

PRAWO W DZIAŁANIU

54

SPRAWY CYWILNE

Warszawa 2023

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 Derenčinović (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 Savčić (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

Spis treści

Contents

Artykuły

Articles

Jerzy Słyk

Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego
dorosłemu pacjentowi

Permit (consent) of the guardianship court to provide a health service to an adult patient 7

Bogusław Lackoroński

Czy celowe jest wprowadzanie możliwości przenoszenia spółdzielczego
własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie?

*Is it advisable to introduce the possibility of transferring the cooperative ownership
right to premises on the basis of an annuity agreement?* 50

Witold Borysiak

Testament na statku morskim lub powietrznym *de lege lata* i *de lege ferenda*
w prawie polskim na tle porównawczym

*Last wills made on board a ship or an aircraft de lege lata and de lege ferenda
in Polish law in comparative perspective* 82

Aleksandra Gawrysiak-Zabłocka

Odpowiedzialność wobec pasażera za przedwczesny odjazd
środka transportu publicznego

Liability to the passenger for early departure of means of public transport 107

Barbara Jelonek-Jarco

Uwagi do projektu ustawy o działalności franczyzowej

Comments to the draft act on franchise activity 137

Katarzyna Południak-Gierz

Wpływ dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 na poziom ochrony konsumenta
w ramach reżimu rękojmi w prawie polskim

*Impact of Directives 2019/770 and 2019/771 on the level of consumer protection
under seller's (supplier's) liability regime in Polish law* 172

Marek Świerczyński, Zbigniew Więckowski

Liability for damages caused by artificial intelligence systems – main challenges
to be addressed by the European Union conflict-of-laws regulations

*Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez systemy sztucznej inteligencji
– główne wyzwania, którym muszą sprostać przepisy kolizyjne Unii Europejskiej* 200

Katarzyna Zombory

Protecting the child's best interest in international parental abduction of children:
mediation in the 1980 Hague Convention cases

*Ochrona najlepszego interesu dziecka w przypadku rodzicielskiego uprowadzenia
dziecka za granicę: mediacja w sprawach w trybie Konwencji haskiej z 1980 r.* 217

Agnieszka Tomczewska

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-644/20 z 12.05.2022 r. – zmiana miejsca zwykłego pobytu małoletniego wierzyciela świadczeń alimentacyjnych w sytuacji wydania wyroku nakazującego jego powrót w trybie Konwencji haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę

Gloss to the judgment of the Court of Justice of the European Union in case C-644/20 of 12 May 2022 – change of habitual residence of a minor maintenance creditor in the event of a judgment ordering his return under The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

238

Varia

Wojciech Lis

Recenzja książki autorstwa Grzegorza Tylca pt. „Ochrona uczuć religijnych w prawie cywilnym”, Wydawnictwo Academicon, Lublin 2022, s. 1–214

Review of the book by Grzegorz Tylec entitled “Protection of religious feelings in civil law”, Academicon Publishing House, Lublin 2022, pp. 1–214

245

Judita Juharová

Report on the International Scientific Conference on “The Right to Privacy in the Digital Age – in Specific Terms” held by the Central European Professors’ Network on the 1 December 2022 in Budapest, Hungary

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej pt. „Prawo do prywatności w erze cyfrowej – w określonych warunkach” zorganizowanej przez Central European Professors’ Network 1.12.2022 r. w Budapeszcie, Węgry

255

Tomasz Mirosławski

Report on the International Scientific Conference “Theoretical and practical aspects of constitutional identity”, 13 December 2021

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Teoretyczne i praktyczne aspekty tożsamości konstytucyjnej”, 13.12.2021 r.

262

Tomasz Bojanowski, Łukasz Sitkowski, Julia Starybrat

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Rzetelny proces i prawo do sądu”. Warszawa, 13.01.2023 r.

Report on the National Scientific Conference “Fair trial and the right to a trial”. Warsaw, 13 January 2023

266

Karol Rogala, Łukasz Sitkowski, Jakub Sychowiec

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pt. „Samorząd terytorialny w Polsce – przeszłość, teraźniejszość i przyszłość”. Warszawa, 14.04.2023 r.

Report on the National Scientific Conference “Local government in Poland – past, present and future”. Warsaw, 14 April 2023

274

Jerzy Słyk

Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego dorosłemu pacjentowi

*Permit (consent) of the guardianship court to provide
a health service to an adult patient*

Abstract

The aim of the article is to analyze the court practice in adjudicating on the authorization to provide health services to an adult patient. In the first part, interpretation problems regarding the legal regulations of this consent, reported in the doctrine of medical law, were signaled. In the second part, these problems are juxtaposed with the results of an empirical (file) study covering court proceedings for authorization to provide health services. In conclusion, detailed comments on judicial practice were formulated, including, inter alia, specifying the circle of participants in the proceedings, the manner of taking evidence and formulating the operative part of the judgment, and the desirability of maintaining the current model of the discussed court proceedings was questioned. It seems that in many cases it would be more functional for doctors themselves to make decisions on medical consent.

Keywords: *medical consent, patient's rights, health service, court permission, incapacitated person*

Streszczenie

Artykuł ma na celu analizę praktyki sądowej w zakresie orzekania o zezwoleniu na udzielenie świadczenia zdrowotnego dorosłemu pacjentowi. W pierwszej części zasygnalizowane zostały problemy interpretacyjne dotyczące prawnych unormowań tej zgody, zgłaszane w doktrynie prawa medycznego. Problemy te zestawiono w drugiej części z wynikami badania empirycznego (aktowego)

Dr Jerzy Słyk, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-3067-1986, e-mail: j.slyk@uksw.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 24.02.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2023 r.

obejmującego postępowania sądowe o zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W konkluzji sformułowano uwagi szczegółowe dotyczące praktyki sądowej, obejmujące m.in. określenie kręgu uczestników postępowania, sposób prowadzenia postępowania dowodowego i formułowania sentencji orzeczenia, oraz podano w wątpliwość celowość utrzymania obowiązującego modelu omawianych postępowań sądowych. Jak się wydaje, w wielu przypadkach bardziej funkcjonalne byłoby podejmowanie decyzji w przedmiocie zgody medycznej przez samych lekarzy.

Słowa kluczowe: zgoda medyczna, prawa pacjenta, świadczenie zdrowotne, zezwolenie sądu, osoba ubezwłasnowolniona

1. Wstęp

Unormowania prawa medycznego dotyczące zgody na interwencję medyczną stanowią wyraz realizacji praw człowieka, w tym praw pacjenta. W piśmiennictwie wskazuje się, że zgoda pacjenta ściśle wiąże się z realizacją norm konstytucyjnych określających katalog praw i wolności. Wśród nich wymienić należy art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹ gwarantujący poszanowanie przyrodzonej i nienaruszalnej godności człowieka, art. 31 Konstytucji RP ustanawiający ochronę wolności człowieka i art. 47 Konstytucji RP gwarantujący ochronę prawną życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o życiu osobistym². Nie bez znaczenia dla stosowania unormowań prawnych dotyczących zgody medycznej pozostaje konstytucyjna zasada ochrony wolności sumienia i religii (art. 53 Konstytucji RP)³. W świetle przywołanych praw i wolności szczególne znaczenie uzyskuje dyrektywa poszanowania autonomii pacjenta, będąca jedną z podstawowych zasad prawa medycznego⁴.

W tym kontekście ustawowe regulacje określające wymóg zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego, zasady odstąpienia od wyrażania tej zgody oraz jej substytuowania można określić jako centralne i jedno z najistotniejszych wśród unormowań prawa medycznego. Założenie to powinno kształtować przyjęte konstrukcje normatywne jako spójne i zrozumiałe dla adresatów norm prawnych. Tymczasem przepisy dotyczące zgody medycznej pacjenta stanowią przedmiot kontrowersji od początku ich obowiązywania⁵. Po pierwsze, wątpliwości interpretacyjne wiążą się z określeniem struktury podmiotowej zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz przesłanek orzekania przez sąd opiekuńczy o udzieleniu świadczenia zdrowotnego⁶. Po drugie, sygnały płynące od praktyków wskazują na istotne trudności dotyczące strony procesowej orzekania o zezwoleniu (zgodzie) na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi⁷.

Zasygnalizowane względy przemawiały za podjęciem kolejnego badania praktyki wymiaru sprawiedliwości w omawianych rodzajach spraw⁸, tym razem dotyczącego zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego pełnoletniemu pacjentowi. Celem badania było ustalenie, na ile zgłaszane w piśmiennictwie wątpliwości mają odbicie w praktyce orzecniczej sądów oraz na jakie

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

² Por. P. Sobolewski, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 389–392.

³ P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 392.

⁴ P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 370–371.

⁵ Por. np. M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 40 i n.

⁶ Por. np. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsistemowe*, Warszawa 2013, s. 445–645. Jest znamienne, że omówieniu tej problematyki zostało poświęcone aż 200 stron monografii.

⁷ Autor niniejszego opracowania miał okazję zapoznać się ze skalą wątpliwości zgłaszanych przez sędziów w ramach szkoleń prowadzonych w 2018 r. w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

⁸ Dotychczas w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości przeprowadzono badania aktowe odnośnie do stosowania ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1731 ze zm.; dalej u.z.l.l.d. lub ustawa lekarska) dotyczące zezwolenia sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu oraz orzekania w przedmiocie umieszczenia

problemy napotykają sądy opiekuńcze i jak je rozwiązują. Niniejsze opracowanie głównie poświęcone jest uzyskanym wynikom. Ich prezentacja zostanie poprzedzona omówieniem materialno-prawnych podstaw orzekania w przedmiocie zezwolenia na udzielenie pacjentowi świadczenia zdrowotnego.

2. Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego pełnoletniemu pacjentowi w świetle unormowań ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – problemy interpretacyjne

2.1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem rozważań oraz analizy aktowej będą regulacje prawne dotyczące zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi, w szczególności art. 32 i 34 u.z.l.l.d. oraz art. 17 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁹. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostawiono unormowania dotyczące zadań sądu w razie przeprowadzenia eksperymentu medycznego (art. 25 u.z.l.l.d.). W badaniu nie natrafiono na postępowania sądowe toczące się na tej podstawie prawnej, co wynika być może z tego, że bardzo rzadko dochodzi do angażowania sądu w przypadkach ryzykownych procedur medycznych, na które nie można uzyskać zgody samego pacjenta.

Problematyka zgody pacjenta i orzekania przez sąd opiekuńczy o udzieleniu świadczenia zdrowotnego była już przedmiotem wielu opracowań prawniczych¹⁰. Szczegółowa analiza wszystkich pojawiających się problemów interpretacyjnych wykracza poza ramy niniejszego opracowania. W dalszej jego części problemy te zostaną jedynie zasygnalizowane i zestawione. Nakreślony w ten sposób obszar dogmatycznych wątpliwości związanych z orzekaniem przez sąd w sprawie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi zostanie następnie skonfrontowany z wynikami badania empirycznego (aktowego).

2.2. Kwestie terminologiczne

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na niektóre kwestie terminologiczne, które stanowią istotny problem ustawodawstwa medycznego. W art. 32 i 34 u.z.l.l.d.

pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym. Zob. J. Słyk, *Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)*, „Prawo w Działaniu” 2016/25, s. 149–190; J. Słyk, *Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym*, „Prawo w Działaniu” 2019/40, s. 79–122, <https://doi.org/10.32041/pwd.4003>. Problematyka zezwolenia (zgody) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi pełnoletniemu, niepozostającemu pod władzą rodzicielską, nie była natomiast przedmiotem analiz aktowych.

⁹ Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1876 ze zm.) – dalej u.p.p.r.p.

¹⁰ Por. np. M. Safjan, *Prawo...;* R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010; B. Janiszewska, *Zgoda...;* A. Wojcieszak, *Autonomia pacjenta z zaburzeniami psychicznymi*, Warszawa 2021.

ustawodawca posłużył się pojęciami opisującymi zdarzenia i zjawiska z zakresu medycyny, takimi jak: „świadczenie zdrowotne”, „czynność medyczna”, „operacja”, „metoda leczenia lub diagnostyki stwarzająca podwyższone ryzyko”, „choroba psychiczna”, „niedorozwój umysłowy”. Przyjęcie określonych zakresów znaczeniowych tych terminów ma fundamentalne znaczenie dla wykładni omawianych przepisów prawnych, tymczasem ustawodawca w zasadzie nie sformułował w tym zakresie definicji legalnych.

Szczególną wagę z punktu widzenia określenia zakresu stosowania art. 32 i 34 u.z.l.l.d. przypisać należy pojęciu „świadczenia zdrowotnego”. Przyjęcie określonego znaczenia tego terminu decyduje bowiem o kognicji sądu orzekającego w sprawie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Sąd nie powinien orzekać w przedmiocie zezwolenia, gdyby okazało się, że sprawa nie dotyczy świadczenia zdrowotnego. Sama ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty w art. 2 wymienia jedynie przykładowo różne rodzaje świadczeń zdrowotnych, takie jak: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, a także wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich. Nie rozwiązuje to wszystkich wątpliwości, dlatego konieczne jest ujęcie systemowe i odwołanie do innych aktów prawnych z zakresu prawa medycznego¹¹. W art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.r.p. sformułowana została definicja legalna pojęcia „świadczenia zdrowotnego”, polegająca na odesłaniu do unormowania art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej¹². W tym z kolei przepisie określono świadczenia zdrowotne jako działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹³ posługuje się kategorią pojęciową świadczeń opieki zdrowotnej, które mają na celu zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnację oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie. W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, że z tak sformułowanych definicji wynika, że aby działanie lekarza miało charakter świadczenia zdrowotnego musi być nakierowane na realizację celu leczniczego, tj. służyć zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia¹⁴. Takie ujęcie wymaga z kolei przyjęcia określonej koncepcji pojęcia „zdrowia”, które nie jest definiowane w aktach prawnych i wymaga dokonania odniesień pozaprawnych – nie tylko ściśle medycznych, ale również społecznych i kulturowych. O ile dawniej zdrowie rozumiane było jako przeciwieństwo choroby, to obecnie jest ono łączone nie tylko z czynnikami natury

¹¹ W piśmiennictwie dopuszcza się poszukiwanie uniwersalnego znaczenia pojęcia „świadczenia zdrowotnego”, zaczerpniętego z innych ustaw. Por. B. Janiszewska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 1046.

¹² Ustawa z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 633 ze zm.).

¹³ Ustawa z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2561 ze zm.).

¹⁴ B. Janiszewska, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 1053, 1064 i 1070.

biologicznej, ale również psychicznej i społecznej¹⁵. W najszerszym, socjologicznym ujęciu zdrowie określono jako zdolność do zaspokojenia przez jednostkę potrzeb związanych z jej funkcjonowaniem w społeczeństwie (pełnieniem ról społecznych)¹⁶. W Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia¹⁷ przyjęto, że zdrowie jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności. Przywołane definicje mogą jednak prowadzić do daleko idącej subiektywizacji kategorii zdrowia i przez to odznaczają się ograniczoną użytecznością na gruncie prawnym¹⁸. W piśmiennictwie prawniczym również jednak formułowane są definicje o szerokim zakresie. Zdaniem Beaty Janiszewskiej zdrowie nie może być utożsamiane wyłącznie z brakiem choroby lub ułomności i powinno być ujmowane wieloaspektowo, z uwzględnieniem fizycznej, psychicznej i społecznej sfery funkcjonowania człowieka¹⁹. Nie kwestionując co do zasady takiego podejścia, należy jednak zaznaczyć, że z punktu widzenia praktyki stosowania art. 32 i 34 u.z.l.l.d. kluczowe jest odróżnienie świadczeń zdrowotnych od czynności nielecniczych podejmowanych przez lekarza, których przedmiotem nie jest zdrowie człowieka. Z tego punktu widzenia zdrowie pacjenta należy postrzegać w kategoriach możliwie zobiektywizowanych, a więc uwzględniających powszechnie akceptowane normy społeczne, a nie jedynie subiektywne przekonanie o potrzebach mających zapewnić komfort psychiczny²⁰. Takie podejście pozwalałoby np. odróżnić uzasadnione ochroną zdrowia psychicznego pacjenta korekty wyglądu zewnętrznego w przypadkach oszpeceń lub wad rozwojowych od subiektywnie motywowanych decyzji o podjęciu zabiegów z zakresu chirurgii plastycznej.

W art. 32 u.z.l.l.d., wśród ogółu świadczeń zdrowotnych, została wyodrębniona kategoria „badania”. Zgodę na jego przeprowadzenie może wyrazić również opiekun faktyczny pacjenta małoletniego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody (art. 32 ust. 3 u.z.l.l.d.). Ponadto z art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d. zdaje się wynikać, że lekarz bez zezwolenia sądu jest uprawniony do przeprowadzenia badania u pacjenta niemającego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego, względnie gdy porozumienie z tymi osobami jest niemożliwe²¹. W świetle tych unormowań określenie znaczenia pojęcia „badanie” może mieć istotny wpływ na ocenę możliwości

¹⁵ Por. np. E. Korzeniowska, *O zdrowiu i jego definicjach*, „Zdrowie Publiczne” 1988/99(9); J. Domaradzki, *O definicjach zdrowia i choroby*, „Folia Medica Lodziensia” 2013/40(1), s. 11–12.

¹⁶ T. Parsons, *The Social System*, London 1991, s. 289, <https://doi.org/10.4324/9780203992951>.

¹⁷ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku 22.07.1946 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.).

¹⁸ Marian Filar słusznie zwraca uwagę, że w istocie definicja przyjęta przez Światową Organizację Zdrowia łączy kategorię zdrowia z „dobrym samopoczuciem” – M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nielekoopracjami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000/5(2), s. 61–62.

¹⁹ B. Janiszewska, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 1066.

²⁰ Warto zaznaczyć, że w piśmiennictwie prezentowane są również dalej idące poglądy zmierzające do sprecyzowania znaczenia analizowanego pojęcia. Zdaniem M. Filara czynnością leczniczą jest jedynie czynność mająca na celu zapobiegzenie, rozpoznanie, terapię lub rehabilitację w odniesieniu do skategoryzowanych na podstawie obiektywnych kryteriów biologiczno-medycznych chorób i ułomności – M. Filar, *Odpowiedzialność...*, s. 62.

²¹ B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 557–558.

orzekania przez sąd opiekuńczy w przedmiocie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego, np. wtedy gdy w toku postępowania okaże się, że została już wyrażona zgoda przez opiekuna faktycznego.

W piśmiennictwie zwrócono uwagę, że pojęcie „badania” może być rozumiane niejednolicie. Wątpliwości dotyczą tego, czy badanie oznacza dokonywanie najprostszych czynności leczniczych mających na celu diagnostykę (obejrzenie pacjenta, osłuchanie go itp.), czy też obejmuje wszelkie czynności diagnostyczne²². W doktrynie zdaje się przeważać opinia, zgodnie z którą pojęcie „badania” powinno być rozumiane możliwie wąsko (w takim zakresie nie mieszczą się zwłaszcza zabiegi operacyjne i inne świadczenia stwarzające podwyższone ryzyko, o których stanowi art. 34 u.z.l.l.d.)²³.

Istotnym problemem związanym z orzekaniem w przedmiocie zezwolenia (zgody) na udzielenie świadczenia zdrowotnego może być dokonanie kwalifikacji prawnej związanej z odróżnieniem świadczenia zdrowotnego określonego w art. 32 u.z.l.l.d. od przewidzianych w art. 34 u.z.l.l.d. zabiegu operacyjnego oraz metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. W przypadku tym ustawodawca zastosował określenie, które w części ma charakter obiektywny („zabieg operacyjny”), a w części odwołuje się do konkretnej sytuacji zdrowotnej pacjenta. Odróżnienie ryzyka „zwykłego” od „podwyższonego” musi być dokonywane w kontekście zagrożenia, jakie świadczenie zdrowotne będzie stwarzać dla konkretnego pacjenta²⁴. W piśmiennictwie słusznie wskazano na wiele czynników, które pozwalają dokonać tej oceny. Należą do nich: stopień skomplikowania technicznego i medycznego danego zabiegu; fizyczny i psychiczny stan pacjenta; jego indywidualne cechy, jak np. wiek, przebyte choroby, wcześniejsze doświadczenia medyczne; stopień wykształcenia i doświadczenia zespołu podejmującego czynność medyczną; warunki kliniczne jednostki, w której zabieg się wykonuje; prawdopodobieństwo wystąpienia uszczerbku lub rozstroju zdrowia pacjenta i stopień możliwego uszczerbku²⁵. Oznacza to, że samo określenie podstaw prawnych orzekania przez sąd opiekuńczy może w praktyce wymagać zaangażowania opinii biegłego. Wbrew pozorom nie jest również oczywista kategoria pojęciowa „zabiegu operacyjnego”. Może bowiem pojawić się problem z kwalifikacją mniej poważnych interwencji chirurgicznych, polegających jednak na przerwaniu ciągłości powłok ciała, jako takiego zabiegu. Kryterium ryzyka dla pacjenta nie jest w tym przypadku wystarczające, ponieważ wykładnia gramatyczna art. 34 ust. 1 u.z.l.l.d. prowadzi do wniosku, że przepis ten obejmuje zabiegi operacyjne, niebędące metodą (leczenia lub diagnostyki) stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta.

²² Por. na ten temat np. J. Kubiak, *Prawo...*, s. 342; B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 448 oraz przywołana tam literatura.

²³ Tak: M. Safjan, *Prawo...*, s. 45.

²⁴ Por. Ł. Caban, M. Urbańska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. M. Kopeć, LEX/el. 2016, komentarz do art. 34, teza 1.

²⁵ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materiałnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, „Prawo i Medycyna” 2005/19, s. 51–52.

2.3. Przesłanki rozstrzygnięcia sądu

Doktryna prawa medycznego koncentruje się na analizie struktury podmiotowej normatywnej konstrukcji zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Wynika to ze znacznego skomplikowania omawianych tu regulacji prawnych oraz związanych z tym wątpliwości interpretacyjnych. Jednocześnie pomija się często problem natury zasadniczej, tzn. określenie materialnoprawnej przesłanki rozstrzygnięcia sądu orzekającego w przedmiocie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ustawodawca nie sformułował jej ani w art. 32 i 34 u.z.l.l.d., ani w art. 17 i 18 u.p.p.r.p.

Poszukując innych przypadków, w których ustawodawca posługuje się konstrukcją zezwolenia sądu opiekuńczego, wskazać można na sprawy z zakresu prawa rodzinnego. Na przykład zezwolenia na zawarcie małżeństwa przez kobietę mającą ukończone 16 lat sąd udziela z ważnych powodów (art. 10 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁶). Bardziej zbliżone jurydycznie do sytuacji będącej przedmiotem niniejszego opracowania jest rozstrzygnięcie sądu w istotnych sprawach dziecka (art. 97 § 2 k.r.o.) oraz zezwolenie na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka (art. 101 § 3 k.r.o.). W obu tych przypadkach w treści przepisu nie została wskazana przesłanka rozstrzygnięcia, jednak w świetle ogólnych zasad prawa rodzinnego nie budzi wątpliwości, że czynnikiem warunkującym decyzję sądu jest przede wszystkim dobro dziecka²⁷.

Nie wydaje się, aby na gruncie prawa medycznego analogiczne rozwiązanie, odwołujące się do kategorii dobra pacjenta, dawało w pełni satysfakcjonujące rezultaty, przynajmniej w odniesieniu do pełnoletnich, nieubezwłasnowolnionych i niedotkniętych zaburzeniami psychicznymi pacjentów niezdolnych do wyrażenia zgody. W tych bowiem przypadkach pojawia się perspektywa rekonstrukcji przez sąd woli samego pacjenta, która nie musi być zgodna z jego obiektywnie pojmowanym interesem zdrowotnym. Warto w tym miejscu przywołać postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 27.10.2005 r.²⁸, w którym wskazano, że „oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące”. Szczegółowe omówienie problematyki tzw. zgody/sprzeciwu *pro futuro* przekracza ramy niniejszego opracowania²⁹.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że przywołane orzeczenie, jak również poglądy wyrażone w doktrynie dotyczyły aspektu legalności udzielenia świadczenia zdrowotnego w kontekście zgody lub sprzeciwu *pro futuro*. Argumentem, który podnoszono

²⁶ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.) – dalej k.r.o.

²⁷ J. Słyk, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 5, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1263.

²⁸ III CK 155/05, OSNC 2006/7–8, poz. 137.

²⁹ Na ten temat por. szczegółowo L. Bosek, P. Sobolewski, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 507–512.

na rzecz uznania skuteczności takiej zgody lub sprzeciwu, był wymóg poszanowania autonomii pacjenta, stanowiący podstawową zasadę prawa medycznego³⁰. Wydaje się zatem, że wartość ta, tak jak pozostałe prawa pacjenta, powinna być brana pod uwagę (stanować przesłankę rozstrzygnięcia) w sprawach dotyczących zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

Analizując przesłanki rozstrzygnięcia sądu, należy również odnieść się do problemu treści tego rozstrzygnięcia. Artykuły 32 i 34 u.z.l.l.d. posługują się pojęciami „świadczeń zdrowotnych”, „badania”, „zabiegu operacyjnego” oraz „metody leczenia lub diagnostyki”. Są to zatem pojęcia o różnym poziomie ogólności. W doktrynie wskazuje się, że zgoda pacjenta powinna obejmować skonkretyzowane świadczenia zdrowotne i nie może mieć postaci blankietowej³¹. Podobną zasadę należy odnosić do treści zezwolenia sądu (sformułowania sentencji postanowienia). Należy jednak zaznaczyć, że w praktyce pojawiać się będzie problem stopnia konkretyzacji świadczenia zdrowotnego. Na przykład przeprowadzenie zabiegu operacyjnego będzie obejmowało przygotowanie do tego zabiegu, badania anestezyjologiczne i samo znieczulenie, zabieg chirurgiczny, terapię pooperacyjną zapobiegającą zakażeniom. Wydaje się, że nadmierna kazuistyka w formułowaniu sentencji orzeczenia sądu byłaby jednak niewskazana, ponieważ z pewnością w praktyce prowadziłyby do przeoczenia niektórych koniecznych świadczeń zdrowotnych.

2.4. Zagadnienia podmiotowe (sygnalizacja problematyki)

Problematyka podmiotowej struktury zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego należy do najszerszej omawianych w piśmiennictwie odnoszącym się do zagadnienia zgody pacjenta. W niniejszym opracowaniu zostaną jedynie zasygnalizowane problemy związane z orzekaniem w przedmiocie zezwolenia/zgody sądu. Wyłączając przypadki dotyczące pacjenta małoletniego, na podstawie art. 32, 34 i 35 u.z.l.l.d. można wskazać następujące sytuacje, które angażują sąd opiekuńczy:

- 1) w przypadku badania lub innych świadczeń zdrowotnych niebędących zabiegami operacyjnymi lub metodami leczenia lub diagnostyki stwarzającymi podwyższone ryzyko dla pacjenta: a) gdy pacjent niezdolny do świadomego wyrażenia zgody nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z przedstawicielem ustawowym jest niemożliwe (zezwolenie sądu – art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d.); b) gdy pacjent niezdolny do świadomego wyrażenia zgody nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego lub porozumienie z tymi osobami jest niemożliwe, a zostało przeprowadzone badanie (zgoda sądu – art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d.); c) gdy osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanie, sprzeciwia się czynnościom medycznym, a przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny wyraża zgodę lub nie wyraża zgody (zezwolenie sądu – art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.);

³⁰ L. Bosek, P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 511.

³¹ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materiałnoprprawne...*, s. 55.

- 2) w przypadku zabiegu operacyjnego lub stosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko: a) gdy pacjent ubezwłasnowolniony lub niezdolny do świadomego wyrażenia pisemnej zgody nie ma przedstawiciela ustawowego lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe (zezwoenie sądu – art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d.); b) gdy osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanie, sprzeciwia się czynnościom medycznym, a przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny wyraża zgodę lub nie wyraża zgody (zezwoenie sądu – art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.); c) gdy przedstawiciel ustawowy pacjenta ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na udzielenie świadczeń zdrowotnych, a są one niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia (zgoda sądu – art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d.).
- 3) na lekarzu ciąży ponadto obowiązek poinformowania sądu: a) o udzieleniu świadczenia zdrowotnego bez zezwolenia sądu w sytuacji niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia pacjenta (art. 32 ust. 9 w zw. z art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d. oraz art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.); b) „O okolicznościach, o których mowa w ust. 3–7” art. 34 u.z.l.l.d. (art. 34 ust. 8 u.z.l.l.d.); c) o zmianie zakresu zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w trakcie ich wykonywania w razie wystąpienia okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (art. 35 ust. 2 u.z.l.l.d.).

Samo wyodrębnienie powyższych przypadków może stwarzać trudności. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że przepisy sformułowane są w sposób chaotyczny i niekonsekwentny. Tak oto ustawodawca posługuje się zarówno terminem „zezwoenie”, jak i „zgoda” sądu, co – w świetle reguł wykładni językowej – mogłoby sugerować odrębne znaczenia tych pojęć. Na gruncie omawianych regulacji prawnych nie sposób jednak zrekonstruować zamysłu ustawodawcy stojącego za posłużeniem się odmiennymi terminami ani odmiennych konsekwencji tego zabiegu. W piśmiennictwie słusznie wskazano, że założenie rozłączności znaczeniowej pojęć „zezwoenie” i „zgody” prowadziłoby do wniosków trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia celowości i funkcji omawianych przepisów: udzielenie świadczeń zdrowotnych przez lekarza w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia pacjenta bez wymaganej co do zasady zgody sądu (art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.) byłoby ograniczone wyłącznie do przypadków odmowy zgody przedstawiciela ustawowego (art. 34 ust. 6 u.z.l.l.d.).³² Należy w związku z tym uznać, że posłużenie się przez ustawodawcę odmiennymi pojęciami jest pozbawione konsekwencji interpretacyjnych, a skutki „zezwoenie” i „zgody” są tożsame i polegają na umożliwieniu legalnego udzielenia świadczenia

³² W piśmiennictwie słusznie wskazano, że założenie rozłączności znaczeniowej pojęć „zezwoenie” i „zgody” prowadziłoby do trudnych do przyjęcia wniosków: udzielenie świadczeń zdrowotnych przez lekarza w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia pacjenta bez wymaganej co do zasady zgody sądu (art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.) byłoby ograniczone wyłącznie do przypadków sprzeciwu pacjenta.

zdrowotnego pacjentowi. Ponadto wydaje się, że sądy powinny jednak zachowywać terminologię ustawową i w ten sposób różnicować formułowane sentencje.

W konstrukcji art. 32 u.z.l.l.d. uwagę zwraca zestawienie ust. 1, 2, 3 i 8 tego przepisu. Otóż z art. 32 ust. 1 i 2 wynika, że zezwolenie sądu jest wymagane zarówno w przypadku przeprowadzenia badania, jak i udzielenia innych świadczeń zdrowotnych pacjentowi niezdolnemu do wyrażenia zgody, który nie ma przedstawiciela ustawowego, względnie gdy porozumienie z przedstawicielem ustawowym jest niemożliwe, przy czym w odniesieniu do badania zgodę może wyrazić opiekun faktyczny. Natomiast w ust. 8 omawianego artykułu ustawodawca odróżnił „badanie” od „dalszych świadczeń zdrowotnych” i jedynie te ostatnie uwarunkował zgodą sądu w przypadku, gdy pacjent niezdolny do wyrażenia świadomej zgody nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna bądź porozumienie z tymi osobami jest niemożliwe. Zdaniem B. Janiszewskiej oznacza to, że lekarz jest uprawniony do przeprowadzenia badania w takiej sytuacji bez zgody pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego i – jak się wydaje – sądu³³. Podobne stanowisko zajmuje Mirosława Malczewska, wskazując, że lekarz ma obowiązek wystąpić do sądu o zgodę, gdy świadczenie „nie jest tylko zwykłym badaniem”³⁴. W doktrynie sformułowane zostało jednak również stanowisko odmienne. Małgorzata Świderska określa art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d. jako *superfluum* ustawowe³⁵. Pogląd wyłączający konieczność uzyskania zezwolenia/zgody sądu na przeprowadzenie badania wobec pacjenta, o którym jest mowa w art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d., wydaje się uzasadniony celowościowo: w praktyce w przypadku badań niestwarzających podwyższonego ryzyka dla pacjenta angażowanie sądu wydaje się zbędne. Sposób sformułowania tej normy przez ustawodawcę jest jednak nader skomplikowany i powodujący wątpliwości. Na przykład trudno ustalić, dlaczego w art. 32 ust. 8 u.z.l.l.d. wskazuje się na brak opiekuna faktycznego, skoro nie jest on uprawniony do wyrażania zgody na inne niż badanie świadczenia zdrowotne, a także jakie byłyby konsekwencje w przypadku, gdyby pacjent miał opiekuna faktycznego (literalnie hipoteza tej normy nie byłaby spełniona, a więc i jej dyspozycja nie mogłaby znaleźć zastosowania).

W doktrynie od początku obowiązywania ustawy lekarskiej wskazywano na jej uchybienia, prowadzące do powstania wątpliwości interpretacyjnych dotyczących zgody osób ubezwłasnowolnionych i zezwolenia sądu na udzielenie świadczenia zdrowotnego takim osobom³⁶. Określenie struktury podmiotowej zgody pacjenta ubezwłasnowolnionego wymaga uwzględnienia kilku czynników (zmiennych), które mogą występować w wielu konfiguracjach. Są to: rodzaj ubezwłasnowolnienia (całkowite, częściowe), faktyczna zdolność do wyrażenia świadomej zgody (zdolność, brak

³³ Por. B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 557–558. Autorka zwraca tu uwagę na niejasność omawianych przepisów, a w innej publikacji wskazuje jednak, że rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego następuje w przypadku potrzeby przeprowadzenia badania. Por. B. Janiszewska, *Zadania sądu opiekuńczego określone w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, „Rodzina i Prawo” 2008/9–10, s. 66.

³⁴ M. Malczewska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, LEX/el. 2022, komentarz do art. 32, teza 13.

³⁵ M. Świderska, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 54.

³⁶ M. Safjan, *Prawo...*, s. 52.

zdolności), rodzaj świadczeń zdrowotnych („zwykle” badanie, „zwykle świadczenie zdrowotne inne niż badanie”, zabieg operacyjny lub inne świadczenie stwarzające podwyższone ryzyko). Dodatkowe komplikacje interpretacyjne mogą wynikać z uwzględnienia treści art. 17 u.p.p.r.p., który sytuację osób ubezwłasnowolnionych określa odmiennie, a przede wszystkim ustanawia w sposób generalny prawo pacjenta mającego ukończone 16 lat do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie świadczeń zdrowotnych.

Wyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie przewidziane zostało w art. 32 ust. 4 u.z.l.l.d. Przepis ten jednak nie wspomina o zezwoleniu sądu w razie braku przedstawiciela ustawowego. Powstaje w związku z tym konieczność oceny sytuacji osób ubezwłasnowolnionych, które nie są niezdolne do jej wyrażenia. Literalne odczytanie przywołanego wyżej przepisu prowadzi do wniosku, że zgoda osoby ubezwłasnowolnionej częściowo zdolnej do wyrażenia tej zgody jest wymagana³⁷. Taka wykładnia wydaje się uzasadniona ze względów celowościowych, gdyż zapewnia poszanowanie autonomii pacjenta. Nie jest jednak jednolicie przyjmowana w doktrynie³⁸. Warto dodać, że w omawianym przypadku dla osoby ubezwłasnowolnionej częściowo może zostać ustanowiony kurator wyposażony w możliwość jej reprezentowania (przedstawiciel ustawowy) lub niemający takiego uprawnienia. Kurator może wyrazić zgodę za pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody tylko w pierwszym przypadku (gdy jest przedstawicielem ustawowym).

Brak wzmianki w art. 32 ust. 4 u.z.l.l.d. o zezwoleniu sądu w przypadku braku przedstawiciela ustawowego osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, a zdolnej do wyrażenia zgody, został w piśmiennictwie oceniony jako luka w prawie, która powinna zostać wypełniona w drodze analogii *legis* przez zastosowanie art. 32 ust. 2 *in fine* u.z.l.l.d., co stwarza możliwość orzekania przez sąd w takich przypadkach³⁹. Ponadto zdaniem B. Janiszewskiej w świetle art. 17 ust. 1 u.p.p.r.p. również pacjent ubezwłasnowolniony całkowicie zachowuje prawo do wyrażenia zgody (a nie tylko zgody na badanie w razie dostatecznego rozeznania – por. art. 32 ust. 4 zd. 2 u.z.l.l.d.), o ile jest zdolny do jej świadomego wyrażenia, przy czym konieczne jest uzyskanie również zgody przedstawiciela ustawowego takiej osoby⁴⁰. W sytuacji tej występowałby zatem przypadek tzw. zgody podwójnej (kumulatywnej). To z kolei prowadzi do pytania, czy istnieje możliwość orzekania przez sąd opiekuńczy o zezwoleniu w razie braku zgody osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, ale zdolnej do wyrażenia zgody. Być może rozwiązaniem niektórych stanów faktycznych mogłoby być unormowanie przewidziane w art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d. pozwalające na wydanie przez sąd zezwolenia w razie sprzeciwu pacjenta ubezwłasnowolnionego.

Sytuacja jeszcze bardziej komplikuje się w przypadku oceny zasygnalizowanych problemów na gruncie art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d., który w zakresie zabiegów

³⁷ Por. B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 458–459 i 464.

³⁸ Por. P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 403.

³⁹ Por. B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 496.

⁴⁰ B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 492–493; B. Janiszewska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, LEX/el. 2019, rozdział V, pkt 4.7.

operacyjnych lub metod leczenia i diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko posługuje się ogólną kategorią osób ubezwłasnowolnionych (bez wskazania, o jakie ubezwłasnowolnienie chodzi), stawiając je na równi z osobami małoletnimi i niezdolnymi do wyrażenia zgody, za które zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy, a w razie jego braku – orzeka sąd opiekuńczy. Literalne odczytanie tej regulacji prowadzi do pozbawienia osób ubezwłasnowolnionych prawa do wyrażania zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych określonych w tym przepisie, nawet gdy są faktycznie zdolne do jej wyrażenia. Ten sposób wykładni może jednak osłabiać uwzględnienie treści art. 17 ust. 1 u.p.p.r.p., ustanawiającego w sposób generalny prawo pacjenta mającego ukończone 16 lat do wyrażenia zgody medycznej, oraz art. 17 ust. 2 u.p.p.r.p., który przewiduje prawo do wyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego pacjenta ubezwłasnowolnionego całkowicie, nie wspominając o ubezwłasnowolnionym częściowo. Dlatego w piśmiennictwie wskazano, że również w przypadku świadczeń „poważniejszych” określonych w art. 34 u.z.l.l.d. wymagana jest zgoda pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo, o ile nie jest on niezdolny do świadomego wyrażenia tej zgody⁴¹. Jak się wydaje, traktowanie pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo tak jak nieubezwłasnowolnionego prowadzi do wniosku, że również na gruncie art. 34 u.z.l.l.d. nie jest możliwe orzekanie przez sąd o zezwoleniu na udzielenie świadczenia zdrowotnego w razie braku zgody pacjenta. Gdy chodzi o pacjenta ubezwłasnowolnionego całkowicie, również prezentowany jest pogląd o konieczności uzyskania jego zgody na „poważniejsze” świadczenia zdrowotne, o ile jest zdolny do jej wyrażenia⁴². Podstawą interwencji sądu w razie braku tej zgody miałby być art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.⁴³ Stanowisko to nie jest jednak przyjmowane przez wszystkich autorów⁴⁴.

Możliwość orzekania przez sąd opiekuńczy – tym razem w przedmiocie zgody – przewidziana została w przypadku sprzeciwu pacjenta, przy czym unormowanie prawne zostało ukształtowane w sposób analogiczny dla „zwykłych” i „poważniejszych” świadczeń zdrowotnych (art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d. oraz art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 u.z.l.l.d.). Przywołane przepisy posługują się kategorią pacjenta mającego ukończone 16 lat, osoby ubezwłasnowolnionej i pacjenta chorego psychicznie dysponującego dostatecznym rozeznaniem. Pomijając niedoskonałości gramatyczne tej regulacji⁴⁵, należy przyjąć, że prowadzi ona do wniosku, iż pacjent niezdolny do wyrażenia zgody

⁴¹ B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 458–459, 464; Por. też D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, LEX/el. 2016, komentarz do art. 17. Jednakże zdaniem Przemysława Sobolewskiego art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d. stanowi wystarczającą podstawę do samodzielnego decydowania o leczeniu pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo przez jego przedstawiciela ustawowego. Por. P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 403 i 406; P. Sobolewski, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Legalis 2020, komentarz do art. 17, teza 2.

⁴² B. Janiszewska, [w:] *System...*, t. 2, cz. 1, *Regulacja...*, rozdział V, pkt 4.7.

⁴³ B. Janiszewska, [w:] *System...*, t. 2, cz. 1, *Regulacja...*

⁴⁴ P. Sobolewski, [w:] *System...*, t. 1, *Instytucje...*, s. 401.

