¹² czy dyrektywy wykonawczej Komisji (UE) 2015/2392 z 17.12.2015 r. w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 596/2014 w odniesieniu do zgłaszania właściwym organom rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń tego rozporządzenia¹³. To właśnie m.in. te regulacje sprawiły, że wiele polskich spółek znajdujących się w obszarze oddziaływania tych regulacji wdrożyła już i udoskonaliła własne systemy zgłaszania naruszeń, przez co łatwiej będą adaptować się do nadchodzących zmian.

Jako wprowadzenie do omawianego zagadnienia w niniejszym artykule najpierw zaprezentowane zostaną ważniejsze zmiany wprowadzane dyrektywą o sygnalistach – pożądanego modelu ogólnowspólnotowego. Następnie przedstawione będą założenia i sam projekt polskiej ustawy wdrożeniowej, a właściwie jego wybrane elementy i wiążące się z nimi rozbieżności, wskazywane przez doktrynę i piśmiennictwo przedmiotu. Z uwagi na to, że mowa tu o nowych rozwiązaniach w porządkach państw członkowskich, końcową część artykułu poświęcono wnioskowi. Warto zadać sobie pytanie o pozaliteralne *prima facie* znaczenie tych rozwiązań i ich wpływ na

⁷ Por. uwagi nt. rozwoju instytucji sygnalisty w USA od XIX w. – Ł. Mroczyński-Szmaj, *Ochrona sygnalisty na rynku kapitałowym. Perspektywa wybranych spółek giełdowych*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021, s. 142–148.

⁸ Por. wybrane uwagi: J. Olszewski, *Ważniejsze obowiązki informacyjne w publicznych spółkach akcyjnych – na przykładzie spółek Skarbu Państwa*, [w:] *Spółki Skarbu Państwa na rynku kapitałowym*, red. A. Kidyba, M. Michalski, Warszawa 2017, s. 172 i n.; T. Braun, *Unormowania compliance w korporacjach*, Warszawa 2017.

⁹ Ważnym momentem, który – zdaje się – przesądził o globalnej ekspansji (co przełożyło się na UE), był Szczyt Grupy G20 w Seulu w listopadzie 2010 r. Wówczas przywódcy G20 określili ochronę sygnalistów jako kluczowy element ich globalnej strategii antykorupcyjnej, uznając go za podstawową wartość w zakresie informacji wewnętrznych dla rządów i przedsiębiorstw, oraz jako „pierwszy i często najlepszy system wczesnego ostrzegania” o rodzajach złych praktyk finansowych, korupcji i nieprawidłowościach regulacyjnych, które okazały się obecnie krytycznymi zagrożeniami dla światowej gospodarki (S. Wolfe, M. Worth, S. Dreyfus, A.J. Brown, *Whistleblower Protection Laws in G20 Countries Priorities for Action*, Final Report, September 2014, s. 8).

¹⁰ Por. D. Huseynova, K. Piperigos, *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU. Protection of whistleblowers – the why and the how*, http://transparency.eu/wp-content/uploads/2018/04/WB_Transparency-Group-CoE-17-18.pdf (dostęp: 30.12.2021 r.). Por. B. Baran, *Środki...*, [w:] *Ochrona...*, s. 15.

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 596/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.Urz. UE L 173 z 12.06.2014 r., s. 1, ze zm.) – tzw. rozporządzenie MAR (od ang. *market abuse regulation*).

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/57/UE z 16.04.2014 r. w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku (Dz.Urz. UE L 173 z 12.06.2014 r., s. 179) – dyrektywa w sprawie nadużyć na rynku, określana także mianem dyrektywy MAD II.

¹³ Dz.Urz. UE L 332 z 18.12.2015 r., s. 126.

Unię Europejską jako byt organizacyjno-prawny, który ustawicznie dąży do rozwoju. Właściwa odpowiedź na to pytanie z pewnością pozwoli na lepsze zrozumienie wielowymiarowości samej reformy i jej doniosłości w kontekście długofalowych skutków.

2. Ważniejsze zmiany wprowadzone dyrektywą o sygnalistach

Dokonując analizy dyrektywy o sygnalistach, wydaje się, że kluczowy dla całej regulacji jest art. 2. Wyznacza on wspólne, ogólnounijne minimalne normy ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa UE w zakresie:

- a) naruszeń objętych zakresem stosowania aktów UE określonych w załączniku do dyrektywy, dotyczących enumeratywnie wymienionych dziedzin, tj.: zamówień publicznych; usług, produktów i rynków finansowych oraz zapobiegania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu; bezpieczeństwa produktów i ich zgodności z wymogami; bezpieczeństwa transportu; ochrony środowiska; ochrony radiologicznej i bezpieczeństwa jądowego; bezpieczeństwa żywności i pasz, zdrowia i dobrostanu zwierząt; zdrowia publicznego; ochrony konsumentów; ochrony prywatności i danych osobowych oraz bezpieczeństwa sieci i systemów informacyjnych;
- b) naruszeń mających wpływ na interesy finansowe UE, o których mowa w art. 325 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴ i określonych szczegółowo w stosownych środkach unijnych;
- c) naruszeń dotyczących rynku wewnętrznego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 TFUE (zwłaszcza kwestii konkurencyjno-podatkowych).

Z kolei strona podmiotowa uregulowana została w art. 4 dyrektywy o sygnalistach, zgodnie z którym dyrektywa ma zastosowanie do osób dokonujących zgłoszenia pracujących w sektorze prywatnym lub publicznym, które uzyskały informacje na temat naruszeń w kontekście związanym z pracą, w tym co najmniej do:

- „a) osób posiadających status pracownika w rozumieniu art. 45 ust. 1 TFUE, w tym urzędników służby cywilnej;
- b) osób posiadających status osób prowadzących działalność na własny rachunek w rozumieniu art. 49 TFUE;
- c) akcjonariuszy lub wspólników oraz osób będących członkami organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa, w tym członków niewykonawczych, a także wolontariuszy i stażystów, bez względu na to czy otrzymują oni wynagrodzenie;
- d) osób pracujących pod nadzorem i kierownictwem wykonawców, podwykonawców i dostawców”¹⁵.

¹⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm.) – dalej TFUE.

¹⁵ Szerzej na ten temat: Ł. Kobroń-Gąsiorowska, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (Whistleblowing) – jej wpływ na polskie prawo pracy – wybrane uwagi*, [w:] *Różnorodność w jedności. Studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, Legalis/el. 2019; Ł. Łaguna, *Status prawny sygnalisty na gruncie dyrektywy 2019/1937*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021, s. 25 i n.

Ponadto dyrektywę o sygnalistach stosuje się do osób dokonujących zgłoszenia, w przypadku gdy dokonują one zgłoszenia lub publicznego ujawnienia informacji na temat naruszeń, które nastąpiły w ramach stosunku pracy, który już ustał (byli pracownicy), a także do osób dokonujących zgłoszenia, których stosunek pracy ma zostać dopiero nawiązany (kandydaci do pracy), w przypadku gdy informacje na temat naruszeń uzyskane zostały w trakcie procesu rekrutacji lub innych negocjacji poprzedzających zawarcie umowy.

Co ciekawe, w art. 4 ust. 4 dyrektywa o sygnalistach posługuje się konstrukcją „odpowiedniego zastosowania” środków ochrony osób dokonujących zgłoszenia określonych w rozdziale VI względem:

- „a) osób pomagających w dokonaniu zgłoszenia,
- b) osób trzecich powiązanych z osobami dokonującymi zgłoszenia, które mogą doświadczyć działań odwetowych w kontekście związanym z pracą, takich jak współpracownicy lub krewni osób dokonujących zgłoszenia; oraz
- c) podmiotów prawnych, które stanowią własność osoby dokonującej zgłoszenia, dla których taka osoba pracuje lub które są w inny sposób z nią powiązane w kontekście związanym z pracą”.

Zauważyć należy, że przedmiotowa dyrektywa *expressis verbis* na swój użytek określa, kim jest sygnalista. Zgodnie z art. 5 pkt 7 dyrektywy o sygnalistach „osoba dokonująca zgłoszenia” „oznacza osobę fizyczną, która zgłasza lub ujawnia publicznie informacje na temat naruszeń uzyskane w kontekście związanym z wykonywaną przez nią pracą.” Beata Baran zauważa, że „brak jest dyferencjacji sygnalistów z uwagi na posiadane obywatelstwo unijne lub jego brak. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż celem wspólnotowego prawodawcy, co też zostało wyartykułowane bezpośrednio w motywach preambuły dyrektywy, jest zapewnienie ochrony wszystkim osobom powiązanym, w szerokim znaczeniu, z organizacją, w której doszło do naruszenia”¹⁶.

Kluczowe wydaje się także znaczenie pojęcia „naruszenie” rozumianego jako działania lub zaniechania, które są niezgodne z prawem i dotyczą aktów UE i dziedzin objętych zakresem przedmiotowym, o którym mowa była wyżej (w art. 2 dyrektywy o sygnalistach), lub też są sprzeczne z przedmiotem lub celem przepisów zawartych w aktach UE i dziedzinach objętych zakresem przedmiotowym, również w zakresie, o którym mowa była wyżej (w art. 2 dyrektywy o sygnalistach). Z kolei „akt” działania sygnalisty również może stanowić dwojaką formę, tj.:

- 1) **zgłoszenia**, czyli ustnego lub pisemnego przekazania informacji na temat naruszeń (art. 5 pkt 3 dyrektywy o sygnalistach), które z kolei mogą mieć postać **wewnętrzną** (tj. w ramach danej organizacji / podmiotu prywatnego lub publicznego) oraz **zewnętrzną** (tj. zgłoszenia właściwym organom);
- 2) **ujawnienia publicznego**, tzn. podania do publicznej wiadomości informacji na temat naruszeń (art. 5 pkt 6 dyrektywy o sygnalistach).

W zależności od tego, jaką formę ostatecznie przybierze „akt” działania sygnalisty, dyrektywa o sygnalistach tworzy odpowiednie modele gwarancyjne.

¹⁶ B. Baran, *Środki...*, [w:] *Ochrona...*, s. 16.

W piśmiennictwie wymienia się trzy modele (czy elementy trójstopniowej struktury)¹⁷. Oczywiście, zanim któryś z wariantów zostanie uruchomiony, istnieją pewne warunki objęcia ochroną osób dokonujących zgłoszenia, dla których bazową regulację stanowi art. 6 dyrektywy o sygnalistach. Zgodnie z zawartym tam przepisem ust. 1 kwalifikacją do objęcia ochroną są objęte osoby, które:

- „a) miały uzasadnione podstawy, by sądzić, że będące przedmiotem zgłoszenia informacje na temat naruszeń są prawdziwe w momencie dokonywania zgłoszenia i że informacje takie są objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy; oraz
- b) dokonały zgłoszenia wewnętrznego zgodnie z art. 7 albo zgłoszenia zewnętrznego zgodnie z art. 10 lub dokonały ujawnienia publicznego zgodnie z art. 15”.

W świetle ww. regulacji prawodawca unijny kładzie zatem nacisk na tzw. działanie w dobrej wierze. Ma to na celu ograniczenie chęci odwetowych w szczególności ze strony byłych już pracowników lub pracowników, wobec których uruchomiona została procedura rozwiązywania stosunku pracy lub innego mu odpowiadającego. Warto jednak pamiętać, że treść przedmiotowej dyrektywy nie przesądza ostatecznie o możliwości zgłaszania naruszeń anonimowo i pozostawia co do zasady tę kwestię w domenie prawodawstw krajowych. Jeżeli jednak osoby działające w sposób anonimowy zostały zidentyfikowane i doświadczyły działań odwetowych, to na mocy dyrektywy o sygnalistach będą się kwalifikować do objęcia ochroną przewidzianą w rozdziale VI dyrektywy, o ile spełniły warunki określone w art. 6 ust. 1 dyrektywy.

Pierwszy **model sygnalizacyjny** wiąże się z **procesem zgłoszenia wewnętrznego**. Regulowany jest on przepisami rozdziału II dyrektywy o sygnalistach (art. 7–9). W tym wariantcie informacje na temat naruszeń można zgłaszać za pośrednictwem wewnętrznych kanałów i procedur dokonywania zgłoszeń. Zgodnie z uktą w prawie unijnym doktryną subsydiarności ten model będzie rozwiązaniem preferowanym, bowiem w myśl art. 7 ust. 2 dyrektywy państwa członkowskie mają zachęcać do zgłaszania za pośrednictwem wewnętrznych kanałów dokonywania zgłoszeń, zanim dokonane zostanie zgłoszenie za pośrednictwem zewnętrznych kanałów, jednakże tylko wówczas, gdy „naruszeniu można skutecznie zaradzić wewnątrz organizacji, a osoba dokonująca zgłoszenia uważa, że nie zachodzi ryzyko działań odwetowych”. Nadto jednak w art. 7 ust. 3 prawodawca unijny nakłada obowiązek informacyjny. Odnosi się on do odpowiednich informacji dotyczących korzystania z wewnętrznych kanałów dokonywania zgłoszeń – informacji udzielanych przez podmioty prawne w sektorze prywatnym i publicznym zgodnie z art. 9 ust. 1 lit. g dyrektywy i przez właściwe organy zgodnie z art. 12 ust. 4 lit. a i art. 13 dyrektywy o sygnalistach.

Artykuł 8 dyrektywy o sygnalistach *expressis verbis* statuuje obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie „by podmioty prawne w sektorze prywatnym i publicznym ustanowiły kanały i procedury na potrzeby dokonywania zgłoszeń wewnętrznych i podejmowania działań następczych, po konsultacji i w porozumieniu

¹⁷ A. Kantor-Kilian, A. Rutkowska, *Akceptacja sygnalistów w miejscu pracy i wdrożenie ich ochrony przez Dyrektywę UE*, „Rzeczpospolita” z 10–11.06.2020 r., nr 135 (11681), <https://archiwum.rp.pl/artykul/1429774-Akceptacja-sygnalistow-w-miejscu-pracy-i-C2%A0wdrozenie-ich-ochrony-przez-dyrektywe-UE.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

z partnerami społecznymi, jeżeli tak przewiduje prawo krajowe” (art. 8 ust. 1 dyrektywy o sygnalistach). Co ważne, chodzi więc zatem o to, aby nie tylko ustanowić kanały i procedury dokonywania zgłoszeń wewnętrznych, lecz także wprowadzić obowiązek **podejmowania działań następnych**, tak aby odniosły one efektywny skutek, czyli taki, który nie polega wyłącznie na „przyjęciu do wiadomości” przez osobę „pierwszego kontaktu” i zakończeniu na tym całej procedury. Ustanowione kanały i procedury powinny umożliwiać dokonywanie zgłoszeń informacji na temat naruszeń zarówno pracownikom, jak i innym osobom, wymienianym w art. 4 ust. 1 lit b, c i d oraz art. 4 ust. 2 dyrektywy o sygnalistach, które utrzymują kontakt z podmiotem w kontekście związanym z pracą.

Warto zaznaczyć także, że prawodawca unijny w art. 8 ust. 3 dyrektywy w sposób wyraźny wskazuje, iż w przypadku ustanowienia kanałów i procedur dla zgłoszeń wewnętrznych w sektorze prywatnym państwa członkowskie mają obligatoryjnie wymagać takich rozwiązań od podmiotów prawnych, które zatrudniają **co najmniej 50 pracowników**¹⁸. Pamiętać jednak należy, że ten próg nie ma zastosowania do podmiotów objętych zakresem stosowania aktów UE wymienionych szczegółowo w części I.B i II załącznika do dyrektywy o sygnalistach. Prawodawca unijny na mocy art. 8 ust. 7 dyrektywy pozostawił państwom członkowskim swobodę co do możliwości zobowiązania podmiotów prawnych w sektorze prywatnym, które zatrudniają mniej niż 50 pracowników, do ustanowienia wewnętrznych kanałów i procedur dokonywania zgłoszeń zgodnie z rozdziałem II dyrektywy po wcześniejszym dokonaniu odpowiedniej oceny ryzyka, uwzględniającej charakter działalności podmiotów i wynikający z niej poziom ryzyka, w szczególności w dziedzinie środowiska i zdrowia publicznego. W takim wypadku (art. 8 ust. 8 dyrektywy o sygnalistach) państwa członkowskie zobligowane są notyfikować Komisji Europejskiej każdą taką podjętą przez nie decyzję, zobowiązującą podmioty prawne w sektorze prywatnym do ustanowienia wewnętrznych kanałów dokonywania zgłoszeń. Takie powiadomienie od strony formalnej musi zawierać uzasadnienie decyzji oraz kryteria zastosowane w ocenie ryzyka. Komisja Europejska z kolei informuje o tej decyzji pozostałe państwa członkowskie.

Jeżeli natomiast chodzi o podmioty prawne w sektorze publicznym, to zgodnie z art. 8 ust. 9 dyrektywy o sygnalistach nakazem dyspozycji normy wyrażonej w art. 8 ust. 1 dyrektywy, są one wszystkie zobowiązane do ustanowienia kanałów i procedur na potrzeby dokonywania zgłoszeń wewnętrznych i podejmowania działań następnych. Co więcej, ten obowiązek dotyczy się także podmiotów będących własnością lub znajdujących się pod kontrolą takich podmiotów (co z pewnością odnosić się będzie do wszystkich głównych spółek energetycznych w Polsce). Dalsza część przywoływanego przepisu stanowi z kolei wyraz zasady proporcjonalności, bowiem w przypadku sektora publicznego państwa członkowskie mogą zwolnić z ww. obowiązku gminy liczące mniej niż 10.000 mieszkańców lub zatrudniające mniej niż 50 pracowników,

¹⁸ Przykładowo: w myśl polskiej regulacji, którą jest ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.), odnosi się to z zasady do średnich i dużych przedsiębiorstw.

lub inne podmioty, o których mowa w art. 8 ust. 1 dyrektywy o sygnalistach zatrudniające mniej niż 50 pracowników. Jednocześnie państwa członkowskie mogą wprowadzić przepisy przewidujące, że wewnętrzne kanały dokonywania zgłoszeń mogą być wspólne dla kilku gmin lub obsługiwane przez wspólne organy gminne zgodnie z prawem krajowym, pod warunkiem, że wspólne wewnętrzne kanały dokonywania zgłoszeń są odrębne i niezależne od odpowiednich zewnętrznych kanałów dokonywania zgłoszeń.

W art. 8 ust. 5 dyrektywy o sygnalistach prawodawca unijny dopuszcza możliwość zastosowania trzech wariantów realizacji¹⁹ obsługi wewnętrznych kanałów dokonywania zgłoszeń. Są to:

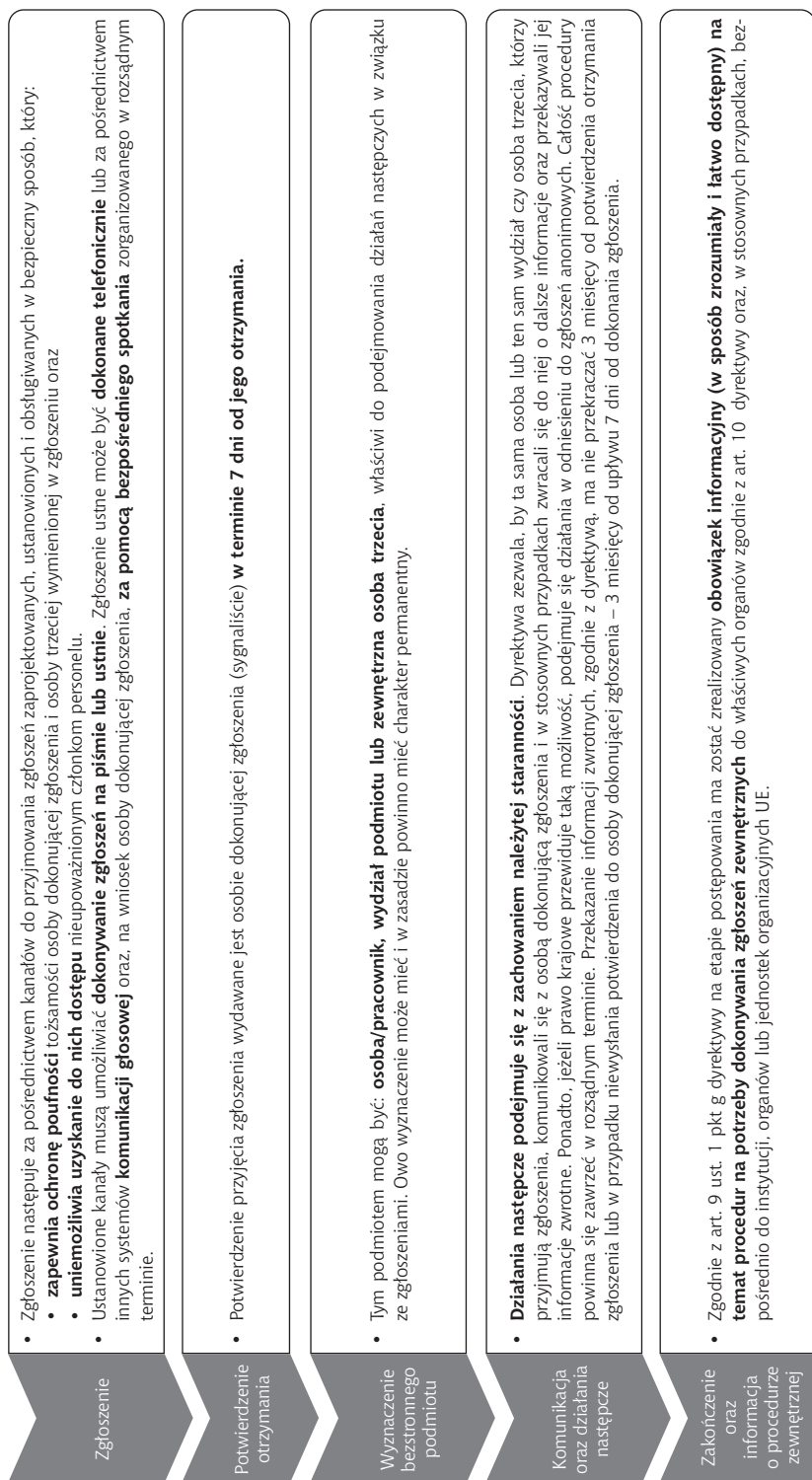
- a) **wyznaczenie do tego celu osoby** w ramach danego podmiotu (w szczególności *compliance officer*),
- b) **wyznaczenie działu** danego podmiotu (w szczególności dział *compliance*) lub
- c) powierzenie tego zadania **zewnętrznej osobie trzeciej** (*outsourcing compliance*).

Zauważyć trzeba, że przepis art. 8 ust. 6 dyrektywy o sygnalistach okazuje się dość niejasny. Zgodnie z jego brzmieniem z zasady „średni podmiot” zatrudniający 50–249 pracowników może „dzielić się zasobami w zakresie przyjmowania zgłoszeń i wszelkich prowadzonych postępowań wyjaśniających”. Wydaje się zatem, że pozostawiona została tu możliwość funkcjonowania wspólnych jednostek/osób/podmiotów – „zasobów” – zajmujących się obsługą zgłoszeń i prowadzeniem następnych postępowań. Można sobie w tym względzie wyobrazić także współdzielenie „zasobów lokalowych” czy sprzętowych. Jednakże „współdzielenie zasobów informacyjnych” mogłoby być już kontrowersyjne, dlatego też w myśl art. 8 ust. 6 zd. 2 dyrektywy prawodawca unijny zastrzegł, że takie „współdzielenie zasobów” musi funkcjonować „bez uszczerbku dla obowiązków nałożonych na te podmioty przez niniejszą dyrektywę **w zakresie zachowania poufności, przekazywania informacji zwrotnych oraz zaradzenia naruszeniu** będącemu przedmiotem zgłoszenia (wyróżnienie – Ł.M.-S.)”.

Drugi model sygnalizacyjny wiąże się już z **procesem zgłoszenia zewnętrznego**. Regulowany jest on przepisami rozdziału III dyrektywy o sygnalistach (art. 10–14). Sygnalizacja zewnątrz zgodnie z art. 10 dyrektywy może nastąpić po uprzednim dokonaniu zgłoszenia za pośrednictwem wewnętrznego kanału dokonywania zgłoszeń lub samoistnie poprzez dokonanie zgłoszenia od razu za pośrednictwem zewnętrznego kanału dokonywania zgłoszeń, oczywiście bez uszczerbku dla ujawnienia publicznego.

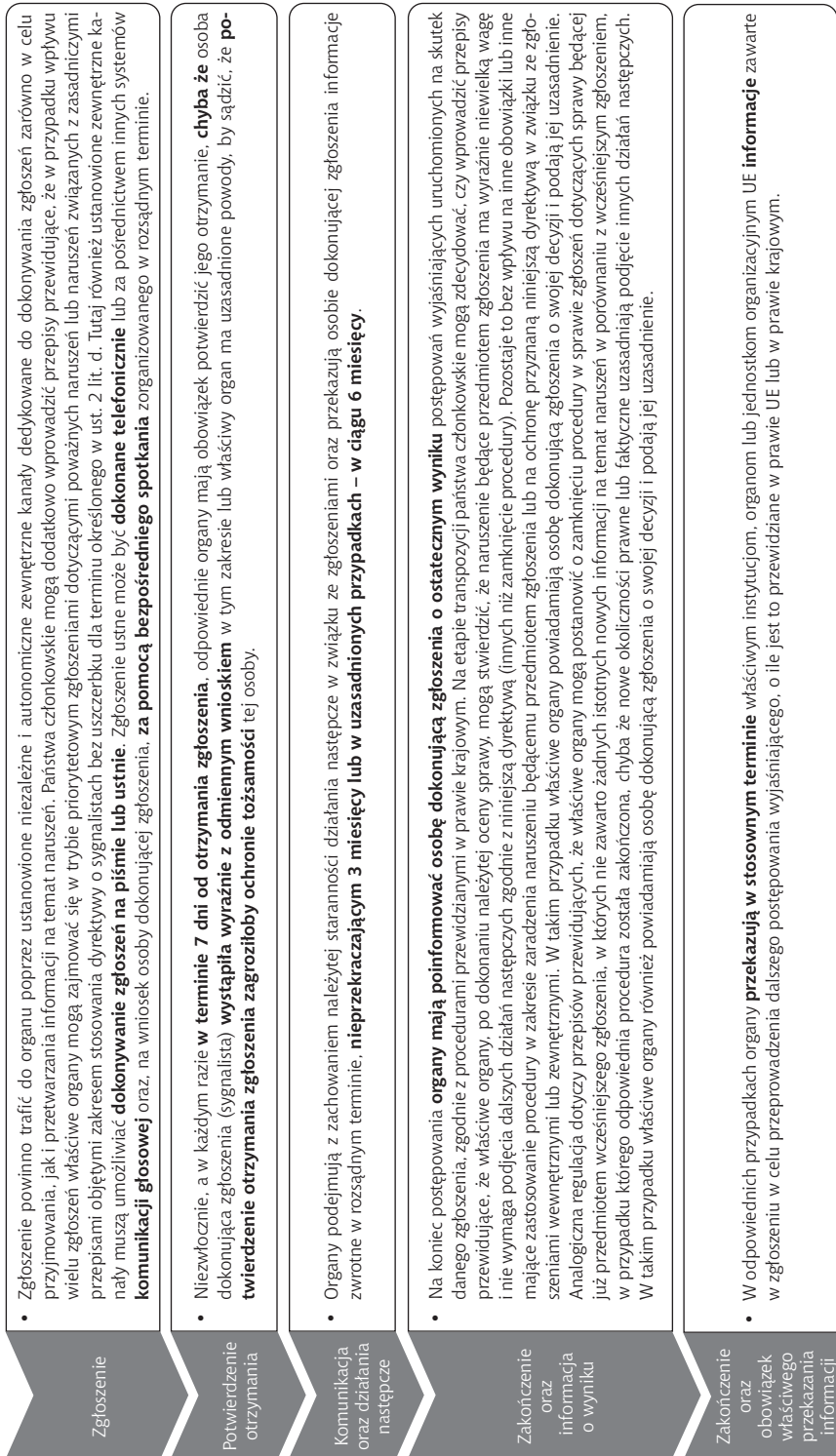
¹⁹ Więcej na ten temat: A. Kantor-Kilian, *Organizacja modelu kanałów sygnalizowania nieprawidłowości w świetle dyrektywy 1937/2019*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021, s. 38–44. Autorka zwraca tam m.in. uwagę, że unijny prawodawca także w motywach dyrektywy powołuje się na badania empiryczne, w których potwierdzono, iż osoby przekazujące informację czynią to chętniej w ramach kanałów wewnętrznych danej organizacji, a zewnętrzne zgłoszenia mają miejsce tylko wówczas, gdy istnieją uzasadnione powody dla nieskorzystania z wewnętrznych możliwości. W podobnym tonie wypowiadają się anglosascy badacze: E.S. Callahan, T.M. Dworkin, *Who Blows the Whistle to the Media and Why: Organizational Characteristic of Media Whistleblowers*, „American Business Law Journal” 1994/32, s. 180–184.

Schemat 1. Procedowanie zgłoszenia wewnętrznego zgodnie z art. 9 dyrektywy o sygnalistach



Źródło: opracowanie własne.

Schemat 2. Procedowanie zgłoszenia zewnętrznego zgodnie z art. 11 i 12 dyrektywy o signalistach



Źródło: opracowanie własne.

Artykuł 11 ust. 1 dyrektywy o sygnalistach nakłada na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia organów właściwych do przyjmowania zgłoszeń, przekazywania informacji zwrotnych na ich temat oraz podejmowania działań następnych w związku z nimi. Jednocześnie obowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia tym organom odpowiednich zasobów, a więc sił i środków umożliwiających działalność. Ponadto państwa członkowskie mają zagwarantować, aby te właściwe organy ustanowiły **niezależne i autonomiczne zewnętrzne kanały dokonywania zgłoszeń** w celu przyjmowania i przetwarzania informacji na temat naruszeń.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 11 ust. 6 dyrektywy o sygnalistach państwa członkowskie mają zapewnić, aby „każdy organ, który otrzymał zgłoszenie, ale nie jest właściwy do zaradzenia naruszeniu będącemu przedmiotem naruszenia, przekazał zgłoszenie właściwemu organowi w rozsądnym terminie i w bezpieczny sposób”. Mają ponadto zagwarantować, aby osoba dokonująca zgłoszenia została o takim przekazaniu niezwłocznie poinformowana (**przekazanie zgłoszenia według właściwości**).

Artykuł 12 ust. 1 dyrektywy o sygnalistach podkreśla, że **zewnętrzne kanały dokonywania zgłoszeń** muszą mieć przymioty niezależności i autonomiczności. Powinny zatem łącznie spełnić dwa podstawowe kryteria, tj.:

- a) muszą zostać zaprojektowane i ustanowione oraz być obsługiwane w sposób zapewniający kompletność, integralność i poufność informacji i uniemożliwiający uzyskanie do nich dostępu nieupoważnionym członkom personelu właściwego organu oraz
- b) muszą pozwalać na przechowywanie informacji w sposób trwały zgodnie z art. 18 dyrektywy o sygnalistach, tak aby umożliwić prowadzenie dalszego postępowania wyjaśniającego.

Dlatego też w myśl art. 12 ust. 4 i 5 dyrektywy o sygnalistach państwa członkowskie mają zapewnić, aby właściwe organy wyznaczyły i odpowiednio przeszkoliły **członków personelu odpowiedzialnych za rozpatrywanie zgłoszeń**, a w szczególności odpowiedzialnych za:

- a) przekazywanie wszystkim zainteresowanym osobom informacji na temat procedur dokonywania zgłoszeń (działalność informacyjna);
- b) przyjmowanie zgłoszeń i podejmowanie działań następnych w związku z tymi zgłoszeniami (działalność organizacyjno-wykonawcza);
- c) utrzymywanie kontaktu z osobą dokonującą zgłoszenia w celu przekazywania jej informacji zwrotnych i zwracania się, w razie potrzeby, o dalsze informacje (działalność komunikacyjna).

W tym względzie zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy w przypadku, gdy zgłoszenie otrzymano za pośrednictwem innych kanałów dokonywania zgłoszeń niż te, o których mowa w art. 12 ust. 1 i 2 dyrektywy o sygnalistach, jak również, gdy otrzymali je członkowie personelu, którzy nie są odpowiedzialni za rozpatrywanie zgłoszeń, właściwe organy mają zapewnić, aby członkowie personelu, którzy je otrzymali, **mieli zakaz ujawniania jakichkolwiek informacji** mogących skutkować ustaleniem tożsamości sygnalisty lub osoby, której dotyczy zgłoszenie, oraz

jednocześnie byli zobowiązani do niezwłocznego przekazania takiego zgłoszenia, bez żadnej ingerencji w jego treść, kompetentnym członkom personelu odpowiedzialnym za rozpatrywanie zgłoszeń.

Trzeci model sygnalizacyjny to ujawnienie publiczne. Regulowany jest on w szczególności art. 15 rozdziału IV dyrektywy o sygnalistach. Zgodnie z art. 15 ust. 1 osoba, która dokonuje ujawnienia publicznego, ma być zakwalifikowana do objęcia ochroną na mocy przedmiotowej dyrektywy, wówczas gdy spełniony jest alternatywnie jeden z następujących warunków:

- a) osoba ta dokonała najpierw stosownego zgłoszenia wewnętrznego i zewnętrznego lub od razu zgłoszenia zewnętrznego zgodnie z rozdziałami II i III, lecz w odpowiedzi na jej zgłoszenie nie zostały podjęte żadne odpowiednie działania w terminie, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. f lub art. 11 ust. 2 lit. d; lub
- b) osoba ujawniająca ma uzasadnione podstawy, by sądzić, że:
 - „naruszenie może stanowić **bezpośrednie lub oczywiste zagrożenie dla interesu publicznego**, na przykład w przypadku sytuacji wyjątkowej lub ryzyka wystąpienia nieodwracalnej szkody; lub (wyróżnienie – Ł.M.-S.)”
 - „w przypadku dokonania zgłoszenia zewnętrznego **grozić jej będą działania odwetowe** lub istnieje **niewielkie prawdopodobieństwo skutecznego zaradzenia** naruszeniu z uwagi na szczególne okoliczności sprawy, takie jak możliwość ukrycia lub zniszczenia dowodów lub możliwość istnienia zмовы między organem a sprawcą naruszenia lub udziału organu w naruszeniu (wyróżnienie – Ł.M.-S.)”.

Zauważyć jednak trzeba, że gdy dana osoba ujawnia informacje bezpośrednio do prasy zgodnie ze szczególnymi przepisami krajowymi ustanawiającymi system ochrony w związku z wolnością wypowiedzi i informacji, to przepis art. 15 ust. 1 dyrektywy nie ma zastosowania.

W dalszej części dyrektywy o sygnalistach uregulowane zostały jeszcze m.in. kwestie dotyczące:

- obowiązku zachowania poufności (art. 16)²⁰,
- przetwarzania danych osobowych (art. 17),
- prowadzenia rejestrów zgłoszeń (art. 18),
- zakazu stosowania enumeratywnie wymienionych działań odwetowych (art. 19),
- środków wsparcia, w tym wsparcia prawnego sygnalisty (art. 20),
- środków ochrony przed działaniami odwetowymi (art. 21),
- środków ochrony osób, których dotyczy zgłoszenie (art. 22).

Wspomnieć należy także, że art. 23 ust. 1 dyrektywy o sygnalistach nakłada na państwa członkowskie **obowiązek ustanowienia skutecznych, proporcjonalnych i odstrasających sankcji** względem osób zarówno fizycznych, jak i prawnych, które:

- „a) **utrudniają lub usiłują utrudniać** dokonywanie zgłoszeń;
- b) **podejmują działania odwetowe** wobec osób, o których mowa w art. 4;

²⁰ Szerzej na ten temat: K. Wygoda, D. Wasiak, *Poufność informacji o sygnaliście jako ultima ratio systemu compliance*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021, s. 103 i n.

- c) **wszczynają uciążliwe postępowania przeciwko osobom, o których mowa w art. 4;**
- d) **dopuszczają się naruszeń obowiązku zachowania poufności tożsamości osób dokonujących zgłoszenia, o którym to obowiązku mowa w art. 16. (wyróżnienie – Ł.M.-S.).”**

Z drugiej zaś strony (art. 23 ust. 2 dyrektywy o sygnalistach) analogicznie (obowiązków ustanowienia skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających sankcji) penalizowane mają być także działania osób, co do których ustalono, że świadomie dokonały zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji. W ślad za tymi sankcjami państwa członkowskie wprowadzają również przepisy przewidujące, zgodnie z prawem krajowym, środki odszkodowawcze za szkodę wynikającą z takiego zgłoszenia lub ujawniania publicznego.

Artykuł 24 dyrektywy o sygnalistach (ostatni przed przepisami końcowymi) obliuguje państwa członkowskie, aby w ich porządkach krajowych nie można było zrzec się praw i środków ochrony prawnej przewidzianych w dyrektywie o sygnalistach ani także „ograniczyć takich praw lub środków ochrony prawnej w drodze jakiegokolwiek umowy, polityki, formy zatrudnienia lub warunków zatrudnienia, w tym umowy o arbitraż na etapie przedspornym”.

3. Założenia i projekt polskiej ustawy wdrożeniowej – wybrane elementy i rozbieżności

Wraz z opublikowaniem najpierw założeń, a następnie projektu ustawy o sygnalistach²¹ rozgorzała ożywiona dyskusja nad kształtem polskiej implementacji. Przeciagające się dyskusje spowodowały, że pomimo upływu terminu transpozycji, tj. 17.12.2021 r., przepisy krajowe nie zostały jak dotąd uchwalone. Przygotowany projekt zawiera 63 artykuły podzielone na 8 rozdziałów. Wśród najważniejszych cech przedmiotowego projektu zauważa się m.in.:²²

- Rzecznik Praw Obywatelskich to centralny organ właściwy do przyjmowania zgłoszeń zewnętrznych;
- pozostawienie w gestii pracodawców decyzji co do możliwości korzystania przez sygnalistów ze zgłoszeń anonimowych²³ oraz rozszerzenia przedmiotowego katalogu możliwych zgłoszeń, np. o *mobbing*, dyskryminację czy łapówkarstwo²⁴;
- wprowadzenie obligatoryjnych konsultacji dla związków zawodowych na temat projektu regulaminu zgłoszeń wewnętrznych w organizacji;

²¹ Druk UC101, <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r230343592,Projekt-ustawy-o-ochronie-osob-zglaszajacych-naruszenia-prawa.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

²² Por. Ł. Guza, *Pałupki procedur dla sygnalistów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 21.10.2021 r., <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/8275931,procedura-dla-sygnalistow-problemy.html> (dostęp: 30.12.2021 r.); B. Baran, *Pierwsze uwagi dotyczące projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa*, https://www.linkedin.com/posts/dr-beata-baran_sygnalista-sygnaliagici-whistleblowing-activity-6856119947945410560-0WzU (dostęp: 30.12.2021 r.).

²³ I. Jackowska, *Czy nowe prawo dopuści anonimy od sygnalistów?*, „Puls Biznesu” z 17.12.2021 r., <https://www.pb.pl/czy-nowe-prawo-dopusci-anonimy-od-sygnalistow-1136445> (dostęp: 30.12.2021 r.).

²⁴ A. Ryciak, *Ustawa o sygnalistach to nowe obowiązki, które musi znać pracodawca*, <https://www.prawo.pl/kadry/sygnalisci-nowe-obowiazki-pracodawcow,512086.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

- zagwarantowanie w nowotworzonych procedurach konieczności podjęcia odpowiednich środków następczych przez pracodawcę po wpłynięciu zgłoszenia;
- zabezpieczenie realizacji przepisów projektu sankcjami karnymi (art. 56–60 projektu), w tym za niewprowadzenie wewnętrznego systemu zgłaszania nieprawidłowości – zagrożenie sankcją nawet do 3 lat pozbawienia wolności²⁵;
- możliwość *outsourcingu* zadań z zakresu *whistleblowingu*²⁶ oraz konieczność ustalenia więcej niż 1 kanału zgłoszeń²⁷;
- założenie, że realizacja obowiązku ustalenia regulaminu zgłoszeń wewnętrznych przez podmioty w sektorze prywatnym zatrudniające co najmniej 50 i mniej niż 250 pracowników nastąpić ma do 17.12.2023 r.; oraz
- *vacatio legis* wynoszące zaledwie (jak na znaczną skalę zmian) 14 dni.

Jak deklarują jego twórcy, „projektowana ustawa obejmie ochroną osoby dokonujące zgłoszenia lub ujawnienia informacji lub uzasadnionych podejrzeń naruszenia prawa, pracujące w sektorze prywatnym lub publicznym, które uzyskały informacje na temat naruszenia w kontekście związanym z pracą. Przewidziane w ustawie gwarancje i środki prawne będą przysługiwały osobie dokonującej zgłoszenia naruszenia, niezależnie od podstawy i formy świadczenia pracy (m.in. umowa o pracę, umowa cywilnoprawna, prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną, kontrakt menedżerski, wolontariat, staż i praktyka), w tym także świadczącej pracę na rzecz podmiotów, z którymi pracodawca utrzymuje relacje gospodarcze, jak wykonawcy, podwykonawcy lub dostawcy oraz innym osobom zgłaszającym informacje o naruszeniach w kontekście związanym z pracą, jak akcjonariusze i wspólnicy oraz członkowie organów osoby prawnej. Ochroną będą objęte również osoby dokonujące zgłoszenia, których stosunek pracy ustał lub dopiero ma zostać nawiązany, w przypadku, gdy informacje na temat naruszenia uzyskano w trakcie procesu rekrutacji poprzedzającego zawarcie umowy”²⁸. Wobec powyższego wydawałoby się, że katalog osób mogących zostać sygnalistami został ustanowiony w sposób adekwatny i szeroki, co było zamiarem prawodawcy unijnego. Tymczasem, jak zauważają Karolina Woźniak i Marcin Różański²⁹, projekt ustawy o sygnalistach, wyłączając stosowanie prawa UE art. 5 ust. 1 „do wszystkich osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej”, wbrew samej dyrektywie, ogranicza zasięg pojęcia „sygnalisty”³⁰.

²⁵ Ł. Guza, *Więźnienie za brak procedury dla sygnalistów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 20.10.2021 r., nr 204 (5612), s. B11.

²⁶ G.J. Leśniak, *Czy sygnalista powinien być anonimowy a komisja zawsze wewnątrz firmy?*, <https://www.prawo.pl/kadry/procedura-zglaszania-naruszen-prawa-przez-sygnaliste,512283.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

²⁷ B. Baran, *Ukazał się projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa implementujący tzw. Dyrektywę o ochronie sygnalistów*, <https://link.freshmail.direct/p/syin83ldzf/g9uebmm25v> (dostęp: 30.12.2021 r.).

²⁸ <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r230343592,Projekt-ustawy-o-ochronie-osob-zglaszajacych-naruszenia-prawa.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

²⁹ Tak też m.in.: Niezależny Samorządny Związek Zawodowy Solidarność 80, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Fundacja „Akademia Antykorupcyjna”, Fundacja im. Stefana Batorego, Instytut Spraw Publicznych, Sieć Obywatelska Watchdog Polska.

³⁰ K. Woźniak, M. Różański, *Sygnaliści – ograniczona ochrona pracowników zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej*, <https://www.prawo.pl/kadry/sygnalisci-tajemnica-zawodowa-a-ochrona-dyrektywy,512347.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

Jest to rezultat nieprecyzyjnego przełożenia na polski grunt normy art. 3 ust. 3 dyrektywy 2019/1937, zgodnie z którą nowe regulacje nie wpływają na stosowanie prawa UE ani prawa krajowego w odniesieniu do ochrony prawniczej tajemnicy zawodowej i tajemnicy medycznej oraz tajemnicy narady sędziowskiej³¹. W efekcie adwokat, notariusz czy radca prawny nie będą korzystać z ochrony zapewnianej dyrektywą w zakresie informacji objętych odpowiednią tajemnicą zawodową. Tym samym nie będą zwolnieni z zachowania tajemnicy zawodowej³². Dodatkowo jednak prawodawca unijny umieścił w preambule dyrektywy o sygnalistach motyw 27, dookreślający, że „przedstawiciele zawodów, inni niż prawnicy i świadczeniodawcy opieki zdrowotnej, **mogą kwalifikować się do objęcia ochroną** na mocy niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy zgłaszają informacje chronione na mocy mających zastosowanie zasad zawodowych, pod warunkiem że zgłaszanie tych informacji jest niezbędne do ujawnienia naruszenia objętego zakresem stosowania niniejszej dyrektywy (wyróżnienie – Ł.M.-S.)”. Tymczasem polski projekt implementacji wyłącza w sposób nieuzasadniony stosowanie dyrektywy 2019/1937 co do wszystkich osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej i tym samym wbrew dyrektywie ogranicza podmiotowy katalog potencjalnych sygnalistów³³, co może znacznie ograniczyć „funkcjonalność” przedmiotowej regulacji m.in. w bardzo newralgicznym sektorze usług finansowych.

Co więcej, przywołani wcześniej K. Woźniak i M. Róžański również wskazują na sposób transponowania art. 9 ust. 1 i 2 dyrektywy o sygnalistach. Tutaj polski projektodawca dokonał pośredniego zawężenia podmiotowego, ograniczając możliwość skorzystania przez sporą grupę obywateli z ochrony poprzez uzyskanie statusu sygnalisty. W świetle bowiem postanowień rozdziału 3 projektu ustawy to pracodawcy będą zobowiązani – ujmując rzecz najogólniej – umożliwić dokonywanie tzw. zgłoszeń wewnętrznych³⁴. Projekt ustawy odsyła do definicji pracodawcy z art. 3 ustawy z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy³⁵. Tak ukształtowana definicja pozwolić ma na

³¹ Tak też: K. Woźniak, M. Róžański, *Sygnaliści...*

³² Tak też: K. Woźniak, M. Róžański, *Sygnaliści...*

³³ Tak też: K. Woźniak, M. Róžański, *Sygnaliści...* W efekcie, jak wskazują ci autorzy, „(...) zgodnie z polskim prawem do zachowania tajemnicy zawodowej zobowiązane są osoby pozostające w stosunku pracy z towarzystwem funduszy emerytalnych (art. 49 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 roku o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), osoby pozostające w odpowiednim stosunku (w tym pracownicy) z towarzystwem funduszy inwestycyjnych, depozytariuszem, podmiotem pośredniczącym w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych (art. 280 ustawy z dnia 27 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi). Maklerzy, doradcy zobowiązani są do zachowania tajemnicy zawodowej na podstawie postanowień art. 147 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi. Do zachowania tajemnicy zawodowej zobowiązane pozostają także inne grupy zawodowe, np. osoby zarządzające oraz pracownicy dostawcy lub wydawcy pieniądza elektronicznego (na podstawie art. 11 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych), biegli rewidentzi (na podstawie art. 78 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym) osoby zatrudnione w Urzędzie Komisji Nadzoru Finansowego (art. 10a ustawy – Prawo bankowe)”.

³⁴ K. Woźniak, M. Róžański, *Rządowy projekt ustawy o sygnalistach zawiera postanowienia niezgodne z dyrektywą*, <https://www.prawo.pl/kadry/projekt-ustawy-o-sygnalistach-niezgodny-z-dyrektywa-ue,512346.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

³⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 poz. 1510 ze zm.

wskazanie podmiotów zobowiązanych do wykonania obowiązków uregulowanych w rozdziale 3 projektowanej ustawy, dzięki czemu obowiązki nakładane będą na podmioty, którym, po pierwsze, w ogóle przysługuje status pracodawcy i które, po drugie, zatrudniają odpowiednią liczbę pracowników³⁶. W rezultacie, jak wskazują ww. autorzy, „do ich wypełnienia zobowiązany będzie podmiot, który zatrudnia osoby na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę oraz zatrudnia odpowiednią liczbę pracowników – a więc osoby pozostające w stosunku pracy podporządkowanej, regulowanej postanowieniami Kodeksu pracy (projekt ustawy zawiera także własną definicję pracownika, która ogranicza się do odesłania do definicji pracownika zawartej w art. 2 Kodeksu pracy i uzupełnienia tej definicji o pracowników tymczasowych)”³⁷. Tym samym powstaje tu niezgodność z treścią dyrektywy o sygnalistach, gdyż pojęciem „pracownika” obejmuje ona nie tylko osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a określa, „że jej postanowienia stosuje się do osób posiadających status pracownika w rozumieniu art. 45 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – czyli także do osób, które przez określony czas wykonują na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem określone świadczenia w zamian za wynagrodzenie (motyw 38. preambuły dyrektywy)”³⁸, co dotyczyć będzie przede wszystkim osób pozostających z daną jednostką (pracodawcą, zleceniodawcą, dzielodawcą) w stosunku prawnym wynikającym z umowy zlecenia czy umowy o dzieło. Tym samym dzieje się to wbrew przywoływanym wyżej deklaracjom autorów projektu.

Kolejną ważną kwestią, która w ocenie piszącego powinna być inaczej rozwiązana, to kwestia wyboru centralnego organu odpowiedzialnego za przyjmowanie zgłoszeń zewnętrznych. Zgodnie z wolą projektodawcy tą instytucją ma zostać **Rzecznik Praw Obywatelskich** (dalej RPO). W myśl art. 39 projektu ustawy o sygnalistach zgłoszenie zewnętrzne jest przyjmowane przez organ centralny (RPO) albo organ publiczny (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów³⁹ oraz inne organy przyjmujące zgłoszenia zewnętrzne dotyczące naruszeń w dziedzinach należących do zakresu działania tych organów). Zgodnie z uzasadnieniem projektu rozważane były trzy warianty przyjmowania tzw. zgłoszeń zewnętrznych: powołanie nowej instytucji (odrzucony ze względu na koszty)⁴⁰; wyznaczenie kilku organów; wyznaczenie tylko jednego organu – na który ostatecznie się zdecydowano⁴¹. Wybór RPO uzasadniano potrzebą wyznaczenia „organu centralnego łączącego udzielanie wsparcia osobom zgłaszającym naruszenia prawa oraz przyjmowanie zgłoszeń

³⁶ K. Woźniak, M. Róžański, *Rządowy...*

³⁷ K. Woźniak, M. Róžański, *Rządowy...*

³⁸ Tak też: K. Woźniak, M. Róžański, *Rządowy...*

³⁹ Dalej UOKiK.

⁴⁰ Nie stanowiło to trudności np. dla sąsiedniej Słowacji, gdzie powstał Urząd ds. Ochrony Sygnalistów – Z. Dluhošová, *Office protecting whistleblowers finally has its chief*, <https://spectator.sme.sk/c/22591828/office-protecting-whistleblowers-finally-has-its-chief.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴¹ Tak też: J. Ojczyk, *Są założenia projektu ustawy o sygnalistach. Zgłoszenia będzie przyjmował RPO*, <https://www.prawo.pl/biznes/zalozenia-projektu-ustawy-o-sygnalistach,510995.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

zewnątrznych”⁴². Wskazanie takiego właśnie rozwiązania miało – w ocenie projektodawców – pozwolić na uniknięcie „luki (braku wyspecjalizowanego organu dla przyjmowania zgłoszeń o określonych naruszeniach) i (w założeniu – Ł.M.-S.) będzie korzystniejsze dla sygnalisty, który nie będzie musiał we własnym zakresie identyfikować wyspecjalizowanego organu”⁴³. Ponadto za „wyborem RPO przemawia fakt, że organ ten jest powołany do ochrony praw obywateli, a jego niezależność i niezawisłość gwarantuje Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. poz. 483, z późn. zm.). Zgodnie z art. 210 Konstytucji RPO jest w swojej działalności niezawisły, niezależny od innych organów państwowych i odpowiada jedynie przed Sejmem na zasadach określonych w ustawie. Każdy ma prawo wystąpienia, na zasadach określonych w ustawie, do RPO z wnioskiem o pomoc w ochronie swoich wolności lub praw naruszonych przez organy władzy publicznej (art. 80 Konstytucji)”⁴⁴. Wydawać by się zatem mogło, że jest to rozwiązanie postulowane, oczekiwane oraz niebudzące kontrowersji. To jednak w ocenie piszącego tylko część „malującego się obrazu”, bowiem – jak się zdaje – projektodawcy w swojej ocenie nie do końca prawidłowo odczytali rolę, jaką ma pełnić przedmiotowa regulacja. Nie będzie tu zatem chodzić w pierwszej kolejności o ochronę osoby sygnalisty, a o ochronę interesu gospodarczego – co więcej – w jego publicznym kontekście⁴⁵. Skoro zatem nie zdecydowano się powierzyć misji centralnego koordynowania kanału zgłoszeń zewnątrznych nowej instytucji, powinna zostać wybrana instytucja, która: ma wiodący zakres przedmiotowy wynikający z art. 2 dyrektywy o sygnalistach (m.in. dot. bezpieczeństwa produktów i ich zgodności z wymogami ochrony konsumentów), porusza się w materii naruszeń wpływających na interesy finansowe UE; jest instytucją związaną z kontrolowaniem rynku wewnętrznego. Nadto dość niedawno Prezes UOKiK aspirował do całościowego przejęcia kompetencji Rzecznika Finansowego na rynku finansowym⁴⁶. Co więcej, Prezes UOKiK ma już wieloletnie doświadczenie dotyczące instytucji sygnalisty, gdyż prowadzi program pozyskiwania informacji od anonimowych sygnalistów w zakresie naruszeń prawa konkurencji, w szczególności zmów rynkowych⁴⁷. Powyższe potwierdza w swojej treści art. 36 ust. 2 projektu ustawy o sygnalistach⁴⁸, mimo wszystko dzieląc ogólne kompetencje organu centralnego między RPO a Prezesa UOKiK. Ponadto Prezes UOKiK jest urzędem łącznikowym

⁴² Uzasadnienie do projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa z 18.10.2021 r., <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12352401/katalog/12822845#12822845> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴³ Uzasadnienie do projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa z 18.10.2021 r., <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12352401/katalog/12822845#12822845> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa z 18.10.2021 r., <https://www.legislacja.gov.pl/projekt/12352401/katalog/12822845#12822845> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴⁵ Jak słusznie zauważają A. Kantor-Kilian i A. Rutkowska, „istotnym warunkiem ochrony sygnalisty jest działanie w interesie publicznym. Oznacza to, że nie może on działać w interesie prywatnym, swoim lub osób trzecich, nie może kierować się również chęcią odwetu czy zemsty” (A. Kantor-Kilian, A. Rutkowska, *Akceptacja...*).

⁴⁶ J. Ojczyk, *Sejm rozpoczął prace nad likwidacją Rzecznika Finansowego*, <https://www.prawo.pl/biznes/rzadz-przyjal-projekt-likwidujacy-rzecznika-finansowego,504125.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴⁷ <https://konkurencja.uokik.gov.pl/sygnalista/> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁴⁸ „Organem publicznym przyjmującym zgłoszenia w zakresie zasad konkurencji i ochrony konsumentów jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.”