⁴⁵ Na przykład można zadać pytanie, dlaczego osoba ubezwłasnowolniona nie została określona jako pacjent oraz dlaczego okoliczność „dysponowania rozeznaniem” pod względem gramatycznym odnosi się tylko do pacjenta chorego psychicznie lub upośledzonego umysłowo. W doktrynie stan braku rozeznania przypisywany jest jednak wszystkim kategoriom pacjentów określonych w omawianym przepisie. Por. B. Janiszewska, [w:] *System...*, t. 2, cz. 1, *Regulacja...*, rozdział V, pkt 5.2.

medycznej może dysponować dostatecznym rozeznaniem do wyrażenia sprzeciwu. Rozwiązanie to, czysto konstrukcyjnie, wydaje się przekonujące, jednak powstaje wątpliwość, na ile w praktyce lekarskiej i sądowej możliwe będzie odróżnienie tych przypadków. Skalę wątpliwości powiększa uwzględnienie jednej z prezentowanych wyżej koncepcji dotyczących zgody wyrażanej przez osoby ubezwłasnowolnione. Na przykład założenie, że pacjent ubezwłasnowolniony częściowo, który nie jest niezdolny do wyrażenia zgody medycznej, sam, bez udziału przedstawiciela ustawowego wyraża tę zgodę, prowadzi do wniosku, iż przesłanki wydania przez sąd zezwolenia określone w art. 32 ust. 6 u.z.l.i.d. (sprzeciw pacjenta i zgoda albo niewyrażenie zgody przez przedstawiciela ustawowego) mogą się spełnić w przypadku pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo, który jest niezdolny do wyrażenia zgody, ale ma dostateczne rozeznanie do wyrażenia sprzeciwu. Zdaniem B. Janiszewskiej możliwość przełamania sprzeciwu pacjenta orzeczeniem sądu wydanym na podstawie art. 32 ust. 6 u.z.l.i.d. pojawia się również w przypadku pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo, który jest zdolny do wyrażenia świadomej zgody i nie ma przedstawiciela ustawowego (ustanowiono dla niego kuratora niewyposażonego w możliwość reprezentacji)⁴⁶.

Podobnie również podstawowe założenia określające podmiotową stronę zgody pacjenta mogą rzutować na stosowanie art. 34 ust. 6 u.z.l.i.d., który daje możliwość przełamania orzeczeniem sądu odmowy zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta. Wynika z tego w sposób oczywisty, że sąd może orzekać na tej podstawie tylko wtedy, gdy przedstawiciel ustawowy jest uprawniony do wyrażenia zgody (konsekwentnie – odmowy zgody) na udzielenie pacjentowi świadczenia zdrowotnego. W zależności od tego, czy przyjęta zostanie koncepcja zakładająca konieczność uzyskania zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo, powstanie perspektywa stosowania tej regulacji prawnej.

Jak już wspomniano, problemy interpretacyjne dotyczące podmiotowej struktury zgody pacjenta zostały w niniejszym opracowaniu jedynie zasygnalizowane i wskazane przykładowo w celu określenia przestrzeni wątpliwości, które mogą powstać w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Omówienie wyników badań aktowych pozwoli ocenić, na ile te wątpliwości doktryny materializują się w rzeczywistości.

2.5. Zagadnienia procesowe

2.5.1. Sposób wszczęcia postępowania: na wniosek czy z urzędu?

W piśmiennictwie spotkać można rozbieżne wypowiedzi na temat tego, w jaki sposób powinny być wszczynane postępowania⁴⁷. Dokonanie oceny zasygnalizowanego problemu wymaga uwzględnienia poniższych okoliczności.

⁴⁶ Autorka zakłada, że konieczne jest uwzględnienie przy wykładni omawianego przepisu też regulacji art. 17 ust. 3 u.p.p.r.p., co prowadzić ma do wniosku, że sprzeciw pacjenta może być wyrażany także w sytuacji, gdy nie ma on przedstawiciela ustawowego uprawnionego do wyrażania zgody. B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 617 i 640.

⁴⁷ Zdaniem B. Janiszewskiej sąd wszczyna postępowanie z urzędu – B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 545 i 572; B. Janiszewska, *Zadania...*, s. 86. Z kolei Dorota Karkowska wskazuje, że postępowanie sądowe wszczynane jest wskutek złożenia wniosku przez lekarza – D. Karkowska, *Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta, Komentarz*, LEX/el. 2021, komentarz do art. 17, pkt 2.

Unormowania ustawy lekarskiej w zakresie procesowym są lakoniczne. Ograniczają się do określenia właściwości miejscowej sądu (art. 32 ust. 10 u.z.l.l.d.), konsekwentnie stanowiąc, że sądem orzekającym w przedmiocie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest sąd opiekuńczy, ten zaś może wszcząć postępowanie z urzędu (art. 570 Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁸). Co istotne, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie wskazuje się, że użyte przez ustawodawcę słowo „może” nie powinno być odczytywane literalnie. Charakter zadań i funkcja sądu opiekuńczego przemawiają za tym, aby sąd obligatoryjnie wszczynał postępowanie zawsze, gdy dowie się o uzasadniających takie działanie okolicznościach⁴⁹. Nie wynika stąd jednak, że sprawy przed sądem opiekuńczym toczą się wyłącznie z urzędu⁵⁰. Jak wskazał SN w postanowieniu z 13.12.2013 r.⁵¹, mimo że w odniesieniu do postępowań o ograniczenie władzy rodzicielskiej żaden przepis nie określa podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania, nie można przyjąć, iż postępowanie w tym przedmiocie może być wszczęte tylko z urzędu. Również w ustawie lekarskiej nie wskazano podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku. Pewna wskazówka interpretacyjna może wynikać z art. 34 ust. 8 u.z.l.l.d., który przewiduje obowiązek poinformowania sądu opiekuńczego przez lekarza o okolicznościach „o których mowa w ust. 3–7”, a więc przypadkach uzasadniających interwencję sądu. Mogłoby to zmierzać do konkluzji, że ustawodawca nie przewiduje możliwości składania wniosku przez lekarza, a jedynie wprowadza obowiązek poinformowania sądu opiekuńczego. Jednocześnie należy zauważyć, że analogiczne unormowanie nie zostało sformułowane w art. 32 u.z.l.l.d., który również przewiduje interwencję sądu opiekuńczego.

Wydaje się, że wybór sposobu wszczęcia postępowania przed sądem opiekuńczym wymaga uwzględnienia kwestii legitymacji do wystąpienia z wnioskiem oraz uzyskania statusu uczestnika postępowania nieprocesowego. W praktyce podmiotem dostarczającym sądowi informację o potrzebie wydania zezwolenia/zgody jest z reguły lekarz. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy może on być wnioskodawcą i uczestnikiem. W doktrynie wskazuje się na konstrukcyjną odrębność tych pojęć, jednakże uprawnienie do wszczęcia postępowania może decydować o dopuszczalności lub skuteczności postępowania nieprocesowego⁵². W uzasadnieniu przywołanego wyżej postanowienia SN z 13.12.2013 r.⁵³ wskazano, że określenie kręgu osób legitymowanych do wystąpienia z wnioskiem w postępowaniu nieprocesowym jest dokonywane przez ustawodawcę w różny sposób i może polegać na ogół-

⁴⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁴⁹ Por. np. J. Gudowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016, komentarz do art. 570, pkt 1; por. też np. uchwałę SN z 22.11.1977 r., III CZP 91/77, OSNC 1978/7, poz. 106.

⁵⁰ Por. Ryłski, *Uczestnik postępowania nieprocesowego – zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2017, rozdział 5, pkt 5.1.1.

⁵¹ Postanowienie SN z 13.12.2013 r., III CZP 89/13, OSNC-ZD 2015/2, poz. 21.

⁵² Tak P. Ryłski, *Uczestnik...*, rozdział 5, pkt 5.3.1.

⁵³ III CZP 89/13, OSNC-ZD 2015/2, poz. 21.

nym odwołaniu do kryterium bycia zainteresowanym w sprawie lub posiadania interesu prawnego w jej rozstrzygnięciu bądź też na ograniczeniu katalogu tych osób przez wskazanie kryteriów szczegółowych. Wreszcie w niektórych przypadkach ustawodawca w ogóle nie określa tych kryteriów, a wskazanie kręgu osób legitymowanych do wystąpienia z wnioskiem „wynika z analizy przepisów regulujących daną instytucję prawną, z której wynikają określone prawa bądź obowiązki, o których orzeka się w postępowaniu nieprocesowym”⁵⁴. Ta ostatnia sytuacja występuje w przypadku analizowanych w niniejszym opracowaniu przepisów ustawy lekarskiej, a zatem przedmiot ich ochrony powinien decydować o przyznaniu legitymacji do wystąpienia z wnioskiem. Bez wątpienia centralną wartością jest w tym przypadku interes pacjenta, którego w najbardziej bezpośredni sposób dotyczy interwencja medyczna. Mogłoby się również wydawać, że orzeczenie sądu opiekuńczego dotyczy bezpośrednio sfery interesów prawnych lekarza, gdyż rozstrzyga o legalności udzielanych przez niego świadczeń zdrowotnych, co mogłoby przemawiać za przyznaniem legitymacji do złożenia wniosku również jemu. Przyjęcie takiego rozwiązania oznaczałoby, że udzielenie świadczenia zdrowotnego mogłoby zostać dokonane jedynie przez konkretnego lekarza, będącego wnioskodawcą. Wydaje się, że byłoby to niewskazane w warunkach współczesnej medycyny. Udzielanie świadczeń zdrowotnych może angażować lekarzy różnych specjalności, a zaplanowanie (ustalenie z wyprzedzeniem), kto konkretnie będzie udzielał świadczenia zdrowotnego, może okazać się niemożliwe. Wykładnia gramatyczna unormowań art. 32 i 34 u.z.l.l.d. nie daje podstaw do twierdzenia, że zgoda pacjenta, przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego czy zezwolenie/zgoda sądu opiekuńczego muszą określać konkretną osobę lekarza. Z przepisów tych wynika jedynie, że zgoda lub zezwolenie dotyczą konkretnego świadczenia zdrowotnego.

Status uczestnika postępowania procesowego reguluje przede wszystkim art. 510 k.p.c., z którego wynika, że uzyskanie tego statusu zależy od dwóch czynników: bycia zainteresowanym w sprawie, tj. bycia podmiotem, którego praw dotyczy wynik postępowania, oraz dokonania aktu procesowego w postaci wzięcia udziału w sprawie bądź wezwania przez sąd⁵⁵. Wydaje się, że w przypadku tym posłużyć się można podobnymi argumentami jak w odniesieniu do poruszonego wyżej wątku legitymacji do złożenia wniosku. Warunkiem uznania lekarza za uczestnika postępowania (i to przy założeniu szerokiego rozumienia interesu prawnego) musiałoby być udzielenie świadczenia zdrowotnego tylko przez niego, czemu – co do zasady – przeciwstawiają się przede wszystkim podniesione wyżej względy praktyczne i konstrukcyjne. Możliwe jest jeszcze rozważanie legitymacji i uczestnictwa szpitala, w którym ma zostać udzielone świadczenie zdrowotne. Wydaje się jednak,

⁵⁴ Postanowienie SN z 13.12.2013 r., III CZP 89/13, OSNC-ZD 2015/2, poz. 21.

⁵⁵ Z uwagi na przedmiot niniejszego opracowania na marginesie należy pozostawić rozważania dotyczące statusu osoby, która wzięła udział w postępowaniu, nie będąc zainteresowaną. Nawet przy uznaniu, że posiada ona status uczestnika postępowania w sensie formalnym, sąd powinien odmówić jej dopuszczenia do wzięcia udziału w sprawie (art. 510 § 1 zd. 3 k.p.c.). Szeroko na ten temat: P. Ryłski, *Uczestnik...*, rozdział 3, pkt 3.5.

że byłoby to zbyt dalekie odejście od konstrukcji normatywnych ustawy lekarskiej, której zakres przedmiotowy, określony w art. 1 u.z.l.l.d., obejmuje zasady i warunki wykonywania zawodów lekarza i lekarza dentystry. W art. 32 i 34 u.z.l.l.d. ustawodawca konsekwentnie określa warunki udzielenia świadczenia zdrowotnego przez lekarza, a nie inne podmioty. W omawianej kwestii podnieść można jeszcze jeden argument. Prowadzenie sprawy z wniosku determinowałoby wydanie orzeczenia o kosztach postępowania. W obecnym stanie prawnym brak jest regulacji, które zwalniałyby lekarza bądź szpital na ponoszenia takich kosztów.

Przywołane względy przemawiają za tym, aby postępowania prowadzone na podstawie art. 32 i 34 u.z.l.l.d. wszczynano z urzędu. Uczestnikiem takiego postępowania powinien być pacjent, natomiast co do zasady lekarz nie jest ani wnioskodawcą, ani uczestnikiem⁵⁶.

2.5.2. Zasady reprezentacji pacjenta

Obowiązujące przepisy ustawy lekarskiej nie przewidują żadnych unormowań zasad reprezentacji pacjenta w postępowaniu sądowym dotyczącym zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Zagadnienie to może być rozważane z ogólnej perspektywy ochrony praw pacjenta (co oznacza zagwarantowanie mu reprezentacji procesowej), a także z czysto praktycznego punktu widzenia (w postępowaniach sądowych powstaje np. problem stosowania doręczeń wobec będącego uczestnikiem pacjenta, który ma pełną zdolność do czynności prawnych, ale jego stan fizyczny i psychiczny wyklucza dokonywanie jakichkolwiek czynności procesowych).

W piśmiennictwie trafnie zidentyfikowano dwa alternatywne kierunki interpretacyjne. Pierwszy z nich sprowadza się do uznania, że milczenie ustawodawcy jest zamierzone i wyklucza w ogóle ustanowienie reprezentacji. Rozwiązanie drugie zakłada natomiast konieczność zapewnienia udziału w postępowaniu pacjentowi, co w przypadku faktycznego braku możliwości podejmowania czynności procesowych przez samego pacjenta wymaga ustanowienia dla niego reprezentacji⁵⁷. Z uwagi na brak regulacji prawnej w doktrynie zaproponowano rozważenie stosowania w omawianym przypadku regulacji art. 48 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego⁵⁸ w drodze analogii i ustanowienie pełnomocnika z urzędu⁵⁹.

Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę na wyrok SN z 6.04.2005 r.⁶⁰, w którym wskazano, że rozpoznanie apelacji strony chorej psychicznie i na skutek choroby niezdolnej do świadomego podejmowania decyzji, niemającej ustanowionego pełnomocnika procesowego – bez zawiadomienia o sprawie prokuratora – pozbawia stronę możliwości obrony swoich praw, co powoduje nieważność postępowania. Wskazuje

⁵⁶ Tak również B. Janiszewska, *Zadania...*, s. 90. Autorka wskazuje, że interes lekarza w udziale w postępowaniu ma charakter faktyczny, a nie prawny.

⁵⁷ Por. B. Janiszewska, *Zadania...*, s. 91.

⁵⁸ Ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2123).

⁵⁹ B. Janiszewska, *Zadania...*, s. 91; autorka wskazuje też na możliwość stosowania art. 547 k.p.c., choć – jak się wydaje – chodzi w tym przypadku o art. 548 k.p.c. przewidujący ustanowienie doradcy tymczasowego.

⁶⁰ Wyrok SN z 6.04.2005 r., III CK 319/04, LEX nr 175997.

się w związku z tym na konieczność, by sąd zawiadamiał prokuratora o postępowaniu, w którym występuje osoba faktycznie niezdolna do podejmowania czynności procesowych⁶¹. W świetle przywołanych wypowiedzi Sądu Najwyższego zabezpieczałoby to postępowanie sądowe przed zarzutem nieważności. Wśród wariantów możliwego postępowania zwrócono również uwagę na możliwość ustanowienia z urzędu kuratora dla osoby niepełnosprawnej na podstawie art. 183 k.r.o.⁶² Jak się wydaje, to ostatnie rozwiązanie przynosi najmniej korzyści, skoro nie umożliwia zastępowania pacjenta w postępowaniu sądowym.

3. Badanie aktowe spraw o zezwolenie/zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego dorosłemu pacjentowi

3.1. Organizacja badania i dobór próby

Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości dotychczas nie dostarczały informacji na temat liczby spraw, których przedmiotem jest wydanie przez sąd opiekuńczy zezwolenia lub zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego pełnoletniemu pacjentowi. Wiązało się to z brakiem przypisania symbolu tego typu sprawom w repertorium RNs. Symbol taki miały natomiast sprawy toczące się na podstawie ustawy lekarskiej w repertorium Nms, a więc dotyczące małoletnich pacjentów. Zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 29.03.2021 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej⁶³ sprawom z ustawy lekarskiej w repertorium RNs od 1.04.2021 r. został nadany symbol (235p). W sprawozdaniu MS-S16/18 w sprawach rodzinnych i nieletnich za rok 2021 postępowania te nie były jeszcze uwzględnione. Informacji statystycznej za rok 2022 można się spodziewać w roku 2023.

Założeniem badania była analiza ok. 200 akt spraw. W tym celu zwrócono się do 46 sądów rejonowych z całej Polski, które przesłały 550 akt spraw. Liczba ta nie wyczerpuje postępowań z ustawy lekarskiej toczących się przed tymi sądami, ponieważ były one proszone o nadesłanie maksymalnie 20 akt i w większości przypadków tyle przesyłały. Ostatecznie do badania zakwalifikowano 204 losowo wybrane akta z 24 sądów.

Liczba spraw z ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty w skali całego kraju jest trudna do oszacowania, ponieważ w tych przypadkach właściwe miejscowo są sądy, w których okręgu mają być wykonane czynności medyczne (art. 32 ust. 10 u.z.l.l.d.). Liczba spraw zależy zatem od tego, czy w danym okręgu jest szpital, co sprawia, że obciążenie sądów omawianymi postępowaniami nie rozkłada się

⁶¹ Por. J. Misztal-Konecka, *O udziale w postępowaniu cywilnym osób, które doznają przeszkód faktycznych w osobistym dokonywaniu czynności procesowych*, „Przegląd Sądowy” 2017/11-12, s. 131. Por. też uchwałę SN 7 sędziów z 12.12.1960 r., 1 CO 25/60, OSNCK 1961/2, poz. 32.

⁶² J. Misztal-Konecka, *O udziale...*, s. 134. Autorka słusznie zwraca jednak uwagę, że kurator ten nie jest przedstawicielem ustawowym osoby niepełnosprawnej.

⁶³ Dz.Urz. MS z 2021 r. poz. 86.

równomiernie w całym kraju. Mimo tych zastrzeżeń liczbę spraw toczących się na podstawie ustawy lekarskiej należy oszacować jako bardzo znaczącą, skoro z ok. 1/10 sądów z całej Polski, z zastrzeżeniem nieprzesyłania wszystkich spraw, uży skano 550 akt. Należy przypuszczać, że ogólnopolska liczba spraw medycznych jest wielokrotnością liczby 5500. W tym miejscu należy również zaznaczyć, że pierwotnie dopuszczano objęcie badaniem spraw dotyczących przeprowadzenia eksperymentu medycznego. Postępowań tego rodzaju jednak w ogóle nie odnotowano.

3.2. Informacje dotyczące pacjentów

Analiza postępowań będących przedmiotem niniejszego opracowania wymaga przede wszystkim wskazania podstawowych informacji na temat pacjentów, którym miało zostać udzielone świadczenie zdrowotne.

Tabela 1. Pacjenci według wieku i płci

Wiek pacjenta	Płeć pacjenta				Ogółem	
	kobieta		mężczyzna			
	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%
Do 20 lat	1	0,5	0	0,0	1	0,5
Od 21 do 40 lat	2	1,0	3	1,5	5	2,5
Od 41 do 60 lat	12	5,9	19	9,3	31	15,2
Od 61 do 80 lat	36	17,6	56	27,5	92	45,1
81 lat i więcej	55	27,0	20	9,8	75	36,8
Ogółem	106	52,0	98	48,0	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

W badaniu nie odnotowano znaczącej statystycznie dysproporcji między grupą kobiet i mężczyzn. Natomiast w rozkładzie wieku pacjentów widoczna była wyraźna tendencja: sprawy rozstrzygane na podstawie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry w zdecydowanej większości dotyczą osób w podeszłym wieku. Średnia wieku wyniosła 73 lata, a mediana – 75. Spraw pacjentów w wieku powyżej 60 lat było 167, co stanowiło aż 81,9% badanej próby. Jedynie w grupie najstarszych pacjentów (powyżej 80 lat) widoczna była dysproporcja płci – znacząco więcej spraw dotyczyło kobiet (55) niż mężczyzn (20). Różnicę tę zapewne można przypisać ogólnym wskaźnikom demograficznym.

W poprzedniej części niniejszego opracowania zwrócono uwagę na brak w konstrukcji art. 32 i 34 u.z.l.i.d. przesłanek decyzji sądu w sprawie udzielenia pacjentowi świadczenia zdrowotnego. Bez wątplenia jednak rozstrzygnięcie sądowe powinno uwzględniać dobro pacjenta. Z tego punktu widzenia, a także z uwagi na konieczność oceny przesłanek podmiotowych zgody medycznej (np. istnienia opiekuna faktycznego), istotne może być określenie sytuacji rodzinnej i osobistej pacjenta. Akta badanych spraw dostarczały jednak na ten temat niewiele informacji.

Tabela 2. Stan cywilny pacjentów

Stan cywilny	Liczba spraw	
	n	%
Żonaty/zamężna	21	10,3
Kawaler/panna	5	2,5
Rozwiedziony/rozwiedziona	1	0,5
Wdowiec/wdowa	12	5,9
Brak informacji w aktach	165	80,9
Ogółem	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z tabeli 2 badane akta spraw zazwyczaj nie zawierały informacji o stanie cywilnym pacjentów. Okoliczność ta była możliwa do ustalenia jedynie w 39 sprawach (19,1%). Nadmienić można, że z reguły informacja na ten temat znajdowała się w aktach wtedy, gdy sąd uzyskiwał zaświadczenie z systemu PESEL. Określenie stanu cywilnego pacjenta nie było zatem celem podjętych przez sąd czynności dowodowych.

Tabela 3. Pacjenci według miejsca zamieszkania oraz miejsca faktycznego pobytu w chwili wszczęcia postępowania sądowego⁶⁴

Gdzie (z kim) zamieszkiwał pacjent	Gdzie faktycznie przebywał pacjent							
	w miejscu zamieszkania		w szpitalu		nie wynikało z akt		ogółem	
	n	%	n	%	n	%	n	%
Z małżonkiem	3	1,5	4	2	0	0,0	7	3,4
U dorosłych dzieci	1	0,5	2	1	0	0,0	3	1,5
Z innymi członkami rodziny	3	1,5	1	0,5	0	0,0	4	2,0
Samotnie	0	0,0	1	0,5	0	0,0	1	0,5
W DPS lub innej tego typu placówce	14	6,9	6	2,9	0	0,0	20	9,8
W ZOL lub ZPO	16	7,8	1	0,5	1	0,5	18	8,8
Był bezdomny	0	0,0	1	0,5	0	0,0	1	0,5
Nie wynikało z akt	–	–	148	72,5	2	1,0	150	73,5
Ogółem	37	18,1	164	80,4	3	1,5	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Również aspekt sytuacji osobistej pacjenta, jakim jest miejsce zamieszkania niezależne od miejsca aktualnego, faktycznego pobytu, z reguły nie stanowił przedmiotu zainteresowania sądu i informacje na ten temat nie zostały utrwalone w aktach.

⁶⁴ Wyjaśnienie skrótów: DPS – dom pomocy społecznej, ZOL – zakład opiekuńczo-leczniczy, ZPO – zakład pielęgnacyjno-opiekuńczy.

Na podstawie ok. 3/4 badanych akt (150 spraw, tj. 73,5%) nie można było ustalić, gdzie stale zamieszkiwał pacjent. Stosunkowo najczęściej w aktach znajdowała się informacja o zamieszkiwaniu w zakładzie opiekuńczo-leczniczym (18 spraw, tj. 8,8%) lub placówce świadczącej pomoc osobom starszym i nieporadnym (20 spraw, tj. 9,8%). Okoliczność ta była z reguły możliwa do ustalenia wtedy, gdy pismo informujące sąd o potrzebie udzielenia świadczenia zdrowotnego pochodziło z takiej placówki.

W przeciwieństwie do określenia miejsca zamieszkania pacjenta badane akta spraw z reguły pozwalały ustalić miejsce jego faktycznego pobytu w chwili wszczęcia postępowania sądowego. Okoliczność ta wynikała zwykle z pisma, które prowadziło do wszczęcia postępowania. Zdecydowanie najczęściej pacjenci przebywali w szpitalu, w którym miały być udzielone im świadczenia zdrowotne (164 sprawy, tj. 80,4%). Natomiast w przypadkach, w których miejscem zamieszkania pacjenta był DPS, ZOL lub ZPO, częściej w badanej próbie pozostawali oni w tych placówkach. Wynikało to zapewne z możliwości roztoczenia nad nimi opieki medycznej i udzielenia świadczeń zdrowotnych w tych podmiotach z uwagi na ich profil działalności.

Dla oceny sytuacji pacjenta, jego stosunku do leczenia czy istnienia opiekuna faktycznego może niekiedy mieć znaczenie to, czy są w jego otoczeniu osoby bliskie, które wykazują zainteresowanie stanem jego zdrowia. Również w tym zakresie akta spraw sądowych dostarczały niewiele informacji. Informacje na temat bliskich pacjenta zaangażowanych w jakikolwiek sposób w proces jego leczenia pojawiały się w aktach badanych spraw sporadycznie i przypadkowo. W zdecydowanej większości postępowań okoliczności te nie zostały ujawnione w aktach.

Tabela 4. Osoby bliskie pacjenta, wykazujące zainteresowanie jego stanem zdrowia

Osoba bliska	Liczba spraw*	
	<i>n</i>	%
Małżonek	13	6,4
Rodzice	2	1,0
Rodzeństwo	4	2,0
Dziecko	12	5,9
Inni członkowie rodziny	5	2,4
Brak osób bliskich	2	1,0
Nie wynikało z akt	168	82,3

* Liczby bezwzględne i procenty nie sumują się do wielkości próby, ponieważ w niektórych sprawach mogła występować więcej niż jedna kategoria osób bliskich.

Źródło: opracowanie własne.

Kluczową okolicznością z punktu widzenia rozstrzygnięcia sądu jest ocena stanu zdrowia pacjenta. Z reguły akta badanych spraw dostarczały informacji na ten temat, ponieważ były one zamieszczane w piśmie inicjującym postępowanie lub w dokumentach medycznych dołączanych do tego pisma. Informacje dotyczące

zdrowia pacjentów są jednak trudne do ujęcia w sposób statystyczny. Wynika to ze zróżnicowania dolegliwości zdrowotnych poszczególnych pacjentów i przede wszystkim różnych wariantów współwystępowania tych dolegliwości. Ponadto, jak wyżej wspomniano, informacja o zdrowiu pacjentów była przeważnie zależna od szczegółowości pisma inicjującego postępowania. Z uwagi na bierność sądów w zakresie pozyskiwania tych informacji ich kompletność mogła niekiedy budzić wątpliwości. Mimo tych zastrzeżeń w badaniu ujawniły się pewne charakterystyczne prawidłowości. Kategoryzacji stanu zdrowia pacjentów dokonano, podejmując próbę identyfikacji dominującego czynnika decydującego o skierowaniu sprawy na drogę postępowania sądowego – przypadki bardziej skonkretyzowanych dolegliwości mogły współwystępować z innymi chorobami.

Tabela 5. Stan zdrowia pacjentów

Rodzaj zaburzeń zdrowotnych	Liczba spraw	
	n	%
Stan po udarze / wylewie / nagłym zatrzymaniu krążenia	45	22,1
Wielochorobowość	37	18,1
COVID-19	32	15,7
Złamanie	22	10,8
Zaburzenia połykania	9	4,4
Niewydolność oddechowa	7	3,4
Choroba nowotworowa	6	2,9
Schorzenia kardiologiczne / zawał	6	2,9
Uraz czaszki	6	2,9
Martwica kończyny	3	1,5
Choroby dróg żółciowych	3	1,5
Stan po wypadku/urazie	3	1,5
Choroby układu pokarmowego	2	1,0
Choroba alkoholowa	1	0,5
Inne	7	3,4
Brak informacji	15	7,4
Ogółem	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

W statystycznym obrazie dolegliwości pacjentów dominują schorzenia charakterystyczne dla osób w wieku starszym. Zdecydowanie najczęściej, bo w niemal 1/4 przypadków (45 spraw, tj. 22,1%), stan zdrowia pacjenta był konsekwencją przebytego udaru, wylewu lub nagłego zatrzymania krążenia. Współwystępowanie różnych chorób było charakterystyczne dla większości przypadków. Kategorię „wielochorobowość” (37 spraw, tj. 18,1%) oznaczano zatem wtedy, gdy trudna do

zidentyfikowania była jedna dominująca dolegliwość. Z uwagi na czas prowadzenia badania często występującą chorobą był ciężki przebieg COVID-19 (32 sprawy, tj. 15,7%). Odnotowano również dużą liczbę złamań wymagających hospitalizacji i skomplikowanych zabiegów ortopedycznych (22 pacjentów, tj. 10,8%). Były to zazwyczaj charakterystyczne dla wieku podeszłego złamania kości udowej i stawu biodrowego. Jako wysoką należy ocenić liczbę spraw, w których akta nie zawierały informacji o stanie zdrowia pacjenta (15 postępowań, tj. 7,4%). Przypadki takie zdarzały się niekiedy w odniesieniu do pacjentów, którym miało zostać udzielone świadczenie zdrowotne w postaci szczepienia przeciwko wirusowi SARS-CoV-2. Wydaje się, że nie usprawiedliwia to braku uzyskania informacji o stanie zdrowia pacjenta.

O ile ogólny stan zdrowia pacjenta dostarcza przesłanek merytorycznych do ostatecznego rozstrzygnięcia sądu, o tyle jego stan psychiczny określa zdolność do wyrażenia zgody medycznej i może decydować o samej możliwości wydania rozstrzygnięcia przez sąd. Dlatego szczególnie ważne jest ustalenie podmiotowych uwarunkowań zgody pacjenta w wymiarze faktycznym i prawnym.

Tabela 6. Stan psychiczny pacjenta

Rodzaj dolegliwości	Liczba spraw	
	<i>n</i>	%
Otępienie / choroba Alzheimera	71	34,8
Brak kontaktu słowno-logicznego	40	19,7
Choroba psychiczna / upośledzenie umysłowe	15	7,4
Stan nieprzytomności	54	26,5
Sama informacja o zaburzeniach świadomości	1	0,5
Sama informacja o niezdolności do wyrażenia zgody	4	2,0
Brak informacji w aktach	19	9,3
Ogółem	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej występującym stanem psychicznym pacjentów było otępienie starcze lub choroba Alzheimera (71 pacjentów, tj. 34,8%). Tego rodzaju zaburzenia funkcji poznawczych związane są z wiekiem, a więc w kontekście przekroju wiekowego pacjentów w badanej próbie nie jest zaskakujące, że występowały najczęściej. Należy jednocześnie podkreślić, że zaburzenia te mogą pojawiać się z różną intensywnością i – jak się wydaje – nie wykluczają w każdym przypadku zdolności do wyrażenia przez pacjenta zgody. Inaczej ocenić można sytuację, w której z pacjentem brak było kontaktu słowno-logicznego (40 spraw, tj. 19,7%) oraz w których pacjent był nieprzytomny (54 sprawy, tj. 26,5%). Jako wysoką należy ocenić liczbę spraw, w których aktach nie znalazły się jakiekolwiek informacje pozwalające na ustalenie stanu świadomości pacjenta (19 pacjentów, tj. 9,3%), do których w zasadzie należy dodać

sprawy, w których pojawiła się jedynie informacja o niezdolności do wyrażenia zgody bez skonkretyzowania jej przyczyny (5 spraw, tj. 2,5%). Niezależnie od zasygnalizowanych zastrzeżeń należy zaznaczyć, że w badanej próbie nie występowały przypadki pacjentów młodych z zaburzeniami psychicznymi, które mogłyby stwarzać trudności w ocenie zdolności pacjenta do świadomego wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Być może w przypadkach osób w podeszłym wieku, z typowymi dolegliwościami fizycznymi i psychicznymi, sądy nie zawsze widzą potrzebę bardzo wnikliwej oceny stanu pacjenta w kontekście zdolności do wyrażenia zgody medycznej.

Interesująco przedstawiają się wyniki badania w zakresie oceny jednego z najistotniejszych uwarunkowań podmiotowych zgody pacjenta i zezwolenia/zgody sądu, którym jest istnienie ubezwłasnowolnienia pacjenta. Ustalono, że tylko w jednym przypadku pacjent był ubezwłasnowolniony całkowicie. Co jednak istotne, pozytywna informacja o braku ubezwłasnowolnienia, choćby w postaci wzmianki w piśmie inicjującym postępowanie, znajdowała się w 44 aktach spraw (21,6% badanej próby). Aż w 159 sprawach (77,9%) brak było informacji o ubezwłasnowolnieniu i sądy z góry zakładały jego brak. Wydaje się, że takie założenie nie powinno być zasadą w sprawach, w których z istoty rzeczy pacjenci dotknięci są dysfunkcjami psychicznymi mogącymi uzasadniać ubezwłasnowolnienie.

Przeprowadzone badanie wskazuje na to, że rozważane w doktrynie i sygnalizowane w pierwszej części niniejszego opracowania skomplikowane interpretacyjnie przypadki związane z ubezwłasnowolnieniem, w tym ze sprzeciwem pacjenta ubezwłasnowolnionego, w praktyce co do zasady nie występują, a orzeczenie sądu dotyczy z reguły pacjenta nieubezwłasnowolnionego, nieposiadającego przedstawiciela ustawowego i niezdolnego do wyrażenia zgody medycznej, który jednocześnie nie składa żadnego oświadczenia w tym przedmiocie. Było tak w niemal całej badanej próbie (202 sprawy, tj. 99%). Sygnalizowany wyżej jeden przypadek ubezwłasnowolnienia również ostatecznie nie odpowiadał przewidzianym w art. 32 i 34 u.z.l.i.d. sytuacjom związanym z interwencją sądu w razie ubezwłasnowolnienia pacjenta: w chwili wszczęcia postępowania pacjent nie miał opiekuna, jednak został on ustanowiony przed końcem postępowania – i wyraził zgodę. Oprócz tej sytuacji w jednym przypadku pacjent dotknięty schizofrenią paranoidalną sprzeciwiał się udzieleniu świadczenia zdrowotnego. Akta sprawy nie zawierały jednak informacji pozwalających stwierdzić, że sąd w ogóle ustalał zdolność pacjenta do wyrażenia zgody medycznej lub dysponowanie dostatecznym rozeznaniem do wyrażenia sprzeciwu.

W zdecydowanej większości badanych spraw na podstawie akt nie można było jednoznacznie stwierdzić, czy pacjent posiadał opiekuna faktycznego (147 spraw, tj. 72,1%). W około 1/4 przypadków (54 sprawy, tj. 26,5%) można było ocenić, że opiekun faktyczny istniał, a w 3 sprawach (1,5%), że z pewnością go nie było. Okoliczność ta pozostaje jednak bez istotnego znaczenia, ponieważ w badanej próbie nie występowały przypadki, w których rozstrzygnięcie sądu dotyczyłoby wyłącznie badania, na które może wyrazić zgodę opiekun faktyczny.

Tabela 7. Świadczenie zdrowotne według treści pisma inicjującego postępowanie*

Rodzaj świadczenia	Liczba spraw	
	n	%
Endoskopowa gastrostomia odżywcza (PEG)	77	37,7
Tracheotomia	45	22,0
Operacja złamanej kończyny	21	10,3
Szczepienie przeciwko SARS-CoV-2	24	11,8
Amputacja kończyny	11	5,4
Terapia farmakologiczna	19	9,3
Przetaczanie krwi i produktów krwiopochodnych	15	7,4
Diagnostyka	20	9,8
Inny zabieg operacyjny	27	13,2
Sformułowania ogólne, zmierzające do uzyskania zgody blankietowej	43	21,1

* Przedmiotem jednej sprawy mogło być więcej niż jedno świadczenie zdrowotne, dlatego ich liczba przekracza wielkość badanej próby i nie została zsumowana.

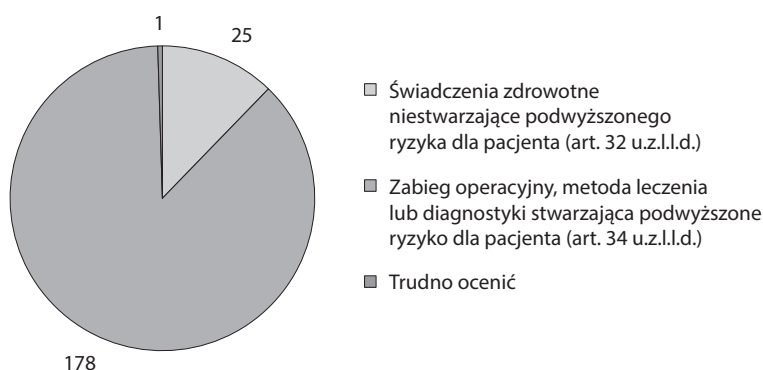
Źródło: opracowanie własne.

W tabeli 7 skategoryzowano i zestawiono rodzaje świadczeń zdrowotnych, które wskazane zostały w pismach inicjujących postępowania sądowe. Ich analiza prowadzi do następujących wniosków. Odnotowano wyraźną przewagę dwóch rodzajów świadczeń zdrowotnych, w porównaniu ze wszystkimi innymi, które występowały w badaniu. Zdecydowanie najczęściej, bo w ponad 1/3 spraw (77 postępowań, tj. 37,7%), przedmiotem postępowania było wykonanie przezskórnej endoskopowej gastrostomii odżywczej, a więc zabiegu charakterystycznego dla sytuacji pacjentów, którzy muszą być sztucznie odżywiani z uwagi na problemy z przyjmowaniem pokarmów związane z ogólnym stanem psycho-fizycznym. Bardzo często postępowanie dotyczyło wytworzenia tracheostomii (45 spraw, tj. 22%), wymaganej u pacjentów z niewydolnością oddechową. W badaniu dominowały zatem świadczenia zdrowotne udzielane osobom w końcowej fazie życia, mające charakter paliatywny. Liczbę przypadków, w których sąd orzekał o udzieleniu świadczeń zdrowotnych w postaci terapii farmakologicznej (19 spraw, tj. 9,3%) lub zastosowaniu różnych metod diagnostycznych (20 spraw, tj. 9,8%) ocenić należy jako bardzo niską. Tego rodzaju świadczenia są standardowo udzielane pacjentom wymagającym innych, dalej idących zabiegów medycznych. Tymczasem sądy w zdecydowanej większości badanych spraw nie orzekały o terapii farmakologicznej lub badaniach. Rodzi to podejrzenie, że motywem występowania do sądu o zezwolenie nie jest potrzeba legalizacji interwencji medycznej we wszystkich wymagających tego sytuacjach, ale obawa przed odpowiedzialnością w przypadku bardziej ryzykownych interwencji. Wreszcie jako bardzo znaczącą należy odnotować liczbę postępowań, w których podjęto próbę uzyskania od sądu zezwolenia o charakterze blankietowym (43 sprawy, tj. 21,1%), tzn. nieprecyzującego, o jakie konkretnie świadczenia zdrowotne chodzi. W skrajnych przypadkach pisma kierowane do sądu obejmowały prośbę o zezwolenie

„na leczenie i wykonanie wszystkich czynności medycznych”. Samo sformułowanie pisma skierowanego do sądu nie daje podstaw do oceny całego postępowania z punktu widzenia jego prawidłowości. Zagadnienie sposobu określenia świadczenia zdrowotnego zostanie omówione w dalszej części niniejszego opracowania, przy okazji analizy sformułowań sentencji orzeczeń sądu.

W badaniu podjęto również próbę kategoryzacji wskazanych wyżej świadczeń zdrowotnych z wykorzystaniem pojęć ustawowych, którymi ustawodawca posługuje się w art. 32 i 34 u.z.l.l.d., tj. określenia, czy postępowanie dotyczyło świadczeń stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta. W zdecydowanej większości przypadków (178 spraw, tj. 87,3%) postępowanie dotyczyło świadczeń zdrowotnych, które stwarzały podwyższone ryzyko dla pacjenta, określonych w art. 34 u.z.l.l.d. W 25 sprawach (12,3%) dokonano oceny, że świadczenie nie stwarzało podwyższonego ryzyka, przy czym w niemal wszystkich przypadkach za takie świadczenie uznano szczepienie przeciwko wirusowi SARS-CoV-2. Należy mieć na uwadze, że te świadczenia zdrowotne udzielane były w związku z pandemią COVID-19 i nie stanowią one stałego elementu praktyki medycznej i sądowej. Prowadzi to do wniosku, że w postępowaniach sądowych art. 32 u.z.l.l.d. nie jest praktycznie stosowany. Wydaje się wątpliwe, aby tego rodzaju przypadki nie występowały w praktyce medycznej. Jak już wspomniano wyżej, rodzi to podejrzenie, że świadczenia zdrowotne niestwarzające podwyższonego ryzyka są w wielu przypadkach udzielane bez zgody pacjenta i sądu opiekuńczego. Wniosek ten wzmacnia obserwacja dotycząca potrzeby objęcia pacjentów hospitalizacją. W badanych sprawach świadczenie zdrowotne nie wymagało pobytu w szpitalu jedynie w 25 sprawach, przy czym w niemal wszystkich tych przypadkach świadczenie zdrowotne polegało na szczepieniu przeciwko COVID-19.

Wykres 1. Świadczenia zdrowotne stwarzające i niestwarzające podwyższonego ryzyka dla pacjenta (art. 32 i 34 u.z.l.l.d.)



Źródło: opracowanie własne.

Omawiając sposób określenia świadczenia zdrowotnego w piśmie inicjującym postępowanie sądowe, warto jeszcze wspomnieć o wskazaniu terminu wykonania tego świadczenia. W badanej próbie w niemal wszystkich przypadkach (196 spraw, tj.

96,1%) nie było informacji o terminie wykonania zabiegu medycznego. W nielicznych przypadkach pismo zawierało wzmiankę o planowanej na określony dzień operacji lub szczepieniu. Przepisy ustawy lekarskiej nie zawierają wskazań dotyczących potrzeby skonkretyzowania terminu udzielenia świadczenia zdrowotnego. Wydaje się w związku z tym, że nie można formułować wymogu prawnego, aby w każdym przypadku termin ten był precyzyjnie określany. Byłoby to zapewne niemożliwe w wielu sytuacjach, ze względu na system planowania zabiegów medycznych. Z drugiej strony może powstać wątpliwość, jak długo orzeczenie sądowe zezwalające na udzielenie świadczenia zdrowotnego może pełnić swoją funkcję w przypadku, gdy termin tego świadczenia nie został oznaczony. Praktycznym rozwiązaniem mogłoby być określenie przedziału czasu, w którym świadczenie powinno zostać udzielone.

Istotnym czynnikiem warunkującym orzekanie przez sąd opiekuńczy w omawianym rodzaju spraw jest ocena, czy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Wystąpienie takiej sytuacji pozwala lekarzowi na udzielenie świadczenia zdrowotnego bez zezwolenia sądu (art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d.). Warto odnotować, że w 16 sprawach (7,8%) w piśmie inicjującym postępowanie znalazło się wprost wyrażone stwierdzenie o zagrożeniu życia lub zdrowia pacjenta, które powstanie przy braku interwencji medycznej. Jednocześnie liczba tego typu przypadków wydaje się znacznie większa, jeżeli weźmie się pod uwagę charakter świadczeń zdrowotnych będących przedmiotem postępowania, takich jak założenie gastrostomii odżywczej czy tracheostomii lub amputacja kończyny wynikająca z postępującej martwicy. Skutkuje to postawieniem pytania o potrzebę prowadzenia wielu z badanych postępowań. Od jednoznacznego jej podważenia powstrzymuje jedynie brak wiedzy specjalistycznej z zakresu medycyny autora niniejszego opracowania oraz bardzo ograniczony zakres materiału dowodowego w aktach badanych spraw (o czym szerzej w kolejnym punkcie).

3.3. Przebieg postępowania sądowego

Na wstępie tej części analizy wyników badań warto wskazać, jakie podmioty inicjowały postępowanie przez skierowanie zawiadomienia lub wniosku do sądu.

Tabela 8. Podmioty inicjujące postępowanie a sposób wszczęcia postępowania

Podmiot	Sposób wszczęcia postępowania				Ogółem	
	z urzędu		na wniosek			
	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%
Lekarz, który leczył pacjenta	23	11,3	2	1,0	25	12,3
Szpital (pismo skierowane przez dyrektora lub inne osoby kierujące placówką)	60	29,4	88	43,1	148	72,5
DPS lub inna placówka tego typu	3	1,5	8	3,9	11	5,4

cd. tabeli 8

Podmiot	Sposób wszczęcia postępowania				Ogółem	
	z urzędu		na wniosek			
	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%
ZOL lub ZPO	0	0,0	13	6,4	13	6,4
Miejski ośrodek pomocy społecznej (MOPS)	2	1,0	0	0,0	2	1,0
Członek rodziny	3	1,5	2	1,0	5	2,5
Ogółem	91	44,6	113	55,4	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Pod pojęciem „zainicjowania postępowania” należy tu rozumieć sytuację, w której sąd potraktował skierowane do niego pismo jako zawiadomienie lub wniosek wszczynający postępowanie. W wynikach badania przedstawionych w tabeli 8 zwraca uwagę zdecydowana przewaga przypadków, w których podmiotem inicjującym postępowanie był szpital, który leczył danego pacjenta (143 sprawy, tj. 70,1%). Jedyne w 25 postępowaniach (12,3%) podmiotem zwracającym się do sądu był lekarz. Taki rozkład wyników wydaje się uzasadniony względami praktycznymi: w momencie kierowania sprawy do sądu z reguły nie wiadomo, który z lekarzy zatrudnionych w szpitalu będzie wykonywał zabieg. Pozostałe warianty inicjowania postępowania występowały sporadycznie i jawią się statystycznie nieistotnymi.

Bardziej zaskakiwać mogą wyniki badania w zakresie sposobu wszczęcia postępowania sądowego. W pierwszej części niniejszego opracowania zwrócono uwagę na to zagadnienie jako sporne. Kontrowersjom tym towarzyszy niejednorodność praktyki sądowej. Liczby postępowań wszczynanych na wniosek (91 spraw, tj. 44,6%) i z urzędu (113 spraw, tj. 55,4%) pozostawały zbliżone. Należy jednak zauważyć, że kryterium wyboru określonego modelu jest w praktyce raczej przypadkowe. W sprawach zainicjowanych przez szpital, a więc nie przez lekarza prowadzącego pacjenta, przewagę uzyskiwały postępowania prowadzone na wniosek. Z kolei w postępowaniach, w których pismo kierował lekarz prowadzący pacjenta, sądy niemal zawsze prowadziły postępowanie z urzędu. Na marginesie należy zaznaczyć, że w badaniu występowały przypadki postępowań prowadzonych na wniosek, w których pismo zostało przesłane mailem, faxem, a nawet nie było podpisane. Na przykład w jednym z sądów odnotowano praktykę przesyłania drogą mailową niepodpisanego pisma, niewskazującego podmiotu, który je sformułował. Identyfikacja podmiotu wystosowującego pismo możliwa była jedynie dzięki adresowi mailowemu nadawcy. W grupie 91 spraw, które wszczęte były z urzędu, w 34 przypadkach sąd wydał postanowienie o wszczęciu postępowania, a w 57 – takiego postanowienia nie było. Tylko w jednej sprawie w całej badanej próbie został złożony wniosek o zabezpieczenie w postaci zezwolenia na udzielenie świadczeń zdrowotnych. Do wydania postanowienia w tym przedmiocie nie doszło, ponieważ pacjent zmarł i sprawa została umorzona.

Tabela 9. Uczestnicy postępowania sądowego*

Uczestnik	Liczba spraw	
	<i>n</i>	%
Pacjent	184	90,2
Lekarz	10	4,9
Szpital	93	45,6
DPS	8	3,9
ZOL	4	2,0
Członek rodziny pacjenta	3	1,5
Kurator	1	0,5
Opiekun	1	0,5
Prokurator	3	1,5

* W jednej sprawie mógł występować więcej niż jeden uczestnik, dlatego wartości w kolumnach nie zostały zsumowane.

Źródło: opracowanie własne.

W badaniu ustalono również, kto był uczestnikiem postępowania (tabela 9). Należy zwrócić uwagę, że aż w 20 postępowaniach sąd nie potraktował pacjenta jako uczestnika – 19 postępowania zakończyło się wydaniem postanowienia merytorycznego w przedmiocie zezwolenia, a tylko jedno postępowanie zostało umorzone z powodu śmierci pacjenta (co mogłoby tłumaczyć jego brak udziału w sprawie). Należy również zaznaczyć, że w badaniu oznaczano status pacjenta jako uczestnika wtedy, gdy świadczyli o tym sformułowania sentencji postanowienia kończącego postępowanie (sąd używał np. słów „...przy uczestnictwie X”, „...z udziałem X”). Sądy, co do zasady, nie wzywały pacjenta do wzięcia udziału w sprawie i – co oczywiste z uwagi na charakter prowadzonych postępowań – w żadnej sprawie pacjent nie zgłosił swojego udziału. Jedynie w 17 postępowaniach (8,3%) podjęta została próba doręczenia pacjentowi jakiegokolwiek pisma sądowego przed wydaniem postanowienia kończącego postępowanie (doręczanie tych postanowień zostanie omówione w dalszej części analizy wyników badania). Zdecydowana większość tych przypadków (13 spraw) wiązała się z sytuacjami, gdy pacjent miał zapewnioną reprezentację w postępowaniu sądowym, co w pewien sposób wymuszało stosowanie doręczeń.

Jeżeli chodzi o innych uczestników postępowania, to najczęściej, w blisko połowie spraw, status ten przypisywany był szpitalom (93 postępowania, tj. 45,6%). Świadczy to o istotnych rozbieżnościach w praktyce orzeczniczej, bowiem w zdecydowanej większości badanych spraw świadczenie zdrowotne miało zostać udzielone w szpitalu. Natomiast liczba postępowań, w których status uczestnika został nadany lekarzowi, jest statystycznie mało istotna (10 spraw, tj. 4,9%), co może dziwić, skoro interes prawny lekarza związany z wydaniem przez sąd rozstrzygnięcia wydaje się możliwy do uchwycenia.

Szczególnie istotnym zagadnieniem w kontekście ochrony praw pacjenta – uczestnika postępowania jest zapewnienie mu reprezentacji procesowej. W badanej próbie

pacjent był reprezentowany jedynie w 28 sprawach. W 13 postępowaniach (6,4%) ustanowiony został pełnomocnik profesjonalny (adwokat lub radca prawny), a w 15 (7,4%) – kurator. Sądy ustanawiały kuratora w ramach postępowania o wyrażenie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego (10 spraw) lub przeprowadzały odrębne postępowanie (5 spraw). W sprawach, w których został ustanowiony kurator, osobą pełniącą tę funkcję był: w 10 sprawach – członek rodziny pacjenta, w jednej sprawie – dyrektor DPS, w jednej – adwokat. W 3 sprawach nie można było ustalić, kim był kurator. W żadnym przypadku akta nie pozwalały określić podstawy prawnej ustanowienia reprezentacji procesowej pacjenta. Uzyskane wyniki badania prowadzą do dwóch wniosków. Po pierwsze, w zdecydowanej większości postępowań toczących się na podstawie art. 32 i 34 u.z.l.l.d. pacjent nie jest reprezentowany w postępowaniu, a jego formalne uczestnictwo nie przekłada się na faktyczną możliwość obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.). Istnieje zatem ryzyko zajścia nieważności tych postępowań. Po drugie, również w sprawach, w których doszło do ustanowienia reprezentacji, nie można mówić o jednolitej praktyce – w braku rozwiązań normatywnych sądy poszukują optymalnego wyjścia, które jednak nie wynika z obowiązujących przepisów.

Szczególnie istotnym aspektem przebiegu postępowania jest sposób gromadzenia przez sąd informacji koniecznych do podjęcia decyzji w sprawie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Mimo braku regulacji ustawowych określających przesłanki rozstrzygnięcia należy uznać, że sąd powinien uzyskać kompleksową informację na temat stanu zdrowia pacjenta. Jak się okazało, podstawowym źródłem tych informacji było pismo inicjujące postępowanie.

Tabela 10. Informacja o zdrowiu pacjenta w piśmie inicjującym postępowanie

Źródło informacji	Liczba spraw	
	n	%
Dołączona dokumentacja medyczna	146	71,6
Opis stanu zdrowia w piśmie	46	22,5
Brak informacji	12	5,9
Ogółem	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

W badanych sprawach najczęściej występowała sytuacja, w której do pisma inicjującego postępowanie dołączane były różnego rodzaju dokumenty medyczne (146 spraw, tj. 71,6%). Ich skategoryzowanie jest trudne, z uwagi na różnorodność tych dokumentów i ich liczby. Do pisma załączane były zarówno pojedyncze zaświadczenia lekarskie, jak i kopie całej dokumentacji leczenia szpitalnego. Należy jednocześnie zaznaczyć, że rozmiary dołączanej dokumentacji nie musiały świadczyć o jej przydatności dla postępowania. W niektórych sprawach udokumentowanie całej historii choroby pacjenta i poprzednich pobyków w szpitalu nie dawało wiedzy o jego aktualnym stanie zdrowia. W znacznej liczbie spraw informacja o zdrowiu pacjenta zawarta była jedynie w piśmie skierowanym do sądu i można było ją uznać

za miarodajną, ponieważ pochodziła od lekarzy. Wyjątkowo występowała sytuacja, w której w momencie wszczęcia postępowania brak było informacji o zdrowiu pacjenta. Warto jednak podkreślić, że odnotowano 12 takich przypadków.

Miarą dociekliwości sądu w zakresie zbierania informacji o zdrowiu pacjenta może być w pewnym stopniu stosowanie wezwań do uzupełnienia braków pisma czy udzielenia konkretnych informacji. Przypadki takie zdarzały się w badanej próbie sporadycznie, jednak zostaną przywołane jako przykłady właściwego działania sądu.

Tabela 11. Wezwanie do uzupełnienia braków pisma lub udzielenia informacji*

Rodzaj żądania sądu	Liczba spraw	
	n	%
Dołączenie dokumentacji medycznej	9	4,4
Dołączenie zaświadczenia psychiatry o niezdolności do wyrażenia zgody	8	3,9
Sprecyzowanie świadczenia zdrowotnego	3	1,5
Wskazanie placówki, w której ma być udzielone świadczenie zdrowotne	3	1,5
Podpisanie pisma	2	1,0
Wyjaśnienie terminologii pisma	1	0,5
Wskazanie, czy pacjent ma doradcę tymczasowego	1	0,5
Wskazanie przyczyny niezdolności do wyrażenia zgody	1	0,5
Podanie terminu udzielenia świadczenia zdrowotnego	1	0,5
Określenie innych możliwości leczenia	1	0,5
Przedstawienie odpisu skróconego aktu małżeństwa pacjenta	1	0,5
Sąd nie żądał uzupełnienia pisma	185	90,7

* W jednej sprawie mogło występować więcej niż jedno żądanie, dlatego wartości w kolumnach nie zostały zsumowane.

Źródło: opracowanie własne.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w 185 sprawach (90,7%), a więc niemal w całej badanej próbie, sąd nie żądał uzupełnienia pisma. Można to uznać za zaskakujące, zwłaszcza w kontekście prezentowanej w tabeli 7 częstości blankietowo określonych świadczeń zdrowotnych. Należy zaznaczyć, że w grupie 43 takich spraw tylko w jednej sąd żądał uzupełnienia pisma inicjującego postępowanie. W całej badanej próbie sąd żądał uzupełnienia braków w 19 sprawach (9,3%). Jako statystycznie zauważalne określić można żądania zmierzające do uzupełnienia dokumentacji medycznej (9 postępowań, tj. 4,4%) oraz przesłania zaświadczenia psychiatry potwierdzającego niezdolność pacjenta do świadomego wyrażenia zgody medycznej (8 spraw, tj. 3,9%). Pozostałe żądania występowały sporadycznie. W większości przypadków, w których sąd zwracał się o uzupełnienie pisma inicjującego postępowanie, braki zostały uzupełnione (17 spraw). W jednej sprawie uzupełnienie miało charakter częściowy i w jednej w ogóle nie nastąpiło.

O sposobie prowadzenia postępowania dowodowego i uznaniu przez sąd za celowe roztrząsanie materiału dowodowego świadczyć może wyznaczenie

rozprawy. W badanych sprawach sytuacja taka jednak miała miejsce sporadycznie. W 186 postępowaniach (91,2%) rozprawa w ogóle nie została wyznaczona. W grupie 18 postępowań, w których to nastąpiło, w 15 przypadkach odbyło się jedno posiedzenie wyznaczone na rozprawę, w 2 – dwa posiedzenia i w 1 – cztery. Warto przywołać ten odosobniony ostatni przypadek jako przykład wskazujący na to, że wyznaczenie większej liczby rozpraw nie musi oznaczać dokładnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności. W sprawie tej sąd w pierwszej kolejności uprzedził szpital, że postępowanie wymaga przeprowadzenia rozprawy i zajmie dłuższy czas. Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego na okoliczność potrzeby przeprowadzenia zabiegu medycznego, która nigdy nie wpłynęła do akt. O postępowaniu został zawiadomiony prokurator, który z kolei wniósł o ustanowienie pełnomocnika dla pacjenta, co sąd uczynił. Na trzeciej rozprawie sąd uzyskał informację o przeprowadzeniu zabiegu, jednak wyznaczył kolejną, ponieważ pełnomocnik nie skontaktował się z pacjentem. Dopiero na czwartej rozprawie sąd umorzył postępowanie. W przywołanym przykładzie sąd starał się przeprowadzić postępowanie z zachowaniem wymogów procesowych, z dbałością o uszanowanie praw uczestnika postępowania – pacjenta. Spowodowało to znaczne wydłużenie postępowania i nie doprowadziło do wyjaśnienia merytorycznych aspektów zgody medycznej. Tytułem uzupełnienia należy dodać, że w sprawach, w których przeprowadzono rozprawę, posiedzenia trwały bardzo krótko. Średnia czasu ich trwania wyniosła 11 minut. Ich celem było zwykle odebranie od osoby reprezentującej pacjenta (o ile została wyznaczona) oświadczenia o tym, że nie sprzeciwia się wykonaniu świadczenia zdrowotnego. Uczestnicy postępowania wykazywali minimalną aktywność zarówno na rozprawie, jak i poza nią.

Tabela 12. Dowody, którymi dysponował sąd*

Źródło informacji	Liczba spraw	
	n	%
Opis stanu zdrowia pacjenta w piśmie inicjującym postępowanie	46	22,5
Dokumentacja medyczna dołączona do pisma inicjującego postępowanie lub uzyskana w toku postępowania	157	76,9
Opinia psychiatryczna lub neurologiczna w dokumentacji medycznej	89	43,7
Opinia biegłego z zakresu medycyny	17	8,3
Przesłuchanie biegłego	1	0,5
Inne pisma szpitala lub lekarza	3	1,5
Dokumenty zawarte w aktach innej sprawy	4	2,0
Wysłuchanie lub przesłuchanie kuratora	5	2,4
Pismo pełnomocnika pacjenta	4	2,0
Notatka z rozmowy telefonicznej ze szpitalem	3	1,5
Zaświadczenie z systemu PESEL	24	11,8

* W jednej sprawie mógł występować więcej niż jeden dowód, dlatego wartości w kolumnach nie zostały zsumowane.

Źródło: opracowanie własne.

Analiza sposobu prowadzenia przez sądy postępowania dowodowego prowadzi do potwierdzenia sformułowanych już wcześniej spostrzeżeń. Sądy w zdecydowanej większości przypadków kierowały się materiałem dowodowym dostarczonym wraz z pismem wszczynającym postępowanie. Należy zaznaczyć, że w kategorii „dokumentacja medyczna” mieściły się jakiekolwiek dokumenty dotyczące stanu zdrowia pacjenta. Jak już wspomniano, w aktach mogła znajdować się cała szpitalna dokumentacja leczenia pacjenta, jak również lakoniczne zaświadczenie lekarza.

Z punktu widzenia oceny przesłanek podmiotowych orzekania przez sąd opiekuńczy istotne jest dysponowanie opinią psychiatryczną bądź neurologiczną pozwalającą ocenić zdolność pacjenta do wyrażenia świadomej zgody. Tego rodzaju dokument znajdował się w 89 aktach spraw (43,7%), a więc w mniej niż połowie postępowań. Liczba ta wydaje się niska, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę, że w 54 sprawach pacjent był nieprzytomny, a więc ocena jego stanu psychicznego wydawała się oczywista, niewymagająca wypowiedzi psychiatry (w aktach 10 spośród tych spraw opinia psychiatryczna lub neurologiczna była jednak zawarta). Prowadzi to do wniosku, że co najmniej w 71 sprawach (34,8%)⁶⁵, w których pacjent zachował przytomność, nie było dowodu potwierdzającego jego niezdolność do wyrażenia zgody medycznej. Taki sposób prowadzenia postępowania wynikał zapewne z tego, że badane sprawy, jak już wspomniano, dotyczyły z reguły osób w podeszłym wieku, z istotnymi deficytami w zakresie komunikacji. W wielu przypadkach sądy uznawały za wystarczające krótkie sformułowanie zawarte w dokumentacji medycznej, mówiące np. o „braku kontaktu słowno-logicznego” z pacjentem.

Jedynie w 17 sprawach (8,3%) sądy dopuściły dowód z opinii biegłego. Należy jednocześnie zauważyć, że tezy dowodowe dotyczyły w głównej mierze celowości udzielenia świadczenia zdrowotnego. Tylko w jednej sprawie biegły został przesłuchany. Trudno ocenić, na ile korzystanie w badanych postępowaniach z dowodu w postaci opinii biegłego z zakresu medycyny należy uznać za potrzebne. Z jednej strony można zrozumieć, że sąd niedysponujący specjalistyczną wiedzą medyczną stara się zweryfikować celowość świadczeń zdrowotnych. Z drugiej strony należy pamiętać, że sam pacjent, który udziela zgody medycznej również nie dysponuje taką wiedzą. Ponadto, jak wyżej wskazano, świadczenia zdrowotne w badanej próbie nie miały charakteru niestandardowych, trudnych do oceny zabiegów. Wydaje się, że celowość świadczenia zdrowotnego może być uzasadniona samym pismem lekarza lub szpitala, natomiast bardziej złożoną kwestią, wymagającą niekiedy oceny biegłego, może być ocena stanu zdolności pacjenta do wyrażania świadomej zgody medycznej.

Powyższe omówienie sposobu prowadzenia postępowania dowodowego należy uzupełnić informacją o rozmiarach badanych akt. Otóż średnia ich wielkości wyniosła 9,37 karty, a mediana – zaledwie 5 kart. W dobitny sposób świadczy to o ilości zgromadzonego materiału dowodowego. Innym czynnikiem, który charakteryzuje stopień złożoności badanych postępowań sądowych jest czas ich trwania.

⁶⁵ Odnotowano przypadki przeprowadzania opinii psychiatrycznej w sprawach dotyczących pacjentów nieprzytomnych.

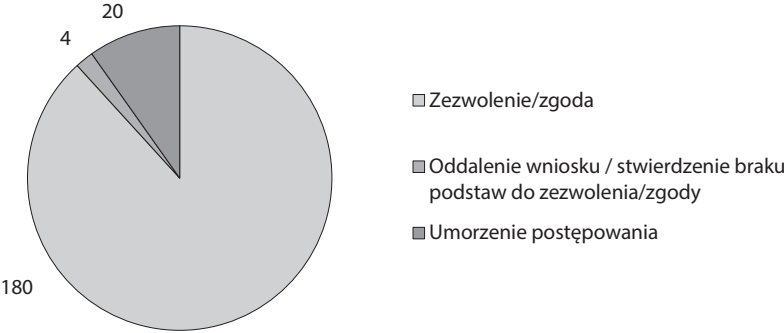
Tabela 13. Czas od wpłynięcia pisma inicjującego postępowanie do wydania postanowienia kończącego postępowanie

Czas trwania postępowania	Liczba spraw	
	n	%
Postanowienie wydano tego samego dnia, w którym wpłynęło pismo inicjujące postępowanie	75	36,8
Postanowienie wydano następnego dnia	41	20,1
Od 2 do 7 dni	40	19,6
Od 8 do 30 dni	31	15,2
Od 31 dni do 3 miesięcy	10	4,9
Powyżej 3 miesięcy	7	3,4
Ogółem	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Z danych prezentowanych w tabeli 13 wynika, że w badanej próbie zdecydowanie przeważały postępowania trwające bardzo krótko, kończące się w dniu skierowania pisma do sądu (75 spraw, tj. 36,8%) lub w dniu następnym (41 spraw, tj. 20,1%). Średnia czasu trwania postępowań wyniosła 12 dni. Wartość ta jednak jest zawyżona przez sporadycznie występujące postępowania trwające wiele dni – w badaniu wystąpił jeden przypadek postępowania trwającego rok i jeden miesiąc. Dlatego bardziej właściwe jest określenie mediany czasu trwania postępowań, która wyniosła zaledwie 1 dzień. Odnotowanie tak krótkiego czasu trwania postępowań, których przedmiotem jest wydanie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, prowadzi do wniosku, że jest to efektem nieprawidłowego rozumienia zadań sądu, który podejmuje działania w trybie nadzwyczajnym, działając szybko w odpowiedzi na oczekiwanie i nacisk szpitala w sytuacji zagrożenia życia pacjenta. Jak już wspomniano, przypadki takie uprawniają do podjęcia samodzielnej interwencji medycznej przez lekarza na podstawie art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d. Z tego punktu widzenia bardziej właściwa jest sygnalizowana wyżej praktyka sądów, polegająca na poinformowaniu szpitala lub lekarza o takiej możliwości i o tym, że postępowanie sądowe będzie trwało określony czas.

Wykres 2. Rozstrzygnięcie kończące postępowanie



Źródło: opracowanie własne.

Szczególnie istotnym aspektem oceny badanych postępowań sądowych jest sposób ich zakończenia (zestawienie pozyskanych danych przedstawia wykres 2). W badanej próbie zdecydowanie przeważały postępowania zakończone zezwoleniem/zgodą na udzielenie świadczenia zdrowotnego (180 spraw, tj. 88,2%). Statystycznie istotna była również grupa postępowań zakończonych umorzeniem (20 spraw, tj. 9,8%), które w 11 przypadkach nastąpiło z powodu śmierci pacjenta, w 7 – z powodu udzielenia świadczenia zdrowotnego, w 1 – z powodu takiego, że świadczenie stało się niepotrzebne, i w 1 – z powodu udzielenia brakującej zgody przez przedstawiciela ustawowego.

Dla oceny sposobu prowadzenia badanych postępowań sądowych znacznie bardziej istotne są przypadki odmowy udzielenia zezwolenia/zgody, a więc sytuacje, w których doszło do merytorycznej oceny świadczenia zdrowotnego. W całym badaniu odnotowano zaledwie 4 takie przypadki. W jednej z tych spraw oddalenie wniosku nastąpiło w związku z powołaniem się na brak legitymacji domu pomocy społecznej do wystąpienia z wnioskiem. W kolejnej sprawie, w której stwierdzono brak podstaw do wyrażenia zezwolenia, sąd ustanowił kuratora dla pacjenta „do reprezentowania w niniejszym postępowaniu” i upoważnił go do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego „w imieniu” pacjenta. W istocie zatem sąd udzielił zezwolenia, stosując konstrukcję niezgodną z przepisami ustawy lekarskiej. W pozostałych 2 sprawach na podstawie akt nie można było zidentyfikować przyczyn negatywnego orzeczenia. Na przykład w sprawie, w której chodziło o zezwolenie na szczepienie przeciwko wirusowi SARS-CoV-2, sąd odmówił zezwolenia, jednak w aktach nie było ani opinii psychiatrycznej, ani innych dowodów, które tę decyzję by uzasadniały. Należy przypuszczać, że sąd uzyskał jakieś informacje w sposób nieformalny i zakończył postępowanie. Powyższe obserwacje prowadzą do wniosku, że w praktyce sądowej zezwolenie na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest zasadą i nie występują przypadki, w których sąd negatywnie ocenił zasadność udzielenia świadczenia zdrowotnego bądź dokonał oceny przesłanek podmiotowych zgody medycznej i zezwolenia/zgody sądu prowadzącej do odmowy wydania postanowienia zezwalającego. Sądy na ogół podzielają zdanie lekarzy inicjujących postępowanie. Potwierdzeniem takiej oceny mogą być wyniki badania w zakresie rodzaju świadczeń zdrowotnych, na które sądy udzieliły zezwolenia i sformułowały sentencję postanowienia.

Tabela 14. Świadczenie zdrowotne według treści sentencji postanowienia kończącego postępowanie*

Rodzaj świadczenia	Liczba spraw	
	<i>n</i>	%
Endoskopowa gastrostomia odżywcza (PEG)	74	36,2
Tracheotomia	42	20,6
Operacja złamanej kończyny	20	9,8
Szczepienie przeciwko SARS-CoV-2	23	11,3

cd. tabeli 14

Rodzaj świadczenia	Liczba spraw	
	n	%
Amputacja kończyny	3	1,5
Terapia farmakologiczna	13	6,4
Przetaczanie krwi i produktów krwiopochodnych	12	5,9
Diagnostyka	11	5,4
Inny zabieg operacyjny	20	9,8
Zezwolenie/zgoda blankietowa	40	19,6

* Przedmiotem jednej sprawy mogło być więcej niż jedno świadczenie zdrowotne, dlatego ich liczba przekracza wielkość badanej próby i nie została zsumowana.
Źródło: opracowanie własne.

Wyniki badań w zakresie przedmiotu zezwolenia/zgody sądu prezentują się podobnie jak omawiane wcześniej wyniki dotyczące sposobu sformułowania pisma inicjującego postępowanie (por. tabela 7). Niższe wartości w niektórych kategoriach zasadniczo nie wynikały ze zmiany zakresu zezwolenia/zgody przez sąd w stosunku do zgłoszonego żądania, ale z mniejszej liczby postępowań zakończonych rozstrzygnięciem pozytywnym, co z kolei wiązało się z liczbą postępowań zakończonych umorzeniem. Sąd w zdecydowanej większości spraw, w których wyraził zezwolenie/zgodę, wydawał rozstrzygnięcie ściśle odpowiadające treści skierowanego do niego pisma (166 spraw na 180 zakończonych zezwoleniem/zgodą). Jedynie w 10 przypadkach sąd ograniczył zezwolenie. Należy jednak zauważyć, że ograniczenie zezwolenia nie musiało być skutkiem merytorycznej oceny zasadności zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych. Na przykład w praktyce jednego z sądów kierowane do niego pisma (4 sprawy) zawierały wniosek o zezwolenie na szczepienie przeciwko wirusowi SARS-CoV-2 oraz poprzedzające je badania kwalifikacyjne, a sąd wydawał zezwolenie jedynie na szczepienie. Motywy takich rozstrzygnięć są trudne do zrozumienia – być może wynikają z przekonania, że zgody na badanie mógł udzielić opiekun faktyczny, z tym, że okoliczność istnienia takiego opiekuna nie była przedmiotem postępowania dowodowego. Jeszcze trudniej zidentyfikować powody rozszerzenia zakresu zgody: w jednym z postępowań szpital zgłosił konieczność założenia przezskórnej gastrostomii odżywczej, a sąd udzielił zezwolenia również na tracheotomie. Akta sprawy nie wyjaśniały przyczyn takiego rozstrzygnięcia, a zatem można brać pod uwagę pomyłkę w sformułowaniu sentencji postanowienia sądu bądź uzyskanie przez sąd nieformalnej informacji ze szpitala o potrzebie rozszerzenia zezwolenia.

Odnosząc się do konkretnych kategorii zezwoleń, ponownie należy zauważyć, że w badanych sprawach dominowały świadczenia zdrowotne w postaci założenia przezskórnej endoskopowej gastrostomii odżywczej (74 sprawy, tj. 36,2%) oraz tracheostomii (42 sprawy, tj. 20,6%). W tym zakresie wyniki nie zaskakują – odpowiadają treści pism kierowanych do sądu. Natomiast należy odnotować, że sądy bardzo często

wydają postanowienia o charakterze blankietowym, w których zawarte są stwierdzenia uprawniające do wykonywania jakichkolwiek świadczeń zdrowotnych. Liczba takich przypadków odpowiadała liczbie blankietowo sformułowanych wniosków. Przykładowe sentencje takich orzeczeń brzmiały następująco (wyróżnienia – J.S.):

- „na podstawie art. 32 ust. 2 u.z.l.l.d. zezwolić na leczenie i wykonanie **wszystkich** czynności medycznych wobec X”;
- „zezwolić na wykonanie pacjentowi X zabiegów leczniczych ratujących życie, na zabiegi operacyjne, na przetaczanie produktów krwi i **wszystkie inne procedury** medyczne konieczne dla pacjenta”;
- „zezwolić na wykonanie zabiegów wentylacji zastępczej, prowadzenia śpiączki farmakologicznej, antybiotykoterapii, podawanie leków stymulujących krążenie, leczenie nerkozastępcze, podawanie preparatów krwi, leczenie chirurgiczne, założenie tracheotomii czasowej, zakładanie dostępow naczyniowych w celu podawania leków drogą dożylną, wykonanie badań RTG z użyciem kontrastu, zabiegów endoskopowych, założenia cewnika PEG oraz **stosowanie innych niezbędnych procedur medycznych** mających na celu ratowanie zdrowia i życia pacjenta”;
- „zezwolić wnioskodawcy X na wykonanie u pacjenta Y niezbędnych świadczeń zdrowotnych w postaci leczenia operacyjnego złamania przekrętarzowego kości udowej lewej metodą DHS oraz diagnostyce obrazowej i laboratoryjnej, konsultacjach specjalistycznych, **kompleksowej opiece lekarskiej i pielęgnacji** w całym procesie leczniczym podczas pobytu w szpitalu – bez zgody pacjenta”.

W powyższych przykładach postanowień sądy bądź wprost zezwalały na udzielenie wszelkich świadczeń zdrowotnych, bądź „ukrywały” takie rozstrzygnięcie wśród skonkretyzowanych świadczeń zdrowotnych. W każdym przypadku praktykę taką należy ocenić jako niezgodną z przepisami ustawy lekarskiej. Z drugiej strony należy zaznaczyć, że praktyka ta ma pewne racjonalne uwarunkowania. Im bardziej precyzyjnie zostaje określone świadczenie zdrowotne, tym bardziej rośnie ryzyko nieobjęcia zezwoleniem innych koniecznych lub powiązanych ze stosowanym leczeniem świadczeń. We współczesnej medycynie wydaje się wręcz niemożliwe określenie jednej dokładnie określonej ścieżki leczenia. Zapewne mając to na względzie, lekarze i sądy poszukują formuł, w których mieścić się będą świadczenia niezbędne dla pacjenta. Wydaje się, że przywołane wyżej sformułowania są jednak zbyt ogólne. Jeżeli sąd decyduje się na użycie bardziej ogólnego sformułowania, to powinien je przynajmniej powiązać z problemem zdrowotnym pacjenta i udzielanym mu głównym świadczeniem zdrowotnym, pamiętając o tym, że w przypadkach nagłych, wymagających ratowania zdrowia i życia pacjenta, lekarz może podejmować działania samodzielnie.

Istotnym problemem związanym z orzekaniem w omawianych sprawach jest również określenie adresata zezwolenia/zgody sądu. W tym zakresie praktyka sądów była niejednolita. Najczęściej, w 116 sprawach (56,9%), sądy w ogóle nie wskazywały w sentencji, komu zezwalają na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W 54 sprawach (26,4%) sąd wskazał jako adresatów zezwolenia lekarzy z określonego szpitala,

tnz. nie wymienił konkretnych lekarzy, ale jedynie wyszczególnił szpital, w którym miało zostać udzielone świadczenie zdrowotne. W 10 postępowaniach (4,9%) sąd użył sformułowania, w którym zezwolił na udzielenie świadczenia zdrowotnego pacjentowi przebywającemu w określonym szpitalu. W żadnej ze spraw zezwolenie lub zgoda sądu nie były adresowane do konkretnego, imiennie wskazanego lekarza lub lekarzy. Jak już nadmieniono, wydaje się, że taka praktyka mieści się w przepisach art. 32 i 34 u.z.l.l.d. W pierwszej części niniejszego opracowania zwracano również uwagę, że ustawa lekarska posługuje się zarówno pojęciem „zezwolenia”, jak i „zgody” sądu opiekuńczego. W badanych sprawach sąd używał w sentencji postanowienia obu tych słów, przy czym zdecydowanie częściej wydawał zezwolenie (154 sprawy, tj. 75,5%). W 26 sprawach (12,7%) sąd wydał zgodę. Z uwagi na jednolity rodzaj postępowań objętych badaniem użycie tego terminu wydaje się jednak przypadkowe.

Jak wcześniej wspomniano, powszechnym w badanej próbie był brak stosowania doręczeń pism pacjentowi w czasie postępowania. Inaczej zagadnienie to przedstawiało się w przypadku postanowienia kończącego postępowanie. W zdecydowanej większości spraw (163, tj. 79,9%) sąd doręczał postanowienie pacjentowi. W 41 przypadkach doręczenie nie nastąpiło. Odnosząc się do uzyskanych wyników badania, należy zaznaczyć, że sądy doręczały postanowienia pacjentom, o których było wiadomo, że są niezdolni do wyrażenia zgody medycznej, często nieprzytomni lub w stanie zaawansowanej demencji, a doręczenie następowało zazwyczaj na adres szpitala, w którym przebywał pacjent. Warto również podkreślić, że w części postępowań sądy doręczały odpis postanowienia szpitalowi, w którym przebywał pacjent, również w przypadkach, w których podmiot ten nie był uczestnikiem postępowania.

Tabela 15. Orzeczenie o kosztach a sposób wszczęcia postępowania

Czy w postanowieniu kończącym postępowanie było orzeczenie o kosztach	Sposób wszczęcia postępowania				Ogółem	
	z urzędu		na wniosek			
	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%
Tak	40	19,6	25	12,3	65	31,9
Nie	51	25,0	88	43,1	139	68,1
Ogółem	91	44,6	113	55,4	204	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Istotny problem postępowań w przedmiocie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego stanowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania. O ile z art. 96 ust. 1 pkt 9 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶⁶ wynika zwolnienie z obowiązku uiszczenia kosztów sądowych strony w sprawach związanych z ochroną zdrowia psychicznego, o tyle zwolnienie w sprawach toczących

⁶⁶ Ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1125 ze zm.).

się na podstawie ustawy lekarskiej nie zostało przewidziane. Praktyka w badanych postępowaniach kształtowała się zatem niejednolicie. W 139 sprawach (68,1%) sądy w ogóle nie zamieszczały w postanowieniu kończącym postępowanie rozstrzygnięcia o kosztach, natomiast w 65 sprawach (31,9%) takie rozstrzygnięcie zostało sformułowane, przy czym nie sprowadzało się ono do obciążenia kosztami postępowania uczestników postępowania, ale do stwierdzenia, że koszty te ponosi Skarb Państwa. Co ciekawe, również w sprawach toczących się z urzędu sądy w wielu przypadkach (40 spraw, tj. 19,6%) wydawały rozstrzygnięcie o kosztach, a jednocześnie w jeszcze większej liczbie spraw prowadzonych na wniosek (88 postępowań, tj. 43,1%) rozstrzygnięcia takiego nie było.

W żadnej z badanych spraw nie doszło do kontroli instancyjnej postanowienia sądu. W żadnej sprawie nie zostało sporządzone pisemne uzasadnienie postanowienia, co w pewnym stopniu utrudniało analizę motywów rozstrzygnięcia sądu.

4. Podsumowanie

W świetle omówionych wyżej wyników badania aktowego sformułować można następujące wnioski.

1. Unormowania ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty dotyczące podmiotowej strony zgody pacjenta i zezwolenia/zgody sądu są zbyt skomplikowane, a przez to niezrozumiałe dla głównych adresatów tych norm: pacjenta i lekarza.
2. Unormowania ustawy lekarskiej nie rozwiązują istotnych problemów procesowych, w szczególności gdy chodzi o określenie kręgu wnioskodawców i uczestników postępowania, sposobu jego prowadzenia, stosowania doręczeń, reprezentacji procesowej pacjenta.
3. Sprawy rozpatrywane na podstawie art. 32 i 34 u.z.l.l.d. najczęściej dotyczą pacjentów w podeszłym wieku, w złym stanie zdrowia, po udarach i wylewach. Praktycznie nie odnotowano przypadków kontrowersyjnych, w których ocena celowości udzielenia świadczenia zdrowotnego rodziłaby wątpliwości.
4. Określone w art. 32 i 34 u.z.l.l.d. uwarunkowania podmiotowe zgody pacjenta i zezwolenia/zgody sądu co do zasady nie budzą zastrzeżeń w praktyce – sprawy sądowe dotyczą pacjentów w stanie zaawansowanego otępienia starczego lub nieprzytomnych. Sądy bardzo rzadko natrafiają na przypadki, w których ocena tych okoliczności mogłaby stwarzać trudności. Ewidentnie wpływa to na standardy prowadzonych postępowań w zakresie udowodnienia tych przesłanek.
5. Badane postępowania sądowe cechuje jednorodność w zakresie świadczeń zdrowotnych. Najczęściej sądy orzekają o założeniu przezskórnej gastrostomii odżywczej lub tracheostomii. Prowadzi to do wniosku, że częściej występujące świadczenia zdrowotne, polegające np. na standardowo stosowanej terapii farmakologicznej i diagnostyce, udzielane są bez wymaganego zezwolenia sądu opiekuńczego.
6. Do podobnego wniosku prowadzi obserwacja, że badane postępowania dotyczą w zdecydowanej większości świadczeń udzielanych na podstawie art. 34 u.z.l.l.d.

Wydaje się, że lekarze oczekują zezwolenia sądu w przypadkach obarczonych większym ryzykiem, a nie we wszystkich sytuacjach wymaganych prawem.