(art. 29 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴⁹) na stałe współpracującym z organami UE w kwestiach gospodarczych, w tym związanych z ochroną konsumentów. Oczywiście, że – z uwagi na uniwersalny charakter – konieczna będzie współpraca z wyspecjalizowanymi organami administracji, jak np. z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Prezesem Urzędu Ochrony Danych Osobowych czy Komisją Nadzoru Finansowego. Jednakże tworzenie od podstaw całej „infrastruktury” w Biurze RPO rodzi pytania dotyczące aspektów finansowych, a mianowicie: o zasadność takiego rozdysponowania środków budżetowych. Nie sposób odnieść wrażenia, że przekazanie tych kompetencji RPO jest pewnym odwróceniem problemu, tymczasem istota RPO wszakże polega na eliminacji zachowań negatywnie wpływających na szeroko pojęte kwestie gospodarcze. Temu też celowi służyły oryginalne rozwiązania amerykańskie – odnoszące się do instytucji sygnalisty/*whistleblower'a*. Prezes UOKiK dysponuje ponadto nie tylko swoimi zamiejscowymi delegaturami (podobnie jak RPO), lecz także całą Inspekcją Handlową, co z jednej strony zwiększa dostępność dla obywatela, a z drugiej strony na pewnym etapie skróciłoby czas reakcji organów publicznych na stwierdzone nieprawidłowe zachowania przedsiębiorców. Kluczowe tutaj pozostaje kryterium efektywności. Prezes UOKiK wydaje się być predestynowany do tej roli, podobnie jak to było w przypadku wyboru w latach 90. XX w. Prezesa Urzędu Antymonopolowego (poprzednika Prezesa UOKiK) – zamiast RPO – do pełnienia funkcji organu odpowiedzialnego za ochronę konsumentów⁵⁰.

Kolejnym elementem, w zakresie rozbieżności pomiędzy przepisami dyrektywy o sygnalistach a polskim projektem dokonującym implementacji, nad którym piszący chciałby się zatrzymać, jest kwestia ochrony sygnalistów w wypadku dokonywania przez nich ujawnień publicznych. Choć sama dyrektywa nie daje ku temu podstaw, to projekt polskiej ustawy wdrożeniowej, a konkretnie jej art. 55, wyłącza stosowanie przepisów o ujawnieniu publicznym, jeżeli „przekazanie informacji o naruszeniu prawa następuje bezpośrednio do prasy”⁵¹ i gdy stosuje się przepis art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe⁵², mówiący o tym, że dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy „danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych”⁵³. Karolina Woźniak i Marcin Róžański – pomimo argumentacji autorów projektu – zauważają, że chociaż wyłączenie z art. 55 projektu jest oparte na art. 15 ust. 2 dyrektywy 2019/1937, to jednak twórcy projektu nie mają racji, gdyż przedmiotowy przepis „wskazuje jedynie, że dyrektywa UE nie nakłada dodatkowych warunków dla udzielenia ochrony osobom przekazującym informacje prasie (źródła dziennikarskich), tzn.

⁴⁹ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275).

⁵⁰ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 54.

⁵¹ Por. K. Woźniak, M. Róžański, *Sygnalista, który pójdzie do mediów, straci ochronę wbrew unijnej dyrektywie*, <https://www.prawo.pl/kadry/pojscie-do-mediow-pozbawi-sygnaliste-ochrony-wbrew-dyrektywie-ue,512351.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁵² Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1914.

⁵³ Por. K. Woźniak, M. Róžański, *Sygnalista...*

że przesłanki udzielenia ochrony z art. 15 ust. 1 dyrektywy nie mają zastosowania do oddzielnego reżimu ochrony źródeł dziennikarskich⁵⁴. Przywołana noma Prawa prasowego daleka jest zatem od tworzenia odrębnego systemu ochronnego. Ona jedynie dookreśla kwestie odnoszące się do poufności samego zgłoszenia. Tym samym należy stwierdzić, że dyrektywa 2019/1937 nie daje faktycznej podstawy, by z ochrony wyłączyć osoby ujawniające nieprawidłowości bezpośrednio do mediów. Na ten sam problem zwraca uwagę B. Baran, akcentując, że powyższa sytuacja z jednej strony osłabia ujawnienie publiczne jako metodę sygnalizowania nieprawidłowości, a z drugiej – dodatkowo będzie wymagać szerszego uświadomienia i edukacji społecznej⁵⁵. Zmiana w tym zakresie jest tym bardziej potrzebna, bo jak pokazują amerykańskie badania, umożliwienie sygnalistom ujawniania informacji na zewnątrz własnej organizacji, a zwłaszcza do mediów, znacznie przyspiesza działania w celu odwrócenia skutków danego nadużycia. Według 44% respondentów – sygnalistów użycie kanału zewnętrznego doprowadziło do zmiany niekorzystnych praktyk w danej organizacji, tymczasem jedynie 27% badanych wskazało, że sygnalizowanie kanałem wewnętrznym jest skuteczne⁵⁶.

Analizując aspekt anonimowości zgłoszeń w omawianym projekcie należy przytoczyć stanowisko wyrażane przez piśmiennictwo wykazujące systemową niekonsekwencję projektodawcy, bowiem już w istniejących regulacjach, które sektorowo odnoszą się do zgłaszania naruszeń (Prawo bankowe⁵⁷, ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁵⁸, ustawa o ofercie publicznej⁵⁹), mowa jest wręcz o obowiązku przyjmowania zgłoszeń anonimowych⁶⁰. W efekcie „po wejściu w życie ustawy implementacyjnej w obecnym kształcie będziemy mieć zatem do czynienia z różnym standardem zgłoszeń dokonywanych na podstawie różnych aktów i odnośnie różnych tematów – w niektórych sytuacjach możliwe będzie zgłaszanie anonimowe, w innych nie”⁶¹, co z całą pewnością nie będzie jasne dla potencjalnych sygnalistów.

Zastanowić należy się także nad postulatami zgłaszanymi przez środowiska samorządowe oraz grupy spółek, w tym spółek Skarbu Państwa. W pierwszym wypadku

⁵⁴ Por. K. Woźniak, M. Różański, *Sygnalista...*

⁵⁵ B. Baran, *Demaskator współpracujący z prasą, bez nowej ochrony*, „Rzeczpospolita” z 21.10.2021 r., <https://ksiazeklegal.pl/wp-content/uploads/2021/10/rz-21.10.2021.pdf> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁵⁶ A. Kantor-Kilian, *Organizacja...*, [w:] *Ochrona...*, s. 44, za: J. Rothschild, T.D. Miethe, *Whistle-Blower Disclosures and Management Retaliation*, „Work and Occupations” 1999/26(1), s. 107–128. Por. M.T. Dworkin, M.S. Baucus, *Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes*, „Journal of Business Ethics” 1998/17(12), s. 1281–1298.

⁵⁷ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 ze zm.).

⁵⁸ Ustawa z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 593 ze zm.).

⁵⁹ Ustawa z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1983 ze zm.).

⁶⁰ J. Ojczyk, *Dr Jagura: Projekt ustawy o sygnalistach nie jest doskonały*, https://www.prawo.pl/biznes/ustawa-o-sygnalistach-dr-jagura-ocenia-projekt,511462.html?utm_source=LinkedIn&utm_medium=organic&utm_campaign=WKPL_FIR_ACQ_COM-EBO-POT-raport-compliance-2021-10-21-TOFU_COM%252FFIL0521001_PWK018&utm_term=Post_2.11&utm_content=WKP (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁶¹ J. Ojczyk, *Dr Jagura: Projekt...*

odnieść się trzeba do sytuacji, w której brak przyjęcia ustawy implementującej dyrektywę o sygnalistach powoduje, że mniejsze jednostki samorządu terytorialnego (poniżej 10.000 mieszkańców) albo pracodawcy samorządowi zatrudniający mniej niż 50 pracowników nie mogą skorzystać z wyłączenia od stosowania przepisów dyrektywy o sygnalistach, które stały się wiążące już od 18.12.2021 r.⁶² Pamiętać należy przy tym, że projekt ustawy wdrażającej nie posługuje się przewidzianym w dyrektywie kryterium liczby mieszkańców, lecz koncentruje się jedynie na przesłankach bycia pracodawcą i zatrudniania co najmniej 50 pracowników. Tym samym obowiązek ustalenia regulaminu zgłoszeń wewnętrznych będzie miała zdecydowana większość gmin w Polsce⁶³, chociaż biorąc pod uwagę determinację wyrażaną przez niektóre środowiska samorządowe na dalszym etapie prac legislacyjnych, wydaje się realne przywrócenie kryterium liczby mieszkańców – poniżej 10.000 mieszkańców. Efekt „skali” odnosi się także do drugiego wypadku, tj. ww. grup kapitałowych. Jak wskazują Łukasz Guza i Adam Kraszewski, państwowi giganci „nie chcą ustalać w każdej spółce odrębnych zasad zgłaszania naruszeń przez pracowników. Przy okazji starają się utrzymać kontrolę nad takimi sygnałami i ograniczyć odpowiedzialność za utrudnianie zgłoszeń”⁶⁴. Postulują oni m.in.: aby nowe przepisy umożliwiły wprowadzenie jednolitego regulaminu sygnalizowania nieprawidłowości w ramach całego holdingu, co ograniczy koszty, jak również aby wprowadzić takie mechanizmy, które pozwoliłyby pracodawcom na zachowanie kontroli nad wyciekami danych i jednocześnie ograniczyłyby nieefektywność procedur zgłaszania nieprawidłowości⁶⁵. Czy wyżej zaprezentowane postulaty piśmiennictwa i doktryny przedmiotu znajdują uznanie w oczach projektodawców, pokażą dalsze postępy prac legislacyjnych. Tymczasem, mimo obiecannej na styczeń 2022 r. ostatecznej wersji projektu ustawy wdrażającej⁶⁶, w momencie przygotowywania niniejszego artykułu (tj. w marcu 2022 r.) w przedmiotowym zakresie nic się nie dzieje.

4. Wnioski

Podczas wprowadzania szeregu rozwiązań prawnych prawodawca unijny często powiela przyjęte wcześniej rozwiązania, nierzadko przeszczepiając je międzysektrowo, a czasem – jak to ma miejsce w przypadku dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 – tworzy z nich ogólnoeuropejski mechanizm ochronny prawa UE. Jest to w istocie nie tylko olbrzymia zmiana w skali ilościowej (wielości

⁶² H. Hendrysiak, *System ochrony sygnalistów to też element kontroli zarządczej*, <https://www.prawo.pl/samorzad/system-ochrony-sygnalistow-a-kontrola-zarzadcza,512236.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁶³ R. Horbaczewski, *Także małe gminy będą musiały opracować procedury dla ochrony sygnalistów*, <https://www.prawo.pl/samorzad/procedury-dla-ochrony-sygnalistow-w-malych-gminach,511294.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁶⁴ Ł. Guza, *Państwowi giganci krytykują procedury dla sygnalistów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10.02.2022 r., nr 2022/28, <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/58359,10-lutego-2022/74147,Gazeta-Prawna/775907,Państwowi-giganci-krytykuja-procedury-dla-sygnalistow.html> (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁶⁵ Ł. Guza, *Państwowi...*

⁶⁶ <https://samorzad.pap.pl/kategoria/aktualnosci/rzad-nie-zdazyl-z-ustawa-o-sygnalistach-samorzady-chca-okreslenia-zasad> (dostęp: 30.12.2021 r.).

podmiotów, których ona dotyczy), lecz także – co ważniejsze – rewolucja w obszarze jakościowym. Zmienia się bowiem w dużej mierze relacja pomiędzy pracodawcą a pracownikiem, co w dużych środowiskach pracy będzie mieć spore znaczenie. Niewątpliwie zatem ograniczona zostaje sfera „imperium” pracodawcy poprzez systemowe podważenie jego „absolutu”, w sytuacji gdy narusza on unijny interes publiczny definiowany przez zakres art. 2 dyrektywy o sygnalistach. Co ciekawe, przedmiotowa dyrektywa wyraźnie określa ponadpaństwowe rozumienie interesu publicznego, co z całą pewnością jest przejawem zmierzania decydentów w kierunku pełnej federalizacji UE, wzorem USA. Tak pojmowany interes publiczny zabezpiecza się z jednej strony *ex ante* samym faktem przyjęcia i wdrożenia nowego prawa o sygnalistach (funkcja prewencyjna) oraz *ex post* na etapie singularnej realizacji zgłoszeń, wdrożenia procedur (funkcja sankcyjna). Występuje też tutaj zabezpieczenie o charakterze społecznym – poprzez funkcję „edukacyjno-wychowawczą”, tj. wyrobienie w jednolitym europejskim społeczeństwie nawyków zgłaszania nieprawidłowości. Tym samym waga odpowiedniego wdrożenia dyrektywy o sygnalistach jest dużo ważniejsza i bardziej brzemienna w skutkach, niż mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać. Fakt stwierdzenia nieprawidłowości powodować będzie bowiem konflikt – albo co do oceny, czy faktycznie powstało naruszenie, albo co do chęci z jednej strony zatajenia powstałego naruszenia, a z drugiej strony ujawnienia go. W obu jednak przypadkach powstawać będzie spór, który w jakiś sposób trzeba będzie rozwiązać. W dotychczasowych warunkach *ultima ratio* sprawa może trafić do sądu. Wdrożenie jednak ogólnounijnego systemu zgłaszania naruszeń w pewnym zakresie – zwłaszcza w korporacjach międzynarodowych – może „odpaństwowić” proces zarządzania sporem, być może niekiedy ze szkodą dla interesu publicznego krajowego, np. bezpieczeństwo energetyczne (jądrowe) jednego kraju zostanie poświęcone na rzecz ogólnounijnego.

Jak zauważa strona rządowa, zgłoszenie ponad 800 stron⁶⁷ uwag do przygotowanego projektu czy udział zazwyczaj nieuczestniczących w konsultacjach podmiotów pokazuje skalę problemów ustawodawcy, który nie spodziewał się takiego wszechstronnego zainteresowania, przygotowując jedynie projekt odtwórczy względem dyrektywy – niekiedy z uwzględnieniem potrzeb administracji publicznej czy większych przedsiębiorstw państwowych. W ocenie piszącego, w świetle ww. elementów, należałoby bardziej skoncentrować cele krajowego wdrożenia instytucji sygnalisty także na ochronę krajowych interesów gospodarczych m.in. poprzez fachowe „zajęcie się” zgłoszeniami zewnętrznymi przez organ centralny – w osobie Prezesa UOKiK. Ponadto warto zastanowić się nad takim systemem sygnalizacji nieprawidłowości, który umożliwiłby również konsumenckie zgłaszanie naruszeń. Pomimo bowiem wymienieniu ochrony konsumentów w art. 2 dyrektywy o sygnalistach realnie odbiera się im i ich organizacjom głos co do możliwości skorzystania z instytucji sygnalisty, traktując „po macoszemu” kwestie zgłoszeń anonimowych. W tym zakresie powinna

⁶⁷ <https://samorząd.pap.pl/kategoria/aktualnosci/rzad-nie-zdazyl-z-ustawa-o-sygnalistach-samorzady-chca-okreslenia-zasad> (dostęp: 30.12.2021 r.).

powstać np. uniwersalna aplikacja mobilna dla konsumentów, pozwalająca szybko i anonimowo dokonywać zgłoszeń nieprawidłowości.

Ostatni – w zakresie omawianego tematu – element, na który chciałby zwrócić uwagę piszący, to konieczność ustanowienia standardów mierzalności efektywności i realności działania kanałów czy całych środowisk sygnalizacyjnych. Niestety projektowana ustawa jedynie penalizuje pewne przypadki (określone w art. 56–60 projektu ustawy o sygnalistach), natomiast nie zawiera jasnych kryteriów standaryzacji czy też audytu/certyfikowania systemów sygnalizacyjnych. Można spotkać się zatem z sytuacją tworzenia takich systemów zewnętrznych zgłoszeń (np. internetowych) przez osoby nieuczciwe lub mające już na swoim koncie wyroki za przestępstwa (np. gospodarcze), lub posiadające olbrzymie zadłużenie. W przyszłości mogą one wiedzieć ze zgłoszeń, którymi zarządzały, wykorzystywać w różnoraki sposób. Dlatego należy wyrazić pogląd o konieczności sprawowania nadzoru/certyfikowania takich podmiotów przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Bibliografia

1. Baran B., *Demaskator współpracujący z prasą, bez nowej ochrony*, Rzeczpospolita 21.10.2021 r., nr 246 (12097), <https://ksiazeklegal.pl/wp-content/uploads/2021/10/rz-21.10.2021.pdf>.
2. Baran B., *Pierwsze uwagi dotyczące projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa*, <https://www.linkedin.com/posts/dr-beata-baran-sygnalista-sygnaliagci-whistleblowing-activity-6856119947945410560-0WzU>.
3. Baran B., *Środki ochrony sygnalistów na podstawie dyrektywy 2019/1937 (tzw. Dyrektywy o ochronie sygnalistów)*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.
4. Baran B., *Ukazał się projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa implementujący tzw. Dyrektywę o ochronie sygnalistów*, <https://link.freshmail.direct/p/syin83ldzf/g9uebmm25v>.
5. Braun T., *Unormowania compliance w korporacjach*, Warszawa 2017.
6. Brown A.J., Lewis D., Moberly R., Vandekerckhove W. [red.], *International Handbook on Whistleblowing Research*, Cheltenham 2014.
7. Callahan E.S., Dworkin T.M., *Who Blows the Whistle to the Media and Why: Organizational Characteristic of Media Whistleblowers*, *American Business Law Journal* 1994, t. 32.
8. Dlugošová Z., *Office protecting whistleblowers finally has its chief*, <https://spectator.sme.sk/c/22591828/office-protecting-whistleblowers-finally-has-its-chief.html>.
9. Dworkin M.T., Baucus M.S., *Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes*, *Journal of Business Ethics* 1998, t. 17, nr 12.
10. Guza Ł., *Państwowi giganci krytykują procedury dla sygnalistów*, *Dziennik Gazeta Prawna* z 10.02.2022 r., nr 28 (5690), <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/58359,10-lutego-2022/74147,Gazeta-Prawna/775907,Panstwowi-giganci-krytykuja-procedury-dla-sygnalistow.html>.

11. Guza Ł., *Putapki procedur dla sygnalistów*, Dziennik Gazeta Prawna z 21.10.2021 r., nr 205 (5613), <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/8275931,procedura-dla-sygnalistow-problemy.html>.
12. Guza Ł., *Więzenie za brak procedury dla sygnalistów*, Dziennik Gazeta Prawna z 20.10.2021 r., nr 204 (5612).
13. Hendrysiak H., *System ochrony sygnalistów to też element kontroli zarządczej*, <https://www.prawo.pl/samorzad/system-ochrony-sygnalistow-a-kontrola-zaradcza,512236.html>.
14. Horbaczewski R., *Także małe gminy będą musiały opracować procedury dla ochrony sygnalistów*, <https://www.prawo.pl/samorzad/procedury-dla-ochrony-sygnalistow-w-malych-gminach,511294.html>.
15. Huseynova D., Piperigos K., *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU. Protection of whistleblowers – the why and the how*, http://transparency.eu/wp-content/uploads/2018/04/WB_Transparency-Group-CoE-17-18.pdf.
16. Jackowska I., *Czy nowe prawo dopuści anonimów od sygnalistów?*, Puls Biznesu z 17.12.2021 r., <https://www.pb.pl/czy-nowe-prawo-dopusci-anonimy-od-sygnalistow-1136445>.
17. Kantor-Kilian A., *Organizacja modelu kanałów sygnalizowania nieprawidłowości w świetle dyrektywy 2019/1937*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.
18. Kantor-Kilian A., Rutkowska A., *Akceptacja sygnalistów w miejscu pracy i wdrożenie ich ochrony przez Dyrektywę UE*, Rzeczpospolita z 10–11.06.2020 r., nr 135 (11681), <https://archiwum.rp.pl/artikul/1429774-Akceptacja-sygnalistow-w-miejscu-pracy-i-C2%A0wdrozenie-ich-ochrony-przez-dyrektywe-UE.html>.
19. Kobroń-Gąsiorowska Ł., *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (Whistleblowing) – jej wpływ na polskie prawo pracy – wybrane uwagi*, [w:] *Różnorodność w jedności. Studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu*, red. B. Godlewska-Bujok, K. Walczak, Legalis/el. 2019.
20. Leśniak G.J., *Czy sygnalista powinien być anonimowy a komisja zawsze wewnątrz firmy?*, <https://www.prawo.pl/kadry/procedura-zglaszania-naruszen-prawa-przez-sygnaliste,512283.html>.
21. Łąguna Ł., *Status prawny sygnalisty na gruncie dyrektywy 2019/1937*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.
22. Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999.
23. Mroczyński-Szmaj Ł., *Ochrona sygnalisty na rynku kapitałowym. Perspektywa wybranych spółek giełdowych*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.
24. Ojczyk J., *Dr Jagura: Projekt ustawy o sygnalistach nie jest doskonały*, https://www.prawo.pl/biznes/ustawa-o-sygnalistach-dr-jagura-ocenia-projekt,511462.html?utm_source=LinkedIn&utm_medium=organic&utm_campaign=

- ign=WKPL_FIR_ACQ_COM-EBO-POT-raport-compliance-2021-10-21-TOFU_COM%252FFIL0521001_PWK018&utm_term=Post_2.11&utm_content=WKP.
25. Ojczyk J., *Są założenia projektu ustawy o sygnalistach. Zgłoszenia będzie przyjmował RPO*, <https://www.prawo.pl/biznes/zalozenia-projektu-ustawy-o-sygnalistach,510995.html>.
 26. Ojczyk J., *Sejm rozpoczął prace nad likwidacją Rzecznika Finansowego*, <https://www.prawo.pl/biznes/rzad-przyjal-projekt-likwidujacy-rzecznika-finansowego,504125.html>.
 27. Olszewski J., *Ważniejsze obowiązki informacyjne w publicznych spółkach akcyjnych – na przykładzie spółek Skarbu Państwa*, [w:] *Spółki Skarbu Państwa na rynku kapitałowym*, red. A. Kidyba, M. Michalski, Warszawa 2017.
 28. Rothschild J., Miethe T.D., *Whistle-Blower Disclosures and Management Retaliation*, *Work and Occupations* 1999, t. 26, nr 1.
 29. Ryciak A., *Ustawa o sygnalistach to nowe obowiązki, które musi znać pracodawca*, <https://www.prawo.pl/kadry/sygnalisci-nowe-obowiazki-pracodawcow,512086.html>.
 30. Wolfe S., Worth M., Dreyfus S., Brown A.J., *Whistleblower Protection Laws in G20 Countries Priorities for Action*, Final Report, September 2014.
 31. Woźniak K., Róžański M., *Rządowy projekt ustawy o sygnalistach zawiera postanowienia niezgodne z dyrektywą*, <https://www.prawo.pl/kadry/projekt-ustawy-o-sygnalistach-niezgodny-z-dyrektywa-ue,512346.html>.
 32. Woźniak K., Róžański M., *Sygnalista, który pójdzie do mediów, straci ochronę wbrew unijnej dyrektywie*, <https://www.prawo.pl/kadry/pojscie-do-mediow-pozbawi-sygnaliste-ochrony-wbrew-dyrektywie-ue,512351.html>.
 33. Woźniak K., Róžański M., *Sygnaliści – ograniczona ochrona pracowników zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej*, <https://www.prawo.pl/kadry/sygnalisci-tajemnica-zawodowa-a-ochrona-dyrektywy,512347.html>.
 34. Wróblewski T., *Sygnaliści w spółkach giełdowych – po cichu i bocznymi drzwiami*, <https://cowprawiepiszczy.com/2019/12/sygnalisci-w-spolkach-gieldowych-po-cichu-i-bocznymi-drzwiami/>.
 35. Wygoda K., Wasiak D., *Poufność informacji o sygnaliście jako ultima ratio systemu compliance*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.

Ewa Wojtaszek-Mik

Sekcja zwłok dziecka w świetle art. 31
ustawy o działalności leczniczej
– uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka w sprawie Polat
przeciwko Austrii

*An autopsy of a child in the light of the Article 31
of the Act on medical activity
– comments on the occasion of the judgment
of the European Court of Human Rights
Polat v. Austria*

Abstract

The analysis of the Article 31 of the Act on medical activity concerning the autopsy leads to the conclusion that it should be amended. This is due to its comparison with the provisions relating to the disclosure of medical records, medical confidentiality and the collection of cells, tissues and organs, but also it results from the Polat v. Austria judgment, in which the European Court of Human Rights ruled that an autopsy of a child in breach of religious belief was a violation of the parent's right to respect for his private and family life and religious freedom (Articles 8 and 9 of the European Convention on Human Rights).

Keywords: *objection to autopsy, religious beliefs, right to respect for private and family life, medical records, collection of cells, tissues and organs*

Dr hab. Ewa Wojtaszek-Mik, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Polska, ORCID: 0000-0002-3608-9591, e-mail: e.wojtaszek_mik@wpia.uw.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 2.11.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 9.11.2022 r.

Streszczenie

Analiza art. 31 ustawy o działalności leczniczej dotyczącego sekcji zwłok prowadzi do wniosku, że przepis ten powinien zostać znowelizowany. Wynika to z jego porównania z przepisami odnoszącymi się do udostępniania dokumentacji medycznej, tajemnicy lekarskiej oraz pobierania komórek, tkanek i narządów, ale także z wyroku w sprawie Polat przeciwko Austrii, w którym Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że przeprowadzenie sekcji zwłok dziecka z naruszeniem przekonań religijnych stanowi naruszenie prawa rodzica do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego oraz wolności wyznania (art. 8 i 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka).

Słowa kluczowe: *sprzeciw wobec sekcji zwłok, przekonania religijne, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, dokumentacja medyczna, pobieranie komórek, tkanek i narządów*

1. Wprowadzenie – wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Polat przeciwko Austrii

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPC) w wyroku z 20.07.2021 r. w sprawie Polat przeciwko Austrii (skarga nr 12886/16)¹ orzekł, że przeprowadzenie przez austriacki szpital sekcji zwłok dziecka wbrew woli matki i w sprzeczności z jej muzułmańskimi przekonaniami religijnymi stanowi naruszenie art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego)³ i art. 9 EKPC (wolność myśli, sumienia i wyznania)⁴. Jednomyslnie ETPC uznał, że doszło do naruszenia artykułów 8 i 9 EKPC przez niewyważenie przy sekcji zwłok dziecka interesu skarżącej i interesu publicznego oraz art. 8 EKPC przez nieujawnienie skarżącej informacji o sekcji zwłok syna. W kwestii zarzutu naruszenia art. 13 EKPC (prawo do skutecznego środka odwoławczego) ETPC uznał, że nie było konieczne badanie skargi na tej podstawie⁵.

Skarżąca, obywatelka austriacka, w czasie ciąży została poinformowana, że jej dziecko może urodzić się z niepełnosprawnością w wyniku zespołu *prune belly*. W szpitalu publicznym w Austrii przedwcześnie urodziła ona syna w dniu 3.04.2007 r. Dwa dni później dziecko zmarło. Lekarze zwrócili się do rodziców o wyrażenie zgody na przeprowadzenie sekcji zwłok dla celów naukowych. Ci jednak odmówili, ponieważ chcieli pochować ciało – zgodnie z ich muzułmańskimi przekonaniami – w stanie nienaruszonym.

¹ LEX nr 3198157.

² Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC.

³ „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

⁴ „1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. 2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”. Szerzej na temat praktykowania i uprawiania kultu oraz czynności rytualnych zob. np. W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013, s. 369–387; K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 135–140.

⁵ „Každy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe”. Dwóch z siedmiu sędziów złożyło w tym zakresie wspólne zdanie odrębne, przywołując wyrok ETPC z 20.09.2018 r. w sprawie Solska i Rybicka przeciwko Polsce, skargi nr 30491/17 i 31083/17 (hudoc.echr.coe.int/eng; teza w języku polskim - LEX nr 2549589; dotyczące ekshumacji ofiar katastrofy lotniczej wbrew woli najbliższych członków rodziny). Problematyka art. 13 EKPC nie wchodzi w zakres niniejszego opracowania. Zob. N. El Yattouti, *Polat v. Austria: A Tale of Two Missed Opportunities*, „Strasbourg Observers” z 14.12.2021 r.