7. Praktyka sądowa jest niejednolita, gdy chodzi o sposób wszczęcia omawianych postępowań (z urzędu lub na wniosek). Nie uchwycono jasnych kryteriów wyboru przez sąd jednego z tych modeli procesowych.
8. W badanej próbie zdecydowanie przeważały postępowania sądowe wszczęte wskutek zawiadomienia lub wniosku szpitala. Jak się wydaje, trudno ocenić wszystkie te przypadki jako jednoznacznie sprzeczne z ustawą lekarską, jednak uwagę zwraca to, że główne założenia tej ustawy, określające relacje pacjent – lekarz, nie znajdują odzwierciedlenia w aspektach procesowych jej stosowania.
9. Szpital w wielu sprawach (ok. 1/2 próby) jest traktowany przez sąd jako uczestnik postępowania nieprocesowego. Tę praktykę sądową w aspekcie jej zgodności z przepisami procesowymi ocenić należy krytycznie.
10. W badanych sprawach widoczna była tendencja do odformalizowania postępowania sądowego, niekiedy zbyt daleko idąca, np. gdy sądy prowadziły postępowanie na wniosek mimo braku wniosku.
11. W zdecydowanej większości postępowań pacjent niezdolny do wyrażenia zgody i nieposiadający przedstawiciela ustawowego pozbawiony był reprezentacji procesowej, co może narażać na zarzut nieważności postępowania. Nie oznacza to ewidentnego błędu procesowego sądu, ponieważ kwestia ta nie została w sposób przejrzysty uregulowana.
12. Postępowanie dowodowe było prowadzone w bardzo ograniczonym zakresie. Sądy zwykle uznawały za wystarczające dokumenty lekarskie przesłane przez podmiot inicjujący postępowanie lub informacje zawarte w pierwszym piśmie skierowanym do sądu, niezależnie od ich zakresu. Przeprowadzenie rozprawy, wezwanie do uzupełnienia braków pisma, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego należały w badanej próbie do rzadkości i nie wynikały ze stopnia skomplikowania sprawy, lecz z góry założonego przez sąd modelu prowadzenia postępowania.
13. Czas trwania postępowań jest bardzo krótki (mediana wynosząca 1 dzień), co prowadzi do postawienia pytania o ich sens i możliwość stosowania przez lekarzy przepisów pozwalających na udzielenie pacjentowi świadczenia zdrowotnego w przypadku niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.
14. Wątpliwość dotycząca celowości analizowanych postępowań sądowych powstaje również w świetle wyników badania w zakresie sposobu rozstrzygnięcia sądu, które niemal zawsze sprowadza się do zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego.
15. Wątpliwości te pogłębia odnotowanie daleko idącej zbieżności sformułowania sentencji orzeczenia sądu i pisma inicjującego postępowanie. Przeprowadzenie postępowania sądowego nie prowadzi do weryfikacji potrzeby udzielenia świadczenia zdrowotnego w postaci odmowy lub zmiany zakresu świadczenia zdrowotnego określonego w sentencji postanowienia. Nieliczne przypadki takich korekt miały w badanej próbie charakter przypadkowy i niezrozumiały.

16. Szczególną uwagę zwraca doniosła statystycznie praktyka blankietowego formułowania pism inicjujących postępowanie i sentencji postanowień sądów. Jak się wydaje, nie mieści się ona w formule art. 32 i 34 u.z.l.l.d.
17. Interwencji ustawodawcy wymaga problem kosztów sądowych – zasadne jest wprowadzenie zwolnienia dotyczącego spraw toczących się na podstawie ustawy lekarskiej.

Analiza uzyskanych wyników badania wymaga uzupełnienia o wnioski bardziej ogólne, które nie wynikają z samego rozkładu liczbowego prezentowanych wyżej danych. Należy podkreślić, że sposób prowadzenia postępowań w przedmiocie zezwolenia/zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego wydaje się zdeterminowany przede wszystkim modelem prowadzenia sprawy sądowej przyjętym w danym sądzie, w mniejszym zaś stopniu indywidualnymi uwarunkowaniami przypadków konkretnych pacjentów. Badane sprawy wykazywały daleko idące podobieństwo w ramach jednego sądu. Uwaga ta dotyczy nie tylko rozwiązań procesowych stosowanych przez sądy, lecz także sposobu informowania przez szpitale o potrzebie udzielenia świadczenia zdrowotnego. Najczęściej wykorzystuje się formularz, w którym wpisywane jest nazwisko pacjenta i rodzaj świadczenia zdrowotnego. Zakres informacji przekazanych do sądu zależy od formy tego formularza. Jak wskazano wyżej, zdarzały się postępowania, w których nawet rodzaj świadczeń zdrowotnych został zestandaryzowany.

Najważniejsze obserwacje i wnioski wynikające z przeprowadzonego badania świadczą o tym, że praktyka wymiaru sprawiedliwości w istotnej części mija się z podstawowymi założeniami regulacji prawnych dotyczących zgody medycznej. Przyczyn takiego stanu rzeczy nie należy jednak upatrywać w podejściu lekarzy lub sądów, ale raczej w nieprecyzyjnym i niepełnym sposobie uregulowania tych zagadnień w obowiązujących ustawach. W związku z tym zakres wniosków *de lege lata* wydaje się nader ograniczony. Postulować można np. ujednolicenie praktyki w zakresie sposobu wszczęcia postępowania, które powinno być co do zasady prowadzone z urzędu. Niezasadne jest również traktowanie jako uczestników postępowania szpitali. Sprzeciw budzi blankietowy sposób formułowania postanowień sądu.

Dalej idącym wnioskiem jest to, że prowadzenie gruntownego i szczegółowego postępowania dowodowego (przeprowadzenie rozprawy, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego) może nieść za sobą znaczne zwiększenie kosztów tych postępowań i obciążenie pracą sądów, przy wątpliwej korzyści dla samych pacjentów. Obserwacja praktyki prowadzi do wniosku, że postępowania takie z reguły kończą się umorzeniem z powodu udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi na podstawie art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d. lub jego śmierci.

Analiza wyników badania prowadzi do wniosku, że w świetle obowiązujących przepisów trudno jest odnaleźć optymalny, godzący wymogi prawne i praktyczne, model postępowania w przedmiocie zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Jak już wspomniano, pacjenci w badanych sprawach bardzo często dotknięci byli wielochorobowością. Skrupulatne przestrzeganie założeń ustawowych mogłoby prowadzić do wszczynania postępowań sądowych co kilka dni.

Wnioski *de lege ferenda* sprowadzić można do dwóch zasadniczych obszarów. Po pierwsze, w wymiarze bardziej szczegółowym, doprecyzowania wymagają regulacje procesowe w omawianych postępowaniach dotyczące sposobu wszczęcia postępowania, kręgu jego uczestników, kosztów postępowania, a przede wszystkim reprezentacji procesowej pacjenta. Po drugie, postulować należy zasadniczą reformę regulacji dotyczących zgody medycznej zakładającą ich uproszczenie i ujednolicenie z przepisami ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Gdy chodzi o zadania sądu opiekuńczego, zasadna wydaje się rezygnacja z wymogu zezwolenia sądu opiekuńczego w przypadku pacjentów dorosłych nieubezwłasnowolnionych, nieposiadających przedstawiciela ustawowego i niezdolnych do wyrażenia zgody medycznej, w przypadku łącznego wystąpienia tych okoliczności. O udzieleniu świadczenia zdrowotnego mógłby w tych przypadkach decydować lekarz, przy czym jego decyzja powinna być związana z koniecznością konsultacji z innymi lekarzami oraz obowiązkiem informacyjnym (np. poinformowanie Rzecznika Praw Pacjenta oraz sądu opiekuńczego). W zakresie zadań sądu powinny natomiast pozostawać przypadki, które ze swej istoty mogą budzić wątpliwości, polegające na przełamaniu sprzeciwu pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego. Wydaje się również, że wszystkie sytuacje, w których małoletni nie posiada przedstawiciela ustawowego, powinny angażować sąd opiekuńczy.

Bibliografia

1. Bosek L., Sobolewski P., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018.
2. Caban Ł., Urbańska M., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. M. Kopeć, LEX/el. 2016.
3. Domaradzki J., *O definicjach zdrowia i choroby*, *Folia Medica Lodziensia* 2013, t. 40, nr 1.
4. Filar M., *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, *Prawo i Medycyna* 2000, vol. 2, nr 5.
5. Gudowski J., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, *Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016.
6. Janiszewska B., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018.
7. Janiszewska B., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, LEX/el. 2019.
8. Janiszewska B., *Zadania sądu opiekuńczego określone w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, *Rodzina i Prawo* 2008, nr 9–10.
9. Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsistemowe*, Warszawa 2013.
10. Karkowska D., *Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta*, *Komentarz*, LEX/el. 2021.
11. Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, LEX/el. 2016.

12. Korzeniowska E., *O zdrowiu i jego definicjach*, Zdrowie Publiczne 1988, t. 99, nr 9.
13. Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2010.
14. Malczewska M., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, LEX/el. 2022.
15. Misztal-Konecka J., *O udziale w postępowaniu cywilnym osób, które doznają przeszkód faktycznych w osobistym dokonywaniu czynności procesowych*, Przegląd Sądowy 2017, nr 11–12.
16. Niemczyk S., Łazarska A., *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, Prawo i Medycyna 2005, nr 19.
17. Parsons T., *The Social System*, London 1991, <https://doi.org/10.4324/9780203992951>.
18. Ryłski P., *Uczestnik postępowania nieprocesowego – zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2017.
19. Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998.
20. Słyk J., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 5, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
21. Słyk J., *Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-lecznicznym*, Prawo w Działaniu 2019, t. 40, <https://doi.org/10.32041/pwd.4003>.
22. 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.
23. Sobolewski P., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018.
24. Sobolewski P., [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Legalis 2020.
25. Świdorska M., *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.
26. Wojcieszak A., *Autonomia pacjenta z zaburzeniami psychicznymi*, Warszawa 2021.

Bogusław Lackoroński

Czy celowe jest wprowadzanie możliwości przenoszenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie?¹

*Is it advisable to introduce the possibility of transferring the
cooperative ownership right to premises on the basis of an
annuity agreement?*

Abstract

The cooperative ownership right to premises is a limited right in rem. Although since 31 July 2007 it is not possible to establish new cooperative ownership rights to premises, the existence of those that have been effectively established is not limited by any time limit. Authorized persons can dispose of them freely. Due to the fact that the premises being the subject of cooperative ownership rights are not real estate from the formal and legal point of view, they cannot be the subject of agreements that are used to transfer the ownership of real estate. This means that the cooperative ownership right to the premises cannot be transferred, in particular, on the basis of an annuity agreement. The analysis carried out in this study indicates that there are no obstacles preventing a change in the law aimed at creating the possibility of disposing of cooperative ownership rights to premises on the basis of an annuity contract. Such a change will remove the systemic inconsistency resulting from the fact that the cooperative ownership right to premises may be subject to transfer on the basis of a reverse mortgage loan agreement, and cannot be subject to transfer on the basis of an annuity agreement with a similar function.

Dr hab. Bogusław Lackoroński, Uniwersytet Warszawski, Polska, ORCID: 0000-0003-2245-6036,
e-mail: b.lackoronski@wpia.uw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 23.09.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 7.10.2022 r.

¹ Artykuł ten powstał na bazie raportu: B. Lackoroński, *Przeniesienie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie de lege ferenda*, Warszawa 2022, s. 1–51, ogłoszonego na stronie internetowej Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości: <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/>.

Creating the possibility of disposing of cooperative ownership rights to premises on the basis of an annuity agreement should not be limited only to the introduction of a provision to the Civil Code enabling the appropriate application of the provisions on annuity to agreements the purpose and effect of which is the transfer of the cooperative ownership right to premises in exchange for a commitment by its buyer to provide the seller with life support. Achieving the above-mentioned objectives of this amendment to the Civil Code, and in particular the proper protection of the interests of persons disposing of cooperative ownership rights to premises in exchange for a lifetime maintenance obligation, also requires consideration of amendments to some other acts, such as the Act on Housing Cooperatives and the Act on Land and Mortgage Registers and Mortgage. The changes in the legal status proposed in this study may improve the ability of older people to obtain care under civil law contracts.

Keywords: cooperative ownership right to premises, life annuity, life annuity agreement

Streszczenie

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest ograniczonym prawem rzeczowym. Mimo że od 31.07.2007 r. nie można ustanawiać nowych spółdzielczych własnościowych praw do lokali, istnienie tych, które zostały skutecznie ustanowione, nie jest ograniczone żadnym terminem. Uprawnieni mogą nimi swobodnie dysponować. Ze względu na to, że lokale będące przedmiotem spółdzielczych własnościowych praw nie są z formalnoprawnego punktu widzenia nieruchomościami, nie mogą być one przedmiotem umów, które służą do przenoszenia własności nieruchomości. Oznacza to, że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie może być przeniesione w szczególności na podstawie umowy o dożywocie.

Analiza przeprowadzona w niniejszym opracowaniu wskazuje na to, że nie ma przeszkód uniemożliwiających zmianę prawa ukierunkowaną na stworzenie możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umowy o dożywocie. Zmiana taka usunie niespójność systemową wynikającą z faktu, że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może być przedmiotem rozporządzenia na podstawie umowy o odwrócony kredyt hipoteczny, a nie może być przedmiotem rozporządzenia na podstawie umowy o dożywocie pełniącej analogiczną funkcję.

Stworzenie możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umowy o dożywocie nie powinno ograniczać się jedynie do wprowadzenia przepisu do Kodeksu cywilnego umożliwiającego odpowiednie stosowanie przepisów o dożywociu do umów, których celem i skutkiem jest przeniesienie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w zamian za zobowiązanie się przez jego nabywcę do zapewnienia zbywcy dożywotniego utrzymania. Osiągnięcie wyżej wskazanych celów tej zmiany k.c., a w szczególności należyte zabezpieczenie interesów osób rozporządzających spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali w zamian za zobowiązanie do dożywotniego utrzymania, wymaga również rozważenia zmian niektórych innych ustaw takich jak ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych oraz ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Proponowane w niniejszym opracowaniu zmiany stanu prawnego mogą poprawić zdolność osób starszych do uzyskiwania opieki na podstawie umów cywilnoprawnych.

Słowa kluczowe: spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, dożywocie, umowa o dożywocie

1. Uwagi wprowadzające

Umowa o dożywocie jest jedną z umów pełniących funkcję alimentacyjną², uregulowaną w art. 908–916 Kodeksu cywilnego³. Za pomocą umowy o dożywocie zbywca nieruchomości może zabezpieczyć nie tylko własne interesy, lecz również interesy jego osób bliskich. Ma to szczególnie istotne znaczenie wtedy, gdy stan zdrowia osoby bliskiej powoduje, że jej interesy lepiej zabezpiecza niezbywalne prawo ukształtowane przez zbywcę nieruchomości niż własność, której wyzbycie się może być trudniejsze do zakwestionowania niż czynność prawna prowadząca do wygaśnięcia prawa dożywocia⁴. Rozporządzenie własnością nieruchomości jest bowiem jednym z typowych sposobów wykonywania własności. Trudno w taki sposób określić czynność prawną prowadzącą do wygaśnięcia prawa dożywocia, zwłaszcza gdy ma ona charakter nieodpłatny. Stąd wydaje się, że wyzbycie się własności nieruchomości przez osobę potrzebującą pomocy w prowadzeniu jej spraw może być trudniejsze do zakwestionowania z punktu widzenia zasad współżycia społecznego, nawet gdy jest ono niekorzystne dla rozporządzającego, niż czynność prawna prowadząca do wygaśnięcia prawa dożywocia przysługującego takiej osobie.

Ustawowe cechy charakterystyczne stosunku prawnego wynikającego z umowy o dożywocie zapewniają silne zabezpieczenie interesów zbywcy nieruchomości niezależnie od tego, czy jej strony zamieszczą w niej jakiegokolwiek dodatkowe zastrzeżenia. Zakres i intensywność zabezpieczenia interesów zbywcy nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie nie są bezwzględnie zdeterminowane przez jego świadomość prawną i zdolności negocjacyjne. Wynika to nie tylko z bogatego katalogu świadczeń, do których spełnienia zobowiązuje się nabywca nieruchomości zgodnie z art. 908 § 1 k.c. w braku odmiennego zastrzeżenia umownego, lecz również z wynikającej z art. 910 k.c. rozszerzonej skuteczności prawa dożywocia oraz tego, że nie działa przeciwko niemu rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych (art. 7 pkt 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁵). Z tych powodów umowa o dożywocie często

² A. Biały, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczególna* (art. 765–921¹⁶), red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2019, komentarz do art. 908 k.c., s. 679, nb 3; E. Gniewek, *Ujawnienie w księdze wieczystej prawa dożywocia*, [w:] *Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka*, red. J. Jezioro, K. Zagrobelny, Wrocław 2019, s. 43; K. Mularski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, *Komentarz*. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, komentarz do art. 908 k.c., s. 937, nb 1; E. Niezbecka, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, komentarz do art. 908 k.c., s. 1400, nb 1; S. Rejman, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972, komentarz do art. 908 k.c., s. 1756; M. Tenenbaum-Kulig, *Obowiązki nabywcy wynikające z umowy o dożywocie*, [w:] *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, red. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys, Wrocław 2018, s. 1162.

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

⁴ Szczególne niebezpieczeństwa dla dożywotnika wiążące się ze zrzeczeniem się prawa dożywocia są zauważane w doktrynie prawa cywilnego i traktowane jako podstawa do formułowania postulatów *de lege ferenda* ukierunkowanych na przesądzenie konieczności zachowania formy aktu notarialnego dla takiej czynności prawnej. Por. K. Mularski, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 951, nb 8 oraz s. 945, nb 18.

⁵ Ustawa z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 146) – dalej u.k.w.h.

jest i powinna być zawierana przez osoby w podeszłym wieku, które nie zawsze są w stanie w pełni zadbać o należyte zabezpieczenie swoich interesów we własnym zakresie. Inny powód zawierania umów o dożywocie to dążenie do zapobieżenia powstawaniu sporów pomiędzy spadkobiercami dożywotnika o należące do niego nieruchomości. Z tego powodu skutki wywoływane przez tę umowę, a niekiedy ona sama, są nazywane *successio anticipata*⁶.

Zgodnie z art. 908 k.c. świadczenie dożywotnika może polegać tylko na przeniesieniu własności nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału we współwłasności nieruchomości / w użytkowaniu wieczystym⁷. W doktrynie wskazuje się, że dopuszczalność przenoszenia użytkowania wieczystego na podstawie umowy o dożywocie nie jest wolna od kontrowersji⁸. Bez znaczenia pozostaje to, czy nieruchomość ma charakter gruntowy, lokalowy czy budynkowy, miejski czy wiejski⁹. W przypadku umów o dożywocie dotyczących budynków lub lokali w świetle art. 908 k.c. istotne jest, aby budynek czy lokal były odrębnym przedmiotem własności¹⁰. Aktualne brzmienie art. 908 k.c. uniemożliwia rozporządzanie na podstawie umowy o dożywocie spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali, które są ograniczonymi prawami rzeczowymi¹¹.

⁶ Z. Radwański, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 959.

⁷ Por. A. Biały, [w:] *Kodeks...*, t. 5, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 682–683, nb 15–17; T. Bielska-Sobkowicz, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, komentarz do art. 908 k.c., s. 749, nb 8; E. Niezbecka, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 1401, nb 6; J. Jezioro, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 908 k.c., s. 1808, nb 3; B. Lackoroński, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 3B, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, komentarz do art. 908 k.c., s. 1273–1274, nb 28–29; Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa o dożywocie*, Warszawa 1971, s. 66–77; Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 960; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 908 k.c., s. 972–973, nb 4 i 6; Z. Woźniak, *Umowa o dożywocie w prawie polskim*, Warszawa 2019, s. 226–238.

⁸ Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 960; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 972–973, nb 4 i 6.

⁹ Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 66, nb 27; S. Rejman, [w:] *Kodeks...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1756.

¹⁰ L. Stecki, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, komentarz do art. 908 k.c., s. 817, nb 3.

¹¹ A. Biały, [w:] *Kodeks...*, t. 5, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 683, nb 16; T. Bielska-Sobkowicz, [w:] *Kodeks...*, t. 5, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 749, nb 8; S. Dmowski, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, Warszawa 2011, komentarz do art. 908 k.c., s. 1003–1004, nb 4; K. Królikowska, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6A, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, komentarz do art. 17², s. 951, nb 57; B. Lackoroński, [w:] *Komentarze...*, t. 3B, *Kodeks...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 1274, nb 30; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 973, nb 6; wyrok SN z 15.10.2014 r., V CSK 653/13, LEX nr 1514819. Analogiczny pogląd prezentowany był na tle art. 599 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598 ze zm. – dalej k.z.): J. Korzonek, [w:] *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, J. Korzonek, I. Rosenblüth, Kraków 1934, komentarz do art. 599 k.z., s. 1198; odmienny pogląd w aktualnym stanie prawnym, zgodnie z którym spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może być przeniesione na podstawie umowy o dożywocie, ukazuje: Z. Woźniak, *Umowa...*, s. 238–243.

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest wymienione jako jedno z ograniczonych praw rzeczowych w art. 244 § 1 k.c. Zgodnie z art. 244 § 2 k.c. regulacja dotycząca spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu zawarta jest jednak w odrębnych przepisach – w ustawie z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych¹² (art. 1–8 i art. 17¹–17¹⁹). W rozważaniach *de lege ferenda* dotyczących stworzenia możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie nie można pomijać również regulacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece zawartej w szczególności w jej art. 24¹, art. 25 ust. 2 i art. 65 ust. 2 pkt 2.

W związku z tym, że od 31.07.2007 r. nie mogą być ustanawiane nowe spółdzielcze własnościowe prawa do lokali¹³, naturalna jest wyrażona w tytule niniejszego opracowania wątpliwość, czy celowe jest wprowadzanie możliwości przenoszenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie.

Liczba spółdzielczych własnościowych praw do lokali oraz dane wskazujące na dynamikę procesu starzenia się polskiego społeczeństwa¹⁴ uzasadniają stwierdzenie, że stworzenie możliwości przenoszenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie jest nie tylko kwestią prawną, lecz również istotnym zagadnieniem społecznym, którego znaczenie nie maleje w takim stopniu, w jakim można by się tego spodziewać z uwagi na to, iż nie wolno ustanawiać nowych spółdzielczych własnościowych praw do lokali. Należy wskazać, że w latach 2007–2020 odsetek umów darowizny wśród wszystkich aktów notarialnych, na podstawie których przenoszone były spółdzielcze własnościowe prawa do lokali, przekraczał 30%. Ilustruje to skalę przypadków, w których mogłaby mieć zastosowanie – o wiele bardziej zabezpieczająca zbywcę – umowa o dożywocie, gdyby było prawnie dopuszczalne rozporządzanie spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie¹⁵.

Jednym z dwóch celów niniejszego opracowania jest prezentacja wybranych aspektów umowy o dożywocie, prawa dożywocia oraz spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu istotnych z punktu widzenia ewentualnej zmiany stanu prawnego ukierunkowanej na zapewnienie możliwości rozporządzania tym ograniczonym prawem rzeczowym na podstawie umowy o dożywocie. Drugim celem jest ukazanie, a właściwie popularyzacja i poddanie szerszej dyskusji¹⁶, proponowanych przepisów, których wprowadzenie umożliwi rozporządzanie spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie oraz przyczyni

¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 438 – dalej u.s.m.

¹³ Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z 14.06.2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. Nr 125, poz. 873 ze zm.; dalej ustawa nowelizująca z 14.06.2007 r.) po jej wejściu w życie – co nastąpiło w dniu 31.07.2007 r. – spółdzielnie mieszkaniowe nie mogą ustanawiać spółdzielczych własnościowych praw do lokali ani praw do miejsc postojowych położonych w budynkach wybudowanych na gruncie, do którego spółdzielni przysługuje prawo własności lub użytkowania wieczystego.

¹⁴ Por. B. Lackoroński, *Przeniesienie...*, s. 10–16.

¹⁵ Por. B. Lackoroński, *Przeniesienie...*, s. 10–11.

¹⁶ Projekt tych przepisów został po raz pierwszy ogłoszony w raporcie: B. Lackoroński, *Przeniesienie...*, s. 40–43.

się do zabezpieczenia interesów dożywników rozporządzających tymi prawami w celu zapewnienia sobie dożywnego utrzymania.

2. Umowa o dożywocie – wybrane aspekty istotne z punktu widzenia rozszerzenia przedmiotowego zakresu jej zastosowania

2.1. Umowa o dożywocie – ogólna charakterystyka treści, przedmiotu i skutków

Zawierając umowę o dożywocie, zbywca nieruchomości (dożywnik) zobowiązuje się przenieść jej własność na nabywcę. Nabywca natomiast zobowiązuje się zapewnić zbywcy dożywnie utrzymanie przez spełnianie świadczeń ciągłych lub okresowych do śmierci dożywnika oraz sprawić dożywnikowi pogrzeb (świadczenie jednorazowe). Postanowienia umowy odnoszące się do tych świadczeń są przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*), a ich występowanie w umowie pozwala na stwierdzenie, że mamy *in concreto* do czynienia z umową o dożywocie. Świadczenia będące przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy o dożywocie najczęściej określa się przez wyrażne odwołanie do art. 908 § 1 k.c. albo poprzez wierne powtórzenie treści tego przepisu¹⁷.

Umowa o dożywocie ma charakter konsensualny¹⁸. Jej skuteczność nie jest uzależniona od wpisu prawa dożywocia i nabycia własności w księdze wieczystej. Wpis nabycia zarówno własności nieruchomości, jak i prawa dożywocia do księgi wieczystej ma charakter deklaracyjny. W zależności od świadczeń, do których spełnienia zobowiązany jest nabywca nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie, jego świadczenie może polegać na przenoszeniu własności pieniędzy¹⁹ lub rzeczy oznaczonych co do gatunku, świadczeniu usług albo spełnianiu świadczenia, które zobowiązany jest spełnić wynajmujący na rzecz najemcy lokalu. Świadczeniem, do którego spełnienia może być zobowiązany nabywca, jest ustanowienie użytkowania, służebności mieszkania lub innej służebności osobistej obciążającej nieruchomość będącą przedmiotem umowy o dożywocie (art. 908 § 2 k.c.). Możliwość ustanawiania tych praw w umowie o dożywocie przenoszącej spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może *prima facie* budzić wątpliwości. Z tego powodu, gdy zostanie podjęta decyzja o stworzeniu możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie, należy rozważyć wyrażne rozszerzenie zakresu ograniczonych praw rzeczowych, które – obok hipoteki (art. 65 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h.) – mogłyby być ustanawiane jako obciążenia tego prawa

¹⁷ Por. B. Lackoroński, *Umowa o dożywocie (art. 908–916 k.c.) jako jedna z umów o funkcji alimentacyjnej w praktyce sądowej*, „Prawo w Działaniu” 2016/27, s. 23–24.

¹⁸ E. Niezbecka, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 1401, nb 5; Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 963; S. Rejman, [w:] *Kodeks...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1756; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 973–974, nb 7.

¹⁹ Por. A. Ohanowicz, *Wymowa (wymiar) w projekcie polskiego kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1930/1, s. 107; na tle Kodeksu cywilnego w doktrynie został wyrażony pogląd, że świadczenie pieniężne lub w rzeczach oznaczonych co do gatunku, będące przedmiotem umowy o dożywocie, może mieć tylko charakter uboczny. Tak: W. Zabagło, *Treść dożywocia w kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1966/9, s. 1085.

o użytkowanie, służebność mieszkania oraz inna służebność osobista. Wydaje się, że stosowna regulacja mogłaby być zawarta w zmienionym ust. 1 art. 17² u.s.m.

W odróżnieniu od umowy renty alimentacyjnej, na podstawie której zobowiązany do jej uiszczenia spełnia świadczenie okresowe, nabywca nieruchomości zobowiązany do spełniania świadczeń o charakterze alimentacyjnym na podstawie umowy o dożywocie może być zobowiązany do spełniania zarówno świadczeń okresowych, ciągłych, jak i jednorazowych²⁰. Świadczenie dożywotnika, o ile to zbywca nieruchomości, co nie jest konieczne w świetle art. 908 § 3 k.c., polega na przeniesieniu własności lub udziału we współwłasności nieruchomości²¹. W tym ostatnim przypadku za przedmiot obciążenia należy uznać idealną część nieruchomości²². W orzecznictwie Sądu Najwyższego może być uznana za przesadzoną dopuszczalność ustanawiania użytkowania na nieruchomości będącej przedmiotem współwłasności²³. Przedmiotem świadczenia polegającego na przeniesieniu własności nieruchomości może być bez wątpienia jakakolwiek nieruchomość w rozumieniu art. 46 § 1 k.c., w tym w szczególności nieruchomość stanowiąca przedmiot odrębnej własności lokalu²⁴ w rozumieniu ustawy z 24.06.1994 r. o własności lokali²⁵. W doktrynie dominuje zapatrywanie, zgodnie z którym dopuszczalne jest również zawarcie umowy o dożywocie, w której świadczenie dożywotnika polega na przeniesieniu użytkowania wieczystego²⁶. Jak to już zostało wcześniej zasygnalizowane, pogląd ten jednak podaje się w wątpliwość²⁷. Przesądzenie tej kwestii w sposób jednoznaczny wymagałoby odpowiedniej interwencji legislacyjnej w przepisy o użytkowaniu wieczystym albo w przepisy o umowie o dożywocie.

Nie jest umową o dożywocie umowa, na podstawie której dochodzi do przeniesienia **spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu**²⁸. Wynikający z danych

²⁰ S. Rejman, [w:] *Kodeks...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1759.

²¹ S. Madaj, *Umowy o dożywocie pod rządem kodeksu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1966/3, s. 334–335; Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 70–72, nb 28; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 972–973, nb 4 i 6; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 30.03.1998 r., III CKN 219/98, LEX nr 56814.

²² K. Zaradkiewicz, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz przed art. 244 k.c., s. 743, nb 23.

²³ Uchwała SN z 28.03.1980 r., III CZP 11/80, OSNC 1980/7–8, poz. 139.

²⁴ Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 75, nb 31.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1048.

²⁶ A. Biały, [w:] *Kodeks...*, t. 5, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 683, nb 17; T. Bielska-Sobkowicz, [w:] *Kodeks...*, t. 5, *Zobowiązania...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 749, nb 8; S. Dmowski, [w:] *Komentarz...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1003, nb 4; M. Kaliński, [w:] *Zobowiązania. Część szczegółowa*, A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, Warszawa 2021, s. 385, nb 431; A. Maziarz, *Umowa dożywocia jako podstawa wpisu do księgi wieczystej*, „Rejent” 2013/2, s. 108; Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 77; Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 960; L. Stecki, [w:] *Kodeks...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 817, nb 3.

²⁷ Por. S. Rejman, [w:] *Kodeks...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1756; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 972–973, nb 4 i 6.

²⁸ S. Dmowski, [w:] *Komentarz...*, t. 2, komentarz do art. 908 k.c., s. 1003, nb 4; Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 75–76; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 908 k.c., s. 973, nb 6; odmienny pogląd w aktualnym stanie prawnym, zgodnie z którym spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może być przeniesione na podstawie umowy o dożywocie, prezentuje: Z. Woźniak, *Umowa...*, s. 238–243.

empirycznych znaczny i systematyczny od 2007 r. wzrost liczby umów o dożywocie ogółem, przy utrzymującej się na względnie stałym poziomie liczbie umów o dożywocie dotyczących nieruchomości rolnych, pozwala sformułować hipotezę o wzroście liczby umów o dożywocie pozostających bez związku z obrotem nieruchomościami rolnymi. Pozwala to na zakwestionowanie tezy wyrażonej wiele lat wcześniej, zgodnie z którą umowa o dożywocie miała odgrywać niewielką rolę w stosunkach miejskich²⁹, oraz stwierdzenia, zgodnie z którym umowa o dożywocie miała nabierać znaczenia przede wszystkim w obrocie nieruchomościami rolnymi³⁰.

Ogólny wzrost liczby umów o dożywocie, w tym zawieranych w obrocie nieruchomościami nierolnymi, uzasadnia wniosek *de lege ferenda*, zgodnie z którym zakres przedmiotowy zastosowania tej umowy oraz dotyczących jej przepisów powinien zostać ukształtowany analogicznie do zakresu przedmiotowego umów o odwrócony kredyt hipoteczny, uregulowanego w art. 4 ust. 2 ustawy z 23.10.2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym³¹. Zgodnie z tym przepisem kredytobiorcą może być osoba fizyczna, która jest właścicielem nieruchomości lub której przysługuje **spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu** bądź prawo użytkowania wieczystego. Kredytobiorcą może być również osoba fizyczna, która jest współwłaścicielem nieruchomości lub której przysługuje udział w spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu bądź w prawie użytkowania wieczystego. Trudno znaleźć racjonalne podstawy utrzymywania takiego zróżnicowanego zakresu przedmiotowego zastosowania umowy o dożywocie i umowy o odwrócony kredyt hipoteczny, pełniących podobne funkcje³².

W świetle art. 155 § 1 k.c. umowa o dożywocie może być zawarta jako umowa o podwójnym skutku albo jako umowa o skutku wyłącznie zobowiązującym³³. Umowa o dożywocie stanowi *causam* przeniesienia własności nieruchomości³⁴. W przypadku gdy przeniesienie własności nieruchomości następuje na podstawie umowy rozporządzającej, zgodnie z art. 158 k.c. w treści takiej umowy powinno być wymienione zobowiązanie wynikające z umowy o dożywocie o skutku wyłącznie obligacyjnym – *causa* formalna. W związku z tym, że umowa o dożywocie o podwójnym skutku oraz umowa rozporządzająca własnością nieruchomości mieszczą się w hipotezie normy wynikającej z art. 158 k.c., obie muszą być sporządzone w formie aktu notarialnego.

Należy jednak podkreślić, że umowa o dożywocie o podwójnym skutku oraz umowa rozporządzająca zawarta w wykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy o dożywocie o skutku obligacyjnym zawsze będą wywoływać skutek „podwójnie rozporządzający”³⁵. Zasadność stwierdzenia, że takie umowy wywołują skutek

²⁹ Zapewne ze względu na założenia systemu społeczno-gospodarczego, istniejącego w dacie przygotowania publikacji: Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 10, nb 2.

³⁰ J. Wasilkowski, *Metoda opracowania i założenia kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1964/5–6, s. 743.

³¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 152.

³² B. Lackoroński, *Umowa...*, s. 29 i 66; por. również S. Kostecki, [w:] *Ustawa o odwróconym kredycie hipotecznym. Komentarz*, red. K. Osajda, P. Mikłaszewicz, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 1, nb 2 i 8–10.

³³ Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 960–961.

³⁴ Z. Radwański, [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, *Prawo...*, s. 962.

³⁵ Por. Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 71, nb 28.

podwójnie rozporządzający, wynika z tego, iż z jednej strony rezultatem zawarcia takich umów jest przeniesienie przez dożywotnika na nabywcę własności nieruchomości (pierwsze rozporządzenie), a z drugiej strony w tej samej „sekundzie jurystycznej” – obciążenie nieruchomości należącej do nabywcy prawem dożywocia (drugie rozporządzenie). Żadnego, a zwłaszcza drugiego, z tych skutków nie można wyłączyć w drodze zastrzeżenia umownego bez wpływu na skuteczność umowy o dożywocie, przenoszącej własność nieruchomości. Zgodnie bowiem z art. 910 § 1 k.c. przeniesienie własności nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie następuje jednocześnie z obciążeniem nieruchomości prawem dożywocia. Należy podkreślić, że obciążenie nieruchomości prawem dożywocia nie jest świadczeniem jej nabywcy, lecz skutkiem prawnym przeniesienia jej własności na jego rzecz, czego nie można w umowie wyłączyć³⁶. Stwierdzenie to jest uzasadnione w świetle wyników wykładni funkcjonalnej art. 910 § 1 k.c. uwzględniającej ochronny charakter tego przepisu³⁷.

Ukształtowanie w przyszłości stanu prawnego w sposób umożliwiający przenoszenie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie spowoduje, że zawarte w niniejszym opracowaniu uwagi odnoszące się do skutków umowy o dożywocie dotyczącej nieruchomości będą miały *mutatis mutandis* zastosowanie do skutków umowy o dożywocie, której przedmiotem będzie spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu.

2.2. Prawo dożywocia – ogólna charakterystyka w świetle przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece

Prawo dożywocia jest obciążeniem nieruchomości, której własność jest przenoszona na podstawie umowy o dożywocie lub przez wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o dożywocie o skutku wyłącznie obligacyjnym (art. 910 § 1 k.c.). Prawo dożywocia może być ujawnione w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości jako prawo osobiste na podstawie art. 16 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.k.w.h. W świetle art. 25 ust. 1 pkt 3 u.k.w.h. prawo dożywocia jest innym prawem podlegającym ujawnieniu w dziale trzecim księgi wieczystej zbywanej nieruchomości.

Zgodnie z art. 7 pkt 2 u.k.w.h. przeciwko prawu dożywocia nie działa rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych. Oznacza to, że prawo dożywocia jest skuteczne względem każdego nabywcy nieruchomości niezależnie od tego, czy zostanie ono ujawnione w księdze wieczystej. W konsekwencji nabywca nieruchomości nie może powoływać się na brak wpisu prawa dożywocia w księdze wieczystej jako podstawy uzasadniającej nabycie nieruchomości bez obciążenia tym prawem

³⁶ Odmienne: Z. Truskiewicz, *Jeszcze raz o rozszerzonej skuteczności prawa dożywocia*, [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 659–660.

³⁷ Za taką wykładnią art. 910 § 1 k.c. przemawiają argumenty analogiczne do tych, które uzasadniają imperatywny charakter art. 910 § 2 zd. 2 k.c. zastrzegającego solidarny charakter odpowiedzialności osobistej współwłaścicieli względem dożywotnika. Por. B. Lackoroński, *Solidarna odpowiedzialność współwłaścicieli względem dożywotnika*, „Rejent” 2021/2, s. 28–31.

niezależnie od tego, czy był w dobrej, czy w złej wierze³⁸. Celem art. 7 pkt 2 u.k.w.h. jest wzmocnienie ochrony prawa dożywocia³⁹. Oznacza to, że nieprawidłowe jest wywodzenie z tego przepisu wniosku, zgodnie z którym nabywca nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie nie korzysta z ochrony wynikającej z art. 5 u.k.w.h. (rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych)⁴⁰. Powyższe stwierdzenia mają również zastosowanie *mutatis mutandis* do rozstrzygania kolizji z innymi prawami do nieruchomości, których wykonywanie może powodować uszczerbek dla prawa dożywocia.

Wyłączenie stosowania rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych **nie powoduje**, że do rozstrzygania o pierwszeństwie pomiędzy prawami dożywocia przysługującymi różnym osobom a obciążającymi jedną nieruchomość nie stosuje się przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁴¹. W konsekwencji w przypadku gdy mamy do czynienia z kolizją pomiędzy prawami dożywocia: ujawnionym i nieujawnionym w księdze wieczystej, pierwszeństwo ma prawo ujawnione (art. 20 ust. 1 w zw. z art. 11 u.k.w.h.). O pierwszeństwie praw dożywocia wpisanych do księgi wieczystej rozstrzyga chwila, od której liczy się skutki dokonanego wpisu. Zgodnie z art. 29 u.k.w.h. wpis w księdze wieczystej ma moc wsteczną od chwili złożenia wniosku. W przypadku gdy wnioski o ujawnienie dwóch różnych praw dożywocia, przysługujących dwóm dożywcotnikom w stosunku do tej samej nieruchomości, zostały złożone równocześnie, prawa te mają równe pierwszeństwo (art. 12 ust. 2 w zw. z art. 20 ust. 1 u.k.w.h.).

Wydaje się, że do ustalenia skutków pierwszeństwa praw dożywocia przysługujących różnym osobom a obciążających jedną nieruchomość należy na podstawie art. 910 § 1 k.c. odpowiednio stosować art. 249 § 1 k.c. Oznacza to, że prawo dożywocia powstałe później nie może być wykonywane z uszczerbkiem dla prawa dożywocia powstałego wcześniej. W przypadku praw dożywocia ujawnionych w księdze wieczystej – zgodnie z art. 249 § 2 k.c. w zw. z art. 12 ust. 1 oraz art. 20 ust. 1 u.k.w.h. – liczy się data złożenia wniosku o wpis, a nie data powstania prawa dożywocia. Należy jednak podkreślić, że nawet w sytuacji, w której mamy do czynienia z kolizją praw dożywocia przysługujących różnym osobom, a obciążających tę samą nieruchomość, nie mała część uprawnień określonych w art. 908 § 1 k.c. będzie mogła być wykonywana przez poszczególnych dożywcotników bez uszczerbku dla pozostałych.

Wprowadzenie zmiany stanu prawnego umożliwiającej przenoszenie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie spowoduje, że powyższe obserwacje odnoszące się do prawa dożywocia obciążającego nieruchomość będą miały *mutatis mutandis* zastosowanie do prawa dożywocia, które będzie obciążać spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu.

³⁸ Wyrok SN z 12.08.1999 r., I CKN 118/98, LEX nr 1216909; T. Czech, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 7 u.k.w.h., s. 136, nb 34.

³⁹ B. Jelonek-Jarco, [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014, komentarz do art. 7 u.k.w.h., s. 218, nb 11.

⁴⁰ Wyrok SN z 12.08.1999 r., I CKN 118/98, LEX nr 1216909.

⁴¹ Tak trafnie: E. Gniewek, *Ujawnienie...*, [w:] *Wybrane...*, s. 51–52.