Lekarz prowadzący poinformował rodziców, że sekcja musi być przeprowadzona, aby wyjaśnić dokładną przyczynę śmierci dziecka. W dniu 6.04.2007 r. w szpitalu dokonano sekcji zwłok zmarłego chłopca. Usunięto praktycznie jego wszystkie narządy wewnętrzne wraz z układem moczowym, w tym zewnętrznymi narządami płciowymi. Wgłębienia wypełniono watą. Ciało dziecka oddano rodzicom. Według twierdzenia skarżącej ona i jej mąż nie zostali poinformowani o zakresie badania, a ponieważ ciało było ubrane, nie widzieli, w jakim jest stanie. Przekonani, że zwłoki są w stanie odpowiednim do pochówku, zabrali je do Turcji. Podczas obrzędów pogrzebowych odkryto stan ciała dziecka, co doprowadziło do szoku skarżącej, a także do zamieszania wśród uczestników ceremonii, w której brało udział 100–300 osób. Pogrzeb nie mógł być kontynuowany również dlatego, że stan wewnętrznych narządów płciowych nie pozwalał określić płci dziecka, a w konsekwencji rodzaju rytuału pogrzebowego, który powinien zostać zastosowany. Rodzice musieli następnego dnia przenieść się do innej wioski, gdzie chłopiec został pochowany bez religijnego obmycia rytualnego i ceremonii islamskiej, za dodatkową opłatą. Szpital początkowo zaprzeczył, że organy zostały usunięte. Wydał je skarżącej matce dopiero po upływie pewnego czasu od jej próśb i po interwencji regionalnego Rzecznika Praw Pacjenta. Skarżąca złożyła organy w grobie syna w Turcji.

Sąd Okręgowy w Feldkirch w Austrii uwzględnił powództwo skarżącej o odszkodowanie przeciwko spółce zarządzającej szpitalem, uznając, że nie istniały żadne naukowe korzyści w przeprowadzeniu sekcji zwłok bez zgody rodziców. Jednakże Sąd Apelacyjny w Innsbrucku uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Biegli stwierdzili, że sekcja zwłok była konieczna do potwierdzenia rozpoznania zespołu *prune belly* lub wyjaśnienia niedających się jednoznacznie zidentyfikować zmian w obrębie jamy brzusznej, płuc i mózgu, lub też w celu oceny wpływu choroby na narządy. Zwrócili uwagę, że w przypadku sekcji zwłok płodów lub zmarłych noworodków usunięcie i zachowanie narządów to praktyka niezbędna i z tego powodu standardowa. Niemniej sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo i zasądził odszkodowanie. Jego wyrok został jednak uchylony przez sąd apelacyjny. Na rzecz szpitala zasądzono koszty w wysokości prawie 33.000 euro. Skarżąca złożyła skargę kasacyjną, powołując się m.in. na art. 9 EKPC i Konstytucję Austrii. W 2015 r. Sąd Najwyższy orzekł, że sekcja zwłok była konieczna ze względów naukowych. Stwierdził, że stanowiła ona uzasadnione ograniczenie wolności wyznania i oceny tej nie może zmienić określone wyznanie religijne.

W skardze złożonej do ETPC dnia 29.02.2016 r. skarżąca powołała się na art. 8, art. 9 i art. 13 EKPC, zarzucając w szczególności, że sekcja zwłok syna została przeprowadzona bez jej zgody, że sądy krajowe nie wyważyły prawidłowo występujących w sprawie interesów oraz że szpital nie wywiązał się z obowiązku poinformowania jej o zakresie sekcji zwłok i usunięciu narządów. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że zgodnie z EKPC nie istnieje absolutne prawo do sprzeciwu wobec sekcji zwłok. Sekcja została przeprowadzona na podstawie austriackich przepisów – art. 25 ustawy o szpitalach oraz art. 12 ust. 3 ustawy

o pochówkach. W świetle tych unormowań w interesie nauki i zdrowia publicznego sekcji można dokonać wbrew woli krewnych, w szczególności gdy zachodzą wątpliwości diagnostyczne. Jednocześnie ETPC stwierdził jednak, że personel szpitala i sądy krajowe nie wzięły pod uwagę przekonania skarżącej. Zauważył, że państwa mają zwykle szeroką swobodę w ocenie równowagi między interesami prywatnym i publicznym. Sekcje zwłok wbrew woli rodziny powinny być przeprowadzane z maksymalnym poszanowaniem praw jej członków. Władze nie wyważyły więc wchodzących w grę sprzecznych interesów, a mianowicie: z jednej strony państwo ma obowiązek zapewnienia ochrony zdrowia publicznego, z drugiej zaś – praw skarżącej wynikających z art. 8 i art. 9 EKPC. Zdaniem ETPC decyzja o przeprowadzeniu sekcji zwłok dziecka wbrew woli i przekonaniom religijnym skarżącej była nieuzasadnioną ingerencją w jej życie rodzinne i prawo do uzewnętrzniania swojej religii, co doprowadziło do naruszeń EKPC. Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że w Austrii nie ma unormowania zakresu informacji, jakie powinny być udzielone w takim wypadku. Zwrócił uwagę na delikatność stanu rzeczy: matka, która właśnie straciła dziecko, znalazła się w sytuacji, gdy ma być wykonana sekcja zwłok, której się sprzeciwiła, informując, że ciało syna powinno być zachowane w stanie nienaruszonym ze względu na obrzędy pogrzebowe. Zdaniem ETPC te szczególne okoliczności wymagały wysokiego stopnia staranności i rozważań ze strony personelu szpitala w kontaktach ze skarżącą. Mimo pewnej niejasności, jakie dokładnie informacje zostały przekazane skarżącej, ETPC orzekł, że władze nie wyjaśniły jej zakresu przeprowadzonego na zwłokach badania. Chociaż Sąd Najwyższy uznał, że w takich sytuacjach nieudzielenie krewnym informacji dotyczących usunięcia organów jest dla nich prawdopodobnie mniej bolesne, to ETPC ocenił, iż specyfika tej sprawy wymagała, aby personel szpitala poinformował o tym rodziców. Poza tym organy powinny zostać wydane rodzicom, a nie zatrzymane i to przez znaczny czas po tym, jak skarżąca wskazała na znaczenie ich złożenia do grobu syna. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał więc, że nieudzielenie informacji doprowadziło do naruszenia EKPC. W rezultacie ETPC orzekł, że Austria ma zapłacić skarżącej 10.000 euro za szkody niemajątkowe oraz 37.796,92 euro z tytułu kosztów i wydatków.

Wyrok w sprawie Polat przeciwko Austrii skłania do postawienia pytania o to, czy polskie przepisy dają dostateczną podstawę do respektowania woli rodziców w odniesieniu do sekcji zwłok ich dziecka.

2. Sekcja zwłok w ustawie o działalności leczniczej

W prawie polskim sekcję zwłok regulują art. 31 i art. 32 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej⁶. Ustawa ta przewiduje trzy rodzaje sytuacji: 1) fakultatywne przeprowadzenie sekcji zwłok (art. 31 ust. 1 u.d.l.); 2) wyłączenie przeprowadzenia sekcji na skutek sprzeciwu (art. 31 ust. 2 u.d.l.); 3) obligatoryjne przeprowadze-

⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 633 ze zm. – dalej u.d.l.

nie sekcji zwłok (art. 31 ust. 4 u.d.l.). Unormowanie to dotyczy jedynie sytuacji, gdy proces leczenia ma miejsce w podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą w postaci stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych, ponieważ tylko w takim podmiocie następuje przyjęcie do podmiotu, a proces leczenia trwa dłużej niż 12 godzin⁷.

2.1. Fakultatywne przeprowadzenie sekcji zwłok

Zgodnie z art. 31 ust. 1 u.d.l. „zwłoki pacjenta mogą być poddane sekcji, w szczególności gdy zgon tej osoby nastąpi przed upływem 12 godzin od przyjęcia, z zastrzeżeniem ust. 2”, który przewiduje możliwość wyrażenia sprzeciwu. Przepis ten wskazuje na fakultatywność sekcji zwłok. Wynika z niego, że zgoda na przeprowadzenie sekcji zwłok jest domniemana, przy czym nie oznacza to, że może być dorozumiana⁸. Domniemanie co do woli pacjenta – jako unormowanie o charakterze wyjątku – nie powinno podlegać wykładni rozszerzającej⁹. W świetle zasady autonomii i decydowania o sobie zgoda należy bowiem do podstawowych praw pacjenta¹⁰.

Domniemaną zgodę może znieść tylko sprzeciw wyrażony na podstawie art. 31 ust. 2 u.d.l., w sposób wskazujący na taką wolę, niebudzący zasadniczych wątpliwości¹¹. Sekcja nie będzie mogła wówczas mieć miejsca, chyba że obowiązek jej przeprowadzenia będzie wynikał z ustawy i sprzeciw nie będzie mógł odnieść skutku (art. 31 ust. 4 u.d.l.). Fakultatywność sekcji zwłok w świetle art. 31 ust. 1 u.d.l. przejawia się także w tym, że jeżeli rodzina domaga się sekcji, lekarz nie ma obowiązku przychylić się do tego wniosku¹².

Konstrukcja zgody domniemanej sprawia, że przepisy nie przewidują obowiązków informacyjnych. Przekazanie informacji dotyczących ewentualnej sekcji zwłok za życia pacjenta mogłoby mieć negatywny wpływ na stan psychiczny jego lub jego przedstawicieli ustawowych¹³. Niemniej postuluje się, aby w przypadku zgonu pacjenta małoletniego albo ubezwłasnowolnionego kierownik podmiotu leczniczego (lub inna upoważniona osoba) zapytał przedstawiciela ustawowego, czy nie wyraża

⁷ Zob. J. Nowak-Kubiak, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 31, pkt 1, s. 238; U. Walasek-Walczak, [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, red. F. Grzegorzczak, LEX 2013, komentarz do art. 31, pkt 1.

⁸ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 226–227. Na temat różnicy między zgodą domniemaną i dorozumianą zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 153.

⁹ Zob. D. Karkowska, [w:] *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, D. Karkowska, W.C. Włodarczyk, Warszawa 2013, s. 181.

¹⁰ Zob. np. K. Michałowska, *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014, s. 55–56; J. Słyk, *Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty)*, „Prawo w Działaniu” 2016/25, s. 149.

¹¹ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 227.

¹² Zob. M. Boratyńska, M. Malczewska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa 2019, s. 775.

¹³ Por. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2021, s. 473–474 i cytowana tam literatura dotycząca kontrowersji w kwestii obowiązków informacyjnych przy pobieraniu komórek, tkanek i narządów.

sprzeciwu¹⁴. Wydaje się jednak, że skoro przepis nie zawiera takiego wymagania, braku zapytania w tej kwestii nie będzie można uznać za naruszenie prawa. Tymczasem w wyroku Polat przeciwko Austrii ETPC uznał nieudzielenie matce informacji o sekcji zwłok i jej zakresie za naruszenie EKPC.

2.2. Wyłączenie przeprowadzenia sekcji zwłok z powodu sprzeciwu

„Zwłoki pacjenta nie są poddawane sekcji, jeżeli przedstawiciel ustawowy tej osoby wyraził sprzeciw lub uczyniła to ta osoba za życia” (art. 31 ust. 2 u.d.l.). „O zaniechaniu sekcji zwłok z przyczyny określonej w ust. 2 sporządza się adnotację w dokumentacji medycznej i załącza sprzeciw, o którym mowa w ust. 2” (art. 31 ust. 3 u.d.l.). Sprzeciw nie musi zawierać uzasadnienia. Wyrażenie sprzeciwu wyłącza możliwość przeprowadzenia sekcji zwłok¹⁵. Nie ma on jednak znaczenia w przypadku sekcji o charakterze obligatoryjnym (art. 31 ust. 4 u.d.l.).

Sprzeciw może zostać wyrażony w pierwszej kolejności przez samego pacjenta. Przepis art. 2 ust. 1 pkt 3 u.d.l. odsyła w zakresie definicji pojęcia „pacjent” do ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁶. Pacjent to osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny (art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p.r.p.). Wyrażenie sprzeciwu przez przedstawiciela ustawowego dotyczy zaś sytuacji, gdy zmarły pacjent był małoletni lub ubezwłasnowolniony¹⁷.

Elementem definicyjnym pojęcia „pacjent” jest świadczenie zdrowotne, które oznacza działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.r.p. w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.). Sekcja zwłok nie jest świadczeniem zdrowotnym w rozumieniu ścisłym, gdyż stanowi ingerencję w ciele człowieka po jego śmierci¹⁸. Użycie określenia „pacjent” przez ustawodawcę można przypuszczać wyjaśnić tym, że sekcja zwłok jest przeprowadzana po tym, jak pacjent skorzystał ze świadczenia zdrowotnego, a przynajmniej zwrócił się o jego udzielenie. W sytuacji gdy do szpitala zgłasza się – jak w sprawie Polat przeciwko Austrii – kobieta w ciąży, to ona jest pacjentką, która zwraca się o udzielenie świadczenia zdrowotnego. Pacjentem staje się też żywo narodzone dziecko, jeżeli będzie z tego świadczenia korzystało lub jeżeli przedstawiciel ustawowy zwróci się o udzielenie mu świadczenia zdrowotnego. Dopóki dziecko żyje, nie ma wątpliwości, że sprzeciw wobec jego sekcji zwłok

¹⁴ Zob. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 348; M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca*, Warszawa 2015, s. 193; T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 227.

¹⁵ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 4, s. 225.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1876 ze zm. – dalej u.p.p.r.p.

¹⁷ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 226–227. Na temat dziecka jako pacjenta zob. szerzej B. Kmiecik, *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016, s. 53 i n.

¹⁸ Zob. M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko...*, s. 192.

może złożyć jego przedstawiciel ustawowy. Noworodek nie byłby zresztą w stanie złożyć jakiegokolwiek oświadczenia. Mimo to *de lege ferenda* właściwe wydaje się wyeliminowanie z art. 31 u.d.l. określenia „pacjent”. Wystarczyłoby wskazanie, że chodzi o sprzeciw osoby zmarłej, który wyraziła ona za życia, lub o sprzeciw jej przedstawiciela ustawowego¹⁹.

Na tle art. 31 ust. 2 u.d.l. problematyczne jest, czy sprzeciw można złożyć po śmierci dziecka²⁰, jak miało to miejsce w sprawie Polat przeciwko Austrii. Śmierć małoletniego powoduje, że rodzic przestaje być jego przedstawicielem ustawowym. Rodzice są bowiem przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską (art. 98 § 1 zd. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²¹). Reprezentacja wynikająca z art. 98 k.r.o. stanowi typowy przykład przedstawicielstwa ustawowego w rozumieniu art. 96 Kodeksu cywilnego²², które daje przedstawicielowi umocowanie do działania w cudzym imieniu opierające się na przepisie prawa, bez konieczności składania w tym zakresie jakiegokolwiek oświadczenia przez reprezentowanego²³. Dziecko pozostaje pod władzą rodzicielską aż do pełnoletności (art. 92 k.r.o.). Śmierć dziecka jest zaliczana do przyczyn powodujących ustanie władzy rodzicielskiej²⁴. Przedstawicielstwo ustawowe traci wtedy rację bytu. Wydaje się więc, że przepis art. 31 ust. 2 u.d.l. interpretowany ściśle wyklucza złożenie sprzeciwu po śmierci dziecka przez osobę, która nie jest już jego przedstawicielem ustawowym²⁵. Skoro zatem z chwilą śmierci dziecka wygasają prawa i obowiązki składające się na władzę rodzicielską, rodzic nie może skutecznie sprzeciwić się przeprowadzeniu sekcji²⁶. Z podobnych względów trzeba uznać, że osoba ta nie może po śmierci dziecka cofnąć sprzeciwu wyrażonego przed jego zgonem, gdy była jeszcze przedstawicielem ustawowym. Zresztą przepisy u.d.l. w ogóle nie regulują trybu cofnięcia sprzeciwu wobec sekcji zwłok. Możliwości tej należy więc poszukiwać w zasadzie autonomii pacjenta²⁷.

Rozszerzająca wykładnia art. 31 ust. 2 u.d.l., która pozwalałaby uznać, że rodzic może jako przedstawiciel ustawowy wyrazić sprzeciw wobec sekcji zwłok dziecka także po jego śmierci, nie wydaje się uprawniona w świetle porównania tego przepisu

¹⁹ Por. art. 5 ustawy z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2134 ze zm.) – dalej u.t.

²⁰ Zob. M. Boratyńska, M. Malczewska, [w:] *System...*, t. II, cz. 2, *Regulacja...*, s. 773 i cytowana tam literatura.

²¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

²² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

²³ Zob. np. P. Wicherek, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021, komentarz do art. 98, pkt I.2, s. 969.

²⁴ Zob. np. J. Strzebinczyk, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 350; A. Pośpiech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021, komentarz do art. 92, pkt IV.10, s. 927; J. Słyk, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022, komentarz do art. 92, pkt C.17.

²⁵ Inaczej zob. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 348; na gruncie poprzedniego stanu prawnego: T. Rek, [w:] *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2010, s. 148.

²⁶ Zob. J. Habermo, *Prawne aspekty sekcji zwłok małoletniego*, „Państwo i Prawo” 2010/10, s. 101–102.

²⁷ Na temat autonomii pacjenta zob. szerzej A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 87–91.

z art. 26 ust. 2–2c u.p.p.r.p. – po zmianach, które weszły w życie w 2017 i 2019 r.²⁸ – regulującym udostępnianie dokumentacji medycznej.

„Po śmierci pacjenta dokumentacja medyczna jest udostępniana osobie upoważnionej przez pacjenta za życia lub osobie, która w chwili zgonu pacjenta była jego przedstawicielem ustawowym. Dokumentacja medyczna jest udostępniana także osobie bliskiej, chyba że udostępnieniu sprzeciwi się inna osoba bliska lub sprzeciwił się temu pacjent za życia, z zastrzeżeniem ust. 2a i 2b” (art. 26 ust. 2 u.p.p.r.p.). W przypadku sporu między osobami bliskimi o udostępnienie dokumentacji medycznej zgodę na udostępnienie wyraża sąd, o którym mowa w art. 628 Kodeksu postępowania cywilnego²⁹, w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby bliskiej lub osoby wykonującej zawód medyczny. Osoba wykonująca zawód medyczny może wystąpić z wnioskiem do sądu także w przypadku uzasadnionych wątpliwości, czy osoba występująca o udostępnienie dokumentacji lub sprzeciwiająca się jej udostępnieniu jest osobą bliską (art. 26 ust. 2a u.p.p.r.p.). W przypadku gdy pacjent za życia sprzeciwił się udostępnieniu dokumentacji medycznej, o którym mowa w art. 26 ust. 2 u.p.p.r.p., sąd, o którym mowa w art. 628 k.p.c., w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby bliskiej, może wyrazić zgodę na udostępnienie dokumentacji medycznej i określić zakres jej udostępnienia, jeżeli jest to niezbędne: 1) w celu dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia, z tytułu śmierci pacjenta; 2) dla ochrony życia lub zdrowia osoby bliskiej (art. 26 ust. 2b u.p.p.r.p.). „W przypadku wystąpienia do sądu z wnioskiem, o którym mowa w ust. 2a albo 2b, sąd bada: 1) interes uczestników postępowania; 2) rzeczywistą więź osoby bliskiej ze zmarłym pacjentem; 3) wolę zmarłego pacjenta; 4) okoliczności wyrażenia sprzeciwu” (art. 26 ust. 2c u.p.p.r.p.).

Powyższe szczegółowe unormowanie wprowadzono z powodów systemowych, gdyż skoro w świetle prawa rodzinnego przedstawiciel ustawowy traci swój status w momencie zgonu osoby, wobec której go posiadał, rodzice nie mogliby uzyskać dostępu do dokumentacji medycznej swojego zmarłego dziecka. Dostęp przyznano więc osobie, która była przedstawicielem ustawowym dziecka w chwili jego zgonu. Ponadto po śmierci pacjenta dostęp do jego dokumentacji medycznej ma osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p.r.p., tj. małżonek, krewny do drugiego stopnia lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta³⁰. Wobec tak określonego kręgu uprawnionych unormowano też różnego rodzaju kolizje³¹.

²⁸ Zob. art. 1 ustawy z 23.03.2017 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 836) oraz art. 2 ustawy z 6.12.2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 150). Szerzej zob. E. Bielak-Jomaa, M. Ćwikiel, [w:] *Prawa pacjenta. Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, Warszawa 2021, komentarz do art. 26, pkt 4, s. 734–738; M. Gąska, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, komentarz do art. 26, pkt 6, s. 497–500.

²⁹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

³⁰ Zob. szerzej na temat pojęcia „osoby bliskiej” – R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 190–198.

³¹ Zob. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 162–167.

Na mocy tej samej ustawy, którą w 2019 r. wprowadzono zmiany w art. 26 u.p.p.r.p., znowelizowano także art. 40 (poprzez wprowadzenie zmian w ust. 3a oraz dodanie ust. 3b–3d) ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry³², określając uprawnienia osób bliskich po śmierci członka rodziny w zakresie zwolnienia z tajemnicy lekarskiej. Lekarz, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1–5 u.z.l.l.d., jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p.r.p. Osoba bliska wyrażająca zgodę na ujawnienie tajemnicy może określić zakres jej ujawnienia, o którym mowa w ust. 2a (art. 40 ust. 3 u.z.l.l.d.). Zwolnienia z tajemnicy lekarskiej, o którym mowa w art. 40 ust. 3 u.z.l.l.d, nie stosuje się, jeśli ujawnieniu tajemnicy sprzeciwi się inna osoba bliska lub sprzeciwił się temu, zgodnie z art. 14 ust. 4 u.z.l.l.d, pacjent za życia, z zastrzeżeniem art. 40 ust. 3b i 3c u.z.l.l.d. Sprzeciw dołącza się do dokumentacji medycznej pacjenta (art. 40 ust. 3a u.z.l.l.d.). Zgodnie z art. 40 ust. 3b u.z.l.l.d. w przypadku sporu między osobami bliskimi o ujawnienie tajemnicy lub o zakres jej ujawnienia zgodę na ujawnienie tajemnicy wyraża sąd, o którym mowa w art. 628 k.p.c., w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby bliskiej lub lekarza. Lekarz może wystąpić z wnioskiem do sądu także w przypadku uzasadnionych wątpliwości, czy osoba występująca o ujawnienie tajemnicy lub sprzeciwiająca się jej ujawnieniu jest osobą bliską. Sąd, wyrażając zgodę na ujawnienie tajemnicy, może określić zakres jej ujawnienia, o którym mowa w art. 40 ust. 2a u.z.l.l.d. Jeżeli pacjent za życia sprzeciwił się ujawnieniu tajemnicy lekarskiej, o której mowa w ust. 3, sąd (wskazany w art. 628 k.p.c.) w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby bliskiej może wyrazić zgodę na ujawnienie tajemnicy i określić zakres jej ujawnienia, jeżeli jest to niezbędne: 1) w celu dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia, z tytułu śmierci pacjenta; 2) dla ochrony życia lub zdrowia osoby bliskiej (art. 40 ust. 3c u.z.l.l.d.). W przypadku wystąpienia do sądu z wnioskiem, o którym mowa w art. 40 ust. 3b albo 3c u.z.l.l.d., sąd bada: 1) interes uczestników postępowania; 2) rzeczywistą więź osoby bliskiej ze zmarłym pacjentem; 3) wolę zmarłego pacjenta; 4) okoliczności wyrażenia sprzeciwu (art. 40 ust. 3d u.z.l.l.d.).

Przytoczone przepisy art. 26 u.p.p.r.p. oraz art. 40 u.z.l.l.d. o wiele szerzej i dokładniej regulują sytuację prawną osób bliskich po śmierci członka rodziny, w tym dziecka, w odniesieniu do udostępniania dokumentacji medycznej³³ i zwolnienia z tajemnicy lekarskiej niż przepis art. 31 ust. 2 u.d.l. w odniesieniu do sekcji zwłok. Wobec katerycznego brzmienia art. 31 ust. 2 u.d.l., który zasadniczo różni się pod względem podmiotowym od art. 26 u.p.p.r.p. oraz art. 40 u.z.l.l.d., wydaje się, że

³² Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1731 ze zm. – dalej u.z.l.l.d. Zob. art. 1 ustawy z 6.12.2018 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 150); zob. szerzej D. Grzelak, *Czy milczenie wciąż jest złotem? Nowe regulacje dotyczące tajemnicy lekarskiej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2019/XXIV, s. 104–114; M. Malczewska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2022, komentarz do art. 40, pkt 25, s. 908–909; M. Świderska, *Tajemnica medyczna za życia i po śmierci pacjenta oraz pozycja prawna osób bliskich przy jej ujawnianiu*, [w:] *Prawo rodzinne*, red. D. Wetoszka, Warszawa 2022, § 3.

³³ Na wciąż istniejące wątpliwości interpretacyjne zwraca uwagę R. Kubiak, *Prawo...*, s. 211–214.

w świetle reguł wykładni porównawczej i systemowej nie ma w nim podstawy do tego, aby sprzeciw mógł być wyrażony przez rodzica po śmierci dziecka – gdy nie jest on już jego przedstawicielem ustawowym.

Szkoda, że nowelizując przepisy o dokumentacji medycznej i tajemnicy lekarskiej w zakresie dotyczącym śmierci pacjenta, nie zaproponowano zmian także w odniesieniu do sprzeciwu wobec sekcji zwłok³⁴. Mając na uwadze takie sprawy jak Polat przeciwko Austrii, w których chodzi o sekcję zwłok dziecka, bardzo przydatna byłaby zmiana legislacyjna art. 31 ust. 2 u.d.l. polegająca przynajmniej na doprecyzowaniu, że sprzeciw może wyrazić osoba, która była przedstawicielem ustawowym pacjenta w chwili jego zgonu. Być może należałoby dopuścić sprzeciw szerszego kręgu podmiotowego – osób bliskich (np. dziadkowie, pełnoletnie rodzeństwo). Przytoczone wyżej przepisy mogą stanowić też inspirację do uregulowania ewentualnych sporów między osobami bliskimi mającymi różne zdanie w kwestii sekcji.

W sprawie Polat przeciwko Austrii ETPC badał naruszenie prawa matki, a nie dziecka, tj. jej prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC) oraz wolności wyznania (art. 9 EKPC). Wprowadzenie do art. 31 ust. 2 u.d.l. kategorii „osób bliskich” bardziej odpowiadałoby potrzebie uwzględnienia praw tych osób w obliczu sekcji zwłok dziecka, której chciałyby się przeciwstawić. Pozostawałoby to w zgodzie z wyrażoną *de lege ferenda* propozycją traktowania sprzeciwu jako uprawnienia *stricte* osobistego³⁵.

Kolejny problem to niedostateczne uregulowanie formy i sposobu dokumentowania sprzeciwu, gdyż art. 31 ust. 3 u.d.l. stanowi jedynie, że o zaniechaniu sekcji zwłok z przyczyny określonej w art. 31 ust. 2 u.d.l. sporządza się adnotację w dokumentacji medycznej i załącza sprzeciw. *De lege lata* przepis ten nie jest wykładany jednolicie³⁶. Według jednego z poglądów, skoro sprzeciw należy załączyć do dokumentacji medycznej, to pożądane jest, aby został wyrażony na piśmie³⁷. Z tego powodu sprzeciw powinien przybrać formę wiarygodnego nośnika, który w przypadku kontrowersji można odtworzyć. Nie wolno więc przenosić na grunt u.d.l. regulacji wynikającej z art. 17 ust. 4 ustawy o u.p.p.r.p. stanowiącej, że sprzeciw może być wyrażony ustnie albo przez takie zachowanie się, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na brak woli poddania się czynnościom proponowanym przez osobę wykonującą zawód medyczny. Przepis ten z zasady odnosi się do przeprowadzenia badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych, a sekcji zwłok trudno przypisać taki charakter³⁸. Wedle innego zapatrywania forma sprzeciwu wobec sekcji zwłok może być dowolna, choć w pewnych sytuacjach wystąpią zapewne trudności dowodowe. Działania podmiotu leczniczego powinny

³⁴ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1218, Sejm VIII kadencji oraz uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, druk sejmowy nr 1998, Sejm VIII kadencji.

³⁵ Zob. U. Walasek-Walczak, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 31, pkt 3.

³⁶ Zob. M. Boratyńska, M. Malczewska, [w:] *System...*, t. II, cz. 2, *Regulacja...*, Warszawa 2019, s. 773.

³⁷ Zob. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 348; T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 227.

³⁸ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 8, s. 227–228.

bowiem każdorazowo zmierzać do jak najpełniejszej realizacji woli zmarłego. Zwraca się uwagę, że załączenie sprzeciwu nie zawsze okaże się możliwe, tym bardziej przepis ten ma być wykładany z konieczną w danym przypadku elastycznością, by względy czysto formalne nie podważały w sposób elementarny prawa pacjenta do samostanowienia, zarówno za życia, jak i w perspektywie postępowania z jego ciałem po śmierci³⁹. Stwierdza się, że sprzeciw może zostać złożony w dowolnej formie (ustnej lub pisemnej), przy czym nie ma tu wpływu to, że w art. 31 ust. 3 u.d.l. ustawodawca wymaga stosownej adnotacji w dokumentacji medycznej i dołączenia do niej sprzeciwu pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego co do dokonania sekcji zwłok. Jest to przepis porządkowy, mający na celu jedynie odnotowanie w dokumentacji oświadczenia woli pacjenta⁴⁰.

Odnosząc się do tych kontrowersji, wypada stwierdzić, że w obecnym brzmieniu przepis art. 31 ust. 3 u.d.l. nie daje podstaw do odstąpienia od obowiązku sporządzenia w dokumentacji medycznej adnotacji o sprzeciwie ani też od załączenia sprzeciwu. Bardziej swobodnie można natomiast interpretować formę sprzeciwu. Nie musi to być forma pisemna, utrwalona na papierze, skoro dopuszcza się prowadzenie dokumentacji także w formie elektronicznej⁴¹. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w dokumentacji medycznej pacjenta sporządza się adnotację o dokonaniu albo zaniechaniu sekcji zwłok, z odpowiednim uzasadnieniem (art. 31 ust. 5 u.d.l.)⁴². Należy przyjąć, że przepis ten dotyczy wszystkich sytuacji objętych art. 31 ust. 1–4 u.d.l., a więc sekcji fakultatywnej, wyłączenia sekcji i sekcji obligatoryjnej. W każdym przypadku konieczne jest uzasadnienie dokonania albo zaniechania sekcji zwłok. Uzasadnienie nie ma postaci sformalizowanej⁴³, ale powinno być „odpowiednie”.

2.3. Obligatoryjne przeprowadzenie sekcji zwłok

W myśl art. 31 ust. 4 u.d.l. przepisów ust. 1–3 nie stosuje się w przypadkach: 1) określonych w Kodeksie postępowania karnego⁴⁴ i Kodeksie karnym wykonawczym⁴⁵ oraz aktach wykonawczych wydanych na ich podstawie; 2) gdy przyczyny zgonu nie można ustalić w sposób jednoznaczny; 3) określonych w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że dokonanie sekcji jest w tych przypadkach co do zasady obligatoryjne, nawet jeśli został wyrażony sprzeciw⁴⁶ – nie jest on bowiem w takim wypadku skuteczny⁴⁷.

³⁹ Zob. U. Walasek-Walczak, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 31, pkt 4.

⁴⁰ Zob. D. Karkowska, [w:] *Prawo...*, s. 182.

⁴¹ Zob. też § 1–3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 6.04.2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1304 ze zm.).

⁴² Zob. też § 16 ust. 4 pkt 4 rozporządzenia wymienionego w poprzednim przypisie.

⁴³ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 7, s. 226.

⁴⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1375) – dalej k.p.k.

⁴⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 53 ze zm.).

⁴⁶ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 4, s. 225 i pkt 10, s. 228; P. Sendacki, *Sekcja zwłok w interesie prywatnym*, „Monitor Prawniczy” 2017/22, s. 5.

⁴⁷ Zob. M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko...*, s. 193.

Nie ma też wówczas konieczności wyrażenia za życia zgody przez osobę, której zwłoki mają zostać poddane sekcji, ani też jej przedstawiciela ustawowego.

W przypadkach określonych w prawie karnym dokonanie sekcji zwłok zarządza organ prowadzący postępowanie na danym etapie, tj. prokurator albo sąd⁴⁸. Jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, przeprowadza się oględziny i otwarcie zwłok (art. 209 § 1 k.p.k.). Otwarcia zwłok dokonuje biegły lekarz (o ile to możliwe – z zakresu medycyny sądowej) w obecności prokuratora albo sądu. W postępowaniu przed sądem art. 396 § 1 i 4 k.p.k. stosuje się odpowiednio (art. 209 § 4 zd. 1 k.p.k.). Do obecności przy oględzinach i otwarciu zwłok można, w razie potrzeby, oprócz biegłego wezwać lekarza, który ostatnio udzielił pomocy zmarłemu. Z oględzin i otwarcia zwłok biegły sporządza opinię z zachowaniem wymagań art. 200 § 2 k.p.k. (art. 209 § 5 k.p.k.).

W kolejnym przypadku sekcji obligatoryjnej – gdy przyczyny zgonu nie można ustalić w sposób jednoznaczny – decyzję o przeprowadzeniu sekcji podejmuje lekarz stwierdzający zgon pacjenta. Jako podstawę prawną wskazuje się art. 43 ust. 2 u.z.l.l.d., zgodnie z którym „w uzasadnionych przypadkach lekarz, z wyłączeniem lekarza dentystry, może uzależnić wystawienie karty zgonu od przeprowadzenia sekcji zwłok”⁴⁹. Przeprowadzenie sekcji może mieć też na celu ustalenie, czy dziecko urodziło się żywe czy martwe, co ma znaczenie choćby w kontekście art. 8 i art. 9 k.c.

Niewykluczone, że niejednoznaczna przyczyna zgonu stanowiła powód przeprowadzenia sekcji zwłok dziecka w sprawie Polat przeciwko Austrii. Wobec bezwzględного brzmienia art. 31 ust. 4 pkt 2 u.d.l., który przewiduje w takim wypadku sekcję obligatoryjną, w prawie polskim nie byłoby podstawy do uwzględnienia sprzeciwu rodzica, choćby sprzeciw ten został wyrażony przez niego jako przedstawiciela ustawowego jeszcze za życia dziecka. Tymczasem ze wskazanego wyroku wynika obowiązek uwzględnienia sprzeciwu rodzica także w takiej sytuacji, z uwagi na jego prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz wolność wyznania. Pod znakiem zapytania staje więc kategorię brzmienie art. 31 ust. 4 pkt 2 u.d.l.

Ostatni przypadek sekcji obligatoryjnej to sytuacja, gdy w celu zapobieżenia szerzeniu się zakażeń lub chorób zakaźnych państwowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny w drodze decyzji nakazuje sekcję zwłok osoby zmarłej, u której rozpoznano lub podejrzewano zakażenie lub chorobę zakaźną. Inspektor ma zresztą także prawo zakazać wykonywania sekcji zwłok ludzi i zwierząt, gdy sekcja zwłok mogłaby prowadzić do zakażenia osób lub skażenia środowiska, z wyjątkiem przypadku, gdy zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa (art. 33 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁵⁰).

⁴⁸ Zob. U. Walasek-Walczak, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 31, pkt 5.

⁴⁹ Zob. szerzej M. Boratyńska, M. Malczewska, [w:] *System...*, t. II, cz. 2, *Regulacja...*, s. 764–775; M. Malczewska, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 43, pkt 10–21, s. 946–952; A. Plichta, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. M. Kopeć, Warszawa 2016, komentarz do art. 43, pkt 1–19, s. 729–736; U. Walasek-Walczak, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 31, pkt 5.

⁵⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1657 ze zm.

2.4. Sekcja zwłok w przypadku pobrania komórek, tkanek lub narządów

Przepisy dotyczące sekcji zwłok w u.d.l. wprowadzają zasadę, że dokonanie sekcji nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 12 godzin od stwierdzenia zgonu (art. 32 ust. 1 u.d.l.). Jeżeli jednak zachodzi potrzeba pobrania ze zwłok komórek, tkanek lub narządów, przeprowadzenie sekcji zwłok przed upływem 12 godzin, przy zachowaniu zasad i trybu przewidzianych w przepisach o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, może zarządzić kierownik podmiotu leczniczego, a jeżeli kierownik nie jest lekarzem, upoważniony przez niego lekarz albo lekarz upoważniony przez zarząd spółki kapitałowej (art. 32 ust. 2 u.d.l.). W takich wypadkach chodzi o osiągnięcie dwóch osobnych celów: dokonania sekcji zwłok i pobrania komórek, tkanek lub narządów⁵¹. Nic nie wskazuje na to, aby w sprawie Polat przeciwko Austrii sekcja zwłok wiązała się z pobraniem organów w celu transplantacji⁵². Warto jednak zastanowić się, jak polskie przepisy transplantacyjne mają się do art. 31 u.d.l.

Komórki, tkanki i narządy mogą być pobierane ze zwłok ludzkich po stwierdzeniu zgonu w sposób określony w u.z.l.l.d. w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych (art. 4 ust. 1 u.t.). „Komórki, tkanki lub narządy ze zwłok ludzkich mogą być pobierane również w czasie sekcji zwłok dokonywanej na podstawie odrębnych przepisów” (art. 4 ust. 2 u.t.).

Pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia lub pobrania komórek lub tkanek w celu ich zastosowania u ludzi można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu. W przypadku małoletniego lub innej osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw może wyrazić za ich życia przedstawiciel ustawowy. W przypadku małoletniego powyżej lat 16 sprzeciw może wyrazić również ten małoletni (art. 5 ust. 1–3 u.t.)⁵³. Przepisów art. 5 ust. 1–3 u.t. nie stosuje się w przypadku pobierania komórek, tkanek i narządów w celu rozpoznania przyczyny zgonu i oceny w czasie sekcji zwłok postępowania leczniczego (art. 5 ust. 4 u.t.). Z art. 5 ust. 1–3 u.t. jasno wynika, że sprzeciw może zostać wyrażony tylko za życia osoby, z której ciała mają być pobrane komórki, tkanki lub narządy, przy czym chodzi tu także o sprzeciw przedstawiciela ustawowego. Należy jednak zwrócić uwagę, że przepis ten odnosi się tylko do pobrania komórek, tkanek lub narządów w celu przeszczepienia lub zastosowania u ludzi. Nie dotyczy zaś pobrania w celu rozpoznania przyczyny zgonu i oceny w czasie sekcji zwłok postępowania leczniczego. Tymczasem właśnie ustalenie przyczyny śmierci biegli powoływali jako uzasadnienie sekcji w sprawie Polat przeciwko Austrii. Sprzeciw wyrażony w trybie

⁵¹ Zob. M. Dercz, [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019, komentarz do art. 32, pkt 4, s. 231.

⁵² Na temat stanowiska w kwestii transplantacji organów ludzkich Rady arabsko-muzułmańskich ministrów zdrowia zob. F. Ben Hamida, *Moralność muzułmańska w obliczu medycyny i biotechnologii*, [w:] *Lekarz a prawa człowieka. W kręgu bioetyki*, tłum., wstęp i uwagi T. Jasudowicz, Toruń 1996, s. 68.

⁵³ Zob. szerzej P. Konarska, *Transplantacja ex mortuo z udziałem dawcy małoletniego*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2015/XVII, s. 107–123; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 479.

u.t. nie stanowi zatem przeszkody do pobierania komórek, tkanek i narządów w celu rozpoznania przyczyny zgonu i oceny w czasie sekcji zwłok postępowania leczniczego. Komórki, tkanki lub narządy ze zwłok ludzkich mogą być pobierane również w czasie sekcji zwłok, o ile nie został co do tego wyrażony sprzeciw⁵⁴.

Dopuszczalność pobrania tkanek, komórek lub narządów ze zwłok ludzkich została w świetle art. 5 ust. 1 u.t. oparta na konstrukcji tzw. zgody domniemanej (*opting out*), co oznacza, że co do zasady możliwe jest pobranie tkanek, komórek lub narządów ze zwłok ludzkich, chyba że osoba, z której zwłok mają być pobrane tkanki, komórki lub narządy, wyraziła w tym zakresie sprzeciw za życia⁵⁵. Zarówno więc w przypadku sekcji zwłok (art. 31 ust. 1 u.d.l.), jak i pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich (art. 5 u.t.) przewidziano zgodę domniemaną⁵⁶. W obu przypadkach nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca⁵⁷.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.t. sprzeciw wyraża się w formie: 1) wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich⁵⁸; 2) oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis; 3) oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej 2 świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego. Przepisy art. 6 ust. 1 u.t. stosuje się również do sprzeciwu wyrażanego przez przedstawiciela ustawowego (art. 6 ust. 2 u.t.). Sprzeciw jednego przedstawiciela ustawowego lub osoby, o której mowa w art. 5 ust. 3 u.t. (małoletniego powyżej lat 16), jest skuteczny w stosunkach do pozostałych (art. 6 ust. 3 u.t.). Zgodnie z art. 6 ust. 4 u.t. sprzeciw może być cofnięty w każdym czasie w formach, o których mowa w art. 6 ust. 1 u.t.⁵⁹

⁵⁴ Zob. T. Rek, [w:] *Ustawa o działalności...*, komentarz do art. 31, pkt 9, s. 228.

⁵⁵ Zob. E. Bagińska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. V, *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, U. Drozdowska, N. Karczewska-Kamińska, K. Krupa-Lipińska, Warszawa 2021, komentarz do art. 10, s. 2-4; J. Haberko, [w:] *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*. Komentarz, J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, Warszawa 2014, komentarz do art. 5, pkt 5, s. 67; J. Haberko, *Prywatność pacjenta a sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów post mortem*, „Państwo i Prawo” 2014/3, s. 62; D. Krekora-Zajac, *Dopuszczalność polecenia dotyczącego pochówku i innego dysponowania zwłokami*, [w:] *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, red. W. Borysiak, J. Wierciński, A. Gołaszewska, M. Olechowski, Warszawa 2022, s. 665; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 472-473; I. Nagalska, *Zastosowanie konstrukcji zgody domniemanej na pobranie komórek, tkanek i narządów ex mortuo w celu leczniczym – zasada ogólna polskiego ustawodawstwa transplantacyjnego*, „Prawo i Medycyna” 2016/4, s. 109-122; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Lublin 2016, s. 389.

⁵⁶ Inaczej na tle przepisów dotyczących przeszczepów – M. Gałązka, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2021, s. 374-375 i cytowana tam literatura. Zdaniem autorki brak sprzeciwu nie jest ani zgodą, ani tym bardziej zgodą świadomą, zatem nie wydaje się właściwe nazywanie go zgodą „domniemaną”, a system *opting out* należałoby raczej traktować jako wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenie poszanowania woli osoby co do sposobu postępowania z jej ciałem po śmierci, dyktowane ochroną innych wartości. Polega ono na tym, że uwzględnienie woli zmarłego zostaje uzależnione od jej wyraźnego ujawnienia za życia w sposób określony ustawą.

⁵⁷ Zob. D. Karkowska, [w:] *Prawo...*, s. 181.

⁵⁸ Zob. rozporządzenie Ministra Zdrowia z 1.12.2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz.U. z 2006 r. Nr 228, poz. 1671); J. Haberko, *Prywatność...*, s. 62-63.

⁵⁹ Zob. szerzej M. Boratyńska, E.M. Guzik-Makaruk, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa 2019, s. 33 i n.; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 474-480.

W celu rejestrowania, przechowywania i udostępniania wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich, a także zgłoszeń o wykreślenie wpisu sprzeciwu, tworzy się centralny rejestr sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich (art. 7 ust. 1 u.t.). O dokonaniu wpisu sprzeciwu w rejestrze lub o jego wykreśleniu niezwłocznie zawiadamia się poleconą przesyłką osobę, której sprzeciw dotyczy, lub przedstawiciela ustawowego takiej osoby (art. 7 ust. 2 u.t.). W rejestrze zamieszcza się następujące dane osoby, której sprzeciw dotyczy: 1) imię i nazwisko; 2) datę i miejsce urodzenia; 3) numer PESEL, jeżeli posiada; 4) adres i miejsce zamieszkania; 5) datę oraz miejscowość, w której sprzeciw albo jego cofnięcie zostały sporządzone; 6) datę wpłynięcia sprzeciwu albo datę wpłynięcia zgłoszenia o wykreślenie wpisu sprzeciwu (art. 7 ust. 3 u.t.). W przypadku gdy sprzeciw wyraża przedstawiciel ustawowy, w rejestrze zamieszcza się również jego dane, o których mowa w art. 7 ust. 3 pkt 1–3 u.t. (art. 7 ust. 4 u.t.). Informacji o tym, że sprzeciw danej osoby jest umieszczony w rejestrze, udziela się niezwłocznie po otrzymaniu pytania od lekarza zamierzającego dokonać pobrania lub od osoby przez niego upoważnionej (art. 7 ust. 6 u.t.). Centralny rejestr sprzeciwów prowadzi Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do spraw Transplantacji „Poltransplant” i ono udostępnia zawarte w nim dane systemowi informacji w ochronie zdrowia (art. 7 ust. 7 i 7a u.t.)⁶⁰. W przypadku gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo, pobrania komórek, tkanek i narządów można dokonać po uzyskaniu od właściwego prokuratora informacji, że nie wyraża sprzeciwu wobec zamiaru pobrania komórek, tkanek i narządów, a gdy postępowanie jest prowadzone przeciwko nieletniemu – stanowiska sądu rodzinnego (art. 8 ust. 1 u.t.)⁶¹.

Zgodnie z art. 10 u.t. przed pobraniem komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej lekarz lub osoba przez niego upoważniona: 1) zasięgają informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw w formie określonej w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.t.; 2) ustalają istnienie sprzeciwu wyrażonego w formach, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 i 3 u.t., na podstawie dostępnych informacji lub dokumentów. Przepis ten rodzi trudności interpretacyjne, zwłaszcza w zakresie form sprzeciwu określonych w art. 10 pkt 2 u.t., które nie są objęte centralnym rejestrem sprzeciwów i ich istnienie należy ustalić na podstawie dostępnych informacji i dokumentów⁶². Dotyczy to także sprzeciwu wyrażonego przez przedstawiciela ustawowego.

⁶⁰ Zob. ustawa z 28.04.2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1555 ze zm.).

⁶¹ Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 30.10.2007 r. w sprawie sposobu i trybu uzyskania informacji od prokuratora lub stanowiska sądu rodzinnego o niewyrażeniu sprzeciwu na pobranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2007 r. Nr 210, poz. 1532). Zob. szerzej J. Haberko, [w:] *Ustawa..., komentarz do art. 8, pkt 1–15*, s. 89–95.

⁶² Zob. szerzej J. Haberko, *Prywatność...*, s. 62–68; J. Haberko, [w:] *Ustawa..., komentarz do art. 10, pkt 5–21*, s. 105–112; A. Krupa-Lipińska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. V, *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, red. E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, U. Drozdowska, N. Karczewska-Kamińska, K. Krupa-Lipińska, Warszawa 2021, s. 593.

Na lekarza pobierającego ze zwłok ludzkich komórki, tkanki lub narządy nałożony został obowiązek zapewnienia nadania zwłokom należytego wyglądu (art. 11 u.t.)⁶³. Z uwagi na ochronę dóbr osobistych osób bliskich zmarłego zwłoki powinny zostać wydane w stanie umożliwiającym pochówek oraz w stanie niepowodującym u nich dodatkowych cierpień związanych z niekompletnością zewnętrzną czy oszpeceniem zwłok⁶⁴.

Sprzeciw wobec przeprowadzenia sekcji zwłok w rozumieniu art. 31 ust. 2 u.d.l. nie jest tożsamy ze sprzeciwem wobec pobrania komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich. Jeżeli osoba złoży sprzeciw wobec pobrania komórek, tkanek i narządów w trybie art. 5 u.t., ale nie złoży sprzeciwu wobec przeprowadzenia sekcji zwłok, możliwe będzie przeprowadzenie sekcji zwłok, jednak bez możliwości pobrania w celu przeszczepienia lub zastosowania u ludzi. Jeżeli natomiast osoba złoży sprzeciw wobec przeprowadzenia sekcji zwłok (sprzeciwu nie można złożyć, gdy sekcja jest obligatoryjna – art. 31 ust. 4 u.d.l.), nie sprzeciwiając się pobraniu, możliwe będzie pobranie komórek, tkanek i narządów w celu przeszczepienia lub zastosowania u ludzi⁶⁵.

Powyższy przegląd przepisów regulujących pobieranie komórek, tkanek i narządów dowodzi, że w tej materii ustawodawca wykazał o wiele większą aktywność niż w przypadku uregulowania sprzeciwu wobec sekcji zwłok w art. 31 i 32 u.d.l. Można to po części wytłumaczyć doniosłym znaczeniem pobierania komórek, tkanek i narządów, zwłaszcza dla celów transplantacyjnych, ponieważ w grę wchodzi życie i zdrowie innych osób potrzebujących przeszczepu. Wydaje się, że w przypadku sekcji zwłok, która nie ma związku z pobraniem, bardziej szczegółowa regulacja jest również pożądana, chociażby z uwagi na inne uzasadnienie: potrzebę uwzględnienia woli osoby zmarłej wyrażonej za życia, a także poszanowania uczuć i przekonań religijnych rodziny zmarłego.

W sprawie Polat przeciwko Austrii podnoszono argument dokonania sekcji dla celów naukowych. W prawie polskim – wobec gotowości rodziców do pochowania dziecka – nie mógłby w takim wypadku znaleźć zastosowania art. 10 ust. 2 ustawy z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁶⁶, który stanowi podstawę przekazania zwłok na cele naukowe. Zgodnie z tym przepisem zwłoki niepochowane przez podmioty wymienione w ust. 1 tego artykułu mogą być przekazane do celów dydaktycznych i naukowych uczelni medycznej lub innej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i naukową w zakresie nauk medycznych lub federacji podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki prowadzącej działalność naukową w zakresie nauk medycznych. Decyzję w sprawie przekazania zwłok wydaje, na wniosek uczelni lub federacji, właściwy starosta⁶⁷.

⁶³ Zob. też rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7.12.2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1910).

⁶⁴ Zob. J. Haberko, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 11, pkt 5, s. 113–114.

⁶⁵ Zob. J. Haberko, *Dopuszczalność wykorzystania do badań naukowych lub celów dydaktycznych ludzkiego materiału biologicznego pobranego w trakcie sądowo-lekarskich sekcji zwłok*, „Prokuratura i Prawo” 2022/3, s. 5.

⁶⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1947.

⁶⁷ Zob. szerzej np. D. Krekora-Zajac, *Dopuszczalność...*, [w:] *Ius...*, s. 666, D. Krekora-Zajac, *Akt donacji zwłok (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 2017/11, s. 85–98; P. Księżak, W. Robaczyński, *Dysponowanie zwłokami ludzkimi dla celów naukowych i medycznych*, „Państwo i Prawo” 2015/1, s. 59–69.

3. Wnioski

Wyrok w sprawie Polat przeciwko Austrii stanowi ważny punkt odniesienia dla wykładni art. 31 u.d.l. dotyczącego sekcji zwłok⁶⁸, a także przepisów o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Orzeczenie to każe widzieć sprzeciw rodzica wobec sekcji zwłok dziecka w kategoriach oświadczenia nie tyle przedstawiciela ustawowego, co osoby, której przysługuje w tej materii ochrona jej własnych praw. Europejski Trybunał Praw Człowieka dostrzega tu niebezpieczeństwo naruszenia prawa rodzica do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego oraz wolności wyznania (art. 8 i 9 EKPC). Okoliczności towarzyszące pogrzebowi osoby bliskiej mogą być rozpatrywane z perspektywy poszanowania życia rodzinnego, zwykle łączonego z „życiem prywatnym”, mimo że „życie rodzinne” istnieje – z natury rzeczy – pomiędzy osobami **żyjącymi**, a zatem ustaje w momencie śmierci⁶⁹. Europejski Trybunał Praw Człowieka przedkłada wolność wyznania i prawo do życia rodzinnego nad interes nauki. Akcentuje konieczność właściwego wyważenia interesów publicznych i prywatnych. Zwraca uwagę na szczególną sytuację rodzica, który stracił dziecko i może być pozbawiony wpływu na przeprowadzenie sekcji zwłok, a w konsekwencji na ich stan w czasie pogrzebu, tymczasem sposób pochówku stanowi istotny aspekt praktyk religijnych i wchodzi w zakres prawa do uzewnętrzniania religii⁷⁰.

Na gruncie prawa polskiego szczątki ludzkie nie są rzeczą, nie należą do spadku, nie mogą być co do zasady przedmiotem obrotu prawnego⁷¹. Rodzina ma jednak prawo do pochówku zmarłego, a kult pamięci osoby zmarłej od dawna korzysta

⁶⁸ Zob. K. Warecka, *Sekcja zwłok dziecka bez zgody rodzica a Konwencja. Omówienie wyroku ETPC z dnia 20 lipca 2021 r.*, 12886/16, LEX/el. 2021.

⁶⁹ Zob. L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, pkt IV.B.4, s. 521; M. Kożuch, *Ochrona dóbr osobistych na płaszczyźnie międzynarodowej*, [w:] *Dobra osobiste i ich ochrona*, red. M. Romańska, Warszawa 2020, s. 25; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2021, komentarz do art. 8, s. 791; A. Jakuszczyk, *Problematyka pochówków oraz kultu zmarłych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, t. 1, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkuta, Wrocław 2015, s. 342–362; np. wyroki ETPC: z 30.10.2001 r. w sprawie Panullo i Forte przeciwko Francji, skarga nr 37794/97 (wielomiesięczna zwłoka w wydaniu zwłok dziecka zmarłego w szpitalu); z 17.01.2006 r. w sprawie Elli Poluhas Dödsbo przeciwko Szwecji, skarga nr 61564/00 (odmowa przekazania urny z prochami męża); z 14.02.2008 r. w sprawie Hadri-Vionnet przeciwko Szwajcarii, skarga nr 55525/00 (pochówek dziecka martwo urodzonego); z 30.06.2011 r. w sprawie Girard przeciwko Francji, skarga nr 22590/04 (pobrania próbek z ciała po zakończeniu postępowania karnego); z 2.06.2014 r. w sprawie Marić przeciwko Chorwacji, skarga nr 50132/12 (zutylizowanie w niedozwolony sposób ciała martwo urodzonego dziecka, co uniemożliwiło uzyskanie informacji o miejscu, w którym zostało złożone); z 24.06.2014 r. w sprawie Petrova przeciwko Łotwie, skarga nr 4605/05 oraz z 13.01.2015 r. w sprawie Elberte przeciwko Łotwie, skarga nr 61243/08 (pobranie tkanek ze zwłok ludzkich bez zgody i wiedzy członków najbliższej rodziny); z 24.04.2018 r. w sprawie A. i T. Łozowy przeciwko Rosji, skarga nr 4587/09 (obowiązek państwa polegający na poszukiwaniu rodziny zmarłego w celu zagwarantowania prawa do godnego pochówku).

⁷⁰ Zob. decyzja ETPC z 10.07.2011 r. w sprawie Johannische Kirche i Peters przeciwko Niemcom, skarga nr 41754/98; W Sobczak, *Wolność...*, s. 379.