2.3. Zarys potrzebnych zmian

Powyższy zarys cech umowy o dożywocie oraz prawa dożywocia wskazuje, że zmiana stanu prawnego ukierunkowana na umożliwienie rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu nie powinna ograniczać się jedynie do wprowadzenia do Kodeksu cywilnego podstawy prawnej umożliwiającej przenoszenie spółdzielczych własnościowych praw do lokali w postaci na przykład art. 916¹ k.c. o treści: „Do umowy o dożywocie, której przedmiotem jest spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, oraz do prawa dożywocia obciążającego spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu stosuje się odpowiednio przepisy o dożywociu”. Wyrażnego przesądzenia wymaga dopuszczalność ustanowienia w umowie o dożywocie obciążeń na spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu wskazanych w art. 908 § 2 k.c. Z uwagi na to, że regulacja spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu ma charakter pozakodeksowy, kwestia ta powinna być rozstrzygnięta w przepisach dotyczących tego prawa zawartych w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych. Stosowna regulacja może być zawarta w zmienionym ust. 1 art. 17² u.s.m., który mógłby mieć następującą treść: „Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest prawem zbywalnym, **może być obciążone użytkowaniem, służebnością mieszkania lub inną służebnością osobistą**, przechodzi na spadkobierców i podlega egzekucji. Jest ono ograniczonym prawem rzeczowym”.

3. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jako potencjalny przedmiot obciążenia prawem dożywocia

3.1. Zarys problematyki

Zmiana stanu prawnego ukierunkowana na zapewnienie możliwości przenoszenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie powinna być wprowadzana z uwzględnieniem cech spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, **w szczególności** tych, które odróżniają je od własności nieruchomości. To, że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest związane z członkostwem w spółdzielni mieszkaniowej oraz jest ograniczonym prawem rzeczowym, wymaga rozważenia celowości wprowadzenia regulacji ukierunkowanych na zapewnienie ochrony interesów dożywotnika, zwłaszcza gdy mają miejsce zdarzenia mogące skutkować wygaśnięciem spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu obciążonego prawem dożywocia. Interesy dożywotnika powinny być chronione nie mniej intensywnie niż interesy wierzycieli, których wierzytelności są zabezpieczone hipotekami obciążającymi spółdzielcze własnościowe prawa do lokali.

3.2. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jako ograniczone prawo rzeczowe

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest jednym z ograniczonych praw rzeczowych (art. 244 k.c. oraz art. 17² ust. 1 u.s.m.). Od 31.07.2007 r., wskutek wspomnianej

wcześniej ustawy nowelizującej z 14.06.2007 r., nie mogą być ustanawiane nowe spółdzielcze własnościowe prawa do lokali⁴², a te, które istniały w tym dniu, pozostają w mocy zgodnie z art. XXXVII Przepisów wprowadzających kodeks cywilny⁴³.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy nowelizującej z 14.06.2007 r. do istniejących w dniu wejścia w życie tej ustawy spółdzielczych własnościowych praw do lokali oraz praw do miejsc postojowych w wielostanowiskowych lokalach garażowych stosuje się przepisy tej ustawy. **Przepis ten ma charakter szczególny** względem art. XL p.w.k.c. Rozwiązanie intertemporalne zastosowane w art. 7 ust. 2 ustawy nowelizującej z 14.06.2007 r. zostało powtórzone w art. 5 ust. 1 ustawy z 18.12.2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁴⁴. Oznacza to, że w takim zakresie, w jakim przepisy zawarte w ustawach nowelizujących z 14.06.2007 r. oraz z 18.12.2009 r. odmiennie regulują spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu w stosunku do tego, jak było ono uregulowane w przepisach obowiązujących do 31.07.2007 r., zastosowanie mają przepisy ustaw nowych. Jedynie w pozostałym zakresie przepisy obowiązujące do 31.07.2007 r. mogą mieć zastosowanie na podstawie art. XL p.w.k.c. do spółdzielczych praw własnościowych ustanowionych przed tą datą⁴⁵.

Zgodnie z regulacją obowiązującą w okresie bezpośrednio poprzedzającym wejście w życie zakazu ustanawiania spółdzielczych własnościowych praw do lokalu prawa te powstawały na podstawie umowy o ich ustanowienie, która **zobowiązywała spółdzielnię** do oddania członkowi lokalu do używania, a **członka – do wniesienia wkładu budowlanego i uiszczania opłat** określonych w ustawie i w statucie spółdzielni (art. 17¹ ust. 1 u.s.m. w brzmieniu obowiązującym do 31.07.2007 r.). Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mogło „być ustanowione w budynku stanowiącym własność lub współwłasność spółdzielni” (art. 17¹ ust. 2 u.s.m. w brzmieniu obowiązującym do 31.07.2007 r.). Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu powstawało z chwilą zawarcia umowy o jego ustanowienie między członkiem i spółdzielnią w formie pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności (art. 17¹ ust. 3 u.s.m. w brzmieniu obowiązującym do 31.07.2007 r.).

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest zbywalne, przechodzi na spadkobierców i podlega egzekucji (art. 17² ust. 1 u.s.m.). Zbycie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu obejmuje także wkład budowlany. Wkład budowlany nie może być samodzielnym przedmiotem obrotu cywilnoprawnego, dopóki istnieje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu (art. 17² ust. 3 u.s.m.). Umowa zbycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu powinna być zawarta w formie aktu notarialnego. Wypis tego aktu notariusz niezwłocznie przesyła spółdzielni

⁴² Jak była o tym mowa wcześniej, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy nowelizującej z 14.06.2007 r. po jej wejściu w życie – co nastąpiło 31.07.2007 r. – spółdzielnie mieszkaniowe nie mogą ustanawiać spółdzielczych własnościowych praw do lokali ani praw do miejsc postojowych położonych w budynkach wybudowanych na gruncie, do którego spółdzielnia przysługuje prawo własności lub użytkowania wieczystego.

⁴³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 94 ze zm.) – dalej p.w.k.c.

⁴⁴ Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1779.

⁴⁵ Por. K. Królikowska, [w:] *Komentarze...*, t. 6A, *Prawo...*, komentarz do art. 17², s. 934–935, nb 8.

(art. 17² ust. 4 u.s.m.). Wykonywanie tego obowiązku przez notariuszy zapewnia spółdzielniom możliwość ustalenia aktualnego uprawnionego do dysponowania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu. W przypadku gdy zostanie wyraźnie przesądzona możliwość obciążania spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu prawem dożywocia, użytkowaniem, służebnością mieszkania lub inną służebnością osobistą, obowiązek notariusza powinien odnosić się nie tylko do aktów, w których dochodzi do zbycia, lecz również do aktów prowadzących do jakiegokolwiek rozporządzenia spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu lub jakiegokolwiek zmiany, lub wygaśnięcia obciążających je praw. Ze względu na to, że wiele spółdzielczych własnościowych praw do lokali nie ma założonych ksiąg wieczystych, istotne jest wprowadzenie obowiązku dostarczania spółdzielni dokumentów obejmujących wszelkie czynności rozporządzające tymi prawami i wydawania na ich podstawie zaświadczeń. Regulacja taka usankcjonowałaby utrwalony zwyczaj żądania przez notariuszy i wydawania przez spółdzielnie zaświadczeń dotyczących spółdzielczych własnościowych praw do lokalu, które odgrywają niezwykle istotną rolę w praktyce notarialnej⁴⁶. Stanowiłaby ona jednoznaczną podstawę do wydawania przez spółdzielnie zaświadczeń z uwzględnieniem czynności prawnych mających wpływ na aktualny stan spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, którym może rozporządzać uprawniony.

Przewidziana w art. 17² ust. 1 u.s.m. zbywalność spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu oznacza bez wątpienia możliwość jego przeniesienia przez aktualnie uprawnionego na inny podmiot. Z art. 65 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h. wynika możliwość obciążenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu hipoteką. W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości rozporządzenia spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu przez obciążenie go jakąkolwiek służebnością⁴⁷, w tym służebnością mieszkania⁴⁸ ani inną służebnością osobistą. Wątpliwości może budzić dopuszczalność obciążenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu użytkowaniem⁴⁹.

Powyższy zarys cech spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu prowadzi do wniosku, że nie może być ono przedmiotem praw, które mogą obciążać jedynie nieruchomości, jeśli nie jest to wyraźnie przewidziane w szczególnym przepisie prawa, takim jak art. 65 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h. Oznacza to, że przesądzenie dopuszczalności rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie, której w aktualnym stanie prawnym nieodzownym skutkiem

⁴⁶ Tak: K. Królikowska, [w:] *Komentarze...*, t. 6A, *Prawo...*, komentarz do art. 17² u.s.m., s. 944–945, nb 36–37; K. Pietrzykowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 21, *Prawo spółdzielcze*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, s. 564, nb 329.

⁴⁷ Tak odnośnie do braku możliwości obciążenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu służebnością gruntową: M. Warciński, *Służebności gruntowe według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2013, s. 305.

⁴⁸ A. Bieranowski, *Służebność mieszkania*, Warszawa 2011, s. 284–285.

⁴⁹ Por. K. Królikowska, [w:] *Komentarze...*, t. 6A, *Prawo...*, komentarz do art. 17² u.s.m., s. 951–955, nb 58–61; A. Sylwestrzak, *Problematyka dopuszczalności ustanawiania użytkowania na spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu*, [w:] *Prawo spółdzielcze. Zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, red. A. Herbert, J. Misztal-Konecka, P. Zakrzewski, Lublin 2017, s. 323–334; M. Warciński, *Służebności...*, s. 302–305 – autorzy, opowiadając się za dopuszczalnością obciążenia użytkowaniem spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, wyjaśniają wątpliwości, które może budzić przyjęcie takiego poglądu.

jest obciążenie nieruchomości prawem dożywocia (art. 910 § 1 k.c.), wymaga zmian stanu prawnego. Ze względu na to, że treść prawa dożywocia może obejmować również użytkowanie, służebność mieszkania lub inną służebność osobistą (art. 908 § 2 k.c.), zmiana ukierunkowana na zapewnienie możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie wymaga nie tylko wprowadzenia do Kodeksu cywilnego przepisu odsyłającego w zaproponowanym powyżej brzmieniu art. 916¹ k.c., lecz również ustanowienia wyraźnej podstawy umożliwiającej obciążenie tego prawa służebnościami osobistymi, służebnością mieszkania oraz użytkowaniem, np. poprzez zaproponowaną powyżej zmianę art. 17² ust. 1 u.s.m.

3.3. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jako prawo, które może być ujawnione w księdze wieczystej

Spółdzielcze własnościowe prawa do lokalu są ograniczonymi prawami rzeczowymi, dla których mogą być prowadzone księgi wieczyste w celu ustalenia ich stanu prawnego (art. 1 ust. 3 u.k.w.h.). Do ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali odnoszą się wprost art. 24¹ i art. 25 ust. 2 u.k.w.h.

Mimo istnienia możliwości zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali w wielu przypadkach księgi te nie zostały założone. W takich sytuacjach istnienie spółdzielczych własnościowych praw do lokali i obrót nimi ma charakter pozawieczystoksięgowy. Założenie księgi wieczystej dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu zależy od woli uprawnionego⁵⁰. Nie jest ono warunkiem niezbędnym do tego, aby możliwe było rozporządzanie spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu w ogóle ani na podstawie umowy o dożywocie, gdyby stało się to możliwe. Ma ono jednak istotne znaczenie dla bezpieczeństwa i pewności obrotu spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu i jest warunkiem niezbędnym do ustanowienia hipoteki na tym prawie⁵¹.

W przypadku gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu ma założoną księgę wieczystą, rozporządzenie nim na podstawie umowy o dożywocie nie rodzi żadnych trudności. Nabywca jest wpisywany w dziale II, a prawo dożywocia – w dziale III księgi wieczystej prowadzonej dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Ze względu na istotne znaczenie prawa dożywocia dla zabezpieczenia interesów dożywotnika powinno ono być zabezpieczone przed wygaśnięciem w przypadku, gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu zostanie przekształcone

⁵⁰ H. Ciepla, [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do ksiąg wieczystych*, H. Ciepla, E. Bałań-Gonciarz, Kraków 2007, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 52, nb 1; T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 420, nb 2; E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU. Art. 626¹–626¹³ KPC. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 1 u.k.w.h., s. 48, nb 98; M. Kučka, [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., red. J. Pisuliński, s. 430, nb 4; S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2004, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 105, nb 1.

⁵¹ M. Kučka, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 431, nb 6.

we własność nieruchomości. W takim przypadku prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu powinno *ex lege* obciążać nieruchomość lokalową. Wymaga to odpowiedniej zmiany art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h. Zmiana ta będzie przesądzać również pozostanie w mocy prawa dożywocia obciążającego spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, w przypadku gdy przedmiotem egzekucji będzie nieruchomość obciążona spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu, które przekształci się w odrębną własność lokalu na podstawie art. 1000 § 4 Kodeksu postępowania cywilnego⁵².

Natomiast gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie ma założonej księgi wieczystej, pewność i bezpieczeństwo obrotu takim prawem doznaje istotnego ograniczenia z perspektywy zarówno nabywców, jak i dożywców. Interesy nabywców są zagrożone przez brak możliwości ustalenia stanu prawnego spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie księgi wieczystej oraz brak ochrony wynikającej z rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Należy jednocześnie wskazać, że księga wieczysta prowadzona dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu umożliwia nabywcom korzystanie z ochrony wynikającej z rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, która jednak nie działa przeciwko prawu dożywocia (art. 7 pkt 2 u.k.w.h.). Ze względu na to, że rękojnia wiary publicznej ksiąg wieczystych nie działa przeciwko prawu dożywocia (art. 7 pkt 2 u.k.w.h.), brak księgi wieczystej dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu – tak jak nieujawnienie prawa dożywocia w księdze wieczystej, gdy obciążanie tym prawem spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu stanie się możliwe – może mieć istotne znaczenie jedynie dla ustalenia jego pierwszeństwa względem innych praw obciążających spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu⁵³. Wskazuje to na konieczność ustawowego uregulowania rejestrów spółdzielczych własnościowych praw do lokali prowadzonych przez spółdzielnie mieszkaniowe dla wszystkich lokali bez względu na to, czy zostały dla nich założone oddzielne księgi wieczyste. Rejestry te powinny stanowić podstawę do wydawania zaświadczeń nie tylko o stanie faktycznym lokalu (powierzchnia i położenie lokalu⁵⁴), lecz również o treści aktów notarialnych dotyczących spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, których wypisy zostały doręczone spółdzielni na moment wydawania zaświadczenia, oraz o wysokości zobowiązań względem spółdzielni związanych z budową oraz korzystaniem z lokalu. W przypadku wprowadzenia zmian umożliwiających obciążanie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu prawem dożywocia, służebnością mieszkania lub innymi służebnościami osobistymi oraz potwierdzających możliwość ustanowienia użytkowania spółdzielczy rejestr i wydawane na jego podstawie zaświadczenia powinny zawierać obligatoryjne informacje dotyczące obciążeń ustanowionych w dokumentach przekazanych spółdzielni.

⁵² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁵³ Por. E. Gniewek, *Ujawnienie...*, [w:] *Wybrane...*, s. 51–52.

⁵⁴ Artykuł 26 ust. 2 u.k.w.h. i § 80 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 15.02.2016 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym (Dz.U. z 2016 r. poz. 132 ze zm.).

Jak to zostało już zasygnalizowane, zaświadczenia wydawane przez spółdzielnie mieszkaniowe mają istotne znaczenie w praktyce notarialnej dotyczącej spółdzielczych własnościowych praw do lokali⁵⁵. W aktualnym stanie prawnym przedmiotem regulacji ustawowej są wydawane przez spółdzielnie mieszkaniowe zaświadczenia o położeniu i powierzchni lokalu oraz domu jednorodzinnego w zakresie, w jakim są one podstawą oznaczenia ich w księdze wieczystej (art. 26 ust. 2 u.k.w.h.). Zaświadczenia wydawane przez spółdzielnie mieszkaniowe w celu określenia powierzchni i położenia lokalu zostały wprowadzone jako alternatywa w stosunku do oznaczania nieruchomości na podstawie dokumentów wydawanych przez organ prowadzący ewidencję gruntów i budynków (względem tzw. katastralnego modelu oznaczania nieruchomości)⁵⁶. Zaświadczenie o powierzchni i położeniu lokalu będącego przedmiotem spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu jest wyłączną podstawą jego oznaczenia⁵⁷. Wyposażenie spółdzielni mieszkaniowych w kompetencję do jego wydawania miało na celu usprawnienie zakładania ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali. Zaświadczenie wydawane przez spółdzielnie mieszkaniowe oznaczające powierzchnię i położenie lokalu jest traktowane jako dokument urzędowy w rozumieniu art. 244 § 2 k.p.c. sporządzony przez podmiot niebędący organem władzy publicznej ani organem państwowym w zakresie zadania zleconego z dziedziny administracji publicznej⁵⁸.

Obowiązująca regulacja dotycząca zaświadczeń wydawanych przez spółdzielnie mieszkaniowe nie odnosi się do udzielania informacji o stanie prawnym spółdzielczych własnościowych praw do lokali. Udzielanie przez spółdzielnie mieszkaniowe informacji innych niż dotyczące powierzchni i położenia lokalu nie mieści się w zakresie zadania zleconego z dziedziny administracji publicznej określonego w art. 26 ust. 2 u.k.w.h. Powoduje to, że zarówno spółdzielnie mieszkaniowe, jak i wszyscy uprawnieni do uzyskania informacji dotyczących spółdzielczych własnościowych praw do lokali nie mają pewności, jakie informacje powinny być udzielane, w jakim zakresie ani w jakim czasie⁵⁹. W celu usunięcia tej niepewności sposób i termin udzielania przez spółdzielnie mieszkaniowe informacji dotyczących spółdzielczych własnościowych praw do lokalu oraz zakres tych informacji odnoszących się nie tylko do stanu faktycznego, lecz również do stanu prawnego, powinien być uregulowany w przepisach prawa. Najwłaściwszym miejscem na zamieszczenie stosownej regulacji mógłby być art. 17⁶ u.s.m.

Ostatnia kwestia, która wymaga rozważenia, dotyczy wprowadzenia obowiązku zakładania ksiąg wieczystych w przypadku rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie. Wprowadzenie

⁵⁵ Por. K. Królikowska, [w:] *Komentarze...*, t. 6A, *Prawo...*, komentarz do art. 17² u.s.m., s. 944–945, nb 36–37.

⁵⁶ Por. J. Kuropatwiński, *Podstawa wpisu do księgi wieczystej*, Warszawa 2021, s. 471–472.

⁵⁷ J. Kuropatwiński, *Podstawa...*, s. 474.

⁵⁸ J. Kuropatwiński, *Podstawa...*, s. 479–480.

⁵⁹ W doktrynie wskazuje się, że spółdzielnie niekiedy odmawiają wydawania zaświadczeń wymaganych przez notariuszy, co może stanowić przeszkodę uniemożliwiającą sporządzenie aktu notarialnego. Por. K. Pietrzykowski, [w:] *System...*, t. 21, *Prawo...*, s. 564, nb 329.

takiego obowiązku może – z jednej strony – przyczynić się do zmniejszenia liczby spółdzielczych własnościowych praw do lokali istniejących poza systemem wieczystoksięgowym. Z drugiej jednak strony może to bardzo ograniczyć możliwość rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali w przypadkach, w których księga wieczysta nie została dla nich założona z przyczyn niezależnych od uprawnionego. W doktrynie i orzecznictwie dominuje obecnie zapatrywanie, zgodnie z którym spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu ustanowione w budynku położonym na gruncie, do którego spółdzielni nie przysługuje własność ani użytkowanie wieczyste, stanowi ekspektatywę tego prawa, dla której nie można założyć księgi wieczystej⁶⁰. W doktrynie jest prezentowany jeszcze dalej idący pogląd, zgodnie z którym brak po stronie spółdzielni **uregulowanego** tytułu prawnego do gruntu i posadowionego na nim budynku stanowi przeszkodę uniemożliwiającą założenie księgi wieczystej dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu⁶¹. Powyższe oznacza, że nałożenie obowiązku zakładania ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali będących przedmiotem umów o dożywocie spowoduje, że nawet w przypadkach, w których spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu zostało skutecznie ustanowione (dotyczy lokalu w budynku stanowiącym własność spółdzielni), uprawniony najczęściej nie będzie mógł nim rozporządzić, dopóki spółdzielnia mieszkaniowa nie uzyska dokumentu potwierdzającego tytuł prawny do gruntu i posadowionego na nim budynku.

Rozstrzygnięcie powyższej kwestii wymaga zważenia przez ustawodawcę racji przemawiających za zapewnieniem możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie w możliwie największej liczbie przypadków oraz racji przemawiających za zapewnieniem możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie tylko w tych przypadkach, w których spółdzielnia dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że przysługuje jej tytuł prawny do gruntu i budynku, w którym znajduje się lokal. Należy jednocześnie wskazać, że umożliwienie rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie niezależnie od tego, czy spółdzielnia dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że przysługuje jej tytuł prawny do gruntu i budynku, w którym znajduje się lokal, będzie wiązać się z koniecznością dokonywania przez nabywców samodzielnej oceny ryzyka, że *in concreto* spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie mogło być ustanowione przez spółdzielnię i w konsekwencji nie może być ono przedmiotem skutecznego rozporządzenia. Przedmiotem umowy w takim przypadku będzie w istocie ekspektatywa spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. W konsekwencji nie będzie wykluczona sytuacja, w której osoba zmierzająca do nabycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu nie

⁶⁰ Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 424–425, nb 25–28; E. Gniewek, *Księgi...*, komentarz do art. 1 u.k.w.h., s. 48–49, nb 100; uchwała SN 7 sędziów z 24.05.2013 r., III CZP 104/12, OSNC 2013/10, poz. 113.

⁶¹ T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 424–425, nb 27; odmiennie M. Kučka, [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 431, nb 7.

osiągnięciu celu, gdyż prawo, którego nabycie jest celem umowy, nie będzie mogło powstać. W takiej sytuacji skuteczność umowy o dożywocie będzie wątpliwa.

3.4. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jako prawo, z którym związane jest członkostwo w spółdzielni mieszkaniowej, a kwestia ustawowego kumulatywnego przystąpienia do długu przez nabywcę

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest związane z członkostwem w spółdzielni mieszkaniowej. Zgodnie z art. 17¹ ust. 6 u.s.m. nabywca spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu staje się członkiem spółdzielni z zastrzeżeniem art. 3 u.s.m. Dotyczy to również spadkobiercy, zapisobiorcy i licytanta. W przypadku gdy tytułem do członkostwa zbywcy w spółdzielni mieszkaniowej było jedynie to spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, które jest przenoszane na inny podmiot, członkostwo zbywcy ustaje (art. 3 ust. 6 w zw. z ust. 8 u.s.m.).

Treść stosunku członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej uprawnionego do spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu obejmuje prawa i obowiązki. Zasadnicze obowiązki o charakterze majątkowym są określone w art. 4 u.s.m. (pokrywanie kosztów związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości w częściach przypadających na poszczególne lokale, pokrywanie kosztów związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni, pokrywanie kosztów związanych z działalnością społeczną, oświatową i kulturalną prowadzoną przez spółdzielnię). Do obowiązków tych należy zaliczyć również wniesienie wkładu budowlanego.

Dostępne dane statystyczne wskazują na to, że zaległości z opłatami za mieszkanie na dzień 31.12.2020 r. dotyczyły 26,1% mieszkań stanowiących ogólny zasób mieszkaniowy obejmujący ok. 7,8 mln mieszkań bez względu na podstawę prawną korzystania z nich⁶². Łączna kwota zaległości od początku ich powstania (wraz z odsetkami) z tytułu nieuiszczania opłat za mieszkanie wynosiła prawie 6,3 mld zł⁶³ (dokładnie 6 285 751 500 zł). Największy udział w kwocie zaległości w opłatach za mieszkanie przypada na mieszkania gminne (61,3%), drugi co do wielkości udział – na mieszkania spółdzielcze (17,6%), a trzeci – na mieszkania należące do osób fizycznych objęte wspólnotami mieszkaniowymi (14,6%). Analiza udziału zaległości w opłatach za mieszkania w poszczególnych grupach mieszkań wyróżnianych ze względu na podstawę prawną korzystania z nich wskazuje, że zjawisko to występuje najczęściej w przypadku mieszkań w spółdzielniach mieszkaniowych. Zaległości z opłatami występują w przypadku 46,5% mieszkań w spółdzielniach mieszkaniowych⁶⁴. Dla porównania w przypadku mieszkań należących do osób fizycznych we wspólnotach mieszkaniowych zaległości w opłatach za mieszkania dotyczą 31,4% mieszkań, a w przypadku mieszkań gminnych – 19,2%.

⁶² Por. B. Lackoroński, *Przeniesienie...*, s. 17–19.

⁶³ I. Adamczyk, B. Różańska, M. Sobczyk, *Analizy statystyczne GUS. Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna w 2020 r.*, Warszawa 2021, s. 19.

⁶⁴ I. Adamczyk, B. Różańska, M. Sobczyk, *Analizy...*, s. 20.

Powyższe oznacza, że zaleganie z opłatami za mieszkanie wobec spółdzielni mieszkaniowych jest zjawiskiem o szerokim zasięgu i znacznym nasileniu. Dotyczy ono bowiem znacznego odsetka lokali w budynkach zarządzanych przez spółdzielnie mieszkaniowe oraz opiewa łącznie na wysokie kwoty. Dane te wskazują, że uprawnieni do spółdzielczych własnościowych praw do lokali nie uiszczają opłat za mieszkanie, mimo że ich mienie obejmuje składnik o niebagatelnej wartości – spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu. Jedną z przyczyn takiego stanu może być niedostatek bieżących dochodów w stosunku do kosztów zaspokajania bieżących potrzeb.

Ustanie członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej nie powoduje ustania odpowiedzialności za związane z nim i powstałe dotychczas zobowiązania. Spółdzielnie mogą stosować różne rozwiązania, aby przyspieszyć proces rozliczeń z tytułu wkładu budowlanego w razie zbycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu i zapewnić jego pokrycie w całości przez dotychczasowego uprawnionego pozostającego w stosunku członkostwa. Wydaje się, że cel takiego rozwiązania polega na wyeliminowaniu ryzyka niewypłacalności nabywcy spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, którego spółdzielnia nie zna i nie ma wpływu na jego wybór przez zbywcę. Zdarza się, że w statutach spółdzielni zastrzeżona jest natychmiastowa wymagalność wszystkich rat wkładu budowlanego wraz z odsetkami pozostałymi do spłaty, gdy dochodzi do zbycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Zastrzeżenie natychmiastowej wymagalności rat wkładu budowlanego jest często wyłączone w przypadku zbywania spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy darowizny na rzecz zstępnych, wstępnych, przysposobionych i małżonka, a jeżeli prawo do lokalu objęte jest małżeńską wspólnością majątkową, również przechodzi na zstępnych, przysposobionych i wstępnych współmałżonka. Takie rozwiązanie zabezpiecza interesy spółdzielni, a do pewnego stopnia służy również interesom nabywcy, ponieważ prowadzi do nabycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu z pokrytym wkładem budowlanym, natomiast zbywca musi zabezpieczyć swoje interesy we własnym zakresie.

Potrzeba zabezpieczenia interesów zbywcy spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu uwidacznia się szczególnie wyraźnie w przypadku, gdy ma on zaległości w wykonywaniu swoich obowiązków majątkowych wobec spółdzielni mieszkaniowej. W takiej bowiem sytuacji zbywca może błędnie przypuszczać, że rozporządzenie spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu powoduje, iż wszystkie związane z nim zobowiązania przechodzą na nabywcę. To błędne, chociaż nierzadko żywione przekonanie, że rozporządzenie składnikiem majątkowym, z którym związane są zobowiązania, powoduje automatyczne przejście również wszystkich zobowiązań ze zbywcy na nabywcę, może powodować, iż zbywca nie zabezpieczy należycie swoich interesów i nie uwzględni przy ustalaniu świadczenia wzajemnego kwoty niezbędnej do wykonania zobowiązań powstałych do dnia zbycia. Na szczególne ryzyko narażeni są zbywcy spółdzielczych własnościowych praw do lokali na podstawie umów nieodpłatnych, którzy wyzbywają się istotnego składnika majątku, nie uzyskując żadnego świadczenia w zamian, oraz pozostają nadal wyłącznie zobowiązani względem spółdzielni za powstałe dotychczas zobowiązania. Nieco mniej

krzywdzące są umowy dwustronnie zobowiązujące, w których nabywca spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu również ma obowiązek spełnienia jakiegoś świadczenia na rzecz zbywcy. W przypadku takich umów nadal jednak aktualne jest ryzyko, że zbywca działający w błędnym przekonaniu, iż wraz ze spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu wyzbywa się odpowiedzialności za dotychczas powstałe względem spółdzielni zobowiązania, nie osiągnie przyświecającego mu celu. Wobec takich zjawisk ustawodawca może – z jednej strony – stać na stanowisku *vigilantibus iura scripta sunt* i nie wprowadzać żadnych regulacji, zmierzających do zabezpieczenia interesów podmiotów, które same nie dbają o nie w należyty sposób. Z drugiej jednak strony należy zwrócić uwagę, że zabezpieczenie interesów zbywców mogłoby polegać na zastosowaniu znanych w systemie prawa rozwiązań, które nie prowadziłyby do zmiany po stronie dłużnika osobistego, lecz do przystąpienia *ex lege* przez nabywcę do długu związanego z budową i korzystaniem z lokalu w zakresie, w jakim powstał i nie został spłacony do dnia zbycia. W efekcie przystąpienia przez nabywcę spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu do długu związanego z jego budową i korzystaniem stawałby się on solidarnie odpowiedzialny ze zbywcą. Roszczenie regresowe mogłoby zostać ukształtowane w taki sposób, aby chroniony był przede wszystkim zbywca – regres pełny wobec nabywcy. Wydaje się, że nie powinno się wykluczać możliwości zmiany zakresu roszczenia regresowego w sposób wyraźny w umowie. Ustawowe kumulatywne przystąpienie do długu przewidziane w art. 55⁴ k.c. jest wprowadzone przede wszystkim w interesie wierzycieli zbywcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego⁶⁵. Do pewnego stopnia, przy odpowiednim ukształtowaniu roszczeń regresowych, może ono pełnić funkcję ochronną nie tylko wobec spółdzielni jako wierzyciela, lecz również wobec zbywcy spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu.

W tych przypadkach, w których zbycie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu najczęściej ma prowadzić do zapewnienia dotychczasowemu uprawnionemu możliwości korzystania z tego lokalu i przeznaczania jego bieżących dochodów na zaspokojenie jego potrzeb osobistych, powinien być przewidziany ustawowy mechanizm umożliwiający spółdzielni dochodzenie roszczeń – związanych z budową i korzystaniem z lokalu oraz powstałych i niespłaconych przed dniem zbycia – również od nabywcy. Wprowadzenie tego mechanizmu wymaga rozstrzygnięcia zakresu jego zastosowania, a w szczególności przesądzenia, czy będzie miał on zastosowanie tylko w przypadku, gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest przenoszone na podstawie darowizny lub umowy o dożywocie, czy też bez względu na rodzaj umowy prowadzącej do zbycia.

⁶⁵ E. Gniewek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 55⁴ k.c., s. 144, nb 7; M. Kępiński, J. Kępiński, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 55⁴ k.c., s. 523, nb 2; J. Mojak, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, komentarz do art. 55⁴ k.c., s. 270–271, nb 7; R. Morek, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 1, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, komentarz do art. 55⁴ k.c., s. 481, nb 1; W. Pawlak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna*, cz. 1, *Art. 1–55⁴*, red. J. Gudowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 55⁴ k.c., s. 1061, nb 6.

3.5. Ochrona hipoteki obciążającej spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu a ochrona prawa dożywocia, które ma obciążać spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu

Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może być obciążone hipoteką (art. 65 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h.). Stworzenie przez ustawodawcę możliwości zabezpieczenia wierzytelności przez obciążenie hipoteką spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, które może niekiedy wygasnąć przed całkowitą spłatą wierzytelności, wymagało uregulowania sytuacji prawnej wierzycieli hipotecznych w przypadku zaistnienia zdarzeń mogących skutkować wygaśnięciem obciążonego spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Regulacja taka zawarta jest w art. 17¹² u.s.m. Zgodnie z nim w przypadkach, gdy ustawa przewiduje wygaśnięcie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, prawo to, jeżeli jest obciążone hipoteką, nie wygasa, lecz przechodzi z mocy prawa na spółdzielnię. Nabyte w taki sposób prawo do lokalu spółdzielnia powinna zbyć w drodze przetargu w terminie 6 miesięcy. Spółdzielnia jest obowiązana uiścić osobie uprawnionej wartość nabytego prawa po potrąceniu należności wymienionych w art. 17¹¹ ust. 2 u.s.m. oraz z tytułu obciążenia hipoteką. Obowiązek spółdzielni w tym zakresie powstaje dopiero z chwilą zbycia prawa w drodze przetargu.

Analogiczne zabezpieczenie, jakie ustawodawca przyznaje wierzycielom hipotecznym, powinno być przyznane również dożywotnikom, których prawa będą obciążać spółdzielcze własnościowe prawa do lokali. Wydaje się, że względy, jakie przemawiały za przyznaniem szczególnej ochrony wierzycielom hipotecznym, nawet w większym stopniu uzasadniają przyznanie nie mniej intensywnej ochrony dożywotnikom na wypadek wygaśnięcia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu obciążonego prawem dożywocia. Ochrona prawa dożywocia na wypadek wygaśnięcia obciążonego nim spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu odnosi się do interesów dożywotnika, które mają dla niego nie tylko wymiar majątkowy, lecz wręcz egzystencjalny. Dożywotnicy są często w sytuacji, w której jedynym zabezpieczeniem ich utrzymania jest obciążenie na przedmiocie umowy o dożywocie. Z tego powodu do spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu powinna mieć zastosowanie regulacja zmierzająca do zapobieżenia wygaśnięciu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, dopóki jest ono obciążone prawem dożywocia. Wymaga to odpowiedniej zmiany art. 17¹² u.s.m. umożliwiającej zastosowanie tego przepisu nie tylko w celu ochrony hipoteki, lecz również w celu ochrony prawa dożywocia.

3.6. Ochrona hipoteki w przypadku przekształcenia obciążonego spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w odrębną własność lokalu a ochrona prawa dożywocia

Interesy dożywotnika mogą być zagrożone nie tylko wskutek wygaśnięcia obciążonego prawem dożywocia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu,

w miejsce którego nie powstaje inne prawo, lecz również wtedy, gdy dochodzi do jego przekształcenia w odrębną własność lokalu. Przekształcenie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w odrębną własność lokalu (własność nieruchomości) powoduje bowiem wygaśnięcie tego pierwszego⁶⁶.

W art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h. ustawodawca wyraźnie przewiduje, że hipoteka obciążająca spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu w razie jego przekształcenia w odrębną własność lokalu obciąża nieruchomość. Racje przemawiające za takim rozwiązaniem, które ma na celu ochronę interesów wierzycieli hipotecznych, uzasadniają jeszcze bardziej jego zastosowanie w odniesieniu do prawa dożywocia. Jeśli ustawodawca zdecyduje się na umożliwienie rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu w drodze umowy o dożywocie, powinno to wiązać się z zapewnieniem ochrony prawa dożywocia analogicznej do tej, jaka jest przewidziana w art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h. w odniesieniu do hipoteki. Wymaga to odpowiedniej zmiany tego przepisu, aby nie budziło wątpliwości, że na jego podstawie prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu będzie obciążać nieruchomość po jego przekształceniu w odrębną własność lokalu.

3.7. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jako przedmiot obciążenia dożywociem w świetle art. 1000 k.p.c.

Zgodnie z art. 17¹³ u.s.m. do egzekucji ze spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu stosuje się odpowiednio przepisy o egzekucji z nieruchomości. Z tego powodu – gdy stanie się możliwe rozporządzanie spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie – do praw dożywnika obciążających spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu będzie mieć zastosowanie art. 1000 § 3 k.p.c.

Oznacza to, że prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu będzie pozostawać w mocy z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o przysądzeniu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, jeśli będzie ono ujawnione przez wpis w księdze wieczystej lub złożenie dokumentu do zbioru albo zostanie zgłoszone najpóźniej na 3 dni przed terminem licytacji, jeśli będzie przysługiwać mu pierwszeństwo przed wszystkimi hipotekami lub jeżeli spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie będzie obciążone hipotekami albo jeżeli wartość praw dożywnika znajdzie pełne pokrycie w cenie nabycia.

Możliwość stosowania art. 1000 § 4 k.p.c. do praw dożywnika obciążających spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu powstanie, gdy stanie się dopuszczalne rozporządzanie tym prawem na podstawie umowy o dożywocie oraz zostanie wprowadzona stosowna zmiana art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h.

⁶⁶ E. Gniewek, *Księgi...*, komentarz do art. 24¹ u.k.w.h., s. 587, nb 13; K. Pietrzykowski, [w:] *System...*, t. 21, Prawo..., s. 581, nb 386.

4. Zakres zmian niezbędnych do zapewnienia możliwości przenoszenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie

Zapewnienie możliwości przenoszenia spółdzielczych własnościowych praw do lokali na podstawie umów o dożywocie w sposób zabezpieczający interesy dożywców w typowych sytuacjach – tak jak zostało to wyżej zasygnalizowane – wymaga zmiany nie tylko Kodeksu cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece, lecz również ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych.

4.1. Zakres zmian w Kodeksie cywilnym

Zmiana Kodeksu cywilnego ukierunkowana na zapewnienie możliwości przenoszenia spółdzielczych własnościowych praw do lokali na podstawie umów o dożywocie może polegać na **dodaniu art. 916¹ k.c. o następującej treści**: „Do umowy o dożywocie, której przedmiotem jest spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, oraz do prawa dożywocia obciążającego spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu stosuje się odpowiednio przepisy o dożywociu”.

4.2. Zakres zmian w ustawie o księgach wieczystych i hipotece

Prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu wymaga zabezpieczenia na wypadek jego przekształcenia w odrębną własność lokalu w sposób analogiczny do tego, jak zabezpieczona jest hipoteka **w art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h.**, co wymaga **następującej zmiany** tego przepisu: „2. W razie przekształcenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w prawo własności nieruchomości księga wieczysta prowadzona dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu staje się księgą wieczystą dla nieruchomości, a **wpisane** w tej księdze hipoteka **oraz prawo dożywocia** na spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu **obciążają nieruchomość**”.

4.3. Zakres zmian w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych

Zmiana w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych ukierunkowana na zapewnienie możliwości przenoszenia spółdzielczych własnościowych praw do lokali na podstawie umów o dożywocie zmierzających do obciążenia tego prawa użytkowaniem, służebnością mieszkania lub inną służebnością osobistą (art. 908 § 2 k.c.) może polegać na zmianie **art. 17² ust. 1 u.s.m.** przez nadanie mu **następującej treści**: „Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest prawem zbywalnym, **może być obciążone użytkowaniem, służebnością mieszkania lub inną służebnością osobistą**, przechodzi na spadkobierców i podlega egzekucji. Jest ono ograniczonym prawem rzeczowym”.

Z powyższą zmianą powinna wiązać się zmiana art. 17² ust. 4 u.s.m., której celem jest przesądzenie, że przewidziana w tym przepisie forma oraz obowiązek przysyłania przez notariuszy wypisów aktów notarialnych ma zastosowanie w przypadku czynności prawnych skutkujących jakimikolwiek rozporządzeniami spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali, zmianami treści obciążających je praw albo ich wygaśnięciem. **Artykuł 17² ust. 4 u.s.m.** po wprowadzeniu zmiany powinien mieć **następującą treść**: „Umowa zobowiązująca do rozporządzenia oraz umowa rozporządzająca spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu powinna być zawarta w formie aktu notarialnego. Wpis aktu notarialnego skutkującego zobowiązaniem do rozporządzenia lub rozporządzeniem spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu, zmianą treści obciążającego je prawa lub jego wygaśnięciem notariusz przesyła niezwłocznie spółdzielni”.

Należyte zabezpieczenie interesów zbywców spółdzielczych własnościowych praw do lokali – w szczególności na podstawie umowy o dożywocie – umożliwiające im po zbyciu istotnego składnika ich mienia przeznaczenie bieżących dochodów na zaspokajanie swoich aktualnych potrzeb, a nie na spłatę długów związanych z budową lub korzystaniem z lokalu powstałych w okresie poprzedzającym zbycie, wymaga wprowadzenia ustawowego kumulatywnego przystąpienia przez nabywcę do długów zbywcy związanych z budową oraz korzystaniem z lokalu w zakresie, w jakim one powstały i nie zostały spłacone do dnia zbycia. Mogłoby to polegać na dodaniu do **art. 17² u.s.m. ust. 7 o następującej treści**: „7. Nabywca spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z budową oraz korzystaniem z lokalu, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu według stanu z chwili nabycia, a według cen z chwili zaspokojenia spółdzielni. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody spółdzielni wyłączyć ani ograniczyć. W braku odmiennego zastrzeżenia umownego zbywca spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, który wykonał po jego zbyciu zobowiązania związane z budową lub korzystaniem z lokalu, ma roszczenie zwrotne do nabywcy w pełnym zakresie”.