⁷¹ Zob. szerzej np. D. Krekora-Zajac, *Dopuszczalność...*, [w:] *Ius...*, s. 667–668 i cytowana tam literatura; M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 389.

z ochrony prawnej jako dobro osobiste (art. 23–24 k.c.)⁷². Przepisy o sekcji zwłok powinny być z tą ochroną właściwie skorelowane. Istnieje potrzeba nowelizacji art. 31 u.d.l. Do wniosków takich prowadzi także porównanie regulacji sekcji zwłok z przepisami odnoszącymi się do udostępniania dokumentacji medycznej, tajemnicy lekarskiej oraz pobierania komórek, tkanek i narządów.

Wskazana jest redefinicja kręgu podmiotów uprawnionych do wyrażania sprzeciwu wobec sekcji zwłok. Należy przesądzić, że sprzeciw przysługuje osobom uprawnionym także po śmierci dziecka. Trzeba rozważyć, czy zgodnie z tendencją do postępującej normatywizacji sfery relacji udzielania informacji medycznych⁷³ nie warto ustanowić obowiązku informacyjnego co do przyczyny i zakresu planowanej sekcji zwłok dziecka, a przynajmniej obowiązku poinformowania osób uprawnionych, że przysługuje im sprzeciw. Istnieje konieczność uregulowania konfliktów w przypadku różnicy zdań osób bliskich na temat sekcji zwłok zmarłego.

Przydatny byłby centralny rejestr sprzeciwów wobec sekcji zwłok, poszerzenie form, w jakich sprzeciw może zostać złożony, uregulowanie dopuszczalności cofnięcia sprzeciwu wobec sekcji. Ponadto należałoby rozstrzygnąć w ustawie, czy sprzeciw złożony w dokumentacji medycznej w jednej placówce jest skuteczny w innej placówce i jak rozwiązywać problemy sprzeczności dokumentacji w tym zakresie w różnych placówkach. Wobec braku centralnego rejestru sprzeciwów dotyczących sekcji zwłok nie można *de lege lata* konstruować obowiązku placówki medycznej polegającego na sprawdzaniu, czy sprzeciw wobec sekcji zwłok był złożony w innej placówce⁷⁴. Niewykluczone także, że w świetle wyroku w sprawie Polat przeciwko Austrii za zbyt kategoriyczny należy uznać przepis o sekcji obligatoryjnej w każdym przypadku, gdy przyczyny zgonu nie można ustalić w sposób jednoznaczny, a nie wchodzą w grę przesłanki prawnokarne lub dotyczące chorób zakaźnych.

Bibliografia

1. Bagińska E., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. V, *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, U. Drozdowska, N. Karczewska-Kamińska, K. Krupa-Lipińska, Warszawa 2021.

⁷² Zob. A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978/8, s. 29 i n.; S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 1999, s. 18–27; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 349; K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół prawa do grobu*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, t. 1, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkuta, Wrocław 2015, s. 162–166. Jednakże w świetle polskiego orzecznictwa pobranie podczas sekcji zwłok fragmentów tkanek i narządów ludzkich oraz odmowa ich wydania nie stanowi naruszenia dobra osobistego w postaci kultu pamięci osoby zmarłej – wyrok Sądu Najwyższego z 9.02.2011 r., V CSK 256/10, OSNC-ZD 2011/3, poz. 57.

⁷³ Zob. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsistemowe*, Warszawa 2013, s. 415.

⁷⁴ Por. wątpliwości dotyczące możliwości powoływania się w jednym podmiocie leczniczym na upoważnienie do dokumentacji medycznej udzielone przez pacjenta innej osobie w drugim podmiocie leczniczym, np. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 164–166.

2. Ben Hamida F., *Moralność muzułmańska w obliczu medycyny i biotechnologii*, [w:] *Lekarz a prawa człowieka. W kręgu bioetyki*, tłum., wstęp i uwagi T. Jasudowicz, Toruń 1996.
3. Bielak-Jomaa E., Ćwikiel M., [w:] *Prawa pacjenta. Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, Warszawa 2021.
4. Boratyńska M., Guzik-Makaruk E.M., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa 2019.
5. Boratyńska M., Malczewska M., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa 2019.
6. Boratyńska M., *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.
7. Dadańska K., Tomczyk A., *Kontrowersje wokół prawa do grobu*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, t. 1, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkuta, Wrocław 2015.
8. Dercz M., [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019.
9. Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca*, Warszawa 2015.
10. El Yattouti N., *Polat v. Austria: A Tale of Two Missed Opportunities*, Strasbourg Observers z 14.12.2021 r.
11. Fiutak A., *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016.
12. Gałązka M., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2021.
13. Garlicki L., [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.
14. Gaska M., [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020.
15. Grzelak D., *Czy milczenie wciąż jest złotem? Nowe regulacje dotyczące tajemnicy lekarskiej*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2019, t. XXIV.
16. Haberko J., [w:] *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, Warszawa 2014.
17. Haberko J., *Dopuszczalność wykorzystania do badań naukowych lub celów dydaktycznych ludzkiego materiału biologicznego pobranego w trakcie sądowo-lekarskich sekcji zwłok*, *Prokuratura i Prawo* 2022, nr 3.
18. Haberko J., *Prawne aspekty sekcji zwłok małoletniego*, *Państwo i Prawo* 2010, z. 10.
19. Haberko J., *Prywatność pacjenta a sprzeciwi na pobranie komórek, tkanek lub narządów post mortem*, *Państwo i Prawo* 2014, z. 3.
20. Jakuszewicz A., *Problematyka pochówków oraz kultu zmarłych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, t. 1, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkuta, Wrocław 2015.

21. Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsyste-mowe*, Warszawa 2013.
22. Karkowska D., [w:] *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, D. Karkowska, W.C. Włodarczyk, Warszawa 2013.
23. Kmiecik B., *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016.
24. Konarska P., *Transplantacja ex mortuo z udziałem dawcy małoletniego*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2015, t. XVII.
25. Kożuch M., *Ochrona dóbr osobistych na płaszczyźnie międzynarodowej*, [w:] *Dobra osobiste i ich ochrona*, red. M. Romańska, Warszawa 2020.
26. Krekora-Zajac D., *Akt donacji zwłok (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, *Państwo i Prawo* 2017, z. 11.
27. Krekora-Zajac D., *Dopuszczalność polecenia dotyczącego pochówku i innego dys-ponowania zwłokami*, [w:] *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, red. W. Borysiak, J. Wierciński, A. Gołaszewska, M. Olechowski, Warszawa 2022.
28. Krupa-Lipińska A., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. V, *Odpowiedzialność pry-watnoprawna*, red. E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, U. Drozdowska, N. Karczewska-Kamińska, K. Krupa-Lipińska, Warszawa 2021.
29. Księżak P., Robaczyński W., *Dysponowanie zwłokami ludzkimi dla celów naukowych i medycznych*, *Państwo i Prawo* 2015, z. 1.
30. Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2021.
31. Kubiak R., *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015.
32. Malczewska M., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2022.
33. Michałowska K., *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014.
34. Nagalska I., *Zastosowanie konstrukcji zgody domniemanej na pobranie komórek, tkanek i narządów ex mortuo w celu leczniczym – zasada ogólna polskiego ustawodawstwa transplantacyjnego*, *Prawo i Medycyna* 2016, nr 4.
35. Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2016.
36. Nowak-Kubiak J., *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012.
37. Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2021.
38. Plichta A., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. M. Kopeć, Warszawa 2016.
39. Pośpiech A., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021.
40. Rek T., [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2019.
41. Rek T., [w:] *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, M. Dercz, T. Rek, Warszawa 2010.
42. Rudnicki S., *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 1999.
43. Sendacki P., *Sekcja zwłok w interesie prywatnym*, *Monitor Prawniczy* 2017, nr 22.

44. Słyk J., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022.
45. Słyk J., *Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)*, *Prawo w Działaniu* 2016, t. 25.
46. Sobczak W., *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013.
47. Strzebinczyk J., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011.
48. Szpunar A., *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, *Palestra* 1978, nr 8.
49. Świdarska M., *Tajemnica medyczna za życia i po śmierci pacjenta oraz pozycja prawna osób bliskich przy jej ujawnianiu*, [w:] *Prawo rodzinne*, red. D. Wetoszka, Warszawa 2022.
50. Walasek-Walczak U., [w:] *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, red. F. Grzegorzczak, LEX 2013.
51. Warchałowski K., *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004.
52. Warecka K., *Sekcja zwłok dziecka bez zgody rodzica a Konwencja. Omówienie wyroku ETPC z dnia 20 lipca 2021 r., 12886/16, LEX/el. 2021.*
53. Wicherek P., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021.

Magdalena Grzyb

Tożsamość płciowa to nie płeć – refleksje na tle wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.09.2020 r., V Ca 2686/19

*Gender identity is not gender – reflections on the judgment
of the District Court in Warsaw of 29 September 2020,
V Ca 2686/19*

Abstract

The article is a critical overview of a sentence of District Court in Warsaw from 29 September 2020 in which the Court stated that sex-based discrimination on the basis of Equal Treatment Act of 2010 also embraces discrimination based on gender identity. The case was concerning a transsexual person (male to female) who was hired to work in security company as a receptionist. Upon superiors learnt she was a biological male and before legal gender recognition, she was denied working in a female uniform (a skirt and a jacket). Eventually she did not start working. The Court found that she was discriminated since a biological woman would not have been denied possibility of working in a female suit. The Court compared her situation not to her natal sex (since she was formally still a man), but to her eventual gender. The Court found that both discrimination and harassment had place. The verdict is worth discussing in several aspects. Firstly, the Court implicitly accepted the gender self-identification rule, which might be seen as an overinterpretation of the law. Secondly, the Court equates gender identity with sex as a basis of discrimination. Thirdly, such an approach has serious consequences on rule of law and gender equality rule protected by the Polish Constitution. And finally, the Court took female outfit as an indicator of someone's gender and gender identity and consequently a prohibition of wearing a female uniform as a manifestation of discrimination based on gender identity, which is a very dubious assumption from the equal treatment and feminist perspective.

Keywords: *sex, gender, transgenderism, transsexualism, discrimination*

Streszczenie

Artykuł stanowi krytyczne omówienie precedensowego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.09.2020 r., w którym sąd uznał, że dyskryminacja ze względu na płeć według przepisów ustawy o równym traktowaniu obejmuje również dyskryminację ze względu na tożsamość płciową. Sprawa dotyczyła transseksualnej osoby – płci psychicznej (odczuwanej) żeńskiej – przed sądową zmianą oznaczenia płci. Powódka została zatrudniona do pracy w agencji ochroniarskiej jako recepcjonistka, lecz odmówiono jej możliwości pracy w damskim uniformie. Sąd uznał, że doszło do dyskryminacji i molestowania, gdyż „zwykła” kobieta w analogicznej sytuacji miałaby możliwość pracy w spódnicy. Rozstrzygnięcie jest warte omówienia w czterech ważnych aspektach: po pierwsze, dorozumianego uznania przez sąd zasady samostanowienia płci; po drugie, zrównania tożsamości płciowej z płcią biologiczną, jeśli chodzi o przesłankę dyskryminacji; po trzecie, wpływu tego założenia na funkcjonowanie systemu prawa w odniesieniu do zasady pewności prawa; wreszcie, po czwarte, potraktowanie kobiecego stroju jako wyznacznika kobiecości i uznania zakazu noszenia tego stroju za przejaw dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową jest warte analizy w świetle zasady równości ze względu na płeć.

Słowa kluczowe: płeć, gender, transpłciowość, transseksualizm, dyskryminacja

1. Uwagi wprowadzające

W wyroku z 29.09.2020 r. w sprawie V Ca 2686/19¹ Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa z 24.07.2019 r. (I C 5038/17) i uznał, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania ze względu na tożsamość płciową powódki oraz zasądził odszkodowanie na jej rzecz. Stwierdził ponadto, że zasada równego traktowania ze względu na płeć obejmuje też tożsamość płciową. Rozstrzygnięcie to zapadło w sprawie dotyczącej osoby płci męskiej, która czuła się kobietą i była w trakcie tzw. społecznej tranzycji, lecz w momencie inkryminowanych wydarzeń nie uzyskała jeszcze zmiany oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego, co nastąpiło dopiero w grudniu 2017 r.

W październiku 2016 r. powódka znalazła na portalu ogłoszeń ofertę pracy jako recepcjonistka w agencji. Wysłała swoje CV², w którym zamieściła żeńskie dane. W trakcie procesu rekrutacji, który przeszła pomyślnie, również posługiwała się żeńskimi danymi oraz nosiła strój przypisany kobietom, tak że osoby rekrutujące były przekonane, iż mają do czynienia z biologiczną kobietą. Dopiero w momencie podpisywania umowy i odbierania identyfikatora oraz stroju służbowego powódka podała swoje męskie dane z dowodu osobistego, gdyż wymóg umieszczenia danych zgodnych z dokumentem tożsamości określa ustawa o ochronie mienia i osób. Początkowo powódka chciała, by na legitymacji widniało jej prawdziwe nazwisko i nowe imię (Joanna), lecz z uwagi na to, że taki zabieg jest niezgodny z wymogami ustawy, pracodawca nie wyraził zgody. Agencja planowała również wydać powódce strój służbowy. Początkowo miała to być spódnica, jednak później pracodawca wskazał, że będzie to garnitur, tj. strój dla pracowników płci męskiej. To wywołało sprzeciw powódki i ostrą wymianę zdań. Ostatecznie do rozpoczęcia świadczenia pracy nie doszło.

Powódka pozwała agencję o naruszenie przepisów ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³ w postaci naruszenia zasady równego traktowania podczas procesu rekrutacji i w zakresie zatrudnienia powódki z uwagi na jej transpłciowość. Artykuł 8 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych **ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną** w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

W zakresie stanu faktycznego sąd I instancji uznał, że zarzucanym przez pozwaną naruszeniem były dwie okoliczności: odmowa wydania legitymacji z nowym imieniem oraz odmowa wydania damskiego stroju. Sąd I instancji stwierdził, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania, albowiem „odmowa pracy w stroju kobiecym osobie, która wówczas była jeszcze mężczyzną i miała nosić identyfikator z imieniem i nazwiskiem męskim oraz uzależnienie zatrudnienia od noszenia stroju

¹ LEX nr 3207506.

² *Curriculum vitae*.

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2156, dalej ustawa o równym traktowaniu.

męskiego nie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania ze względu na płeć w zakresie warunków wykonywania działalności zawodowej na podstawie umowy cywilnoprawnej”. W ocenie sądu I instancji nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania ze względu na transpłciowość powódki.

Sąd II instancji przyjął, że domniemanym naruszeniem był wyłącznie obowiązek noszenia stroju męskiego, zaś powódka nie sprzeciwiła się i nie uzależniła wykonywania pracy od danych wpisanych w legitymacji. W ocenie sądu II instancji doszło do naruszenia zasady równego traktowania, a także do molestowania i zasądził on powódce odszkodowanie. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, Sąd przyjął założenie, że tożsamość płciowa jest chroniona przepisami prawa na równi z płcią. Skoro płeć stanowi kategorię praw osobistych człowieka, chronionych przez art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego⁴, a więc również „poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste, które podlega ochronie o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.”⁵. Sąd uznał, że skoro tożsamość płciowa zalicza się do cech, które mogą być źródłem dyskryminacji, podlegają ochronie na podstawie art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁶. Powołał się również w tym względzie na ogólne zasady dotyczące godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP) oraz wskazał na orzecznictwo trybunałów europejskich i dokumenty prawa międzynarodowego. Przyjął również *per analogiam*, że skoro ustawa dotycząca równego traktowania wśród podstaw dyskryminacji wymienia płeć, to obejmuje również tożsamość płciową. Sąd powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁷ (sprawa Christine Goodwin v. UK z 2002 r.), Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁸ (wówczas Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁹; sprawa C 13/94) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z 2006 r.¹⁰, by ograniczyć się tylko do orzecznictwa, które zrównywały dyskryminację ze względu na płeć z „dyskryminacją wynikającą ze zmiany płci”. Uznał, że zakaz dyskryminacji osób transseksualnych stanowi element prawa wspólnotowego.

Sąd stwierdził, że doszło do dyskryminacji bezpośredniej, ponieważ osoby nie-transseksualnej taka sytuacja by nie spotkała. Kobieta, która czuje się kobietą, użyłaby kobiecego uniformu, tj. spódnicy i garsonkę. „Powódka została potraktowana mniej korzystnie wyłącznie ze względu na jej tożsamość płciową – fakt, że pozostaje metrykalnie płci męskiej, a wygląda, zachowuje się i czuje się jak kobieta. (...) Trudno uznać, aby Powódka, która czuła się i wyglądała jak kobieta, mogła zaakceptować konieczność chodzenia w męskim garniturze.”

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁷ Dalej ETPC.

⁸ Dalej TSUE.

⁹ Dalej ETS.

¹⁰ Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 204 z 26.07.2006 r., s. 23).

Sąd II instancji nie zgodził się w tej kwestii z sądem I instancji, dla którego „warunek założenia spodni” nie był przejawem dyskryminacji, albowiem kobiecie, która czuje się kobietą taki warunek nie zostałby postawiony. Sąd I instancji przyjął też, że powódka swoim zachowaniem, ukrywaniem faktu transpłciowości w czasie rekrutacji poniekąd spowodowała konfuzję wśród osób zatrudniających, które nie wiedziały, jak później sytuację rozwiązać. Stanowisko recepcjonistki nie było przeznaczone wyłącznie dla kobiet. Ofertę skierowano do kobiet i mężczyzn, więc powódka, nawet w męskim stroju, mogła tę pracę wykonywać. Sąd II instancji jednak nie zgodził się z taką argumentacją. Wskazał, że powódka wcale nie miała obowiązku podać w CV swojego rzeczywistego (jeszcze wtedy męskiego) imienia widniejącego w dowodzie tożsamości, a jej zachowanie nie dążyło do ukrycia swoich prawdziwych danych. Sąd podkreślił, że należy wziąć pod uwagę szczególnie skomplikowaną sytuację osobistą powódki, tj. „okres korekty płci”. W konkluzji sąd II instancji uznał, że doszło nie tylko do nierównego traktowania, ale również molestowania, oznaczającego każde niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby fizycznej i stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. W związku z tym sąd przyznał należyte odszkodowanie.

Przedstawione rozstrzygnięcie jest warte omówienia w czterech ważnych aspektach: po pierwsze, dorozumianego uznania przez sąd zasady autodeklaracji płci; po drugie, zrównania tożsamości płciowej z płcią biologiczną, jeśli chodzi o przesłankę dyskryminacji; po trzecie, wpływu tego założenia na funkcjonowanie systemu prawa w odniesieniu zasady pewności prawa; wreszcie, po czwarte, potraktowanie kobiecego stroju jako wyznacznika kobiecości i uznanie zakazu noszenia tego stroju za przejaw dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową zasługuje na analizę w świetle zasady równości ze względu na płeć.

Omawiany wyrok ma charakter prawotwórczy. Sąd, który nie jest organem konstytucyjnie powołanym do stanowienia prawa, w istocie samodzielnie poszerzył katalog cech chronionych na gruncie ustawy o równym traktowaniu o dodatkową cechę: „tożsamość płciową”. To duża zmiana, gdyż przesłanka tożsamości płciowej ma odmienny charakter od wymienionych przez ustawodawcę. Płeć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, wyznanie, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna to cechy, na które zasadniczo nie mamy wpływu, których sobie nie wybieramy, ale które jednocześnie są obiektywnie weryfikowalne. Orientacja seksualna, w przeciwieństwie do tożsamości płciowej, stanowi kategorię materialną i realną, ponieważ można ją określić chociażby miarą odczuwania pociągu seksualnego do ludzi określonej płci. Z kolei religia, wyznanie i światopogląd podlegają ochronie jako mieszczące się w ogólnej zasadzie wolności słowa i wyznania. Wykładnia prawotwórcza jest niedopuszczalna w polskim porządku prawnym. Sąd niniejszym wyrokiem sformułował treści normatywne, które nie wynikają bezpośrednio ani pośrednio z treści przepisów prawa. Tym samym wkroczył w zakres kompetencji ustawodawcy¹¹.

¹¹ M. Florczak-Wątor, A. Grabowski [red.], *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021, rozdz. 47. Zakaz wykładni prawotwórczej, s. 765-776.

Sąd w sposób dorozumiany uznał zasadę autodeklaracji, czy też samookreślenia (samostanowienia) płci (ang. *gender self-identification*). Innymi słowy, przed prawną zmianą oznaczenia płci w dokumentach i aktach stanu cywilnego, czyli przejścia prawnej procedury zmiany płci, osoby transseksualne (bądź też, jak współcześnie się określa, transpłciowe) mają prawo żądać takiego traktowania, na jakie wskazuje ich tożsamość płciowa, tj. tak jak się czują, a nie jak wskazują ich dokumenty czy płeć biologiczna. W związku z tym każdy podmiot (taki jak pracodawca w omawianym wyroku), jeśli nie dostosuje się do żądań osób transpłciowych w tym zakresie, dopuszcza się ich dyskryminacji, molestowania i ponosi konsekwencje prawne. Oznacza to przykładowo, że mężczyzna, który czuje się kobietą, ma prawo oczekiwać, aby osoby trzecie traktowały go jak kobietę tylko na podstawie jego deklaracji, iż czuje się kobietą.

W Polsce, mimo braku rozwiązań ustawowych, istnieje utrwalona praktyka sądowej zmiany płci. Zgodnie z modelem wypracowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego osoba transseksualna dochodzi zmiany oznaczenia płci na podstawie art. 189 k.p.c. przed sądem okręgowym, pozyskując swoich rodziców. W postępowaniu tym strona powodowa powinna wykazać spełnienie szeregu okoliczności przemawiających za zasadnością żądania pozwu, w szczególności odbycie tzw. testu prawdziwego życia w roli społecznej zgodnej z płcią psychiczną, uzyskanie diagnozy psychiatrycznej oraz rozpoczęcie terapii hormonalnej. Taki zakres postępowania dowodowego nie odbiega zbyt od regulacji obowiązujących w innych krajach. Oczekiwania polskich sądów można określić jako liberalne¹².

Dotychczas nie budziło wątpliwości, że obowiązek dokonania prawnej zmiany oznaczenia płci jest słusznym warunkiem społecznego funkcjonowania jako osoby odmiennej płci (tj. zgodnie ze swoją tożsamością płciową). Tymczasem w omawianym orzeczeniu sąd uznał, że powódkę należało potraktować jak kobietę w kwestii przydzielenia jej kobiecego stroju służbowego jeszcze przed prawną zmianą płci. Wydaje się, że uznanie dyskryminacji ze względu na zmianę płci, wykazywane przez przywołane przez sąd dokumenty oraz orzecznictwo europejskie, jako równoznacznej z dyskryminacją ze względu na płeć co do zasady mogłoby mieć miejsce, gdyby osoba transseksualna w analogicznej sytuacji i bez uzasadnionego powodu była potraktowana inaczej niż osoba nietransseksualna. Należy ocenić, czy sytuacja, jaka wystąpiła w omawianym stanie faktycznym, polegająca na odmowie prawa do noszenia damskiego uniformu osobie transpłciowej (M/K, czyli „z mężczyzny na kobietę”) przed formalną zmianą płci, rzeczywiście stanowi formę „dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci” zakazanej w dorobku prawa wspólnotowego.

Sąd uznał, że doszło do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci, przy czym porównał sytuację kobiety transpłciowej (dalej transkobiety, czyli osoby płci męskiej) do kobiety biologicznej, a więc osoby o płci „docelowej”. Tymczasem orzecznictwo TSUE sytuację osoby transpłciowej przechodzącej proces zmiany płci porównuje do

¹² Por. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, red. K. Ślęzak, Warszawa 2010, s. 58. Warto zaznaczyć, że pierwsza sądowa zmiana płci w Polsce miała miejsce w 1964 r.

sytuacji osób płci pierwotnej, czyli tej, do której dana osoba należała przed procesem korekty. W 1996 r. ETS orzekł, że zwolnienie z pracy uzasadnione zmianą płci danej osoby albo jej zamiarem zmiany płci stanowi dyskryminację, ponieważ osoba ta jest traktowana niekorzystnie w porównaniu z osobami płci, **do której przynależność przypisywano jej przed operacją** (wyrok z 30.04.1996 r., P. przeciwko S. and Cornwall County Council, C-13/94, pkt 21). Nakaz wykonywania pracy w stroju przeznaczonym dla mężczyzn nie stanowił więc – według orzecznictwa wspólnotowego – aktu dyskryminacji wobec powódki (biologicznego mężczyzny). W tej kwestii sąd błędnie powołał się na przywołane orzeczenie.

Należałoby też ocenić, czy w rzeczonej sprawie doszło w ogóle do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci. Powódka nie została zatrudniona, ponieważ okazała się (w sensie prawnym) innej płci, niż deklarowała, a nie dlatego, że przechodziła zabiegi korekty płci. Nie wydaje się, aby można było utożsamiać dyskryminację wynikającą ze zmiany płci z dyskryminacją ze względu na tożsamość płciową ani tym bardziej, o czym niżej, z dyskryminacją ze względu na płeć. Przywołana sprawa ETS (TSUE) C-13/94 dotyczyła osoby, która została zwolniona z pracy, gdyż przechodziła proces zmiany płci. Natomiast w przedmiotowej sprawie pracodawca, nawet gdy już wiedział, że powódka nadal formalnie pozostaje mężczyzną, wyraził chęć jej zatrudnienia. Stanowisko pracy było przeznaczone dla każdej osoby bez względu na płeć, lecz to powódka odmówiła pracy w męskim stroju. W świetle orzecznictwa wspólnotowego dyskryminację stanowiłaby wyłącznie sytuacja, gdyby powódkę potraktowano inaczej niż mężczyznę, a nie inaczej niż kobietę.

Również przywołane przez sąd orzeczenie ETPC (z 11.07.2002 r., sprawa Christine Goodwin przeciwko UK) ma inny wydźwięk, niż został mu przypisany. Na poziomie ogólnym rzeczywiście nakazuje konieczność ochrony osób transseksualnych, lecz w ujęciu szczegółowym dotyczy zupełnie innych kwestii. Sprawa Christine Goodwin dotyczyła sytuacji, gdy osoby transseksualne po przebytej operacji nie mogły uzyskać pełnej prawnej zmiany płci w postaci zmiany odpowiednika polskiego numeru PESEL czy uprawnień emerytalnych. To w kontekście przedmiotowej sprawy jest zupełnie irrelewantne. W Polsce pełną prawną zmianę oznaczenia płci można uzyskać już od 1964 r., a sprawa dotyczyła osoby przed taką zmianą. Sprawa Grant przeciwko UK (wyrok z 23.05.2006 r.) również dotyczyła określenia wieku emerytalnego osób po prawnej zmianie płci i miała miejsce przed wyrokiem w sprawie Goodwin przeciwko UK (publiczne organy brytyjskie w kilka miesięcy po wyroku Goodwin przeciwko UK nie stosowały się do niego w swoich decyzjach) oraz przed wejściem w życie ustawy o uznaniu płci (*Gender Recognition Act 2004*), która oba rozstrzygnięcia uczyniła bezprzedmiotowymi¹³.

Warto też podkreślić, że wyrok w sprawie Goodwin dotyczył wyłącznie sytuacji osób transseksualnych po operacji, co wielokrotnie w uzasadnieniu zaznaczał

¹³ Więcej o regulacji brytyjskiej *Gender Recognition Act*: M. Domański, *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślęzak, t. IV, Warszawa 2010, s. 141–166.

Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁴. Powoływanie się na to orzeczenie w odniesieniu do osób, które nie przeszły zabiegów korekty płci, czyli nie poddały się żadnym zabiegom chirurgicznym, a jedynie deklarują, że czują się osobami innej płci, i na tej podstawie domagają się zaistnienia skutków prawnych, jest dużą nadinterpretacją niezgodną z wydźwiękiem orzeczenia. Opieranie się na powyższym orzeczeniu, by przeforować w polskim porządku prawnym zasady samostanowienia płci, a więc *de facto* znieść jakikolwiek wymóg korekty płci w celu społecznego i prawnego uznania zmiany płci, jest wręcz nadużyciem.