Ograniczenie zastosowania proponowanego ustawowego kumulatywnego przystąpienia do długu tylko do przypadków, gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest przedmiotem rozporządzenia na podstawie umowy o dożywocie, wymaga zmiany powyżej proponowanego przepisu. Ograniczenie zastosowania tego mechanizmu tylko do przypadków, w których dochodzi do rozporządzenia spółdzielczym własnościowym prawem na podstawie jednej ściśle określonej umowy, może być przeciwnie skuteczne z punktu widzenia celu jego wprowadzania. Ze względu na to, że w obrocie spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali bardzo istotną rolę odgrywają dokumenty zawierające informacje niezbędne do ustalenia stanu faktycznego i prawnego spółdzielczych własnościowych praw do lokali, **uregulowania wymaga** prowadzenie rejestrów dla wszystkich spółdzielczych własnościowych praw do lokali bez względu na to, czy zostały dla nich

założone księgi wieczyste, oraz wydawanie dokumentów zawierających informacje o stanie faktycznym i prawnym. **Stosowną regulację** można by zawrzeć w **art. 17⁶ u.s.m.**, który mógłby mieć **następującą treść**:

„1. Spółdzielnie mieszkaniowe są obowiązane prowadzić rejestr lokali.

2. Rejestr lokali obejmuje informacje o stanie faktycznym i prawnym lokali zawarte w dokumentach znajdujących się w posiadaniu spółdzielni mieszkaniowej, a przynajmniej o powierzchni i położeniu lokalu, nieruchomości gruntowej, na której znajduje się budynek obejmujący lokal, rodzaju prawa do lokalu, osobie, której przysługuje prawo do lokalu, obciążeniach, zobowiązaniach osoby, której przysługuje lokal, względem spółdzielni z tytułu budowy i korzystania z lokalu.

3. Spółdzielnia jest obowiązana do wydania zaświadczenia o aktualnym stanie faktycznym i prawnym lokalu każdemu, kto ma interes prawny w jego uzyskaniu, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku. Wniosek o wydanie zaświadczenia o aktualnym stanie faktycznym i prawnym lokalu podlega opłacie ustalonej w statucie nie wyższej niż 100 złotych za każde zaświadczenie dotyczące jednego lokalu”.

Tworzenie i wypełnianie przez spółdzielnie mieszkaniowe rejestru lokali spełniającego nowe wymagania będzie zapewne zadaniem czasochłonnym. Z tego powodu w ustawie wprowadzającej wyżej wskazaną zmianę art. 17⁶ u.s.m. powinna być zawarta odpowiednia regulacja intertemporalna odraczająca wejście w życie tej zmiany o czas odpowiedni na przygotowanie rejestru. Czas ten powinien być określony z uwzględnieniem wyników konsultacji z organizacjami zrzeszającymi spółdzielnie mieszkaniowe.

Przygotowanie zaświadczenia o aktualnym stanie faktycznym i prawnym powinno wiązać się z opłatą adekwatną do czasochłonności i pracochłonności przygotowania takiego dokumentu. Ostateczne ustalenie maksymalnego poziomu tej kwoty albo ustawowego poziomu tej kwoty wymaga konsultacji z organizacjami spółdzielczymi.

Prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu wymaga zabezpieczenia na wypadek wygaśnięcia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w sposób analogiczny do tego, w jaki jest zabezpieczona hipoteka w art. 17¹² u.s.m. oraz na wypadek przekształcenia w odrębną własność lokalu w sposób analogiczny do tego, jak zabezpieczona jest hipoteka w art. 45 u.s.m. Wymaga to **zmiany art. 17¹² oraz art. 45 u.s.m. w następujący sposób**:

„Art. 17¹². 1. W wypadkach gdy ustawa przewiduje wygaśnięcie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, prawo to, jeżeli jest obciążone hipoteką **lub prawem dożywocia**, nie wygasa, lecz przechodzi z mocy prawa na spółdzielnię.

2. Prawo do lokalu, nabyte w sposób określony w ust. 1, spółdzielnia powinna zbyć w drodze przetargu w terminie 6 miesięcy.

3. Spółdzielnia jest obowiązana uiścić osobie uprawnionej wartość nabytego prawa po potrąceniu należności wymienionych w art. 17¹¹ ust. 2 oraz z tytułu obciążenia hipoteką **i prawem dożywocia**. Obowiązek spółdzielni powstaje dopiero z chwilą zbycia prawa w drodze przetargu”.

„Art. 45. 1. Z chwilą zawarcia umowy przeniesienia własności lokalu, do którego członkowi albo osobie niebędącej członkiem przysługiwało spółdzielcze własnościowe

prawo do lokalu mieszkalnego lub spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego, w tym spółdzielcze prawo do garażu, hipoteki ustanowione na tych ograniczonych prawach rzeczowych **oraz prawa dożywocia ustanowione na spółdzielczych własnościowych prawach do lokali** obciążają nieruchomości powstałe w wyniku zawarcia umowy przeniesienia własności lokalu.

2. Wierzyciel, którego wierzytelność w dniu zawarcia umowy przeniesienia własności lokalu była zabezpieczona hipoteką na ograniczonym prawie rzeczowym, **oraz dożywotnik mogą** dochodzić zaspokojenia z lokalu stanowiącego odrębną własność, powstałą w wyniku zawarcia tej umowy.

3. Do księgi wieczystej prowadzonej dla ograniczonego prawa rzeczowego stosuje się art. 24¹ ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2023 r. poz. 146)“.

5. Podsumowanie

Powyższa analiza i będące jej wynikiem spostrzeżenia wskazują na to, że nie ma przeszkód uniemożliwiających zmianę prawa ukierunkowaną na stworzenie możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umowy o dożywocie. Za wprowadzeniem tej zmiany przemawia utrzymująca się znaczna liczba spółdzielczych własnościowych praw do lokalu, które są przedmiotem obrotu cywilnoprawego, oraz potrzeba ochrony uprawnionych zamierzających rozporządzać tymi prawami w zamian za dożywotnie wsparcie czy utrzymanie. Zmiana taka usunie niespójność systemową wynikającą z tego, że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu może być przedmiotem rozporządzenia na podstawie umowy o odwrócony kredyt hipoteczny, a nie może być przedmiotem rozporządzenia na podstawie umowy o dożywocie pełniące analogiczną funkcję.

Stworzenie możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umowy o dożywocie **nie powinno ograniczać** się jedynie do wprowadzenia art. 916¹ k.c. umożliwiającego odpowiednie stosowanie przepisów o dożywociu do umów, których celem i skutkiem jest przeniesienie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w zamian za zobowiązanie się przez jego nabywcę do zapewnienia zbywcy dożywotniego utrzymania. Treść art. 916¹ k.c. została zaproponowana powyżej. Osiągnięcie wskazanych celów tej zmiany Kodeksu cywilnego, a w szczególności należyte zabezpieczenie interesów osób rozporządzających spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali w zamian za zobowiązanie do dożywotniego utrzymania, wymaga również rozważenia zmian niektórych innych ustaw, takich jak ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych oraz ustawa o księgach wieczystych i hipotece.

Regulacja umożliwiająca rozporządzanie spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umowy o dożywocie powinna być ukształtowana z uwzględnieniem szczególnych kwestii związanych z tymi prawami, do których należą: **znaczna liczba przypadków bez założonej księgi wieczystej** oraz bez księgi wieczystej i bez możliwości jej założenia; **konieczność zapewnienia**

możliwości uzyskania informacji o obciążeniu prawem dożywocia niezależnie od tego, czy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu ma założoną księgę wieczystą; **wpływ wygaśnięcia** spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na prawa dożywotnika; **wpływ egzekucji z nieruchomości obciążonej spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu** na dalsze istnienie tego prawa i obciążającego je dożywocia; **wpływ egzekucji ze spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu** na obciążające je dożywocie oraz **zadłużenie** względem spółdzielni mieszkaniowych.

Zapewnienie możliwości rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie bez uregulowania zagadnienia odpowiedzialności nabywców za zobowiązania zbywców względem spółdzielni mieszkaniowych powstałe przed dniem zbycia będzie powodować, że zbywcy zamiast uzyskiwać środki utrzymania będące dodatkiem do ich bieżących dochodów, w szczególności z systemu ubezpieczeń społecznych, które powinny móc przeznaczać na zaspokojenie własnych potrzeb, będą musieli część tych świadczeń nadal przeznaczać na spłatę swojego zadłużenia względem spółdzielni mieszkaniowych. Stosowna regulacja może być zamieszczona w ust. 7 dodanym do art. 17² u.s.m. Proponowana treść tej regulacji została zaprezentowana powyżej.

Cechy umowy o dożywocie oraz prawa dożywocia wskazują, że nie jest wystarczające wprowadzenie do Kodeksu cywilnego wyraźnej podstawy prawnej w postaci art. 916¹ k.c. umożliwiającej przenoszenie spółdzielczych własnościowych praw do lokali na podstawie umowy o dożywocie. Wyraźnego przesądzenia wymaga bowiem dopuszczalność ustanowienia w umowie o dożywocie obciążeń na spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu wskazanych w art. 908 § 2 k.c. Z uwagi na to, że regulacja spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu ma charakter pozakodeksowy, kwestia ta powinna być rozstrzygnięta w przepisach dotyczących tego prawa zawartych w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych. Stosowna regulacja może być zawarta w zmienionym art. 17² ust. 1 u.s.m., którego treść została zaproponowana powyżej.

Wprowadzeniu regulacji umożliwiającej rozporządzanie spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu powinno towarzyszyć rozważenie uregulowania w szerszym zakresie zaświadczeń wydawanych przez spółdzielnie mieszkaniowe. Obowiązująca regulacja dotycząca zaświadczeń wydawanych przez spółdzielnie mieszkaniowe nie odnosi się do udzielania informacji o stanie prawnym spółdzielczych własnościowych praw do lokali. Udzielanie przez spółdzielnie mieszkaniowe informacji innych niż dotyczące powierzchni i położenia lokalu nie mieści się w zakresie zadania zleconego z dziedziny administracji publicznej określonego w art. 26 ust. 2 u.k.w.h. Powoduje to, że zarówno spółdzielnie mieszkaniowe, jak i wszyscy uprawnieni do uzyskania informacji dotyczących spółdzielczych własnościowych praw do lokali nie mają pewności, jakie informacje powinny być udzielane, w jakim zakresie ani w jakim czasie. W celu usunięcia tej niepewności sposób i termin udzielania przez spółdzielnie mieszkaniowe informacji dotyczących spółdzielczych własnościowych praw do lokalu oraz zakres tych informacji odnoszących się nie tylko

do stanu faktycznego, lecz również do stanu prawnego, powinien być uregulowany w przepisach prawa. Najwłaściwszym miejscem na zamieszczenie stosownej regulacji mógłby być art. 17⁶ u.s.m. Propozycja zmiany art. 17⁶ u.s.m. została zaprezentowana w niniejszym opracowaniu.

Nie mniej istotną kwestią wymagającą rozważenia jest wprowadzenie obowiązku zakładania ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali w przypadku dokonywania czynności rozporządzających, w tym zawierania umowy o dożywocie – jak to stanie się możliwe. Nałożenie obowiązku zakładania ksiąg wieczystych dla spółdzielczych własnościowych praw do lokali będących przedmiotem umów o dożywocie spowoduje, że nawet w przypadkach, w których spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu zostało skutecznie ustanowione (dotyczy lokalu w budynku stanowiącym własność spółdzielni), uprawniony najczęściej nie będzie mógł nim rozporządzić, dopóki spółdzielnia mieszkaniowa nie uzyska tytułu prawnego do gruntu i posadowionego na nim budynku. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga zważenia przez ustawodawcę racji przemawiających za zapewnieniem możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie w możliwie największej liczbie przypadków oraz racji przemawiających za zapewnieniem możliwości rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu na podstawie umowy o dożywocie tylko w tych przypadkach, w których spółdzielnia dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że przysługuje jej tytuł prawny do gruntu i budynku, w którym znajduje się lokal. Należy przy tym wskazać, że umożliwienie rozporządzania spółdzielczymi własnościowymi prawami do lokali na podstawie umów o dożywocie niezależnie od tego, czy spółdzielnia dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że przysługuje jej tytuł prawny do gruntu i budynku, w którym znajduje się lokal, będzie wiązać się z koniecznością dokonywania przez nabywców samodzielnej oceny ryzyka, że *in concreto* spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie mogło być ustanowione przez spółdzielnię i w konsekwencji nie może być przedmiotem skutecznego rozporządzenia. Przedmiotem umowy w takim przypadku będzie w istocie ekspektatywa spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. W konsekwencji nie będzie wykluczona sytuacja, w której osoba zmierzająca do nabycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu nie osiągnie celu, gdyż prawo, którego nabycie jest celem umowy, nie będzie mogło powstać. W takiej sytuacji skuteczność umowy o dożywocie będzie wątpliwa.

Jeśli zbycie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu najczęściej ma prowadzić do zapewnienia dotychczasowemu uprawnionemu możliwości korzystania z tego lokalu i przeznaczania jego bieżących dochodów na zaspokojenie jego potrzeb, powinien być przewidziany ustawowy mechanizm umożliwiający spółdzielni dochodzenie roszczeń związanych z budową oraz korzystaniem z lokalu powstałych przed dniem zbycia również od nabywcy. Wprowadzenie tego mechanizmu wymaga rozstrzygnięcia zakresu jego zastosowania, a w szczególności przesądzenia, czy będzie on miał zastosowanie tylko w przypadku, gdy spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest przenoszone na podstawie darowizny lub umowy o dożywocie, czy też bez

względem na rodzaj umowy prowadzącej do jego zbycia. Ograniczenie zastosowania takiego mechanizmu tylko do przypadków, w których dochodzi do rozporządzenia spółdzielczym własnościowym prawem na podstawie jednej ściśle określonej umowy, może być przeciwnie skuteczne z punktu widzenia celu jego wprowadzania.

Analogiczne zabezpieczenie, jakie ustawodawca przyznaje wierzycielom hipotecznym, powinno być przyznane również dożywotnikom, których prawa będą obciążać spółdzielcze własnościowe prawa do lokali. Wydaje się, że względy, jakie przemawiały za przyznaniem szczególnej ochrony wierzycielom hipotecznym, nawet w większym stopniu uzasadniają przyznanie nie mniej intensywnej ochrony dożywotnikom na wypadek wygaśnięcia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu obciążonego prawem dożywocia. Ochrona prawa dożywocia na wypadek wygaśnięcia obciążonego nim spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu odnosi się do interesów dożywotnika, które mają dla niego nie tylko wymiar majątkowy, lecz wręcz egzystencjalny. Dożywotnicy często znajdują się w sytuacji, w której jedynym zabezpieczeniem ich utrzymania jest obciążenie na przedmiocie umowy o dożywocie. Z tego powodu do spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu powinna mieć zastosowanie regulacja zmierzająca do zapobieżenia wygaśnięciu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, dopóki jest ono obciążone prawem dożywocia.

Zapobieżenie wygaśnięciu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, dopóki jest ono obciążone prawem dożywocia, wymaga odpowiedniej zmiany art. 17¹² u.s.m. umożliwiającej zastosowanie tego przepisu nie tylko w celu ochrony hipoteki, lecz również w celu ochrony prawa dożywocia. Proponowana zmiana art. 17¹² u.s.m. została zaprezentowana powyżej.

Jeśli ustawodawca zdecyduje się na umożliwienie rozporządzania spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu w drodze umowy o dożywocie, powinno to wiązać się z zapewnieniem ochrony prawa dożywocia analogicznej do tej, jaka jest przewidziana w art. 24¹ ust. 2 u.k.w.h. w odniesieniu do hipoteki obciążającej spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu. Wymaga to odpowiedniej zmiany tego przepisu, aby nie budziło wątpliwości, że na jego podstawie prawo dożywocia obciążające spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu będzie obciążać nieruchomość po jego przekształceniu w odrębną własność lokalu.

Ogólny i systematyczny wzrost liczby umów o dożywocie, w tym zawieranych w obrocie nieruchomościami nierolnymi, uzasadnia postulat *de lege ferenda*, zgodnie z którym zakres przedmiotowy zastosowania tej umowy oraz dotyczących jej przepisów powinien zostać ukształtowany analogicznie do zakresu przedmiotowego umów o odwrócony kredyt hipoteczny, uregulowanego w art. 4 ust. 2 ustawy z 23.10.2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym. Zgodnie z tym przepisem kredytobiorcą może być osoba fizyczna, która jest właścicielem nieruchomości lub której przysługuje **spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu** bądź prawo użytkowania wieczystego. Trudno znaleźć racjonalne podstawy do utrzymywania takiego zróżnicowania zakresu przedmiotowego zastosowania umowy o dożywocie i umowy o odwrócony kredyt hipoteczny, pełniących podobne funkcje.

Bibliografia

1. Adamczyk I., Różańska B., Sobczyk M., *Analizy statystyczne GUS. Gospodarka mieszkaniowa i infrastruktura komunalna w 2020 r.*, Warszawa 2021.
2. Biały A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczególna (art. 765–921¹⁶)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2019.
3. Bielska-Sobkowicz T., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017.
4. Bieranowski A., *Służebność mieszkania*, Warszawa 2011.
5. Ciepla H., [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, H. Ciepla, E. Bałan-Gonciarz, Kraków 2007.
6. Czech T., *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2014.
7. Dmowski S., [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, Warszawa 2011.
8. Gniewek E., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021.
9. Gniewek E., *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU. Art. 626¹–626¹³ KPC. Komentarz*, Warszawa 2018.
10. Gniewek E., *Ujawnienie w księdze wieczystej prawa dożywocia*, [w:] *Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka*, red. J. Jezioro, K. Zagrobelny, Wrocław 2019.
11. Jelonek-Jarco B., [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014.
12. Jezioro J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021.
13. Kaliński M., [w:] *Zobowiązania. Część szczegółowa*, A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W.J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, Warszawa 2021.
14. Kępiński M., Kępiński J., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2021.
15. Korzonek J., [w:] *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, J. Korzonek, I. Rosenblüth, Kraków 1934.
16. Kostecki S., [w:] *Ustawa o odwróconym kredycie hipotecznym. Komentarz*, red. K. Osajda, P. Mikłaszewicz, Warszawa 2022.
17. Królikowska K., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6A, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018.
18. Kućka M., [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014.
19. Kuropatwiński J., *Podstawa wpisu do księgi wieczystej*, Warszawa 2021.
20. Lackoroński B., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 3B, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.

21. Lackoroński B., *Przeniesienie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu na podstawie umowy o dożywocie de lege ferenda*, Warszawa 2022, <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/>.
22. Lackoroński B., *Solidarna odpowiedzialność współwłaścicieli względem dożywotnika*, Rejent 2021, nr 2.
23. Lackoroński B., *Umowa o dożywocie (art. 908–916 k.c.) jako jedna z umów o funkcji alimentacyjnej w praktyce sądowej*, Prawo w Działaniu 2016, t. 27.
24. Madaj S., *Umowy o dożywocie pod rządem kodeksu cywilnego*, Nowe Prawo 1966, nr 3.
25. Maziarz A., *Umowa dożywocia jako podstawa wpisu do księgi wieczystej*, Rejent 2013, nr 2.
26. Mojak J., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, Komentarz. Art. 1–449¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
27. Morek R., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 1, Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99), red. K. Osajda, Warszawa 2017.
28. Mularski K., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, Komentarz. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2019.
29. Niezbecka E., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Zobowiązania. Część szczególna, red. A. Kidyba, Warszawa 2014.
30. Ohanowicz A., *Wymowa (wymiar) w projekcie polskiego kodeksu cywilnego*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1930, nr 1.
31. Pawlak W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Część ogólna, cz. 1, Art. 1–55⁴, red. J. Gudowski, Warszawa 2021.
32. Pietrzykowski K., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 21, Prawo spółdzielcze, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
33. Policzkieicz-Zawadzka Z., *Umowa o dożywocie*, Warszawa 1971.
34. Radwański Z., [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976.
35. Rejman S., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972.
36. Rudnicki S., *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2004.
37. Skowrońska-Bocian E., Warciński M., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021.
38. Stecki L., [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, red. J. Winiarz, Warszawa 1989.
39. Sylwestrzak A., *Problematyka dopuszczalności ustanawiania użytkowania na spółdzielczym własnościowym prawie do lokalu*, [w:] *Prawo spółdzielcze. Zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, red. A. Herbet, J. Misztal-Konecka, P. Zakrzewski, Lublin 2017.
40. Tenenbaum-Kulig M., *Obowiązki nabywcy wynikające z umowy o dożywocie*, [w:] *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, red. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys, Wrocław 2018.
41. Truszkiewicz Z., *Jeszcze raz o rozszerzonej skuteczności prawa dożywocia*, [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010.

42. Warciński M., *Służebności gruntowe według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2013.
43. Wasilkowski J., *Metoda opracowania i założenia kodeksu cywilnego*, Państwo i Prawo 1964, nr 5–6.
44. Woźniak Z., *Umowa o dożywocie w prawie polskim*, Warszawa 2019.
45. Zabagło W., *Treść dożywocia w kodeksie cywilnym*, Nowe Prawo 1966, nr 9.
46. Zaradkiewicz K., [w:] *Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.

Witold Borysiak

Testament na statku morskim lub powietrznym *de lege lata* i *de lege ferenda* w prawie polskim na tle porównawczym¹

*Last wills made on board a ship or an aircraft de lege lata
and de lege ferenda in Polish law in comparative perspective*

Abstract

A will made on board a ship or an aircraft (often referred to as travel will) is regulated in Polish law in Article 953 of the Polish Civil Code of 1964. Since this regulation has never been applied in practice and because of interpretative doubts related to it, as well as the standards of conduct of the Polish carriers, unaware of the existence of this type of will, the Polish literature suggests that it should be removed from the Civil Code. Also, a proposal by the Polish government from 2022 provides for the removal of this type of will from the Civil Code.

The removal of the travel will from the Civil Code may be supported by arguments derived from comparative law. A number of European legislations contain forms of wills that can only be drawn up while travelling on a ship (more often) or by aircraft (less often). However, they are criticized in the literature. Emphasis is placed on the fact that wills of this nature are not used in practice, and arguments are presented referring to the lack of economic rationality of this solution. Moreover, a comparative analysis shows first of all that the creation of the possibility to draw up a will in a specific form for persons travelling by sea or air is not obvious. There are no obstacles preventing a traveller from drawing up such a will on board a ship or an aircraft in holographic form, or to draw up a will in public form (e.g. in the notary's office) before starting the voyage. On the other hand, in cases of emergency it is admissible to draw up a will in a specific form (e.g. an oral will). In practice, in emergency situations involving a shipwreck or a plane crash, in most cases a travel will drawn up on paper will be destroyed.

Keywords: inheritance law, special will, will on a ship or aircraft, travel will, comparative law

Dr Witold Borysiak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska, ORCID: 0000-0002-9106-5576, e-mail: w.borysiak@wpia.uw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 29.12.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 1.03.2023 r.

¹ Artykuł ten powstał na bazie raportu: W. Borysiak, *Przyszłość testamentów szczególnych w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2021, s. 1–124, dostępnego na stronie internetowej Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości: <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/>.

Streszczenie

Testament na statku morskim lub powietrznym, określany często jako testament podróżny, uregulowany jest w prawie polskim w art. 953 Kodeksu cywilnego. W doktrynie postuluje się jednak jego usunięcie z Kodeksu cywilnego ze względu na brak zastosowania tej regulacji w praktyce, wątpliwości interpretacyjne z nią związane, a także standardy postępowania polskich przewoźników nieświadomych jej istnienia. Także rządowy projekt nowelizacji Kodeksu cywilnego z 7.10.2022 r. przewiduje uchylenie tej formy testamentu szczególnego.

Za usunięciem testamentu podróżnego z Kodeksu cywilnego mogą przemawiać argumenty wyprowadzane z prawa porównawczego. W wielu ustawodawstwach europejskich występują formy testamentów, których sporządzenie jest możliwe jedynie podczas podróży na statkach morskich (częściej) lub powietrznych (rzadziej). Ich ocena jest jednak na tle tych systemów prawnych negatywna. Są one także wielokrotnie krytykowane w literaturze. Podkreśla się fakt „wyjścia z użycia” w praktyce testamentów w tej formie oraz wskazuje na argumenty odwołujące się do braku ekonomicznej racjonalności tego rozwiązania. Analiza porównawcza uwiadamia jednak przede wszystkim to, że stworzenie możliwości sporządzenia testamentu w szczególnej formie dla osób podróżujących drogą morską lub powietrzną nie jest oczywiste. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie temu, aby podróżny sporządził taki testament na pokładzie statku morskiego lub powietrznego w formie własnoręcznej, a gdyby chciał sporządzić testament w formie publicznej, udałby się np. do notariusza przed wyruszeniem w podróż. W wypadkach zaś nagłych i zagrażających życiu nie jest wyłączone sporządzenie przez takie osoby testamentu szczególnego w formie ustnej. Ponadto w rzeczywistości kryzysowych sytuacjach związanych z zatonięciem statku lub katastrofą samolotu w praktyce testament podróżny sporządzony na papierze w większości przypadków zostanie zniszczony.

Słowa kluczowe: prawo spadkowe, testament szczególny, testament na statku morskim lub powietrznym, testament podróżny, prawo porównawcze

1. Wprowadzenie

Za testamenty szczególne uważa się zazwyczaj w danym systemie prawnym jedynie te formy testamentów, których możliwość sporządzenia uzależniona jest w jakiś sposób od zaistnienia szczególnych okoliczności (zazwyczaj wtedy, kiedy następuje zagrożenie życia testatora lub istnieje niemożliwość bądź utrudnienia w sporządzeniu testamentu w formie zwykłej). Testamenty te są zwykle subsydiarne w stosunku do zwykłych form testamentu (w tym znaczeniu, że możliwość ich sporządzenia pojawia się, jeżeli testator wskutek zaistnienia takich szczególnych okoliczności jest pozbawiony możliwości testowania w jednej z form zwykłych). Jedną z takich form testamentu szczególnego jest testament sporządzany podczas podróży na statku morskim lub powietrznym² uregulowany w prawie polskim w art. 953 Kodeksu cywilnego³, któremu poświęcone będzie niniejsze opracowanie.

Poza wyjątkiem w postaci testamentu ustnego w Polsce przez wiele lat nie toczyła się szersza dyskusja nad ewentualnymi zmianami uregulowanych w Kodeksie cywilnym form testamentów szczególnych. Jeszcze na początku XXI w. głosy w tym zakresie, choć występowały, były dość odosobnione⁴ i miały często charakter publicystyczny⁵.

W ostatnich latach tematyka form testamentu, w tym testamentów szczególnych, staje się przedmiotem szerszego zainteresowania doktryny⁶. Dotyczy to nie tylko

² Dalej testament podróżny.

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

⁴ Zob. K. Osajda, *Wpływ rozwoju techniki na uregulowanie formy testamentu – rozważania de lege ferenda*, „Rejent” 2010/5, s. 55–67; M. Załucki, *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego Kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012/22(2), s. 39–52. Por. też uwagi, które czynił Fryderyk Zoll (F. Zoll, *Testamentary Formalities in Poland*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 281).

⁵ Zob. K. Osajda, *Testamenty XXI wieku: mistyczny, elektroniczny, cyfrowy na CD lub DVD*, „Rzeczpospolita” z 31.10.2005 r. (2005/255), dodatek „Prawo co Dnia”.

⁶ Zob. J. Rudnicki, *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, „Forum Prawnicze” 2013/2, s. 35–44; B. Kucia, *Forma testamentu w systemach common law*, Warszawa 2016, s. 219–221; A. Pabin, *Testament jako akt sformalizowany – uwagi w sprawie przyszłego kształtu regulacji dotyczących formy rozrządzeń testamentowych*, „Studia Prawnicze” 2016/1, s. 91–125; M. Załucki, *Forma testamentu w perspektywie rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego. Czas na rewolucję?*, „Państwo i Prawo” 2017/3, s. 31–49; M. Załucki, *Uwagi w sprawie wykorzystania nowych technologii dla rozrządzeń na wypadek śmierci w trakcie zagrożenia życia w podróży*, [w:] *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność. Prace poświęcone pamięci profesora Janusza Soniła*, red. P. Cybula, Kraków 2018, s. 639–646; K.W. Rozum, *Testamenty szczególnie pięćdziesiąt lat po ich wprowadzeniu – pytanie o konieczność rewizji norm*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018, s. 269–289. Por. też uwagi poczynione w publikacjach: A. Pytel, *Testament w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*, „Monitor Prawniczy” 2018/14, s. 761–773; K. Sikora, *Technologie biometryczne sposobem uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu holograficznego*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2020/2, s. 213–221.

najczęściej występującego w praktyce testamentu ustnego⁷, lecz także testamentu wojskowego⁸ oraz właśnie testamentu podróznego⁹.

Regulacja testamentu podróznego nie ulegała zmianom od chwili wejścia w życie Kodeksu cywilnego. Wzbudza ona jednak liczne wątpliwości co do jej dalszego zastosowania w praktyce oraz jej adekwatności społecznej (niejako „zapotrzebowania społecznego na nią”) po prawie 60 latach od chwili wejścia w życie Kodeksu cywilnego. W doktrynie wskazuje się, że testament ten jest „praktycznie martwą instytucją”¹⁰ i nie występuje w praktyce¹¹. Ponadto jest to forma dla potencjalnych testatorów niebezpieczna „ze względu na wątpliwości interpretacyjne” z nią związane¹². W doktrynie postuluje się stąd nawet nie tyle jego usunięcie¹³, ile „jak najszybsze usunięcie”¹⁴. Wskazuje się też, że osoba znajdująca się na statku morskim lub powietrznym właściwie zawsze ma możliwość sporządzenia testamentu holograficznego¹⁵.

Wskazuje się także, że uregulowanie tej formy testamentu szczególnego wynikało z przeświadczenia o podwyższonym niebezpieczeństwie związanym

⁷ Zob. W. Borysiak, *Testament ustny de lege ferenda w świetle badań empirycznych i prawnoporównawczych*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018, s. 21–44 oraz podaną tam literaturę. Por. też B. Kucia, *Przesłanka „istnienia obawy rychłej śmierci spadkodawcy” – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Rejent” 2012/12, s. 107–109; K. Pol, *O przyszłości testamentu ustnego*, [w:] *Europeizacja prawa spadkowego – aktualne tendencje*, red. K.A. Dadańska, Szczecin 2016, s. 44–47.

⁸ Zob. J. Rudnicki, *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015; P. Budner, *Ewolucja testamentu wojskowego w prawie polskim*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018, s. 45–57; K. Jankowa, N. Tomczyk, *Testament wojskowy*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018, s. 135–145.

⁹ Zob. P. Cybula, *Testament podrózny de lege lata i de lege ferenda (zagadnienia wybrane)*, [w:] *50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2015, s. 385–399; K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 277–281; M. Załucki, *Uwagi...*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 644–646.

¹⁰ K. Osajda, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 4a, *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, art. 953, pkt I. Tak też J. Haberkro, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, *Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, art. 953, nb 2.

¹¹ P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 390; A. Pabin, *Testament...*, s. 110; K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 279; P. Księżak, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2017, s. 218, nb 237; K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, pkt I, art. 953, nt 23; M. Załucki, *Forma...*, s. 37; M. Załucki, *Współczesne...*, s. 40 i 41; M. Załucki, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, art. 953, nb 5 („W praktyce nie jest to zresztą konstrukcja wykorzystywana”); J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, art. 953, nb 4; M. Maciejewska-Szałas, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, art. 953, nb 5.

¹² K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, pkt I.

¹³ Tak np. B. Kucia, *Forma...*, s. 220; A. Pabin, *Testament...*, s. 110 i 125; M. Pazdan, *Prawo spadkowe*, [w:] *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006, s. 194. Ewentualnie w doktrynie postulowane jest złagodzenie wymogów formalnych tego testamentu – por. J. Haberkro, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, art. 953, nb 2.

¹⁴ K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, pkt I. Por. też uwagi *de lege ferenda*, które czyni Piotr Cybula (P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 398–399).

¹⁵ E. Skowrońska, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991, s. 117. W tym też kierunku: B. Kucia, *Forma...*, s. 220; J. Turlukowski, *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Warszawa 2009, s. 192.

z podróżowaniem statkiem morskim lub powietrznym¹⁶, a „we współczesnym, bardzo mobilnym świecie to *ratio legis* nie ma już sensu”¹⁷. Zauważyć zresztą należy, że wśród przesłanek tego testamentu brak jest zarówno obawy rychłej śmierci, jak i niemożności sporządzenia testamentu w formie zwykłej, co – zdaniem niektórych autorów – potwierdza zrównanie przez ustawodawcę uzasadnionej obawy rychłej śmierci z każdą podróżą statkiem morskim lub powietrznym¹⁸. Takie założenie może być współcześnie uznane za anachronizm¹⁹. Rodzi to też złośliwe pytanie, dlaczego takiego testamentu nie może sporządzić osoba wsiadająca jako pasażer do autobusu jadącego w długą międzynarodową podróż albo nawet kierowca samochodu osobowego²⁰ lub ciężarowego udający się na taką samą trasę, skoro w obu tych przypadkach statystyczne ryzyko wypadku (i w wyniku tego – śmierci) jest zdecydowanie większe niż w przypadku śmierci na statku morskim lub powietrznym.

Powody te wpłynęły zapewne na decyzję projektodawcy o zaproponowaniu usunięcia tej formy testamentu szczególnego z Kodeksu cywilnego. Zostało to przewidziane w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny²¹. Jednocześnie w opinii Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego z 18.11.2022 r.²² odnośnie do tego projektu, choć podzielono zdanie o śladowym praktycznym zastosowaniu testamentu

¹⁶ E. Skowrońska, *Forma...*, s. 115: „Podróż statkiem morskim lub powietrznym tradycyjnie łączona jest z pewnym zagrożeniem dla życia podróżującego. Pogląd ten może być obecnie poddany w wątpliwość, niemniej z przepisów prawa spadkowego wynika, że takie było założenie ustawodawcy”. Podobnie wskazała ta sama autorka w innej swojej publikacji – por. E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s. 122. Zob. też M. Kijowski, *Kapitan polskiego statku morskiego wobec urodzenia, zgonu i małżeństwa*, „Metryka. Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego” 2017/2, s. 54; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, art. 953, nb 1.

¹⁷ K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, pkt I. Podobnie: E. Skowrońska, *Forma...*, s. 115; M. Kijowski, *Kapitan...*, s. 54; M. Maciejewska-Szałas, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 1; M. Załucki, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 5; M. Załucki, *Uwagi...*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 640 i 643; M. Załucki, *Współczesne...*, s. 40; J. Haberk, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, art. 953, nb 2. W ostatniej pozycji wskazano: „Nie wydaje się celowe uznanie, że realia, które skłoniły ustawodawcę do włączenia testamentu podróżnego do grupy testamentów szczególnych, ciągle znajdują potwierdzenie”. W odmiennym kierunku: B. Kucia, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki* (art. 922–1088), red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2019, art. 953, nb 1. Zob. też uwagi, które czyni P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 391–393.

¹⁸ Zob. rozważania Pawła Księżaka (P. Księżak, *Prawo...*, s. 217, nb 237) w zakresie traktowania w świetle art. 953 zd. 3 k.c. każdej podróży statkiem morskim lub powietrznym jako spełniającej przesłanki testamentu ustnego (także ze względu na niemożliwość sporządzenia testamentu w innej formie). Zob. też J. Turłukowski, *Sporządzenie...*, s. 190–191; B. Kucia, [w:] *Kodeks...*, t. 6, *Spadki...*, art. 953, nb 6–7; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [w:] *Kodeks...*, t. 6, *Spadki...*, art. 953, nb 1; M. Maciejewska-Szałas, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 1; M. Załucki, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 1–4; E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2022, s. 106, nb 157.

¹⁹ Tak: J. Haberk, [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, art. 953, nb 2; M. Maciejewska-Szałas, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 1; K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, nt 12. Podobnie M. Załucki, *Forma...*, s. 37–38; M. Załucki, *Uwagi...*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 643.

²⁰ Por. wątpliwości, które w tym zakresie zgłasza Elżbieta Skowrońska-Bocian (E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 122), wskazując, że podróż statkiem morskim lub powietrznym wcale nie musi stwarzać większego zagrożenia dla życia podróżującego niż np. podróż samochodem.

²¹ Projekt z 7.10.2022 r. wpisany do wykazu prac legislacyjnych Rady Ministrów pod numerem UD448, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-cywilny-oraz-https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365902/katalog/12924000#12924000> (dostęp: 25.11.2022 r.).

²² <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365902/katalog/12924000#12924000> (dostęp: 25.11.2022 r.).

podróżnego, podkreślono, że „uchylenie przepisu, o ile jest ono motywowane uporządkowaniem regulacji testamentów szczególnych, nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego zawężenia swobody testowania”. Zauważono, że „*de lege lata* testament podróżny stanowi konstrukcyjnie wariant testamentu allograficznego, gdyż (...) sporządza się go wobec osoby *quasi*-urzędowej w obecności świadków”. Ponieważ jednak przepis ten dopuszcza subsydiarne zastosowanie testamentu ustnego, gdyby udział kapitana statku powietrznego albo morskiego w sporządzaniu testamentu nie był możliwy, zauważono, że uchylenie art. 953 k.c. prowadzić może do „powstania wątpliwości interpretacyjnych odnośnie do tego, czy testament ustny może być w warunkach podróży sporządzony”. Zaproponowano więc dodanie § 4 do nowego art. 952 k.c., który „*expressis verbis* pozwałaby na zastosowanie formy ustnej testamentu w warunkach podróży na polskim statku powietrznym albo morskim”.

Podobnie w opinii Krajowej Rady Sądownictwa z 25.11.2022 r. w przedmiocie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (UD448)²³ wskazano, że choć opiniuje ona pozytywnie projekt nowelizacji, to jednak „z tym zastrzeżeniem, aby nie uchylać art. 953 Kodeksu cywilnego”. Uargumentowała to tym, że: „Nie można wymagać od każdej osoby udającej się w podróż statkiem morskim lub powietrznym, aby sporządzała przy tej okazji testament, ani też pozbawiać możliwości sporządzenia takiego testamentu w nagłej potrzebie podczas podróży”. Podkreśliła też, że: „instytucja testamentu podróżnego funkcjonuje nadal w innych systemach prawnych i nie została z nich usunięta z racji sporadyczności jego sporządzania”.

Uwagi te sugerują konieczność pochylenia się nad ich trafnością, a zwłaszcza nad tym, czy rzeczywiście trafne jest stworzenie możliwości sporządzenia testamentu w szczególnej formie dla osób podróżujących drogą morską lub powietrzną.

2. Testament podróżny w obcych porządkach prawnych

2.1. Wstęp

Postulaty uchylecia lub zmiany określonych instytucji prawnych powinny się opierać na wszechstronnej analizie danego zagadnienia, w tym na ocenie tego, jak są one uregulowane oraz jak funkcjonują w innych systemach prawnych. Pozwala to bowiem często na dokonanie wyważonej oceny niektórych postulatów zgłaszanych w doktrynie. Rozwiązania obcych porządków prawnych mogą być też cennym źródłem inspiracji dla takich zmian. Uwagi te należy odpowiednio odnieść do instytucji testamentu podróżnego.

Oprócz uwag o charakterze historycznym zdecydowano się opisać poniżej porządku prawne krajów, których rozwiązania prawne miały ze względów historycznych największy wpływ na prawo polskie, tzn. prawo niemieckie, prawo francuskie oraz prawo austriackie. Ponadto omówiono szeroko dwa kraje o ugruntowanej pozycji

²³ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365902/katalog/12924000#12924000> (dostęp: 9.05.2023 r.) oraz <https://krs.gov.pl/en/163-uchwaly-opinie-stanowiska/1840-opinia-krajowej-rady-sadownictwa-z-dnia-22-grudnia-2022-r-wo-420-123-2022-ud448.html> (dostęp: 9.05.2023 r.).

w europejskiej tradycji prawnej łączące w sobie (tak jak prawo polskie) elementy tzw. germańskiego oraz romańskiego kręgu prawnego, tzn. prawo szwajcarskie oraz prawo holenderskie, a także – dla porównania – dwa kraje z romańskiego porządku prawnego, tj. prawo włoskie oraz prawo hiszpańskie, jako że kraje te są największymi (poza powyżej wymienionymi – z wyłączeniem oczywiście Szwajcarii) kontynentalnymi porządkami prawnymi w ramach Unii Europejskiej i mają ciekawe rozwiązania dotyczące testamentów w formie podróźnej.

Na wstępie zauważyć należy, że testamenty podróźne w dzisiejszym rozumieniu tego pojęcia nie były znane prawu rzymskiemu²⁴. Załączki takiej formy testamentu pojawiły się początkowo w XVIII wieku w formie postulatu zastosowania przez analogię złagodzonych wymogów formalnych do testamentów sporządzanych przez podróżujących kupców lub osób podróżujących na pokładzie statku²⁵. Właściwa forma testamentu podróźnego pojawiła się dopiero w nowożytnych kodyfikacjach (zwłaszcza w prawie francuskim i prawie austriackim) w związku z rozwojem żeglugi morskiej²⁶. Regulacje te zostały opisane poniżej w odniesieniu do poszczególnych porządków prawnych, które takie rozwiązania przyjęły.

2.2. Niemcy

Forma testamentu zbliżona do polskiego testamentu podróźnego występuje w prawie niemieckim (§ 2251 *Bürgerliches Gesetzbuch*²⁷). Testament w tej formie można sporządzić jedynie podczas podróży morskiej statkiem. Wyraźnie wyłącza się z zakresu omawianego przepisu podróże lotnicze, np. balonem lub sterowcem²⁸. W doktrynie niemieckiej wyklucza się też jego zastosowanie do krótkich wycieczek rekreacyjnych lub sportowych²⁹ oraz do sytuacji przebywania testatorów na

²⁴ Por. m.in. F. Longchamps de Brier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 168–170.

²⁵ Zob. szerzej: N. Jensen, *Testamentary Formalities in Early Modern Europe*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 41.

²⁶ Por. R. Zimmermann, *Testamentsformen: »Willkur« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 2012/3, s. 490, <https://doi.org/10.1628/003372512801786881>.

²⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch* z 18.08.1896 r. (kodeks cywilny niemiecki) – dalej BGB.

²⁸ Por. W. Baumann, [w:] J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, t. 5, *Erbrecht*. §§ 2229–2264 (*Errichtung und Aufhebung eines Testaments*), red. C. Baldus, Berlin 2018, § 2251, nb 1, s. 238; autor ten wskazuje, że było to zamysłem twórców BGB, którzy celowo zamiast pojęcia „pojazd” (niem. *Fahrzeug*) użyli pojęcia „statek” (niem. *Schiff*), co miało na celu wskazanie, iż pojazdy poruszające się nad morzem (samoloty i sterowce) nie są objęte tą regulacją. Por. też T. Kipp, H. Coing, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, Tübingen 1990, s. 206, przypis 19; H. Lange, K. Kuchinke, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München 2001, s. 398; S. Kappler, T. Kappler, [w:] *Erman Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG*, t. 2, red. H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, Köln 2017, § 2251, nb 1, s. 6123; D. Weidlich, [w:] *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2017, § 2251, nb 1, s. 2499; P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, *Erbrecht*. §§ 1922–2385, §§ 27–35 *BeurkG*, red. S. Kessal-Wulf, München 2020, § 2251, nb 3.

²⁹ Wskazuje się bowiem, że nie są one objęte pojęciem „podróży” (niem. *Reise*) – por. H. Lange, K. Kuchinke, *Erbrecht...*, s. 398; K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, Tübingen 2010, s. 900. Zob. też P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2251, nb 4.

platformach wiertniczych³⁰. Powodem przyjęcia przez ustawodawcę niemieckiego tej formy testamentu było zrównanie podróży statkiem morskim ze stanem „odcięcia od innych” (*Absperrung*)³¹, tj. niemożności skorzystania ze zwykłej formy testamentu³².

Zgodnie z § 2251 BGB osoba, która znajduje się w podróży morskiej na pokładzie niemieckiego statku przebywającego poza portem krajowym³³, może sporządzić testament przez złożenie ustnego oświadczenia przed 3 świadkami w sposób określony w § 2250 ust. 3 BGB. Zastosowanie do tej formy testamentu znajdują więc wprost wymogi formalne opisane w tym przepisie³⁴. Obecność notariusza na pokładzie statku nie uniemożliwia przy tym sporządzenia testamentu w tej formie³⁵.

Testament podróży utrzymuje swoją moc przez 3 miesiące³⁶ od chwili jego sporządzenia, chyba że testator zmarł przed upływem tego terminu (§ 2252 ust. 1 BGB)³⁷, przy czym początek biegu terminu uznaje się za wstrzymany lub bieg terminu uznaje się za zawieszony przez okres, w którym spadkodawca nie jest w stanie sporządzić testamentu przed notariuszem (§ 2252 ust. 2 BGB). Jeżeli spadkodawca po sporządzeniu testamentu w formie podróży podejmuje nową podróż morską, to bieg terminu zostaje przerwany z tym skutkiem, że po zakończeniu nowej podróży bieg terminu liczony jest od początku (§ 2252 ust. 3 BGB)³⁸. Jeżeli spadkodawca po upływie wskazanego terminu zostanie uznany za zmarłego lub chwila jego śmierci zostanie określona na ten okres na podstawie ustawy z 4.07.1939 r. o zaginięciu

³⁰ W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 8, s. 240; P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3.

³¹ Pojęcie to występuje w § 2250 ust. 1 BGB. Na temat jego rozumienia w doktrynie niemieckiej por. K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 894; W. Hagen, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 9, *Erbrecht*, §§ 1922–2385, §§ 27–35 *BeurkG*, red. S. Kessal-Wulf, München 2013, § 2250, nb 4, s. 1385; S. Kappler, T. Kappler, [w:] *Erman Handkommentar...*, t. 2, § 2250, nb 2, s. 6121; P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2250, nb 5.

³² W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 1, s. 238. Krytycznie do tego *ratio legis*: K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 900.

³³ Takie sformułowanie ustawy oznacza, że testament w tej formie można sporządzić nawet podczas postoju w porcie zagranicznym – por. S. Kappler, T. Kappler, [w:] *Erman Handkommentar...*, t. 2, § 2251, nb 1, s. 6122; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 9, s. 240; P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2251, nb 5.

³⁴ Co do ich szerszego opisanie w literaturze polskiej por. raport: W. Borysiak, *Przyszłość...*, s. 24–27.

³⁵ D. Weidlich, [w:] *Palandt...*, § 2251, nb 1, s. 2498; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 4, s. 239. Jak wskazał Karlheinz Muscheler (K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 900), istnienie tej formy testamentu nie uniemożliwia zresztą także „skorzystania z notariusza” przebywającego akurat na pokładzie. Sytuacje, w których na pokładzie statku akurat będzie przebywała taka osoba urzędowa, zaistnieć mogą w praktyce jedynie sporadycznie – por. P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2251, nb 1.

³⁶ W doktrynie niemieckiej wskazuje się niekiedy, że termin ten jest zbyt długi – por. R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Germany*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 217, przypis 352.

³⁷ Na temat tej regulacji zob. szerzej: C.T. Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, s. 128; H. Brox, W.-D. Walker, *Erbrecht*, München 2018, s. 82; J. Mayer, [w:] *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 22, *Erbrecht 2*, §§ 2064–2273, §§ 1–35 *BeurkG*, red. J. Damrau, Stuttgart 2003, § 2252, nb 3–4, s. 541–542; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2252, nb 5–6, s. 242–243; P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2252, nb 4.

³⁸ Obrazowy przykład takiej sytuacji podaje: K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 901.

(*Verschollenheitsgesetz*³⁹), testament utrzymuje się w mocy, jeżeli taki termin nie upłynął do chwili, w której spadkodawca wedle istniejących wiadomości jeszcze żył (§ 2252 ust. 4 BGB)⁴⁰.

Testament podróżny określa się w doktrynie niemieckiej jako testament nadzwyczajny (*außerordentliches Testament*). Nie stanowi on jednak testamentu sporządzanego w sytuacji szczególnej („testamentu sporządzanego w stanie konieczności” – *Nottestament*), gdyż możliwość jego sporządzenia nie jest ograniczona do sytuacji wyjątkowych⁴¹. Nie jest więc uzależniona od istniejącego zagrożenia życia potencjalnego testatora⁴².

W Niemczech wskazuje się na „wyjście z użycia” w praktyce testamentu podróżnego⁴³ oraz jego zbędność (*überflüssig*)⁴⁴. Stwierdza się też, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby spadkodawca sporządził testament w formie zwykłej (np. holograficznej lub notarialnej) jeszcze przed wejściem na pokład⁴⁵. Gdyby chciał zaś dokonać tego, już będąc na pokładzie, wciąż ma do dyspozycji formę testamentu własnoręcznego⁴⁶. Natomiast na wypadek, gdyby z formy tej nie mógł skorzystać, a rzeczywiście zaistniało zagrożenie jego życia, pozostanie mu możliwość sporządzenia testamentu ustnego na zasadach ogólnych⁴⁷. Krytykuje się też możliwość sporządzenia testamentu w tej formie podczas każdej podróży morskiej niezależnie od istniejącego realnie zagrożenia życia testatora⁴⁸. Zdaniem niektórych autorów w świetle przytaczanego powyżej *ratio legis* § 2251 BGB niezrozumiałe jest także, dlaczego taki testament nie może być sporządzony podczas podróży na statku powietrznym⁴⁹.

Na marginesie można również wskazać, że w doktrynie niemieckiej zauważa się, iż w rzeczywistości kryzysowych sytuacjach związanych z zatonięciem statku testament podróżny sporządzony na papierze w większości przypadków zostanie po prostu utracony. Rozwiązaniem tego problemu mogłoby być przyjęcie możliwości

³⁹ Pełna nazwa tej ustawy to: *Verschollenheitsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 401-6, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 182 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist*.

⁴⁰ Por. szerzej P. Sticherling, [w:] *Münchener Kommentar...*, t. 11, *Erbrecht...*, § 2252, nb 6.

⁴¹ H. Brox, W.-D. Walker, *Erbrecht...*, s. 82: „Dagegen ist das Seetestament zwar als außerordentliches, aber nicht als Nottestament zu bezeichnen; denn eine konkrete Notlage wird nicht vorausgesetzt”. W tym też kierunku: C.T. Ebenroth, *Erbrecht...*, s. 130 („Das Bestehen einer besonderen Gefahrenlage ist für die Errichtung nicht erforderlich; demzufolge handelt es sich bei dem Seetestament zwar um ein außerordentliches, nicht aber um ein Nottestament”); K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 900; K.W. Lange, *Erbrecht*, München 2017, s. 94; D. Olzen, D. Looschelders, *Erbrecht*, Berlin-Boston 2017, s. 88.

⁴² D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2014, s. 125.

⁴³ K.W. Lange, *Erbrecht...*, s. 91; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238–239. Por. też D. Olzen, D. Looschelders, *Erbrecht...*, s. 63 i 88.

⁴⁴ K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 901.

⁴⁵ Por. W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238.

⁴⁶ Por. W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238.

⁴⁷ Tak: R. Zimmermann, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 218; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238.

⁴⁸ K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 900–901; W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238.

⁴⁹ K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 901.

zdalnej transmisji treści takiego testamentu (np. drogą radiową) przez załogę statku podmiotom trzecim⁵⁰.

2.3. Francja

W prawie francuskim forma testamentu na statku morskim uregulowana jest przede wszystkim w art. 988–994 *Code Civil*⁵¹. Zgodnie z art. 988 ust. 1 CCF⁵² taki testament można sporządzić podczas podróży morskiej (zarówno w jej trakcie, jak i podczas postoju w porcie), kiedy nie ma możliwości skomunikowania się z lądem lub jest to teren obcego państwa, na którym nie znajduje się francuskie przedstawicielstwo dyplomatyczne lub konsularne⁵³. Osoby znajdujące się na okręcie francuskiej marynarki wojennej⁵⁴ mogą sporządzić testament w tej formie w obecności 2 świadków wobec urzędnika administracyjnego (*l'officier d'administration*) lub, pod jego nieobecność, przed dowódcą okrętu (*le commandant*) albo osobą pełniącą jego funkcję; a na innych statkach – przed kapitanem (*le capitaine*), głównym oficerem (*maître*) lub zastępcą kapitana okrętu, lub szyprem (*patron*) przy pomocy drugiego oficera (*second du navire*), lub, w przypadku ich nieobecności, przez tych, którzy ich zastępują. Ustęp drugi art. 988 CCF wskazuje, że w testamencie należy wskazać okoliczność, która uzasadniała sporządzenie testamentu w tej formie. W przypadku okrętu francuskiej marynarki wojennej testament oficera administracyjnego może być sporządzony wobec dowódcy lub osoby pełniącej jego funkcję (art. 989 ust. 1 CCF). Jeżeli zaś brak jest urzędnika administracyjnego, testament dowódcy okrętu może być odebrany przez osobę następującą po nim w kolejności służby (art. 989 ust. 1 CCF). Na innych zaś statkach testament kapitana, głównego oficera, zastępcy kapitana okrętu (szypra) czy drugiego oficera może być sporządzony przed osobą następującą po nim w kolejności służby (art. 989 ust. 2 CCF).

We wszystkich przypadkach określonych w art. 988 i 989 CCF sporządza się drugi oryginał testamentu (art. 990 ust. 1 CCF). Jeżeli formalności tej nie można

⁵⁰ W. Baumann, [w:] J. von Staudingers Kommentar..., t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238–239.

⁵¹ *Code Civil* z 21.03.1804 r. (kodeks cywilny francuski) – dalej CCF. Dla porządku podkreślić w tym miejscu należy, że przywołana regulacja art. 988–994 CCF uległa nieznacznym zmianom od 1.01.2007 r. na skutek wejścia w życie ustawy 2006-728 z 23.06.2006 r.

⁵² W oryginale: „*Au cours d'un voyage maritime, soit en route, soit pendant un arrêt dans un port, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions de notaire, les testaments des personnes présentes à bord seront reçus, en présence de deux témoins : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier d'administration ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions, et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, assisté du second du navire, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent*”.

⁵³ Należy również podkreślić, że odrębny art. 986 CCF umożliwia sporządzenie testamentu w formie ustnej osobie znajdującej się na – będącej terytorium francuskim – wyspie, na której nie ma biura notariusza. Jak wskazano w orzecznictwie, nie obejmowało to – do zmiany ustawowej w 2015 r. – np. Polinezji Francuskiej; por. G. Venandet, P. Ancel, X. Henry, A. Tisserand-Martin, G. Wiederkehr, *Code Civil*, Paris 2015, s. 1303.

⁵⁴ Zgodnie z regułami znaczeniowymi przyjętymi w języku ogólnym oraz terminologii wojskowej należy na potrzeby dalszych rozważań rozróżnić okręty (jednostki pływające należące do marynarki wojennej danego państwa) od statków (innych jednostek pływających, w tym przede wszystkim należących do marynarki handlowej danego państwa).

dopełnić ze względu na stan zdrowia spadkodawcy, zamiast drugiego oryginału testamentu sporządza się jego kopię (odpis), która powinna być podpisana przez świadków i odpowiednich oficerów biorących udział w jej sporządzeniu. W kopii tej wzmiankuje się przyczyny, które uniemożliwiły sporządzenie drugiego oryginału testamentu (art. 990 ust. 2 CCF). Dokument potwierdzający treść ostatniej woli testatora powinien być po jej spisaniu podpisany przez testatora⁵⁵, osobę urzędową, wobec której składane było oświadczenie, oraz świadków (art. 997 CCF), przy czym wystarczające jest złożenie podpisu przez jednego ze świadków oraz wskazanie, dlaczego drugi z nich nie mógł złożyć podpisu (art. 998 ust. 2 CCF). Treść art. 984, 987 oraz 994 CCF powinna być przy sporządzeniu testamentu odczytana testatorowi w obecności świadków, a fakt ten również powinien zostać potwierdzony w treści testamentu (art. 996 CCF). Brak dochowania wymogów formalnych opisywanego testamentu powoduje jego nieważność (por. art. 1001 CCF)⁵⁶.

Podczas pierwszego postoju w porcie zagranicznym, w którym znajduje się francuski przedstawiciel dyplomatyczny lub konsularny, jeden z oryginałów lub urzędową kopię testamentu dostarcza się w zamkniętej i opieczętowanej kopercie do jego rąk (art. 991 zd. 1 CCF). Urzędnik ten przekazuje tak zabezpieczony testament ministrowi właściwemu do spraw morskich (*ministre chargé de la mer*) w celu jego zdeponowania (art. 991 zd. 2 CCF)⁵⁷.

Po przybyciu statku morskiego do portu na terytorium Francji oba oryginały testamentu bądź oryginał i jego urzędowa kopia, bądź oryginał testamentu, który pozostał⁵⁸, powinny zostać zdeponowane w zamkniętej i opieczętowanej kopercie. Powinno to nastąpić dla okrętów francuskiej marynarki wojennej u ministra właściwego do spraw obrony narodowej (*ministre chargé de la défense nationale*), a dla innych statków – w urzędzie ministra właściwego do spraw morza (art. 992 zd. 1 CCF). Zgodnie z art. 992 zd. 2 CCF każdy ze wspomnianych powyżej dokumentów powinien być wysłany odrębnym kurierem pocztowym do ministra właściwego do spraw morza (*ministre chargé de la mer*), który powinien przesłać go dalej w celu jego zdeponowania zgodnie z art. 983 CCF⁵⁹. Informację o przekazaniu lub przesłaniu oryginału lub kopii testamentu odpowiedniemu przedstawicielowi dyplomatycznemu

⁵⁵ Jeżeli testator zadeklarował, że nie jest w stanie lub nie potrafi złożyć podpisu, fakt ten powinien zostać również stwierdzony w dokumencie wraz z podaniem przyczyny uniemożliwiającej testatorowi złożenie podpisu (art. 998 ust. 1 CCF).

⁵⁶ Na marginesie można też wskazać, że zgodnie z art. 995 CCF rozrządzenia dokonane w testamencie sporządzonym w trakcie podróży morskiej na rzecz oficerów danego statku innych niż ci, którzy są krewnymi lub powinowatymi spadkodawcy, są nieważne i to zarówno wówczas, gdy testament został sporządzony w formie określonej w art. 988 i n. CCF, jak i wówczas, gdy został on sporządzony w formie holograficznej. Na temat tej regulacji zob. szerzej: I. Najjar, V. Brémond, *Libéralités: détermination et capacité des parties*, [w:] *Répertoire de droit civil*, stan na czerwiec 2011 r., nb 327–331.

⁵⁷ To ostatnie oznacza złożenie go u notariusza wskazanego przez spadkodawcę lub, w przypadku braku wskazania takiego notariusza przez testatora, u prezesa izby notarialnej okręgu ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy (art. 983 ust. 3 CCF).

⁵⁸ Drugi oryginał przekazuje się odpowiedniemu przedstawicielowi dyplomatycznemu lub konsularnemu zgodnie z art. 991 zd. 1 CCF.

⁵⁹ Zob. przypis 57.

lub ministrowi należy odnotować w dzienniku okrętowym (*le livre de bord du bâtiment*) przy nazwisku testatora (art. 993 CCF)⁶⁰.

Testament sporządzony w trakcie podróży morskiej zachowuje swoją ważność tylko wówczas, gdy spadkodawca umrze na pokładzie statku lub w ciągu 6 miesięcy od chwili, gdy zejdzie on na ląd w miejscu, w którym mógłby sporządzić testament w formie zwykłej (art. 994 ust. 1 CCF). Niemniej jednak, jeżeli spadkodawca wyruszy w nową podróż morską przed upływem tego okresu, testament zachowuje swoją ważność przez czas trwania tej podróży i przez kolejny okres 6 miesięcy po ponownym zejściu spadkodawcy na ląd (art. 994 ust. 2 CCF).

Rozwiązania francuskiego systemu prawnego odnoszące się do testamentu podróznego również mogą być uznane współcześnie za zdezaktualizowane. Forma ta w praktyce wyszła z użycia, czego dowodem może być brak dotyczącego go orzecznictwa oraz to, że część autorów praktycznie w ogóle nie poświęca mu uwagi, ograniczając się do skrótowego przytoczenia treści przepisów⁶¹ lub pomijając w swoich rozważaniach⁶².

2.4. Austria

Austriacki ustawodawca nie przewiduje formy testamentu podróznego (możliwego do sporządzenia na statkach morskich i powietrznych). Nie są również prowadzone prace nad jego wprowadzeniem. Do 31.12.2004 r. regulacja odnosząca się do testamentów sporządzanych w podróży morskiej umiejscowiona była w § 597–599 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*⁶³. Austriacki kodeks cywilny umożliwiał bowiem testowanie w formie ustnej w czasie żeglugi morskiej (dawny § 597 ABGB) wobec 2 świadków (a więc mniejszej liczby świadków niż w przypadku pozostałych testamentów), co do których wystarczyło, aby ukończyli 14. rok życia (nie musieli być zatem pełnoletni) i choć jeden z nich mógł spisać testament. Przepis ten nie znajdował zastosowania ani do podróży powietrznych (nawet przez analogię), ani do żeglugi śródlądowej⁶⁴. Nie dotyczył także postoju statku w porcie⁶⁵. Testament w tej formie tracił swoją moc 6 miesięcy po zakończonej żegludze (dawny § 599 ABGB)⁶⁶. Po I wojnie światowej wskazana forma testamentu – w związku z utratą przez Austrię dostępu do morza

⁶⁰ Przepis ten został zmieniony przez art. 16 (V) ustawy 2016-816 z 20.06.2016 r.

⁶¹ Por. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Paris 2014, s. 402. Wcześniej tak np. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Paris 1983, s. 430.

⁶² Tak np. C. Jubault, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris 2010, s. 514, nb 548. Podobnie: P. Malaurie, C. Brenner, *Les successions. Les libéralités*, Paris 2014, s. 268–269 – autorzy po omówieniu form zwykłych testamentu oraz form wynikających z Konwencji waszyngtońskiej w ogóle nie odnoszą się do pozostałych form testamentu.

⁶³ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* z 1.06.1811 r. (kodeks cywilny austriacki) – dalej ABGB. Na temat regulacji przed zmianami zob.: W. Kralik, [w:] *Ehrenzweig System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. 4, *Das Erbrecht*, Wien 1983, s. 145–146; R. Welser, [w:] *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, §§ 1–1174 ABGB, red. P. Rummel, Wien 2000, s. 868.

⁶⁴ W. Kralik, [w:] *Ehrenzweig System...*, t. 4, *Das Erbrecht...*, s. 146; R. Welser, [w:] *Kommentar...*, t. 1, §§ 1–1174 ABGB..., s. 868.

⁶⁵ W. Kralik, [w:] *Ehrenzweig System...*, t. 4, *Das Erbrecht...*, s. 145.

⁶⁶ Co do *ratio legis* tej regulacji por. W. Kralik, [w:] *Ehrenzweig System...*, t. 4, *Das Erbrecht...*, s. 146.

i wykładnią wykluczającą jego zastosowanie do przypadków podróży śródlądowych – straciła całkowicie na znaczeniu. Wskazana forma testamentu została zniesiona z dniem 31.12.2004 r. ustawą z 27.05.2004 r. (*Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz*)⁶⁷ i niejako zastąpiona zmodyfikowaną formą testamentu szczególnego w postaci testamentu ustnego⁶⁸.

2.5. Szwajcaria

Ustawodawca szwajcarski nie przewiduje formy testamentu podróznego (zarówno na statkach morskich, jak i na statkach powietrznych). Nie są również prowadzone prace nad jego wprowadzeniem. Takie rozwiązanie jest dość zrozumiałe, ponieważ Szwajcaria nie ma dostępu do morza (nie miała go zresztą także w chwili wejścia w życie *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*⁶⁹). Ustawodawca szwajcarski nie zdecydował się zaś zarówno w chwili tworzenia kodeksu cywilnego, jak i obecnie na szczególne uregulowanie testamentu na statkach powietrznych.

2.6. Holandia

Ustawodawca holenderski uregulował formę testamentu podróznego w art. 4:101 *Burgerlijk Wetboek*⁷⁰. Zgodnie z nim możliwe jest sporządzenie takiego testamentu podczas podróży na statku morskim lub powietrznym przed kapitanem statku lub pilotem, ewentualnie pierwszym oficerem lub – jeżeli żadnej z tych osób nie ma – przed osobami je zastępującymi. Możliwe jest również sporządzenie w takich przypadkach testamentu w tzw. formie tajemnej (art. 4:104 ust. 1 w zw. z art. 4:101 BW)⁷¹.

Testament w tej formie powinien zostać sporządzony w obecności 2 świadków (art. 4:103 ust. 1 zd. 1 BW)⁷², a następnie spisany i podpisany przez testatora, osobę,

⁶⁷ *Bundesgesetzblatt* z 2004 r., część I, nr 58.

⁶⁸ Por. C.C. Wendehorst, *Testamentary Formalities in Austria*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 226 i 237; M. Gruber, H. Sprohar-Heimlich, E. Scheuba, [w:] *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, red. M. Gruber, S. Kalss, K. Müller, M. Schauer, Wien 2018, s. 618. Zob. też K. Nemeth, [w:] *ABGB Praxiskommentar*, t. 4, §§ 531-858 ABGB, *AnerbG, Kärtner ErbhöfeG, Tiroler HöfeG*, red. H. Schwimann, G. Kodek, Wien 2018, § 584, nb 2, s. 119 – autorka wskazuje, że regulacja ta została uchylona „bez żadnego odpowiednika”. Co do formy testamentu ustnego w prawie austriackim por. W. Borysiak, *Przyszłość...*, s. 28–34 oraz wcześniej W. Borysiak, *Testamenty szczególne w formie ustnej w perspektywie porównawczej*, „Prawo w Działaniu” 2016/27, s. 113–115, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/27-Witold-Borysiak.pdf> (dostęp: 9.05.2023 r.).

⁶⁹ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* z 10.12.1907 r. (szwajcarski kodeks cywilny).

⁷⁰ *Burgerlijk Wetboek* z 1992 r. (holenderski kodeks cywilny) – dalej BW. Na określenie testamentu podróznego użyto w doktrynie (zapewne złośliwie) sformułowania „*Titanic testament*” – D. Kolkman, *Testamentary Formalities in the Netherlands*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 159.

⁷¹ W prawie holenderskim jest ona odpowiednikiem testamentu holograficznego oddawanego na przechowanie odpowiedniemu podmiotowi urzędowemu (na temat tej formy testamentu zob. szerzej: W. Borysiak, *Przyszłość...*, s. 37–38 oraz 70).

⁷² Ciekawe rozwiązanie zawiera art. 4:103 ust. 2 BW, który choć przewiduje wymóg, aby świadek rozumiał język, w którym testator sporządzał swoją ostatnią wolę, oraz był pełnoletni, to jednak wyłącza ten ostatni wymóg w odniesieniu do żołnierzy uczestniczących w działaniach wojennych lub osób, które biorą udział w zwalczaniu epidemii lub kryzysu.

wobec której składał on swoje oświadczenie woli, oraz świadków (art. 4:103 ust. 1 zd. 2 BW). Testament ten cechuje się znacznym obniżeniem wymogów formalnych względem testamentu sporządzanego przed notariuszem, który jest uważany w prawie holenderskim za podstawową formę testamentu⁷³. Niemniej jednak brak podpisu testatora lub osoby urzędowej powoduje nieważność testamentu (por. art. 4:109 ust. 1 oraz art. 4:109 ust. 3 w zw. z art. 4:109 ust. 2 BW)⁷⁴. Naruszenie pozostałych wymogów formalnych nie czyni testamentu nieważnym z mocy prawa, lecz jedynie umożliwia jego unieważnienie (por. art. 4:109 ust. 4 BW). Ponadto dokument taki powinien być wysłany w zamkniętej kopercie do Centralnego Rejestru Testamentów w Hadze tak szybko, jak to możliwe (art. 4:106 ust. 1 BW).

W przypadku gdy okaże się, że zostały spełnione wymogi formalne sporządzenia testamentu podróznego, jednak nie zostały spełnione jego przesłanki materialne, nie jest on nieważny z mocy prawa, lecz jedynie wzruszalny. Zasada ta znajduje jednak zastosowanie jedynie wówczas, gdy testator umrze w ciągu 6 miesięcy od sporządzenia testamentu w tej formie (por. art. 4:108 BW).

Testament podrózny może zostać również unieważniony, jeżeli testator umrze 6 miesięcy po ustaniu okoliczności, o których mowa w art. 4:101 BW (por. art. 4:107 ust. 1 BW)⁷⁵. Termin ten ulega każdorazowo przedłużeniu o miesiąc, jeżeli testator nie miał obiektywnie możliwości sporządzenia testamentu w ostatnim miesiącu upływającego terminu (por. art. 4:107 ust. 2 BW).

2.7. Włochy

W prawie włoskim testament na statku morskim (*testamento a bordo di nave*)⁷⁶ uregulowany jest w art. 611–615 *Codice Civile*⁷⁷. Jednocześnie odrębny testament na statku powietrznym uregulowany został w art. 616 CCI⁷⁸. Zgodnie z art. 611 CCI podczas rejsu morskiego (*viaggio per mare*)⁷⁹ testament może być sporządzony wobec

⁷³ D. Kolkman, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 160.

⁷⁴ Jeżeli testator lub jeden ze świadków zadeklarował, że nie jest w stanie podpisać dokumentu z powodu niewykształcenia lub innej szczególnej przyczyny, taka deklaracja powinna zostać umieszczona w dokumencie poświadczającym treść oświadczenia woli testatora, co zastępuje wówczas podpis (art. 4:103 ust. 3 BW).

⁷⁵ W doktrynie holenderskiej wskazuje się, że rozwiązanie takie jest uzasadniane tym, iż testator powinien być świadomy szczególnego charakteru testamentu w formie podróжной, a więc zastąpić go – skoro tylko nadejdzie taka możliwość – testamentem w formie zwykłej. Por. W.D. Kolkman, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 160.

⁷⁶ Zdaniem większości przedstawicieli doktryny obejmuje to np. także łodzie rybackie, jeżeli jest na nich technicznie możliwe sporządzenie testamentu w tej formie – por. E. Fonte, [w:] *Codice Civile*, t. 1, *Artt. 1–1702*, red. P. Rescigno, Milano 2021, s. 1164.

⁷⁷ *Codice Civile* (włoski kodeks cywilny) z 16.03.1942 r. – dalej CCI.

⁷⁸ W polskiej literaturze zagadnienie formy testamentu podróжного w prawie włoskim omawia: J. Waszczuk, *Szczególne formy testamentu w prawie włoskim*, „Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego” 2007/1, s. 261–265.

⁷⁹ Co do interpretacji tego pojęcia w literaturze włoskiej, m.in. wykluczającej z tego zakresu żeglugę rzeczną lub turystyczną po jeziorach, zob.: M. Vascellari, [w:] *Commentario breve al codice civile*, red. G. Cian, A. Trabucchi, Milano 2016, s. 639; E. Fonte, [w:] *Codice...*, t. 1, *Artt. 1–1702...*, s. 1164; w literaturze polskiej por. J. Waszczuk, *Szczególne...*, s. 262.

kapitana statku⁸⁰ (ust. 1), a sam kapitan statku może testować wobec osoby o randze bezpośrednio niższej (ust. 2)⁸¹. Testament w tej formie może sporządzić każdy, kto znajduje się na statku. Dokument ten powinien zostać sporządzony w 2 oryginałach w obecności 2 świadków i musi być podpisany przez spadkodawcę, osobę, która odebrała oświadczenie, a także przez świadków. Jeżeli spadkodawca lub świadkowie nie mogą się podpisać, należy wskazać przyczynę, która uniemożliwiła im złożenie podpisu (art. 612 ust. 1 CCI). Następnie taki testament jest przechowywany w dokumentach pokładowych i odnotowywany w rejestrze okrętowym (*giornale di bordo*) lub dzienniku pokładowym (*giornale nautico*) oraz na liście załogi (*ruolo d'equipaggio*) – art. 612 ust. 2 CCI.

Jeżeli statek zawinie do portu zagranicznego, w którym znajduje się odpowiednia włoska władza konsularna, kapitan jest obowiązany dostarczyć konsulowi jeden z oryginałów testamentu, kopię adnotacji dokonanej w rejestrze okrętowym lub dzienniku pokładowym oraz na liście załogi (art. 613 ust. 1 CCI). Gdy statek powróci do Włoch, 2 oryginały testamentu lub ten, który nie został zdeponowany podczas podróży, muszą zostać dostarczone do lokalnych władz morskich wraz z kopią właściwej adnotacji (art. 613 ust. 2 CCI)⁸². Lokalny organ władz morskich lub organ konsularny zobowiązany jest sporządzić raport z doręczenia im testamentu oraz przekazać go wraz ze wszystkimi innymi dokumentami do Ministerstwa Obrony (*Ministero della difesa*) lub Ministerstwa Marynarki Handlowej (*Ministero della marina mercantile*) – w zależności od tego, czy testament został sporządzony na pokładzie okrętu marynarki wojennej albo na statku marynarki handlowej. Właściwe ministerstwo zarządza zdeponowanie jednego z oryginałów testamentu w swoim archiwum, a drugi przesyła do archiwum notarialnego miejsca zamieszkania lub ostatniego miejsca pobytu spadkodawcy (art. 614 CCI). Zdeponowanie oryginału pełni tu tylko funkcję dowodową, stąd jego brak nie jest przyczyną nieważności testamentu⁸³.

Testament sporządzony podczas podróży drogą morską traci swoją skuteczność po upływie 3 miesięcy od zejścia spadkodawcy na ląd w miejscu, w którym możliwe jest sporządzenie testamentu w formie zwykłej (art. 615 CCI). Generalnie w doktrynie uznaje się, że jest to niezależne od tego, czy przed upływem tego terminu spadkodawca rozpocznie nową podróż morską⁸⁴.

Zgodnie z art. 616 CCI wskazane regulacje dotyczące sporządzenia testamentu na statku morskim znajdują zastosowanie do testamentu sporządzonego na pokładzie

⁸⁰ Przez to pojęcie rozumie się każdą osobę dowodzącą w danym momencie statkiem, np. na skutek choroby jej właściwego kapitana. M. Vascellari, [w:] *Commentario...*, s. 639.

⁸¹ W doktrynie włoskiej przyjmuje się jednak, że w przypadku obecności notariusza na pokładzie wykluczone jest sporządzenie testamentu w opisanej szczególnej formie – zob. J. Waszczuk, *Szczególne...*, s. 263.

⁸² Z takiego przekazania sporządza się adnotację w odpowiednich dziennikach okrętowych przy odpowiednich wpisach (art. 613 ust. 3 CCI).

⁸³ E. Fonte, [w:] *Codice...*, t. 1, *Artt. 1-1702...*, s. 1166.

⁸⁴ Por. M. Vascellari, [w:] *Commentario...*, s. 639 – autor wskazuje jednak, że pogląd odmienny jest również reprezentowany w doktrynie.

statku powietrznego podczas podróży lotniczej⁸⁵. Testament ten sporządzany jest wobec kapitana statku powietrznego w obecności 1 lub, jeśli to możliwe, 2 świadków (art. 616 ust. 2 CCI). Treść testamentu zapisywana jest w dzienniku podróży (*giornale di rotta*; art. 616 ust. 4 CCI). W wypadku testamentu sporządzonego na statku powietrznym uprawnienia władz morskich – opisane powyżej – przypisane są do odpowiednich władz lotniczych (*autorità aeronautiche*; por. art. 616 ust. 3 CCI).

Brak sporządzenia odpowiedniego dokumentu lub brak złożenia na nim podpisu przez testatora lub świadków powoduje nieważność testamentu (art. 619 ust. 1 CCI). Inne wadliwości formalne takiego testamentu powodują możliwość jego unieważnienia na żądanie osób, które mają w tym interes prawny (art. 606 ust. 2 w zw. z art. 619 ust. 2 CCI).

We włoskiej literaturze wskazuje się na wyjście z użycia w praktyce tej formy testamentu i postuluje się jej usunięcie⁸⁶. Nie jest też ona przedmiotem głębszego zainteresowania doktryny⁸⁷.

2.8. Hiszpania

W prawie hiszpańskim testament podróży (*testamento marítimo*) można sporządzić jedynie na pokładzie statku podczas podróży morskiej (art. 722–731 *Código Civil*)⁸⁸. Nie jest jednak konieczne, aby okręt wojenny lub statek znajdował się na pełnym morzu⁸⁹. Testament można sporządzić zarówno w formie podstawowej (określanej jako „forma otwarta” – *testamento abierto*)⁹⁰, jak i w formie tajemnej (określanej jako „forma zamknięta” – *testamento cerrado*)⁹¹. W doktrynie hiszpańskiej można spotkać poglądy obejmujące pojęciem „statku” również statki powietrzne⁹².

W przypadku okrętów wojennych testament w formie podróżnej może być sporządzony w obecności 2 świadków wobec księgowego okrętu (skarbnika – *contador*) lub osoby pełniącej jego obowiązki⁹³, a następnie taki testament powinien zostać

⁸⁵ Na temat porównania testamentu sporządzonego na statku morskim do testamentu sporządzanego na statku powietrznym zob. w literaturze włoskiej: E. Fonte, [w:] *Codice...*, t. 1, *Artt. 1–1702...*, s. 1167, a w literaturze polskiej: J. Waszczuk, *Szczególne...*, s. 262.

⁸⁶ M. Sesta, *Codice delle successioni e donazioni*, t. 1, *Costituzione e Quattro Codici*, Milano 2011, s. 1230.

⁸⁷ Przykładowo wzmiankują jedynie jej występowanie: A. Trabucchi, L. Bullo, [w:] *Istituzioni di diritto civile*, red. G. Trabucchi, Padova 2007, s. 448.

⁸⁸ *Real Decreto* z 24.07.1889 r. – *Código Civil* (hiszpański kodeks cywilny) – dalej CCE. Omawiane przepisy umiejscowione są w księdze III (Różne sposoby nabywania własności) tytule III („Prawo spadkowe”) rozdziale 1 („O testamentach”) w sekcji 8.

⁸⁹ O.M. Hierneis, *Spanien*, [w:] *Internationales Erbrecht*, red. M. Ferid, K. Firsching, H. Döner, R. Hausmann, München, publikacja wymiennokartkowa, stan na wrzesień 2011 r., nb 242.

⁹⁰ W prawie hiszpańskim określa się w ten sposób urzędową formę testamentu, którą sporządza się przed notariuszem w obecności 2 świadków (por. art. 694–705 CCE).

⁹¹ Jest to forma testamentu zbliżona do tzw. testamentu mistycznego. Formę tę w prawie hiszpańskim omawia szerzej: S.C. Lapuente, *Testamentary Formalities in Spain*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 82–83. Zob. też w literaturze porównawczej: H.P. Schömmmer, [w:] *Internationales Erbrecht. Spanien*, München 2003, s. 109–110.

⁹² Por. O.M. Hierneis, *Spanien*, [w:] *Internationales...*, nb 242 oraz tam wskazaną literaturę.

⁹³ Wymogiem, który ustawodawca hiszpański przewiduje wobec świadków, jest to, aby nie byli oni niewidomi oraz byli w stanie zrozumieć informacje przekazywane przez testatora.

potwierdzony przez dowódcę okrętu (art. 722 ust. 1 i 2 CCE). W przypadku statków handlowych testament powinien być sporządzony w obecności 2 świadków przed kapitanem statku lub osobą działającą w jego zastępstwie (art. 722 ust. 3 CCE). Testamenty sporządzane przez dowódcę okrętu wojennego i kapitana statku handlowego potwierdza osoba, która potencjalnie zastępowałaby ich na stanowisku (art. 723 CCE). Świadkowie powinni generalnie zostać wybrani spośród pasażerów okrętu wojennego lub statku (jeżeli są oni na nich akurat obecni)⁹⁴.

Sporządzony testament jest przechowywany przez kapitana statku, a adnotację o jego sporządzeniu dokonuje się w dzienniku pokładowym (art. 724 CCE). W momencie zawinięcia statku do zagranicznego portu, w którym znajduje się przedstawicielstwo dyplomatyczne lub konsularne Hiszpanii, dowódca okrętu wojennego lub kapitan statku handlowego powinien doręczyć przedstawicielowi dyplomatycznemu lub konsularnemu kopię testamentu⁹⁵ oraz adnotację z dziennika pokładowego (art. 725 ust. 1 CCE). Kopia testamentu musi zawierać takie same podpisy jak oryginał, jeżeli osoby, które go podpisały, żyją i znajdują się na pokładzie. W przeciwnym razie kopia testamentu powinna być potwierdzona przez księgowego okrętu lub kapitana statku, wobec których został sporządzony testament, lub osobę działającą w ich zastępstwie. Powinna być także podpisana przez osoby, które brały udział w sporządzaniu testamentu, a znajdują się jeszcze na pokładzie statku (art. 725 ust. 2 CCE). Przedstawiciel dyplomatyczny lub konsularny Hiszpanii po zamknięciu i opieczątowaniu kopii testamentu przesyła ją wraz z adnotacją z dziennika pokładowego do Ministra Marynarki Wojennej, który deponuje ją w odpowiednim archiwum (art. 725 ust. 3 CCE). Dowódca okrętu wojennego lub kapitan statku handlowego, który dostarcza hiszpańskiemu przedstawicielowi dyplomatycznemu lub konsularnemu kopię testamentu, otrzymuje od jednego z nich zaświadczenie o przekazaniu kopii i odnotowuje ten fakt w dzienniku pokładowym (art. 725 ust. 4 CCE).

W momencie, w którym okręt wojenny lub statek handlowy zawiną do hiszpańskiego portu, dowódca okrętu wojennego lub kapitan statku handlowego mają obowiązek dostarczyć zapieczętowany oryginał testamentu odpowiedniej władzy morskiej wraz z kopią adnotacji z dziennika pokładowego (art. 726 ust. 1 CCE). Na potwierdzenie otrzymują zaświadczenie o przekazaniu oryginału i odnotowują ten fakt w dzienniku pokładowym (art. 726 ust. 2 w zw. z art. 725 ust. 4 CCE). Ta „odpowiednia władza morska” przekazuje następnie testament Ministrowi Marynarki Wojennej. W wypadku sporządzenia – na pokładzie hiszpańskiego statku – testamentu przez cudzoziemca Minister Marynarki Wojennej powinien przekazać go odpowiedniemu ministrowi, który przekazuje go władzom właściwego państwa drogą dyplomatyczną (art. 728 CCE).

Jeżeli testator zmarł podczas podróży morskiej, dowódca okrętu wojennego lub kapitan statku handlowego przechowują testament i dokonują o tym adnotacji w dzienniku pokładowym. Następnie testament wraz z zaświadczeniem potwierdzającym

⁹⁴ Przynajmniej jeden z nich powinien móc się podpisać i powinien uczynić to za siebie oraz ewentualnie za spadkodawcę, jeżeli ten nie umie się podpisać lub nie jest w stanie tego zrobić (por. art. 722 ust. 4 CCE).