2. Tożsamość płciowa a płeć

Uznając zasadę samookreślenia płci, czyli oświadczenia o płci, sąd powołuje się na dokument Zasady Yogyakarty i zawartą w nim definicję tożsamości płciowej. Zasady Yogyakarty to obecnie dwa dokumenty (Zasady Yogyakarty z 2006 r. oraz Zasady Yogyakarty plus 10 przyjęte w 2017 r.), które stanowią wytyczne i standardy prawne w odniesieniu do problematyki orientacji seksualnych i tożsamości płciowych (tzw. SOGI). Zasady te zostały przyjęte na zorganizowanym przez Irlandczyka Michaela O'Flaferthy'ego (wtedy członka Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych) międzynarodowym spotkaniu organizacji praw człowieka i ekspertów, które odbyło się w mieście Yogyakarta w Indonezji. Należy zaznaczyć, że dokument ten nie jest w żaden sposób wiążący. Nigdy nie został przyjęty czy uchwalony przez żadne gremium polityczne, zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym. Stanowi swego rodzaju rozwiązanie modelowe, zbiór zasad opracowany przez grupę ekspertów¹⁵.

Jedną z głównych zasad to zasada nr 3 („prawo do podmiotowości prawnej”), która stanowi właśnie zasadę samookreślenia płci: „Samodzielnie zdefiniowana orientacja seksualna i tożsamość płciowa każdej osoby jest integralną częścią ich osobowości i jednym z bardziej podstawowych aspektów samookreślenia się, godności i wolności. Nikt nie może być zmuszany do poddania się zabiegom medycznym, włączając w to chirurgiczną korektę płci, sterylizację czy terapię hormonalną jako

¹⁴ W pkt 87 uzasadnienia ETPC opowiada się za dopuszczalnością zmiany informacji w aktach urodzenia (oznaczenia płci) ze względu na niewielką liczbę osób transseksualnych w społeczeństwie. „Uczynienie kolejnego wyjątku w przypadku transseksualistów (kategoria szacowana jako obejmująca około 2.000–5.000 osób w Zjednoczonym Królestwie zgodnie z raportem Międzyresortowej Grupy Roboczej, str. 26) nie stanowiłoby, zdaniem Trybunału, zagrożenia obalenia całego systemu”. Obecnie jednak szacuje się, że takich osób w samej Wielkiej Brytanii jest około 1%. W 2018 r. rządowe Biuro Równości opublikowało dokument, w którym podało, że na terenie Wielkiej Brytanii żyje ok. 200.000–500.000 osób identyfikujących się jako trans. Jednocześnie organizacja lobbingowa *Stonewall* zajmująca się prawami LGBTQ+ określa swoje własne aktualne szacunki na poziomie 600.000. Zakładając, że ta ostatnia liczba jest dokładna, odsetek osób trans w populacji Wielkiej Brytanii (liczącej obecnie nieco ponad 67 milionów) wynosiłby ok. 0,9%. To z kolei stanowi zupełnie inne wyzwanie dla całego systemu niż to uwzględnione w wyroku *Christine Goodwin* z 2002 r. Zob. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/721642/GEO-LGBT-factsheet.pdf (dostęp: 7.11.2022 r.).

¹⁵ Więcej: K. Remin [red.], *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, https://kph.org.pl/publikacje/b-y_zasady.pdf (dostęp: 7.11.2022 r.).

wymogowi uznania przez prawo ich tożsamości płciowej”. Chodzi więc o możliwość samodzielnego prawnego określenia swojej płci wyłącznie na podstawie słownej deklaracji jednostki. Oznacza to, że mamy obowiązek traktować biologicznego mężczyznę jak kobietę (i analogicznie: biologiczną kobietę jak mężczyznę) tylko dlatego, że on/ona tak mówi. Nie możemy tego twierdzenia w żaden sposób kwestionować, gdyż będzie to stanowiło dyskryminację.

Kluczowym pojęciem dla Sądu Okręgowego w Warszawie, orzekającego w sprawie V Ca 2686/19, jest tożsamość płciowa, która według Zasad Yogyakarty stanowi „**głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne** doświadczenie płci społecznej, która może lub nie odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i inne formy wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy sposób zachowania”. Warto zaznaczyć, że dokument na określenie płci posługuje się terminem *gender*, a więc płcią kulturowo-społeczną. Sąd owe wewnętrzne i indywidualne głęboko odczuwane doświadczenie płci kulturowej (czyli dla uproszczenia: płeć odczuwaną), a więc kategorię czysto subiektywną, zrównuje z materialną kategorią płci biologicznej (*sex*).

Płeć w naukach biologicznych o człowieku jest jedną z podstawowych różnic, która określa role w rozmnażaniu i pozwala podzielić osobniki danego gatunku na dwie grupy. Podobnie w naukach społecznych – płeć jest jedną z najważniejszych zmiennych, podstawowym czynnikiem różnicowania społecznego. Według Pierre’a Bourdieu ma ona fundamentalny wpływ na formowanie habitusu – zespołu nabytych i wcielonych schematów odczuwania i postrzegania świata¹⁶. Warunkuje działanie jednostki, jej umiejscowienie społeczne, społeczne role i interakcje oraz szanse życiowe. Zaprzeczanie jej istnieniu lub uznawanie jej wyłącznie za konstrukt społeczny jest pomijaniem jednego z najistotniejszych elementów ludzkiej egzystencji oraz organizacji społecznej¹⁷. Płeć to cecha biologiczna. Jest niezmienna, zdeterminowana genetycznie i tworzy różnice fizyczne w zależności od roli w rozrodzie. Natomiast *gender* to konstrukt kulturowy – społeczno-kulturowy wymiar płci biologicznej. Podlega zmianom, jest historyczny, wpajany jednostkom w toku socjalizacji. Tworzy nierówności społeczne i kulturowe. Innymi słowy **płeć społeczno-kulturowa nie istnieje bez płci biologicznej, nie niesie bez niej żadnej treści, a odrzucenie pierwszej prowadzi również do odrzucenia drugiej**.

Źródłem dyskryminacji kobiet i wytworzenia hierarchii płciowej jest płeć biologiczna – fakt, że to kobiety zachodzą w ciążę i rodzą dzieci. Tymczasem sąd w swoim uzasadnieniu zrównuje tożsamość płciową („*genderową*”) – konstrukt, który odwołuje się wyłącznie do kulturowo-społecznego wymiaru płci – z płcią biologiczną i w zasadzie wprost neguje istnienie tej ostatniej. Sąd przyznaje, że powódka w okresie procesu rekrutacyjnego „była w rzeczywistości kobietą”, ponieważ decydujące

¹⁶ P. Bourdieu, *Męska dominacja*, Warszawa 2004.

¹⁷ S. Pinker, *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2012.

powinno być psychiczne doświadczenie (odczuwanie) własnej płciowości, a nie płeć biologiczna (zwana metrykalną) czy nawet prawne jej oznaczenie.

Terminologia użyta przez sąd, jak „płeć określona przy urodzeniu” (w istocie przecież lekarz nie określa i nie przypisuje żadnej płci nowonarodzonemu dziecku, ale ją co najwyżej rejestruje, stwierdza; wpisanie płci jest aktem deklaratoryjnym, czyli stwierdzającym pewien stan rzeczy, a nie konstytutywnym), twierdzenie, że pojęcie „płci” jest „zagadnieniem skomplikowanym”, oraz kwestionowanie dychotomicznego podziału na mężczyzn i kobiety służą „dekonstrukcji” i zakwestionowaniu relewancji płci biologicznej jako kategorii różnicowania społecznego i prawnego, a także zastąpieniu jej „płcią odczuwaną” (psychiczną), czyli indywidualnym i wewnętrznym uczuciem co do płci społecznej, czyli „genderze”. Płeć odczuwana, czyli czysto subiektywne i nieweryfikowalne uczucie, według sądu ma prymat nie tylko nad płcią biologiczną (zwaną metrykalną), ale też „płcią prawną”, skoro należało traktować powódkę, będącą biologicznym mężczyzną, jak kobietę jeszcze przed prawną zmianą płci, a potraktowanie jej jak mężczyzny zostało uznane za dyskryminację oraz formę molestowania. Użycie sformułowania „płeć określona/przypisana przy urodzeniu” implikuje, że ta „rzeczywista płeć” jednostki jest inna. Tym samym sąd przychylił się do koncepcji „urodzenia się w złym ciele”. Płeć odczuwana – wewnętrzne poczucie siebie – jest czymś wrodzonym, pierwotnym wobec płci biologicznej. Jak jednak konstrukt społeczny, do którego należy tożsamość (jakakolwiek), może być czymś wrodzonym i niepodatnym na wpływ zewnętrzny? Taką koncepcję należy uznać za wewnętrznie sprzeczną. Wrodzona jest tylko płeć biologiczna, a tożsamość płciowa – „genderowa”, czyli poczucie przynależności, do którejś z płci, również tej przeciwnej – stanowi konstrukt kulturowy. Idea „urodzenia się w złym ciele” (np. kobieta rodzi się w ciele mężczyzny) zakłada, że należy dostosować ciało (płeć biologiczną), coś czego zasadniczo zmienić się nie da (można zmodyfikować częściowo wygląd zewnętrzny), do konstruktu w postaci własnego psychicznego wyobrażenia o ciele i płci.

Koncepcja tożsamości płciowej (*gender identity*) i zjawiska transpłciowości (*transgender*) w obecnej formie mają swoje źródła w tzw. teorii *queer*, która zakłada, że płeć jest konstruktem społecznym, przy czym nie chodzi wyłącznie o płeć kulturową/ społeczną (*gender*), ale też o płeć biologiczną¹⁸. Teoria *queer* to pokłosie postmodernizmu i relatywizmu, czyli koncepcji filozoficznych, które kwestionują istnienie rzeczywistości materialnej. Według niej rzeczywistość jest tylko konstruktem, nie ma obiektywnych faktów, są same artefakty i konstrukty. Prowadzi ona do tzw. solipsyzmu, czyli poglądu, że rzeczywistość w ogóle nie istnieje, istnieją tylko nasze wyobrażenia na jej temat¹⁹. Płeć biologiczna nie ma znaczenia. Liczy się tylko płeć odczuwana, czyli wyobrażenie jednostki na temat swojej płci.

Chociaż sąd rozróżnia zjawisko transpłciowości od transseksualizmu, które miałyby stanowić jego „najbardziej doniosły rodzaj”, to błędnie przypisuje mu największe

¹⁸ Więcej: K. Stock, *Material Girls. Why Reality Matters For Feminism*, London 2021; A. Miyares, *Distopías patriarcales. Análisis feminista del “genderismo queer”*, Madrid 2021.

¹⁹ Solipsyzm jest konsekwencją skrajnego idealizmu subiektywnego, ma swoje źródła w filozofii George’a Berkeleya.

znaczenie z punktu widzenia prawnego. Transseksualizm (niezgodność tożsamości *genderowej* z płcią biologiczną) odnosi się do osób, które poddały się lub planują poddać się zabiegom korekty płci, by móc funkcjonować społecznie jak osoba płci, z którą się utożsamiają. Transseksualizm zakłada binarność płci, więc wpisuje się w porządek prawny i społeczny oparty na podziale na kobiety i mężczyzn (nie chodzi tu oczywiście o osoby interseksualne). Natomiast zjawisko transpłciowości kategorię płci – sprowadzając ją do tożsamości (*gender identity*) – zupełnie rozmywa. Przykładowo, modne w ostatnim czasie, pojęcie „osoby niebinarnej” oznacza osobę, która nie czuje się ani mężczyzną, ani kobietą (wyłącznie w sensie *genderowym*, gdyż płeć biologiczną ma wyraźnie określoną), lecz plasuje się gdzieś pośrodku „kontinuum” męskości – kobiecości, przy czym to poczucie również jest płynne i może ulegać zmianom.

Chociaż sprawa dotyczyła osoby transseksualnej, to sąd swoim wyrokiem otworzył możliwość do całkowitego zanegowania płci biologicznej. Przyjęcie koncepcji tożsamości *genderowej* oraz zasady samookreślenia płci oznacza, że każda jednostka będzie mogła dowolnie i arbitralnie wybrać sobie przynależność płciową – *genderową*. Koncepcja ta zakłada również, że nie ma już dwóch płci, ale jest ich „ileś”, istnieje nieokreślona liczba różnych tożsamości płciowych, które jednostka z katalogu tożsamości sama sobie wybiera (np. *agender*, *demigender*, *genderfluid*, *trigender*, *xengender*).

Warto tutaj zaznaczyć, że wyeliminowanie kategorii płci z przepisów prawa, aktów stanu cywilnego i dokumentów tożsamości to jeden z głównych przedmiotów Zasad Yogyakarty plus 10 (zasada 31). **Jeśli za kobietę ma być uznana zarówno kobieta, jak i biologiczny mężczyzna, którego „płeć odczuwana” jest żeńska, to znaczy, że „płeć odczuwana” w zasadzie przeważa nad biologiczną.** „Płeć odczuwana” może „zanegować” płeć biologiczną, podczas gdy płeć biologiczna nie może „podważyć” „płci odczuwanej”. Ma to poważne implikacje zwłaszcza w dostępie do praw i przestrzeni zarezerwowanych wyłącznie dla kobiet i z uwagi na kryterium płci biologicznej. Tym samym pojęcie „tożsamości płciowej” i zasada samookreślenia płci niejako „wynosi” jednostki powołujące się na płeć odczuwaną nad jednostki, których płeć biologiczna koresponduje z „płcią odczuwaną”.

Skoro o czyjejs przynależności „płciowej” ma decydować wyłącznie subiektywne odczucie, to znika jakakolwiek materialna podstawa rozróżnienia płci. Jeśli płeć biologiczna (*sex*) znika jako kategoria analityczna oraz prawna i zostaje zastąpiona przez płeć kulturową „*gender*”, która następnie zostaje uznana za subiektywne odczucie, to kategoria płci traci swoją wartość w opisie rzeczywistości materialnej, a odmienne role płciowe przestają mieć jakiekolwiek znaczenie prawne, jako podstawa ewentualnej dyskryminacji czy zróżnicowanego traktowania.

Pojęcia „płci”, „kobiety” i „mężczyzny” okazują się pojęciami nieostryimi. Skoro kategorie związane z płcią stają się wyrazami semantycznie pustymi (bo, powtórzę, o czyjejs przynależności do płci decyduje wyłącznie subiektywne, indywidualne i nieweryfikowalne odczucie), to idea równości płci traci sens, podobnie jak wszelkie działania mające na celu równouprawnienie kobiet i mężczyzn w życiu społecznym. Implikuje to doniosłe konsekwencje dla porządku prawnego i społecznego. Po pierwsze, dotyczy to **art. 33 Konstytucji RP**, który mówi o równych prawach kobiet

i mężczyzn w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym, zupełnie bezprzedmiotowym. Skoro płeć jest tylko kwestią subiektywnego przekonania, odczucia, to również społeczny podział na mężczyzn i kobiety staje się subiektywny i płynny, a zatem i wszelkie strukturalne nierówności między kobietami i mężczyznami też stają się kwestią płynną i subiektywną. Po drugie, takie podejście rzutuje też na ogólną zasadę demokratycznego państwa prawa.

3. Tożsamość płciowa a zasada pewności prawa

Elementarna – w demokratycznym państwie prawa – zasada określająca stosunki między obywatelem a państwem to zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasada ta opiera się na pewności prawa rozumianej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako pewien zespół cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne i możliwość przewidywania skutków swoich zachowań²⁰. Jednostka musi mieć możliwość podejmowania decyzji dotyczących swojego postępowania opartych na znajomości działania organów państwowych, a także możliwość przewidywania konsekwencji poszczególnych zachowań na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz mieć pewność, że ustawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny i nieprzewidywalny. Chodzi więc o przewidywalność działań organów państwa, o planowanie własnych działań i branie odpowiedzialności za własne decyzje oraz o pewność, że na gruncie obowiązującego prawa obywatel może kształtować swoje stosunki życiowe. Tak rozumiana zasada pewności prawa stanowi warunek konieczny wolności obywatelskiej w państwie, co wielokrotnie podkreślał w orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny (dalej TK). Stwierdził on m.in., że „pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa (...), co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa”²¹. Trybunał zaznaczył również, że „zasada zaufania w stosunkach między obywatelem a państwem przejawia się m.in. w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane pod rządami obowiązującego prawa i wszelkie związane z nimi następstwa będą także i później uznane przez porządek prawny”²².

Wydaje się oczywiste, że niemożliwe jest pogodzenie tworzenia prawa wyłącznie na podstawie subiektywnych odczuć jednostek na swój temat z zasadą pewności prawa. Przesłanki ochrony przed dyskryminacją mają charakter obiektywny, natomiast tożsamość płciowa jest z definicji subiektywna i nieweryfikowalna. Jeśli każdy biologiczny mężczyzna będzie mógł społecznie „zostać” kobietą tylko dlatego, że tak się autoidentyfikuje, to znaczy, że pojęcie „kobiety” staje się nazwą pustą. Innymi

²⁰ Więcej o zasadzie pewności prawa: M. Florczak-Wątor, A. Grabowski [red.], *Argumenty...*, s. 253–263.

²¹ Orzeczenie TK z 2.03.1993 r., K 9/92, OTK 1993/1, poz. 6.

²² Orzeczenie TK z 24.05.1994 r., K 1/94, OTK 1994/1, poz. 10.

słowy, skoro każda osoba może być desygнатem kobiety, to termin ten przestaje pełnić funkcję desygnowania i traci relewancję prawną. W takiej optyce ochrona przed dyskryminacją ze względu na płeć też staje się niewykonalna.

Tworzenie i stosowanie prawa, a więc kształtowanie stosunków prawnych i społecznych, nie na podstawie materialnych kategorii czy weryfikowalnych stanów faktycznych, a na bazie subiektywnych odczuć jednostek na swój temat, stoi w jawnej sprzeczności z istotą prawa jako zespołu norm mających na celu regulację stosunków społecznych i kształtowanie społecznej rzeczywistości w sposób dla obywateli zrozumiały, przewidywalny i gwarantujący możliwość kształtowania stosunków społecznych.

Warto tylko zarysować kwestię implikacji – na gruncie teorii prawa – przyjęcia koncepcji samookreślenia płci. Według koncepcji pozytywizmu prawniczego rola prawa to stwarzanie bezpieczeństwa prawnego. System prawny ma być wystarczająco stabilny, jasny i możliwie zupełny, aby dawać podstawę do przewidywania decyzji podejmowanych w oparciu na tworzących ten system normach²³. Nawet realistyczne koncepcje prawa, które szukają „rzeczywistego bytu prawa” w faktach, określonych zachowaniach ludzi czy przeżyciach psychicznych, są ukształtowane przez różnego rodzaju czynniki obiektywne²⁴. Natomiast pojęcie „tożsamości płciowej” oraz zasada samookreślenia płci czynią z czysto indywidualnego i subiektywnego odczucia kategorię prawną. Stoi to w sprzeczności z nakazem określoności przepisów prawa. Zasady zaufania obywatela do państwa, pewności prawa oraz dostatecznej określoności prawa to fundamentalne zasady składające się na ideę demokratycznego państwa prawa, ujętą w **art. 2 Konstytucji RP**.

4. Tożsamość płciowa a równość płci

Z uwagi na stan faktyczny sprawy rozstrzygniętej wyrokiem z 29.09.2020 r., o którym mowa w niniejszym artykule, nie ulega wątpliwości, że kluczową kwestią w świetle koncepcji dyskryminacji jest pytanie: czy zakaz chodzenia w damskim stroju stanowi dyskryminację, a jeśli tak, to jaką? Warto zaznaczyć, że w omawianej sprawie, pracownicy płci męskiej mieli uniform w postaci garniturów, zaś kobiety – do wyboru garsonkę i spódnicę bądź spodnie. Sąd uznał, że zakaz chodzenia w damskim stroju wobec transkobiety (jeszcze przed prawną zmianą oznaczenia płci; czyli z punktu widzenia biologicznego i prawnego – wobec mężczyzny) stanowi dyskryminację ze względu na tożsamość płciową, co jest jakoby równorzędne z dyskryminacją ze względu na płeć.

Sąd porównał sytuację powódki i kobiety biologicznej oraz stwierdził, że kobiecie taki warunek nie zostałby postawiony. Warto jednak w tym miejscu zadać pytanie: czy zatem dyskryminacją ze względu na płeć byłby dla biologicznych kobiet zakaz noszenia damskiego ubrania? W świetle praktyki społecznej odpowiedź brzmiała-by: raczej nie. Na tę kwestię należy spojrzeć przez pryzmat kulturowej roli ubioru

²³ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 97.

²⁴ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 111.

w różnicowaniu płci oraz roli kobiecego stroju jako ewentualnego przejawu dyskryminacji ze względu na płeć.

Ubiór pełni istotną, kulturową funkcję i zwłaszcza dla kobiet jest ważnym wyznacznikiem „kobiecości”, czyli określa społeczno-kulturowy wymiar ich płci (*gender*). Kulturowo kobiety pozostają „więźniarkami mody”, podczas gdy mężczyźni odrzucają „kokieterię stroju” (użyteczność bierze górę na bezproduktywną estetyzacją), ale jednocześnie koncentrują się na władzy politycznej i ekonomicznej. Wybierają „być” zamiast „wyglądać”. Tak o przemianach w modzie w epoce Gabrieli Zapolskiej pisała Krystyna Kłosińska²⁵. Stulecie później, gdy kobiety weszły do sfery publicznej, ubiór i wygląd zewnętrzny wciąż w większym stopniu określa status kobiety niż mężczyzny. Simone de Beauvoir w „Drugiej płci” pisała tak: „Mężczyzna nie musi troszczyć się o ubiór, jego odzież jest wygodna, dostosowana do czynnego życia, nie musi być wyszukana, jest zaledwie częścią jego osobowości (...) Kobieta przeciwnie, wie, że ludzie patrząc, nie odróżniają jej samej od jej wyglądu: jest oceniana, szanowana, pożądana przez swój strój. Początkowo ubranie miało na celu skazanie kobiety na bierność, po dziś dzień pozostało nietrwale (...)”²⁶. Za złamanie nakazu i reguł noszenia damskiego stroju wciąż w niektórych krajach na świecie grozi kobietom śmierć. We wrześniu 2022 r. 22-letnia Mahsa (Jina) Amini została śmiertelnie pobita przez irańską policję moralności z powodu niewłaściwie założonego *hijabu*.

Strój i wygląd kobiety to niezwykle ważny element stereotypów dotyczących płci. W dokumentach prawa międzynarodowego stereotypy na temat płci są uznawane za źródło dyskryminacji ze względu na płeć (państwa mają obowiązek z nimi walczyć)²⁷. Uważane są również za główną przyczynę dyskryminacji kobiet w zatrudnieniu²⁸.

²⁵ K. Kłosińska, *Ciało, ubranie, pożądanie*, Kraków 1999, s. 248.

²⁶ S. de Beauvoir, *Druga płeć*, Warszawa 2014, s. 768–769.

²⁷ Stereotyp to utrwalone, popularne wyobrażenia dotyczące określonego zjawiska lub grupy społecznej, zwykle uproszczone w warstwie poznawczej oraz silnie nacechowane aksjologicznie i emocjonalnie. Z jednej strony stereotyp wydaje się nieodzowny w komunikacji jako skrót poznawczy, z drugiej jednak uznawany jest za wyraz – i źródło – uprzedzeń i dyskryminacji. Zob. I. Kurz, *Stereotyp*, [w:] *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, red. M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mrozik, K. Szczuka, K. Czacot, B. Smoleń, A. Nasilowska, E.M. Serafin, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 520.

Związek przyczynowo-skutkowy między stereotypami a dyskryminacją został dostrzeżony i usankcjonowany przez prawo międzynarodowe już kilkadziesiąt lat temu. Otwarta do podpisu w 1966 r. Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187) nałożyła na państwa obowiązek „zwalczania przesądów prowadzących do dyskryminacji rasowej” (art. 7 tej konwencji), natomiast art. 5 lit. a Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18.12.1979 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71) wprowadził obowiązek „zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowania mężczyzn i kobiet w celu osiągnięcia likwidacji przesądów i zwyczajów lub innych praktyk, opierających się na przekonaniu o niższości lub wyższości jednej z płci albo na stereotypach roli mężczyzny i kobiety”. Wskazać należy również Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 11.05.2011 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 961 ze zm.), której art. 12 ust. 1 stanowi w dużej mierze powielenie przytoczonego powyżej art. 5 lit. a Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet.

Por. K. Sękowska-Kozłowska, *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.07.2017 r., 17484/15, Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, „Europejski Przegląd Sądowy” luty 2018, s. 33–37.

²⁸ H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, s. 30.

Co do zasady walka z dyskryminacją – ze względu na płeć – w zatrudnieniu polega raczej na kwestionowaniu obowiązku kobiecego stroju/wyglądu²⁹. Problem stanowią zwłaszcza stroje nadmiernie podkreślające kobiecość, obcisłe, odkrywające duże fragmenty ciała. Takie stroje mogą krępować ruchy i seksualizują kobiety, gdyż eksponują ich trzeciorzędne cechy płciowe³⁰. Tymczasem mężczyźni pracujący na tych samych stanowiskach do takich strojów zobowiązani nie są. Kobięcy strój podkreślający sylwetkę czy krępujący ruchy bywa traktowany nieraz właśnie jako forma nierównego traktowania, a nawet forma molestowania. Z drugiej jednak strony nie chodzi o to, by kobiety miały nosić męski ubiór niedostosowany do ich mniejszych rozmiarów i odmiennych sylwetek³¹. Strój/uniform powinien być nie tyle męski, co funkcjonalny i wygodny (jak u mężczyzn), pozwalający wykonywać pracę i swobodnie się poruszać. Celem feminizmu, czy szerzej: polityk równości, jest, aby nie traktować typowo kobiecego stroju czy wyglądu jako wyznacznika „kobiecości” i miary wartości kobiety.

Warto też wobec tego zadać pytanie: czy równość płci ma polegać na tym, by kobietom zabraniać się ubierać typowo kobieco, czy raczej, by im tego nie nakazywać? W świetle takich rozważań nakaz założenia męskiego stroju przez osobę o męskiej sylwetce, czy przez kobietę, z trudnością mógłby zostać uznany za dyskryminację ze względu na płeć. A zatem jeśli uznamy, że zakaz noszenia damskiego uniformu przez osobę, która czuje się kobietą (jak w stanie faktycznym omawianej sprawy), jest formą dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową, to okazuje się, że nie jest on tożsamy z dyskryminacją ze względu na płeć.

Prawo do noszenia typowo kobiecego stroju dla kobiet jest równoznaczne z utrwalaniem seksizmu i nie znajduje się w spektrum polityki równości płci. Postulaty ruchu trans (transgenderyzmu) i postulaty feminizmu, rozumianego jako dążenie do równouprawnienia płci, okazują się więc mieć dokładnie przeciwny wektor. Feminizm „walczy” z seksizmem, „zabiega” o to, by kobiety właśnie nie musiały chodzić w kobiecych strojach, podczas gdy transgenderyzm utrwała seksistowskie normy, „domaga się” (jak w przedmiotowej sprawie), by biologiczny mężczyzna, który ma żeńską „płeć odczuwaną”, mógł nosić kobiecy ubiór. Transgenderyzm więc – zamiast likwidować seksistowskie podziały i normy – redefiniuje seksizm jako kwestię wyboru indywidualnej tożsamości.

Ilustracją przedstawionego problemu jest porównanie dwóch sytuacji dotyczących obowiązkowego kobiecego stroju w miejscu pracy. Pewna amerykańska transaktywistka i youtuberka płci żeńskiej Ash Hardell przez 4 lata pracowała w miejscu, gdzie obowiązywał seksistowski *dress code*. Zgodnie z nim kobiety musiały nosić określony

²⁹ Por. N. Wolf, *Mit urody*, Warszawa 2014, s. 39–86.

³⁰ Przykładowo: w lipcu 2021 r. żeńska reprezentacja Norwegii w plażowej piłce ręcznej została ukarana grzywną w wysokości 1500 euro, ponieważ zawodniczki w czasie mistrzostw Europy miały na sobie krótkie spodenki zamiast dołu od bikini. Więcej: *Zawodniczki z Norwegii ukarane, bo nie założyły bikini*, „Rzeczpospolita” z 20.07.2021 r., <https://www.rp.pl/inne-sporty/art8341-zawodniczki-z-norwegii-ukarane-bo-nie-zalozily-bikini> (dostęp: 7.11.2022 r.).

³¹ Chodzi przede wszystkim o umundurowanie (ale też obuwie, plecaki *etc.*) uwzględniające odmienną budowę ciała kobiet: biodra, piersi, mniejsze dłonie. Więcej: C. Criado Perez, *Niewidzialne kobiety*, Kraków 2020, s. 159–163.

uniform, czyli sukienkę i szpilki. Ash Hardell czuła się niekomfortowo w takim stroju, gdyż był on niewygodny i nie odpowiadał jej preferencjom. Zamiast jednak zakwestionować *dress code*, który z pewnością nie odpowiadał również wielu innym pracującym tam kobietom, youtuberka poinformowała swoich przełożonych, że jest transpłciowa, i poprosiła, aby na tej podstawie zwolnili ją z obowiązku przestrzegania wymogów dotyczących stroju dla kobiet. Pracodawca, czyniąc zadość polityce „różnorodności”, zwolnił ją z powyższego obowiązku. Sam *dress code* dla pozostałych kobiet pozostał jednak nienaruszony. Z kolei gdy młoda Brytyjka Nicola Thorp, recepcjonistka w *PriceWaterhouseCooper*, w 2016 r. odmówiła chodzenia w szpilkach, co było elementem *dress code'u* dla kobiet, została zwolniona z pracy³².

5. Zakończenie

Przedstawione argumenty uzasadniają ocenę, że omawiany wyrok jest błędny. Stanowi przykład niedopuszczalnej wykładni prawotwórczej. Niezależnie od tego wprowadzanie do polskiego porządku prawnego koncepcji, które tylko pozornie są postępowe i inkluzywne, docelowo uniemożliwi walkę o równouprawnienie kobiet i mężczyzn. Zapewne sąd kierował się wyłącznie poczuciem krzywdy i dyskryminacji u powódki, lecz nie zdawał sobie sprawy, że takie rozstrzygnięcie ma daleko idące konsekwencje dla całego systemu prawa oraz połowy populacji. Omawiany wyrok narusza nie tylko zasadę pewności prawa, lecz także zakaz wykładni prawotwórczej przez sądy, która w polskim porządku prawnym jest niedopuszczalna. Przede wszystkim jednak stoi w jawnej sprzeczności z art. 2 oraz 33 Konstytucji RP. Uzasadnienie sądu jest pełne rozbieżności, gdyż przywołane w nim orzeczenia zostały wskazane wybiórczo i niewłaściwie.

Zważywszy na ogólny cel przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na płeć, a więc osiągnięcie stanu równego traktowania mężczyzn i kobiet, ocenie, czy dane zachowanie stanowiło akt dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową (jeśli w ogóle taka przesłanka powinna być wprowadzona do porządku prawnego), powinna zawsze towarzyszyć analiza, czy nie godzi to w dany stan faktyczny w ogólną zasadą równości płci. Domaganie się prawa do utrwalania seksistowskich podziałów i norm (do których z pewnością należą określone kobiece „uniformy”) jest niezgodne z ogólnym celem równości płci.

Bibliografia

1. Bourdieu P., *Męska dominacja*, Warszawa 2004.
2. Criado Perez C., *Niewidzialne kobiety*, Kraków 2020.

³² Kobieta zainicjowała petycję, którą podpisało 152.000 osób, wzywającą rząd do zmian legislacyjnych zabraniających pracodawcom narzucania potencjalnie dyskryminacyjnych *dress code'ów*. Petycja została odrzucona w kwietniu 2017 r., gdyż rząd uznał, że istniejące rozwiązania legislacyjne są wystarczające i że należy tylko wydać wytyczne, jak je stosować. Zob. *High heels row: Petition for work dress code law rejected*, 21.04.2017 r., <https://www.bbc.com/news/uk-39667912> (dostęp: 7.11.2022 r.).

3. de Beauvoir S., *Druga płeć*, Warszawa 2014.
4. Domański M., *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślęzak, t. IV, Warszawa 2010.
5. Florczak-Wątor M., Grabowski A. [red.], *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021.
6. *High heels row: Petition for work dress code law rejected*, <https://www.bbc.com/news/uk-39667912>.
7. Holewińska-Łapińska E., *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślęzak, t. IV, Warszawa 2010.
8. Kłosińska K., *Ciało, ubranie, pożądanie*, Kraków 1999.
9. Kurz I., *Stereotyp*, [w:] *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, red. M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mrozik, K. Szczuka, K. Czeczot, B. Smoleń, A. Nasilowska, E.M. Serafin, A. Wróbel, Warszawa 2014.
10. Miyares A., *Distopías patriarcales. Análisis feminista del "generismo queer"*, Madrid 2021.
11. Pinker S., *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2012.
12. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993.
13. Remin K. [red.], *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, https://kph.org.pl/publikacje/b-y_zasady.pdf.
14. Sękowska-Kozłowska K., *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.07.2017 r., 17484/15, Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, Europejski Przegląd Sądowy, luty 2018.
15. Stock K., *Material Girls. Why Reality Matters For Feminism*, London 2021.
16. Szewczyk H., *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017.
17. Wolf N., *Mit urody*, Warszawa 2014.
18. *Zawodniczki z Norwegii ukarane, bo nie założyły bikini*, Rzeczpospolita z 20.07.2021 r., <https://www.rp.pl/inne-sporty/art8341-zawodniczki-z-norwegii-ukarane-bo-nie-zalozily-bikini>.

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak
Report on the International Scientific
Conference “Religious symbols in public sphere
in the legal orders of Central and Eastern
European countries”, 28 May 2021

*Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
„Religious symbols in public sphere in the legal orders of
Central and Eastern European countries”, 28.05.2021 r.*

1. Background of the conference

On 28 May 2021, the International Scientific Conference “Religious symbols in public sphere in the legal orders of Central and Eastern European countries” took place in Warsaw. The conference was the inaugural event of the Polish part of the research team on Freedom of Conscience and Religion in Europe of the Central European Professors Network 2021. The main organizers of the project were the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and the European Association for Comparative Law. On the Polish side, the event was coordinated by the Institute of Justice in Warsaw.

The Central European Professors’ Network started its international comparative law research activity on 1 January 2021, under the coordination of the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

The Professors’ Network, with the active participation of seven countries (Czech Republic, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia, Slovenia) and 34 main

M.A. Tomasz Bojanowski is a PhD student at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

M.A. Klaudia Łuniewska is a graduate of the the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinaluniewska@gmail.com

Bartłomiej Oręziak, PhD, Institute of Justice in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: bartlomiej.oreziak@iws.gov.pl

The manuscript was submitted by the authors on 19 August 2022; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 2 September 2022.

researchers, runs comprehensive international scientific activities in four research groups. The main frame issues are: "Interpretation of fundamental rights in Europe", "Family protection in law", "Freedom of conscience and religion in Europe" and "The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism". The primary aim of the initiative is to create and organise a Central European professional network through close partnership. The partial and final results of the cooperation, which will run until 31 December 2021, will be made available by each research team on various professional platforms, including conferences, and in the form of publications (scientific articles and books summarizing research results).

One of the groups operating within the European Professors' Network is a working group on the impact of digital platforms and social media on Freedom of Conscience and Religion in Europe. Poland is represented in this group by the following researchers: prof. Paweł Sobczyk and Michał Poniatowski, PhD.

This was the first event piloted by Polish academics within the Central European Professors' Network 2021. It is worth pointing out that the Central European Professors' Network includes academics from countries such as the Czech Republic, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia, and Slovenia. The aim of this project is to draw the attention of European citizens to topics that are important and relevant to the future of Europe, in particular Central Europe.

The main theme of the "Religious symbols in public sphere in the legal orders of Central and Eastern European countries" conference were two issues:

- 1) freedom of conscience and religion relating to the possibility of manifesting one's beliefs through religious symbols.
- 2) case law on the issue.

2. Conference Proceedings

Due to the state of the pandemic, the conference was organized online on the zoom platform, as part of the tasks of the research group by Prof. Paweł Sobczyk and Dr Michał Poniatowski. The technical side of the organization of the conference was provided by cooperation with Institute of Justice in Warsaw.

The concept of this conference was the discussion on the presence of religious symbols which has been going on in European realities for several decades. It is often marked by enormous emotional intensity, reflecting the attitude of society to the basic values on which European culture and civilization are based, and it also testifies to the Christian identity of nations.

The main assumption of the analysis is to show the normative aspect in selected European countries relating to the possibility of manifesting one's beliefs through religious symbols. The position of the judiciary, expressed both by international bodies and by the national judicial system, plays a fundamental role in shaping the contemporary model. It should also be emphasized that historical conditions also have an impact on the presence of religious symbols in public space. The conducted research will show the right of believers to manifest their religious

feelings in public space, while respecting the separateness and tolerance of people with different views.

The conference was started by Prof. Marcin Wielec – Director of Institute of Justice, who thanked the Director the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law Prof. János Ede Szilágyi for the initiative of the appointment of the Central European Professor's Network and the very good cooperation between the Polish and Hungarian Institutes so far.

Then Prof. UO dr hab. Paweł Sobczyk thanked Director of MFI Prof. János Ede Szilágyi for the initiative of such interesting research. He said it was an honor to participate in such an important and interesting project and thanked for acceptance invitation to participate in the conference of two special guests Prof. Balázs Schanda, the Judge of the Constitutional Court in Hungary and Prof. Marek Bielecki, the president of Polish Association of Law on Religion. Thanks were also expressed to Prof. Piotr Stanisław for him agreeing to act as the chairman of the session. Prof. Paweł Sobczyk also cordially thanked the professors from the research team for a very good cooperation.

At the request of Prof. Sobczyk the meeting was further conducted by Prof. Piotr Stanisław Head of Department of Law on Religion in Faculty of Law, Canon Law and Administration in The John Paul II Catholic University of Lublin, co-editor "Presence of the Cross in Public Spaces: Experiences of Selected European Countries", ed. P. Stanisław, M. Zawisław, M. Ordon, Cambridge Scholars Publishing 2016, p. 267.

The scientific part of the conference began with a lecture by a special guest Prof. Balázs Schanda. Prof. Schanda was elected as the Judge of the Constitutional Court the 22 November 2016. He has been member of the Constitutional Court since 1 December 2016. He graduated from the Faculty of Law of Eötvös Loránd University in 1993. From 1993 to 1999 he worked as an advisor at the Constitutional Court. Between 1999–2002 he was a head of the Department of Church Information and Coordination at the Ministry of National Cultural Heritage. Between 2003 and 2007 he worked again at the Constitutional Court. In 1996 he took the bar exam, in 1999 he was awarded the license in canon law, in 2003 he gained the PhD title and he habilitated in 2010. He was granted full professorship in 2012. His main field of interest is the constitutional law and the state regulation of churches. He was teaching at the Faculty of Law of Eötvös Loránd University and at the Pázmány Péter Catholic University, where he became a head of the Department of Constitutional Law in 2006 and where he was a dean between 2007–2013. In 2016 he was a chairman of the European Consortium for Church and State Research. Prof. Schanda delivered a lecture entitled "Religion or culture? The protection of the Christian cultural identity vs. state neutrality and the lack of faith".

After the introductory lecture, the first conference session entitled "Religious symbols in public sphere in the legal orders of chosen Central and Eastern European countries", in which the lectures were delivered by: Prof. Dalibor Đukić – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Serbia", Prof. Damián Némec – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Czech Republic",

Prof. Vanja-Ivan Savić – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Croatia", Prof. Frane Staničić – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Slovenia" and Prof. Vojtech Vladár – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Slovakia". After Prof. Vladár's lecture there was a coffee break.

The second session entitled "Religious symbols in public sphere in the legal orders of Hungary and Poland. Specific issues and jurisprudence of ECHR" began with a speech of Prof. Marek Bielecki entitled "The presence of religious symbols in the Polish educational law". Prof. Bielecki was the second special guest of the international conference. He is a President of the Polish Ecclesiastical Law Society, a lecturer at War Studies Academy and an expert of the Institute of Justice in Warsaw.

The following papers in this session were delivered by: Prof. Lóránt Csink – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Hungary", Prof. Paweł Sobczyk – "Religious symbols in the public sphere in the legal order in Poland" and Dr Michał Poniatowski – "Religious symbols in the public sphere in jurisprudence of ECHR".

3. Summary

Once all the speeches were delivered, a brief discussion began on the religious symbols in the logos of international organizations such as the Red Cross and the Red Crescent. The conference was summed up and ended by Prof. János Ede Szilágyi the Director of The Ferenc Mádl Institute of Comparative Law. He drew attention to the importance of the issues raised the international significance of the presence of religious symbols in public space and the common values that sometimes underlie various contemporary legal solutions. He sent special thanks to the Speakers, Prof. Balázs Schanda and Prof. Piotr Stanisław.

On this occasion, it is worth pointing out the important role of international research in the development of science. Thanks to this, scientists from different countries can compare the results of their research in comparative terms. Therefore, institutions such as the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, the Institute of Justice (Warsaw) and the Central European Association for Comparative Law also undertake international cooperation in other projects, such as Polish-Hungarian Research Platform.

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska,
Julia Strybrat, Bartłomiej Oręziak

Report on the International Scientific Conference “The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms” (Warsaw, 1 June 2022)

*Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
„The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms”
(Warszawa, 1.06.2022 r.)*

On 1 June 2022, an International Scientific Conference “The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms” was organized in Institute of Justice as a part of the Central European Professors’ Network in cooperation of a group of experts from seven countries – Czech Republic, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia, and Slovenia. The aim of this research project and conference is a comprehensive, international scientific activity. The main topics of the project include parental responsibility, protection of the environment, protection of national symbols and the right to privacy.

The event was devoted to the right to privacy in various legal perspective. This right is of a particular value for the life of a human being. The protection of private life has been ensured by several regulations, including national and international ones. The right to privacy has been placed in the most important documents concerning human rights, but also confirmed by the constitutions of modern states, and included in the national legal orders. Constant development of new technologies and the

M.A. Tomasz Bojanowski is a PhD student at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

M.A. Klaudia Łuniewska is a graduate of the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudia-karolinaluniewska@gmail.com

Julia Strybrat is a law student at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, e-mail: julia.starybrat@gmail.com

Bartłomiej Oręziak, PhD, Institute of Justice in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: bartlomiej.oreziak@iws.gov.pl

The manuscript was submitted by the authors on 14 November 2022; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 17 November 2022.

progressive digitization of subsequent areas of human life have led to the emergence of the information society. The development of IT and ICT solutions, as well as the transfer of individuals' lives to the virtual space, in addition to the associated benefits, has also led to the emergence of new threats to the right to privacy. It is necessary to provide adequate guarantees of the right to privacy and legal mechanisms for the legal protection of private life.

The thematic scope of the conference was focused on current issues related to the right to privacy and the dissemination of new technologies, as well as the development of the information society. During the conference, attention was paid to the current challenges and problems facing the right to privacy in the era of socio-economic changes that have occurred over recent decades due to the digital revolution. During the conference current issues related to the right to privacy and the development of new technologies, as well as the emergence of the information society were discussed. As part of the conference, universal standards regarding the right to privacy were presented, as well as the problems faced by legislators and the judiciary of Central European countries. Particular attention was paid to determining the limits of the right to privacy, as well as ensuring effective mechanisms of legal protection that can be introduced into national legal order.

The conference, with English as the working language, was attended by experts from the most important research centers in Central Europe, including Prof. János Ede Szilágyi – the Head of the Ferenc Madl Institute for Comparative Law, dr Katarzyna Zombory – Director of the Central European Academy, and was a great occasion to discuss the most urgent problems attached with the right to privacy. Máté Gergely – First Secretary and Representative of the Embassy of Hungary was also present at the conference.

First Panel

The event was officially opened by the Head of the Institute of Justice – **Prof. Marcin Wielec** and then guests were welcomed by the Undersecretary of State – **dr Marcin Romanowski** who was attending it on behalf of Polish Ministry of Justice. He underlined that the cooperation between the researchers in Central Europe is important and worth to work on, especially because the common legal tradition of Central Europe countries based on Christians roots. The cooperation in Central European Professors' Network allows to discuss urgent topics and directions in which the law should move in Central Europe. The Undersecretary of State pointed out two elements that are important in such a cooperation – the choice of the area of law which needs to be discussed urgently and the choice of the group of experts. He believed that in case of Central European Professors' Network these two aims have been successfully achieved.

After the opening of the conference and the welcome speech on behalf of Polish Ministry of Justice the conference participants listened to the welcome speech on behalf of Central European Academy by **dr Katarzyna Zombory** – Director of the

Central European Academy. Dr Zombory thanked the experts for the mutual work on the project. The main goal of the Central European Academy is to create the academic network of legal experts who represent young perspective of research. The conference was about the right to privacy and the assumptions and challenges of this right in digital age.

Next speaker of the event was **Prof. János Ede Szilágyi** who thanked the previous speakers and introduced the Central European Junior Programme. This project focuses on junior research and has important links to senior programme. This project has four potential links to these centered communities – PhD students/CEA Interns, PhD supervisors, PhD course books and Institutional cooperation. Professor exhaustively described each of the elements of this programme. Students attending this programme have a great opportunity to, for example, actively organize and attend international conferences and other scientific events. It is also an outstanding opportunity for doctoral students by providing insights into research and publication processes across various themes of the comparative law.

After the presentation of the Central European Junior Programme by Prof. Szilágyi, as a special guest performed **dr Grzegorz Ociecek** who is an advisor to the State Prosecutor, Assistant Professor at the Department of Criminal Proceedings of the Faculty of Law and Administration of Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw. In his speech which was entitled “Analysis of the institution of a crown witness in the context of the right to privacy” he analyzed the institution of a crown witness which was a starting point for further discussion on the issues around crown witness and right to privacy. Dr Ociecek referred to the effect he achieved because of his research on the institution of a crown witness. He pointed out the distinction in Polish legislation between small and large crown witnesses. The right to privacy in case of crown witness was described in the light of interview in criminal proceedings but also in the light of the reasons why the defendant decides to become a crown witness. Speaking about the reasons he pointed out about six of them which may have influence on decision. One of them is a family situation and another one is a Polish crown witness protection programme. Then dr Ociecek described the cooperation of crown witness in a view of the right to privacy. Due to his research dr Grzegorz Ociecek published his own scientific publication entitled “Crown witness. Assessment of credibility” where the topic of his lecture is extended.

During the conference, there was an opportunity to hear the speech of **Professor Vanja-Ivan Savić** from University of Zagreb in Croatia, whose presentation was entitled “Whom the Privacy Laws Protect? – Concepts and Developments”. Prof. Savić devoted his speech to a consideration of the subjective scope of the right to privacy provisions. Due to this, he also spoke about the current concepts but also about the development of this institution. He considered whether it is possible to speak of a corporation’s privacy and right to privacy. The right to privacy is a current problem because of the popularity of social medias where everyone is posting every aspect of its life. Because of that it is needed to think whom the privacy laws protect and if in the XXI Century it is possible to execute this right. In his lecture he

asked the question what values are currently protected by society on the right to privacy area. It seems that the major values are security, individual liberty, privacy. Summing up his presentation, prof. Savić referred to the historical process of change in the right to privacy from societies where community was a major value to the individual and its rights.

Professor Koltay András from University of Public Service and the Pazmany Peter Catholic University was the next speaker at the international scientific conference "The Right to Privacy in the Digital Age – in general terms". He presented the protection of the private sphere in Hungary and freedom of expression. Prof. András gave a view of the provisions which allow to protect the private sphere and freedom of expression in Hungary. His lecture was coordinated within the privacy of personal data, protection of private information.

Another speaker on the conference was **Professor Matija Damjan** from the University of Ljubljana in Slovenia. The Professor was presenting the speech entitled "The protection of communication privacy of legal entities – Slovenian view". Thanks to that, the participants had the occasion to hear and learn about the communication privacy of legal entities in Slovenian legal system which was especially interesting in the light of previous – Hungarian – perspective. The Professor told the participants of the conference how the protection of communication privacy is regulated in the constitutional provisions and how it is possible to use those provisions with the legal entities. The issue Professor Damjan was speaking about was also divided into two sections – inner circle of privacy and outer circle of privacy. In outer circle of privacy free economic initiative is not unlimited. The state can lay down conditions for conducting economic activity to protect other constitutional values. On the other hand, inner circle of privacy deals with the same conditions applied as for the search of a natural person's home. Agency's decision does not suffice in the context of right to privacy.

After the Hungarian and Slovenian points of view were presented, the next perspective on protection of privacy was introduced by **Professor Marta Dragičević Prtenjača**, from the University of Zagreb, who spoke about the right to privacy and its protection in Croatian contemporary criminal law. The Professor presented general data, statistics, and her personal research outcomes about the right to privacy in criminal law but also about the increasing amount of convicted people. In Croatia there are many acts that regulate the privacy of the convicted person and one of them is Constitution of Croatia. Prof. Marta Dragičević Prtenjača, told the participants of the event about the right to privacy of individual in criminal law which was a great addition to the previous speaker's presentation about legal entities. Thanks to that, the participants had the opportunity to know better both sides of this right and to have an overview of the situation in two different legal systems. The most frequent criminal offence is unlawful use of a personal data but also violation of the inviolability of the home and business premises. In the end Professor called for caution when it comes to personal data and its protection. It is extremely important especially in criminal point of view.

Professor Dušan Popović, from the University of Belgrade presented the speech about privacy and data protection in Serbian law. He also paid attention to challenges in the digital environment attached do the privacy and the data protection. Collecting, keeping and using the personal data in Serbia is strictly regulated and protected. One of the issues raised by the presenter was the right to respect for privacy and family life and protection of correspondence. Every aspect of these rights was described based on legislative solutions in Serbia. The valuable addition for sure was a concise presentation of the issue of the right to privacy in the context of civil and criminal law. Two areas that necessitate additional legislative and enforcement effort is that the mass surveillance is not regulated by specific norms and the Professor also drew attention to the need to reinforce children's privacy protection mechanisms in the digital environment.

Second Panel

During the conference, Director of the Institute of Justice **Marcin Wielec**, Professor from Cardinal Stefan Wyszyński University also performed as a speaker. He was speaking about the implementation of the right to privacy in Polish criminal proceedings. He presented this topic on the example of the secret of confession. Prof. Wielec indicated that the privacy has some features like autonomy, self-existence, intimacy, and naturalness. He claimed that at some point the right to privacy in criminal law can be eliminated because criminal proceedings are a complicated mechanism in an implementation of *ius puniendi* – the state's law of punishment. Criminal proceedings are full of institutions which can violate the right to privacy. During the speech Prof. Wielec asked a question – “where is right to privacy in criminal proceedings?”. In this area is needed to find the specific balance. An appropriate example in the search for an answer to the question posed earlier turned out to be the characteristic of the institution of the secret of confession. The prohibition arising from the secret of confession helps to ensure the right to privacy in criminal proceedings. He explained that the right to privacy relates to emotions and the secret of confession is the best example because of the relationship and trust between confessor and penitent.

At the conference there was also an occasion to hear a lecture of **Professor David Sehnálek**, from the University of Masaryk whose speech was entitled “Current Problems of the Right to Privacy in the Czech Republic”. The participants had an opportunity to learn how the right to privacy is regulated in the Constitution of the Czech Republic. The problematic aspects in the Czech Republic legal system starts with the definition of a term ‘privacy’ which was explained by Professor Sehnalek in details during his lecture. He also focused on the personal data on criminal side of the right to privacy appealing to Code of Criminal Procedure. The most current aspect of the speech was about the right to privacy during COVID-19 pandemic and the problems generated by this extraordinary situation.

Professor Katarína Šmigová from the Pan-European University in Bratislava was the next speaker at the conference. During her speech, Prof. Šmigová told the

conference participants about the challenges of the right to privacy in the digital age in the Slovak Republic. The professor drew attention to the very rapid digitalization of social life and developments in cyberspace and cybersecurity in broad sense. It clearly generated problems with provisions in Slovak Republic as same as in the other countries. An important aspect emphasized by Prof. Smigova was that the problems with the right to privacy can be seen on various grounds – constitutional, civil, and on provisions referring to children and their protection. One of many aspects was unauthorized monitoring for example in Labour Code – possibility of control of employees, means and forms of control. The main thesis of his speech was that the Slovak legislation is too slow and too late for this changing area of law.

The last speaker was **M.A. Bartłomiej Oręziak** from the Cardinal Stefan Wyszyński University who is also a Coordinator of the Center for Strategic Analyses of Institute of Justice. His presentation focused on the legal aspects of the right to privacy from perspective of the Republic of Poland. As the previous speaker, B. Oręziak decided to speak about the cyberspace and its regulation, so it was possible to compare the provisions and the problems generated by them. Participants could hear about the right to privacy in the light of the Polish constitution. The speaker also stressed the role of the Polish Constitutional Tribunal which stated that in one provision there are two individual rights which referring to the right to privacy. The constitutional relations are the most important to guarantee person's rights and freedoms. Constitutional aspect was not the only aspect in this speech. The right to privacy may also be enforced and ensured under civil law provisions, as it is one of the personal rights of human being. The speaker believes that civil provisions can be successfully applied in cyberspace conditions. He also noted the most urgent problems with applying these provisions such as anonymity of cyberspace users because it is hard to determine their personalities. The second huge problem is the difficulty in determination of the applicable law which relates to the third problem – jurisdiction. It is hard to determine the jurisdiction of cyberspace user. After describing the constitutional and civil point of view, the speaker briefly mentioned the criminal law and administrative law aspects of the right to privacy in cyberspace.

Closing remarks

After both panels of the conference there was a wide-ranging discussion where speakers were able to share their insights and ask each other about interesting issues. After the first panel there was a question whether in Poland anyone can be a crown witness and in what a kind of criminal offence someone can become a crown witness. The answer was held by special guest – dr Grzegorz Ociecek who explained that the crown witness status can only be granted for offences committed as part of an organized criminal group. He also explained the cause of such a provision. Another question was about the artificial intelligence and how we can trust robots who collecting personal data. The answer is that we cannot be sure if we can trust those who have our personal data, but we must rely on the state which has to provide protection

and security. When speaking about legal entities and collecting personal data by them, we do not know who exactly collects and keeps those data – does it a manager or employee of the company? This is a huge topic that could be considered on another research year and conference.

The last question was about the court's position on whether DNA can be collected, stored, and used in a trial in Czech Republic. Professor Sehnalek said that if the police carefully justifies the reasons of collecting and is using it in a proportional way in a restricted measure the DNA can be collected legally.

At the end of the international "The right to Privacy in the Digital Age – in general terms", scientific conference Professor Marcin Wielec – Head of the Institute of Justice thanked all conference participants for their participation in the meeting and in discussions.

Summary

The conference in Poland was only a prelude to the implementation of scientific research in the selected areas of the science of law which are hotspots from the perspective of the challenges of a democratic state of law within the framework of the Central European Professors Network.

The presented papers will serve to derive interesting conclusions, which will be a part of monographs containing ready-made legislative guidelines of selected areas for state governments, which will allow to preserve sovereignty and integrity and at the same time fulfil the standard of a democratic legal state.