⁹⁵ Ewentualnie powinien przekazać dokument potwierdzający sporządzenie testamentu w formie tajemnej.

zgon powinny przekazać odpowiedniej władzy morskiej po dopłynięciu do jednego z hiszpańskich portów (art. 729 CCE)⁹⁶.

Podkreślenia wymaga również to, że w razie niebezpieczeństwa rozbicia statku do załogi i pasażerów okrętów wojennych lub statków handlowych zastosowanie może znaleźć art. 720 CCE regulujący formę testamentu wojskowego sporządzanego w niebezpieczeństwie śmierci⁹⁷. Taki testament może być sporządzony ustnie w obecności dwóch świadków (art. 720 ust. 1 CCE) i traci moc od razu po tym, jak spadkodawca przeżyje niebezpieczeństwo uzasadniające jego sporządzenie (art. 720 ust. 2 CCE)⁹⁸.

Testament podróżny traci swoją ważność wraz z upływem 4 miesięcy, licząc od chwili, w której spadkodawca powinien wysiąść na ląd w miejscu, w którym jest w stanie sporządzić testament w formie zwykłej (art. 730 CCE).

Testament podróżny zapewne rzadko występuje w praktyce sądów hiszpańskich, gdyż nie jest przedmiotem szerszego zainteresowania hiszpańskiej doktryny⁹⁹. Wskazuje się zresztą, że ta forma testamentu nie ma współcześnie większego znaczenia wobec skróconego czasu trwania podróży morskich i zmniejszonego niebezpieczeństwa związanego z uczestnictwem w nich¹⁰⁰.

2.9. Wnioski z analizy porównawczej

W ustawodawstwach zagranicznych, podobnie jak w prawie polskim, występują formy testamentów, których sporządzenie jest możliwe jedynie podczas podróży na statkach morskich lub powietrznych¹⁰¹. Generalnie (ze względu na czasy, w których przepisy je regulujące były tworzone) dotyczą one podróży na statkach morskich, a zdecydowanie rzadziej – tak jak w prawie polskim – podróży na statkach powietrznych (np. w prawie holenderskim i włoskim). W niektórych systemach prawnych testamenty w tej formie nie występują (np. w prawie szwajcarskim oraz prawie austriackim od 1.01.2005 r.).

Na ogół ocena wskazanych form testamentów jest w prawie porównawczym negatywna¹⁰². W doktrynie wskazuje się przykładowo, że może to być „nowa forma

⁹⁶ W takim przypadku testament zamknięty staje się testamentem otwartym, ze wszystkimi tego konsekwencjami (por. art. 727 CCE).

⁹⁷ Por. szerzej O.M. Hierneis, *Spanien*, [w:] *Internationales...*, nb 242. Na temat tej formy testamentu zob. szerzej w literaturze polskiej: W. Borysiak, *Przyszłość...*, s. 73.

⁹⁸ Co do oceny tego rozwiązania w literaturze polskiej por. J. Rudnicki, *Testament...*, s. 180 i 205.

⁹⁹ Na przykład G.G. Cantero, J.R. Albesa, C. de Amunátegui Rodríguez, L.A. Anguita Villanueva, C. Lalana del Castillo, *Spain*, [w:] *International Encyclopaedia of Laws. Family and Succession Law*, red. W. Pintens, stan na listopad 2012 r., s. 311–313 jedynie dosłownie przytaczają treść tej regulacji, nie omawiając jej w jakikolwiek sposób. Pomijają ją też, analizując formy testamentu w prawie hiszpańskim, np. Erhard Huzel oraz Burckhardt Löber (E. Huzel, B. Löber, *Spanien*, [w:] *Erbrecht in Europa*, red. R. Süß, Bonn 2008, s. 1430–1433).

¹⁰⁰ O.M. Hierneis, *Spanien*, [w:] *Internationales...*, nb 242.

¹⁰¹ Co do ich oceny na tle porównawczym por. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 453.

¹⁰² K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 453. Zob. też R. Zimmermann, *Testamentsformen...*, s. 490.

rozrywki” podczas lotu, gdyż znudzeni (lub przerażeni) pasażerowie mogą umilić sobie monotonię długiego lotu, wzywając kapitana statku powietrznego, aby sporządzić testament w takiej formie¹⁰³. Wskazuje się też, że stworzenie możliwości sporządzenia testamentu w szczególnej formie dla osób podróżujących drogą morską lub powietrzną nie jest oczywista. Trafnie bowiem zauważono, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby podróżny sporządził taki testament na pokładzie w formie własnoręcznej, a gdyby chciał sporządzić testament w formie publicznej, udał się do notariusza „przed zapakowaniem toreb”¹⁰⁴. Ponadto w wielu systemach prawnych podkreśla się fakt „wyjścia ich z użycia” w praktyce¹⁰⁵, czego skutkiem jest nikle zainteresowanie nimi doktryny (np. w prawie niemieckim, prawie francuskim czy prawie hiszpańskim). Zauważa się też, że w praktyce w rzeczywistości kryzysowych sytuacjach związanych z zatonięciem statku testament podróżny sporządzony na papierze w większości przypadków zostanie po prostu utracony¹⁰⁶. Podobne uwagi można zresztą odnieść do testamentów sporządzanych na statkach powietrznych w wypadku ich ewentualnej katastrofy¹⁰⁷.

3. Ocena aktualnego stanu prawa polskiego oraz uwagi *de lege ferenda*

Ze wszystkich form testamentów szczególnych istniejących w polskim porządku prawnym największe znaczenie ma niewątpliwie testament ustny. Obserwacja praktyki wskazuje, że wynika to m.in. z faktu ewidentnej niechęci spadkodawców do sporządzania testamentu w formach zwykłych (notarialnej i holograficznej) oraz odraczania aktu testowania „na ostatnią chwilę życia”¹⁰⁸. Z kolei testament podróżny nie odgrywa w praktyce jakiegokolwiek znaczenia. Powstają zatem pytania o zakres możliwych zmian lub o usunięcie tej formy testamentu szczególnego z Kodeksu cywilnego.

Tak jak wskazano powyżej w pkt 2 analiza porównawcza wskazuje, że stworzenie możliwości sporządzenia testamentu w szczególnej formie dla osób podróżujących drogą morską lub powietrzną nie jest przekonujące. Podróżny może przecież sporządzić testament na pokładzie statku w formie własnoręcznej lub udać się do notariusza przed wyruszeniem w podróż. W wypadkach nagłych nie jest zaś wyłączone

¹⁰³ K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 453, przypis 200: „So is born a new form of in-flight entertainment: bored (or frightened) passengers can while away the tedium of a long flight by summoning the captain to make a will”.

¹⁰⁴ K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary...*, [w:] *Comparative...*, t. 1, *Testamentary...*, s. 453, przypis 200: „Travellers suddenly infected by testamentary zeal can express their feelings by means of a private will; those who wish to make a public will should do so before packing their bags”.

¹⁰⁵ Zob. np. uwagi, które czynią na tle prawa niemieckiego: W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238–239; a także: K. Muscheler, *Erbrecht*, t. 1, s. 901; a na tle prawa włoskiego: M. Sesta, *Codice...*, t. 1, *Costituzione...*, s. 1230.

¹⁰⁶ W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238–239.

¹⁰⁷ Por. uwagi na tle prawa polskiego: K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 280–281.

¹⁰⁸ W. Borysiak, *Testament...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 24 i 28.

sporządzenie przez takie osoby testamentu szczególnego w formie ustnej. Ponadto do zastanowienia może skłaniać fakt, że w literaturze porównawczej podkreśla się okoliczność „wyjścia z użycia” w praktyce testamentu w tej formie¹⁰⁹.

Za usunięciem opisywanej formy testamentu z Kodeksu cywilnego przemawia nie tylko brak zastosowania jej w praktyce, ale nawet standardy postępowania polskich przewoźników. W badaniu przeprowadzonym przez P. Cybulę, który wysłał oficjalne zapytanie do różnych linii morskich i lotniczych o możliwość sporządzenia testamentu podróznego przed kapitanem ich linii, wynika, że możliwość taka faktycznie nie występuje¹¹⁰. Autor ten otrzymał nawet od polskiego przewoźnika lotniczego PLL LOT formalną odpowiedź, że sporządzenie testamentu w tej formie nie jest możliwe¹¹¹. Identyczną oficjalną odpowiedź – wskazującą ponadto na to, że „w przeszłości dowódcy statków PLL LOT nie sporządzali takich testamentów” – uzyskał również Kewin Wojciech Rozum¹¹². Podano także wyjaśnienie, że ze względu na brak oficjalnych wytycznych operatora lotniczego kapitan statku nie mógłby wziąć udziału w sporządzeniu takiego testamentu¹¹³. Oznacza to, że pasażer chcący sporządzić taki testament podczas podróży polskim statkiem powietrznym spotka się z odmową¹¹⁴. Ponadto duże wątpliwości może budzić ustalenie listy statków morskich i powietrznych, które byłyby objęte kodeksowym pojęciem „polskie statki morskie lub powietrzne”¹¹⁵.

Przeciwko utrzymywaniu tej formy testamentu w prawie polskim *de lege ferenda* przemawiają również argumenty odwołujące się do ekonomicznej racjonalności tego rozwiązania. W doktrynie zauważono, że utrzymywanie tej formy testamentu w polskim systemie prawnym potencjalnie wymaga od przewoźników morskich i lotniczych przeprowadzenia szkoleń kapitanów w zakresie sposobu sporządzania takiego testamentu, a także ubezpieczenia się od odpowiedzialności związanej z tym, że akt ostatniej woli zostanie sporządzony nieprawidłowo, a przez to będzie

¹⁰⁹ Zob. np. wskazywane już powyżej uwagi poczynione w świetle prawa niemieckiego: W. Baumann, [w:] *J. von Staudingers Kommentar...*, t. 5, *Erbrecht...*, § 2251, nb 3, s. 238–239; i prawa włoskiego: M. Sesta, *Codice...*, t. 1, *Costituzione...*, s. 1230.

¹¹⁰ P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 397. Tak też: P. Księżak, *Prawo...*, s. 217, nb 237; A. Pabin, *Testament...*, s. 109–110.

¹¹¹ P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 397.

¹¹² K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 279.

¹¹³ K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 280. Jak więc wskazuje się w doktrynie, w prawie polskim istnieje „brak przygotowania praktycznego przewoźników i ich pracowników do sporządzania testamentu w tej formie” – J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 4; w tym też kierunku P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 394–397; A. Pabin, *Testament...*, s. 109–110.

¹¹⁴ Taka odmowa będzie tym bardziej uzasadniona, jeżeli w danym przypadku przemawiać będą za nią względy związane z bezpieczeństwem danego lotu – por. uwagi: P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 393 i 396; A. Pabin, *Testament...*, s. 110; M. Załucki, *Forma...*, s. 37; M. Załucki, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 3–5; J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 4 oraz B. Kucia, *Forma...*, s. 220 („Trudno [...] oczekiwać od dowódcy statku lub jego zastępcy, że poświęci bezpieczeństwo pasażerów, załogi i ładunku, aby zaprzestając wykonywania obowiązków związanych z kierowaniem statku, przyjąć oświadczenie ostatniej woli testatora”).

¹¹⁵ Por. rozważania: P. Cybula [w:] *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 397–398. Podobnie: K.W. Rozum, *Testamenty...*, [w:] *Testament w prawie...*, s. 280. Zob. też S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 387–388.

nieważny¹¹⁶. Koszty te mogą jednak w łatwy sposób zostać pominięte przez usunięcie tej formy testamentu z Kodeksu cywilnego.

4. Podsumowanie

Reasumując, należy zgodzić się z decyzją projektodawcy o usunięciu w przyszłości tej formy testamentu szczególnego z Kodeksu cywilnego. W odniesieniu do uwag zgłaszanych przez Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego oraz Krajową Radę Sądownictwa warto podkreślić, że także po proponowanych zmianach możliwe będzie sporządzenie takiego testamentu w formie ustnej na pokładzie statku morskiego lub powietrznego w sytuacji zaistnienia szczególnych i nagłych okoliczności, uzasadniających obawę rychłej śmierci spadkodawcy¹¹⁷, oraz wobec braku możliwości skorzystania z innych form testamentu (choć zapewne faktycznie często będzie można w takich sytuacjach sporządzić testament w formie holograficznej¹¹⁸). Tym bardziej więc przemawia to za usunięciem testamentu podróznego z Kodeksu cywilnego.

Bibliografia

1. Baumann W., [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, t. 5, *Erbrecht. §§ 2229–2264 (Errichtung und Aufhebung eines Testaments)*, red. C. Baldus, Berlin 2018.
2. Borysiak W., *Przyszłość testamentów szczególnych w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/10/IWS_Borysiak-W._Przyszlosc-testamentow-szczegolnych-w-prawie-polskim-na-tle-porownawczym.pdf (raport).
3. Borysiak W., *Testament ustny de lege ferenda w świetle badań empirycznych i prawnoporównawczych*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018.
4. Borysiak W., *Testamenty szczególne w formie ustnej w perspektywie porównawczej*, *Prawo w Działaniu* 2016, t. 27, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/27-Witold-Borysiak.pdf>.
5. Brox H., Walker W.-D., *Erbrecht*, München 2018.
6. Budner P., *Ewolucja testamentu wojskowego w prawie polskim*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018.
7. Cantero G.G., Albesa J.R., de Amunátegui Rodríguez C., Anguita Villanueva L.A., Lalana del Castillo C., Spain, [w:] *International Encyclopaedia of Laws. Family and Succession Law*, red. W. Pintens, stan na listopad 2012.

¹¹⁶ Zob. P. Cybula, *Testament...*, [w:] *50 lat kodeksu...*, s. 394–395. Pogląd ten podzielił Konrad Osajda (K. Osajda, [w:] *Komentarze...*, t. 4a, *Kodeks...*, art. 953, nt 24).

¹¹⁷ Nie jest to bowiem podważane w doktrynie – zob. za wielu J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe*. Art. 922–1088 k.c. *Komentarz*, Warszawa 2004, s. 151; J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] *Kodeks...*, art. 953, nb 14.

¹¹⁸ Por. np. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 450–1088. *Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, art. 953, nb 9.

8. Cybula P., *Testament podróżny de lege lata i de lege ferenda (zagadnienia wybrane)*, [w:] *50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2015.
9. Ebenroth C.T., *Erbrecht*, München 1992.
10. Fonte E., [w:] *Codice Civile*, t. 1, Artt. 1–1702, red. P. Rescigno, Milano 2021.
11. Gruber M., Sprohar-Heimlich H., Scheuba E., [w:] *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, red. M. Gruber, S. Kalss, K. Müller, M. Schauer, Wien 2018.
12. Haberko J., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, Komentarz. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2022.
13. Hagen W., [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 9, *Erbrecht*. §§ 1922–2385, §§ 27–35 *BeurkG*, red. S. Kessal-Wulf, München 2013.
14. Hierneis O.M., *Spanien*, [w:] *Internationales Erbrecht*, red. M. Ferid, K. Firsching, H. Döner, R. Hausmann, München, publikacja wymiennokartkowa, stan na wrzesień 2011.
15. Huzel E., Löber B., *Spanien*, [w:] *Erbrecht in Europa*, red. R. Süß, Bonn 2008.
16. Ignaczewski J., *Prawo spadkowe. Art. 922–1088 k.c. Komentarz*, Warszawa 2004.
17. Jankowa K., Tomczyk N., *Testament wojskowy*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018.
18. Jensen N., *Testamentary Formalities in Early Modern Europe*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
19. Jubault C., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris 2010.
20. Kappler S., Kappler T., [w:] *Erman Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG*, t. 2, red. H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer, Köln 2017.
21. Kijowski M., *Kapitan polskiego statku morskiego wobec urodzenia, zgonu i małżeństwa*, Metryka. Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego 2017, nr 2.
22. Kipp T., Coing H., *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, Tübingen 1990.
23. Kolkman W.D., *Testamentary Formalities in the Netherlands*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
24. Kralik W., [w:] *Ehrenzweig System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. 4, *Das Erbrecht*, Wien 1983.
25. Książak P., *Prawo spadkowe*, Warszawa 2017.
26. Kucia B., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki (art. 922–1088)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2019.
27. Kucia B., *Forma testamentu w systemach common law*, Warszawa 2016.
28. Kucia B., *Przesłanka „istnienia obawy rychłej śmierci spadkodawcy” – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Rejent 2012, nr 12.
29. Kuźmicka-Sulikowska J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021.
30. Lange H., Kuchinke K., *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München 2001.

31. Lange K.W., *Erbrecht*, München 2017.
32. Lapuente S.C., *Testamentary Formalities in Spain*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
33. Leipold D., *Erbrecht*, Tübingen 2014.
34. Longchamps de Brier F., *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011.
35. Maciejewska-Szałas M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022.
36. Malaurie P., Brenner C., *Les successions. Les libéralités*, Paris 2014.
37. Marty G., Raynaud P., *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Paris 1983.
38. Mayer J., [w:] *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 22, *Erbrecht 2*, §§ 2064–2273, §§ 1–35 *BeurkG*, red. J. Damrau, Stuttgart 2003.
39. Muscheler K., *Erbrecht*, t. 1, Tübingen 2010.
40. Najjar I., Brémond V., *Libéralités: détermination et capacité des parties*, [w:] *Répertoire de droit civil*, stan na czerwiec 2011.
41. Nemeth K., [w:] *ABGB Praxiskommentar*, t. 4, §§ 531–858 *ABGB*, *AnerbG*, *Kärtner ErbhöfeG*, *Tiroler HöfeG*, red. H. Schwimann, G. Kodek, Wien 2018.
42. Olzen D., Looschelders D., *Erbrecht*, Berlin–Boston 2017.
43. Osajda K., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 4a, *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2019.
44. Osajda K., *Testamenty XXI wieku: mistyczny, elektroniczny, cyfrowy na CD lub DVD*, Rzeczpospolita z 31.10.2005 r., dodatek „Prawo co Dnia”.
45. Osajda K., *Wpływ rozwoju techniki na uregulowanie formy testamentu – rozważania de lege ferenda*, Rejent 2010, nr 5.
46. Pabin A., *Testament jako akt sformalizowany – uwagi w sprawie przyszłego kształtu regulacji dotyczących formy rozrządzeń testamentowych*, *Studia Prawnicze* 2016, nr 1.
47. Pazdan M., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021.
48. Pazdan M., *Prawo spadkowe*, [w:] *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006.
49. Pol K., *O przyszłości testamentu ustnego*, [w:] *Europeizacja prawa spadkowego – aktualne tendencje*, red. K.A. Dadańska, Szczecin 2016.
50. Pytel A., *Testament w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 14.
51. Reid K.G.C., de Waal M.J., Zimmermann R., *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
52. Rozum K.W., *Testamenty szczególnie pięćdziesiąt lat po ich wprowadzeniu – pytanie o konieczność rewizji norm*, [w:] *Testament w prawie polskim – wybrane problemy*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2018.
53. Rudnicki J., *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, *Forum Prawnicze* 2013, nr 2.

54. Rudnicki J., *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015.
55. Schömmel H.P., [w:] *Internationales Erbrecht. Spanien*, München 2003.
56. Sesta M., *Codice delle successioni e donazioni*, t. 1, *Costituzione e Quattro Codici*, Milano 2011.
57. Sikora K., *Technologie biometryczne sposobem uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu holograficznego*, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2020, nr 2.
58. Skowrońska E., *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991.
59. Skowrońska-Bocian E., *Prawo spadkowe*, Warszawa 2022.
60. Skowrońska-Bocian E., *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004.
61. Skowrońska-Bocian E., Wierciński J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 6, *Spadki*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017.
62. Sticherling P., [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, *Erbrecht. §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG*, red. S. Kessal-Wulf, München 2020.
63. Terré F., Lequette Y., Gaudemet S., *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Paris 2014.
64. Trabucchi A., Bullo L., [w:] *Istituzioni di diritto civile*, red. G. Trabucchi, Padova 2007.
65. Turlukowski J., *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Warszawa 2009.
66. Vascellari M., [w:] *Commentario breve al codice civile*, red. G. Cian, A. Trabucchi, Milano 2016.
67. Venandet G., Ancel P., Henry X., Tisserand-Martin A., Wiederkehr G., *Code Civil*, Paris 2015.
68. Waszczuk J., *Szczególne formy testamentu w prawie włoskim*, *Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego* 2007, nr 1.
69. Weidlich D., [w:] *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2017.
70. Welser R., [w:] *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, §§ 1–1174 ABGB, red. P. Rummel, Wien 2000.
71. Wendehorst C.C., *Testamentary Formalities in Austria*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
72. Wójcik S., Zoll F., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015.
73. Załucki M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020.
74. Załucki M., *Forma testamentu w perspektywie rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego. Czas na rewolucję?*, *Państwo i Prawo* 2017, nr 3.
75. Załucki M., *Uwagi w sprawie wykorzystania nowych technologii dla rozrządzeń na wypadek śmierci w trakcie zagrożenia życia w podróży*, [w:] *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność. Prace poświęcone pamięci profesora Janusza Sondla*, red. P. Cybula, Kraków 2018.
76. Załucki M., *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wiedeotestamentu do nowego Kodeksu cywilnego*, *Roczniki Nauk Prawnych* 2012, t. 22, nr 2.

77. Zimmermann R., *Testamentary Formalities in Germany*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.
78. Zimmermann R., *Testamentsformen: »Willkur« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2012, nr 3, <https://doi.org/10.1628/003372512801786881>.
79. Zoll F., *Testamentary Formalities in Poland*, [w:] *Comparative Succession Law*, t. 1, *Testamentary Formalities*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011.

Aleksandra Gawrysiak-Zabłocka

Odpowiedzialność wobec pasażera za przedwczesny odjazd środka transportu publicznego

*Liability to the passenger for early departure of means
of public transport*

Abstract

The inspiration for this article came from the Court of Justice of the European Union judgment in case C-146/20 Azurair et al. Punctuality is extremely important in public transport. Problems arise not only when buses or trains are delayed, but also when they leave too early. Among the regulations aimed at ensuring punctuality is – in addition to European Union regulations – also Article 62(1) of the Polish Transport Law. This study aims at discussing prerequisites for liability to a passenger for the early departure of means of public transport. Amongst other things, the following questions are taken into consideration: with whom does the passenger conclude the contract and from whom can he claim compensation? can compensation be claimed by a person legally entitled to free travel (100% discount)? can compensation be claimed by a passenger who was in time for departure (albeit early)? The conclusion of this analysis is that, although compensation under Article 62(1) of the Polish Transport Law is rarely claimed in practice, it is a necessary provision. It guarantees those few passengers who have suffered damage as a result of the early departure of the means of transport (and are able to prove this damage) the right to full compensation.

Keywords: transport contract, early departure, passenger rights, compensation, collective public transport

Streszczenie

Inspiracją do napisania tego artykułu był wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-146/20 Azurair i in. Punktualność jest niezwykle ważna w publicznym transporcie zbiorowym. Problemy pojawiają się nie tylko, gdy autobusy czy pociągi opóźniają się, ale także gdy odjeżdżają za wcześnie. Wśród regulacji mających na celu zapewnienie punktualności jest – obok regulacji Unii Europejskiej – także art. 62 ust. 1 polskiego Prawa przewozowego. Przedmiotem niniejszego opracowania są przesłanki odpowiedzialności wobec pasażera za przedwczesny odjazd środka transportu publicznego. Rozważania dotyczą m.in. następujących kwestii: z kim pasażer zawiera umowę i od kogo może domagać się odszkodowania? czy odszkodowania może domagać się osoba uprawniona ustawowo do bezpłatnych przejazdów (100% ulgi)? czy odszkodowania może domagać się pasażer, który zdążył na odjazd (choć był on przedwczesny)? Na podstawie przeprowadzonej analizy wysnuto wniosek, że choć w praktyce rzadko dochodzone jest odszkodowanie na podstawie art. 62 ust. 1 pr. przew., to – wbrew przeciwnastawnemu pogładowi przedstawionemu w doktrynie – jest to przepis potrzebny. Gwarantuje on tym nielicznym pasażerom, którzy ponieśli szkodę w wyniku przedwczesnego odjazdu środka transportowego (i są w stanie tę szkodę wykazać), prawo do pełnego odszkodowania.

Słowa kluczowe: umowa przewozu, przedwczesny odjazd, prawa pasażera, odszkodowanie, publiczny transport zbiorowy

1. Wprowadzenie

Punktualność stanowi ważny element oceny transportu zbiorowego przez pasażerów. Postrzegana jako zadowalająca świadczy o wiarygodności i niezawodności systemu, a tym samym sprzyja wzrostowi liczby podróży odbywanych transportem zbiorowym. Natomiast permanentne niedotrzymywanie punktualności na poziomie satysfakcjonującym ogół pasażerów prowadzi zazwyczaj do spadku liczby przejazdów odbywanych transportem zbiorowym¹. W związku z tym niezwykle istotną rolę odgrywają dobrze skonstruowane, czytelne i łatwo dostępne rozkłady jazdy oraz to, aby środki transportowe (w szczególności autobusy, pociągi, samoloty czy statki) kursowały według tych rozkładów, tzn. aby nie były odwoływane, nie były opóźnione oraz nie odjeżdżały przedwcześnie.

Regulacje dotyczące umowy przewozu osób² w Polsce to potężny zbiór przepisów krajowych, unijnych oraz umów międzynarodowych (ratyfikowanych przez Polskę lub wiążących Unię Europejską³). Do najważniejszych dla niniejszego opracowania należą polskie ustawy: Prawo przewozowe, Kodeks cywilny, ustawa o publicznym transporcie zbiorowym oraz rozporządzenia unijne: rozporządzenie (WE) 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.02.2004 r. ustanawiające wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylające rozporządzenie (EWG) 295/91⁴, rozporządzenie (WE) 1371/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym⁵ zastąpione przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/782 z 29.04.2021 r. dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym⁶, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1177/2010 z 24.11.2010 r. o prawach pasażerów podróżujących drogą morską i drogą wodną śródlądową oraz zmieniające rozporządzenie (WE) 2006/2004⁷ oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 181/2011 z 16.02.2011 r. dotyczące praw pasażerów w transporcie autobusowym

¹ K. Bauer, *Badania tolerancji dla odjazdów punktualnych w miejskiej komunikacji zbiorowej na przykładzie Kielc*, „Transport Miejski i Regionalny” 2015/2, s. 33, https://www.researchgate.net/publication/303646578-Badania_tolerancji_dla_odjazdow_punktualnych_w_miejskiej_komunikacji_zbiorowej_na_przykladzie_Kielc (dostęp: 3.02.2023 r.).

² Terminologia jest w tym zakresie różna w przypadku różnych aktów normatywnych. Dla przykładu Kodeks cywilny (ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny [tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.] – dalej k.c.) i Prawo przewozowe (ustawa z 15.11.1984 r. – Prawo przewozowe [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 8] – dalej pr. przew.) posługują się określeniem „przewóz osób”, ale jednocześnie też terminem „podróżny”. Rozporządzenia unijne używają zwrotu „pasażer”. Zwrot ten pojawia się także w art. 16 ust. 2 i 3 pr. przew. Określeniami „pasażer” i „przewóz pasażerski” posługuje się też ustawa z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1343 ze zm.) – dalej u.p.t.z. W tekście używam zwrotu „pasażer” (a nie „podróżny”), gdyż wydaje mi się on bardziej adekwatny i neutralny, nie rodzi konotacji jedynie z przewozem na dłuższych dystansach.

³ Dalej UE.

⁴ Dz.Urz. UE L 46 z 17.2.2004 r., s. 1 – dalej rozporządzenie lotnicze.

⁵ Dz.Urz. UE L 315 z 3.12.2007 r., s. 14 – dalej stare rozporządzenie kolejowe.

⁶ Dz.Urz. UE L 172 z 17.05.2021 r., s. 1 – dalej nowe rozporządzenie kolejowe. Stosuje się je od 7.06.2023 r.

⁷ Dz.Urz. UE L 334 z 17.12.2010 r., s. 1 – dalej rozporządzenie statkowe.

i autokarowym oraz zmieniające rozporządzenie (WE) 2006/2004⁸. Zaznaczyć trzeba, że często do jednego stosunku prawnego zastosowanie znajdują przepisy prawa zawarte w różnych aktach prawnych, pochodzących z różnych okresów i od różnych prawodawców⁹. Z całą mocą ujawnia się zatem w tym przypadku zjawisko określane mianem multicentryczności regulacji prawnej¹⁰.

Wśród regulacji dotyczących przewozu pasażerów są przepisy dotyczące rozkładów jazdy i ewentualnych konsekwencji niedotrzymania przez przewoźnika terminów w nich określonych. Konsekwencje te mogą mieć rozmaity charakter. Po pierwsze, może to być odpowiedzialność o charakterze administracyjnym podmiotu wykonującego przewóz¹¹. Po drugie, rażące niedotrzymywanie terminów wskazanych w rozkładzie jazdy może skutkować cofnięciem potwierdzenia zgłoszenia przewozu w przypadku przewozu osób w zakresie publicznego transportu zbiorowego niebędącego przewozem o charakterze użyteczności publicznej¹² albo być przesłanką naliczania kar umownych czy nawet rozwiązania umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartej przez organizatora publicznego transportu zbiorowego¹³ z operatorem¹⁴, albo spowodować uchylenie decyzji o przyznaniu otwartego dostępu lub ograniczonego dostępu przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego¹⁵. Po trzecie wreszcie, niedotrzymanie terminów określonych w rozkładzie jazdy może skutkować odpowiedzialnością względem pasażerów.

O ile regulacje dotyczące praw pasażerów w przypadku odwołania czy opóźnienia kursu są dość rozbudowane¹⁶, o tyle kwestia odpowiedzialności wobec pasażera za przedwczesny odjazd środka transportowego jest uregulowana dużo skromniej.

⁸ Dz.Urz. UE L 55 z 28.02.2011 r., s. 1 – dalej rozporządzenie autobusowe.

⁹ Por. D. Ambrożuk, *Wielowarstwowość regulacji prawnej; uwagi na tle unormowania umowy przewozu w prawie krajowym*, [w:] *O pojmowaniu prawa i prawnoustwowa*. Profesorowi Stanisławowi Czepicie in memoriam, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Z. Kuniewicz, B. Kanarek, Warszawa 2021, s. 211.

¹⁰ D. Ambrożuk, *Wielowarstwowość...*, [w:] *O pojmowaniu...* Ogólnie co do multicentryczności regulacji prawnej zob. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 3–10.

¹¹ Por. np. art. 92a ust. 1 ustawy z 6.09.2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2201 ze zm.; dalej u.t.d.) w związku z załącznikiem nr 3 do tej ustawy. Co do sankcji administracyjnych za przedwczesny odjazd autobusu por. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10.04.2019 r., II GSK 2288/17, LEX nr 2655414.

¹² Por. art. 35 ust. 4 pkt 2 u.p.t.z.

¹³ Chodzi tu o właściwą jednostkę samorządu terytorialnego albo ministra właściwego do spraw transportu, zapewniającego funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego na danym obszarze. Por. art. 4 ust. 1 pkt 9 u.p.t.z.

¹⁴ W myśl art. art. 4 ust. 1 pkt 8 u.p.t.z. operatorem jest „samorządowy zakład budżetowy oraz przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób, który zawarł z organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, na linii komunikacyjnej określonej w umowie”.

¹⁵ Por. art. 29c ust. 12 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 602) – dalej u.t.k.

¹⁶ Por. art. 62 ust. 2 pr. przew. (z uwzględnieniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego [dalej TK] z 2.12.2008 r., K 37/07, Dz.U. z 2008 r. Nr 219, poz. 1408) oraz postanowienia rozporządzeń unijnych, przede wszystkim art. 5–15 rozporządzenia lotniczego, art. 17–20 nowego rozporządzenia kolejowego, art. 19–23 rozporządzenia autobusowego, art. 16–21 rozporządzenia statkowego. Warto jednocześnie zauważyć,

W rozporządzeniach unijnych nie ma przepisów, które stanowiłyby wyrażnie o prawach pasażera w takiej sytuacji. Jednak – z racji, że rozporządzenia te mają na celu zapewnienie wysokiego poziomu ochrony pasażerów¹⁷ – brak wyrażnej regulacji w tych rozporządzaniach nie oznacza, że zamiarem unijnego prawodawcy było, aby pasażerom nie przysługiwały – choćby na mocy prawa krajowego – żadne prawa. Co ciekawe, ostatnio w wyroku dotyczącym Azurair¹⁸ interpretującym postanowienia rozporządzenia lotniczego TSUE stwierdził, że jeśli przewoźnik przyspiesza lot o ponad godzinę, lot taki należy uznać za odwołany, a co za tym idzie, pasażerowi – za niedogodności spowodowane takim przyspieszeniem – należy się odszkodowanie w wysokości określonej w art. 7 tego rozporządzenia. Jednocześnie TSUE uznał, że przewoźnicy lotniczy są zwolnieni z obowiązku wypłaty pasażerom odszkodowania, jeżeli informują ich o przyspieszeniu lotu na warunkach przewidzianych w art. 5 ust. 1 lit. c tiret i-iii tego rozporządzenia¹⁹. Wyrok TSUE w sprawie Azurair jest niezwykle ciekawy, gdyż – podobnie jak dotyczący opóźnień lotów wyrok TSUE w sprawie Sturgeon²⁰ – twórczo interpretuje rozporządzenie lotnicze, przyznając pasażerom prawo do zryczałtowanego odszkodowania. Jeśli chodzi o skutki orzeczenia w sprawie Sturgeon, to nie było konieczności dokonywania analogicznie szerokiej wykładni przepisów pozostałych rozporządzeń unijnych (tj. kolejowego, autobusowego i statkowego) w celu przyznania odszkodowania pasażerom za opóźnienie w podróży koleją, autobusem czy statkiem, bowiem odpowiednie rozporządzenia UE zawierają już wyrażne regulacje w tym względzie. Wyrok w sprawie Azurair może mieć natomiast szersze konsekwencje, gdyż rozporządzenia (stare i nowe) kolejowe, rozporządzenie autobusowe i rozporządzenie statkowe nie zawierają żadnych wyraźnych przepisów dotyczących odpowiedzialności przewoźnika za przedwczesny odjazd. Pojawia się zatem pytanie (na które z pewnością TSUE będzie musiał odpowiedzieć), czy również w przypadku tych środków transportu pasażerom

że w przypadku rozporządzenia lotniczego dla uprawnień pasażerów w przypadku lotu opóźnionego istotne znaczenie miał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) z 19.11.2009 r., C-402/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon i Alana Sturgeon przeciwko Condor Flugdienst GmbH, i C-432/07, Stefan Böck i Cornelia Lepuschitz przeciwko Air France SA (ZOTSiS 2009/11, poz. I-10923). Co ciekawe, prawo do odszkodowania za opóźnienie nie zawsze było oczywiste. Obowiązujący do wejścia w życie Prawa przewozowego art. 89 dekretu z 24.12.1952 r. o przewozie przesyłek i osób kolejami (Dz.U. z 1953 r. Nr 4, poz. 7) stanowił, że spóźniony odjazd lub przyjazd pociągu, a także odwołanie pociągu lub wyłączenie z pociągu wagonu nie dawały podróżnym prawa żądania odszkodowania od kolei.

¹⁷ Por. art. 22 rozporządzenia autobusowego czy art. 12 rozporządzenia lotniczego.

¹⁸ Wyrok TSUE z 21.12.2021 r., C-146/20, C-188/20, C-196/20 i C-270/20, AD i in. przeciwko Corendon, Azurair i in. (Dz.Urz. UE C 84 z 2022 r., s. 9).

¹⁹ Dotyczy to następujących sytuacji: co najmniej 2 tygodnie przed planowym czasem odlotu; lub w okresie od 2 tygodni do 7 dni przed planowym czasem odlotu i zaoferowano pasażerom zmianę planu podróży, umożliwiającą im wylot najpóźniej 2 godziny przed planowym czasem odlotu i dotarcie do ich miejsca docelowego najwyżej 4 godziny po planowym czasie przylotu; lub w okresie krótszym niż 7 dni przed planowym czasem odlotu i zaoferowano pasażerom zmianę planu podróży, umożliwiającą im wylot nie więcej niż godzinę przed planowym czasem odlotu i dotarcie do ich miejsca docelowego najwyżej 2 godziny po planowym czasie przylotu.

²⁰ Wyrok TSUE z 19.11.2009 r., C-402/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon i Alana Sturgeon przeciwko Condor Flugdienst GmbH, i C-432/07, Stefan Böck i Cornelia Lepuschitz przeciwko Air France SA (ZOTSiS 2009/11, poz. I-10923).

przysługuje odszkodowanie w sytuacji przedwczesnego odjazdu, a jeśli tak, to jak bardzo przedwczesny musi być to odjazd (czy podobnie jak w przypadku lotu – więcej niż godzina przed planowanym terminem odjazdu).

Zanim jednak TSUE wyjaśni, jak należy interpretować pozostałe rozporządzenia unijne w kontekście przedwczesnego odjazdu środka transportowego, warto przyrzeć się polskiej regulacji dotyczącej tego problemu, a mianowicie art. 62 ust. 1 pr. przew. Przepis ten stanowi, że przewoźnik odpowiada za szkodę, jaką podróżny poniósł wskutek przedwczesnego odjazdu środka transportowego. Artykuł 62 ust. 1 pr. przew. – jak i pozostałe regulacje tej ustawy, w myśl art. 1 ust. 1 – ma zastosowanie do przewozu osób odpłatnie na podstawie umowy, przez uprawnionych do tego przewoźników, z wyjątkiem transportu morskiego, lotniczego i konnego²¹. Artykuł 62 ust. 1 pr. przew. odnosi się przede wszystkim do tych przewozów, które nie są objęte zakresem rozporządzeń unijnych, tzn. albo są dokonywane innym środkiem transportu niż te regulowane rozporządzeniami unijnymi, albo z założenia pozostawionych poza zakresem rozporządzeń unijnych (np. przewóz pasażerów autobusem na dystansie poniżej 250 km²² czy przewóz statkami śródlądowymi dopuszczonymi do przewozu nie więcej niż 12 pasażerów²³), albo takich, co do których rozporządzania dopuszczają, aby państwa członkowskie wprowadziły wyłączenia (czasowe lub stałe) – i Polska z takiej możliwości skorzystała²⁴. Poza tym, nawet jeśli jakieś

²¹ Szerzej na temat stron umowy, odpłatności umowy i stosowania art. 62 ust. 1 pr. przew. do umów nieodpłatnych oraz zawarcia umowy zob. poniżej.

²² Rozporządzenie autobusowe stanowi w art. 2, że ma ono „zastosowanie do pasażerów podróżujących w ramach usług regularnych dla nieokreślonych kategorii pasażerów, w przypadku gdy miejsce, w którym pasażerowie wchodzą na pokład pojazdu lub w którym opuszczają pokład pojazdu, znajduje się na terytorium państwa członkowskiego oraz w przypadku gdy zaplanowana długość trasy, na jakiej świadczona jest usługa, wynosi co najmniej 250 km”, przy czym jednak niektóre przepisy rozporządzenia (art. 4 ust. 2, art. 9, art. 10 ust. 1, art. 16 ust. 1 lit. b, art. 16 ust. 2, art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 24–28) stosuje się do usług, gdy zaplanowana długość trasy, na jakiej świadczona jest usługa, jest krótsza niż 250 km. Odległość 250 km odnosi się do całego kursu (od przystanku początkowego do przystanku końcowego), a nie do dystansu, na jakim przewożeni są poszczególni pasażerowie. Por. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021SC0415&qid=1645111249444> (dostęp: 3.10.2022 r.).

²³ Por. art. 2 ust. 2 rozporządzenia statkowego.

²⁴ Dla przykładu Polska skorzystała z upoważnienia zawartego w art. 2 ust. 5 starego rozporządzenia kolejowego – u.t.k. stanowi w art. 3a, że przepisów rozporządzenia (WE) 1371/2007 (z wyjątkiem przepisów art. 4, art. 5, art. 8 ust. 1, art. 9, art. 11, art. 12, art. 16, art. 19, art. 20 ust. 1, art. 21 ust. 2, art. 22, art. 23, art. 24, art. 26, art. 27, art. 28 i art. 29 tego rozporządzenia) nie stosuje się do miejskich, podmiejskich i regionalnych kolejowych przewozów osób. Oznacza to, że do miejskich, podmiejskich i regionalnych kolejowych przewozów osób nie znajdują zastosowania przepisy rozporządzenia kolejowego w zakresie: informacji dotyczących podróży oraz systemów rezerwacji, zaliczek, kwestionowania odpowiedzialności, odpowiedzialności za opóźnienie, utratę połączeń i odwołanie pociągu, odszkodowań, pomocy, odszkodowań za sprzęt osób o ograniczonej sprawności ruchowej lub inny specjalistyczny sprzęt, współpracy między organami odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów. Por. A.K. Modrzejewski, [w:] *Ustawa o transporcie kolejowym. Komentarz*, red. P. Wajda, M. Wierzbowski, Warszawa 2014, LEX/el., komentarz do art. 3(a) (dostęp: 3.02.2023 r.). Tymczasem nowe rozporządzenie kolejowe stanowi w art. 2 ust. 3 *in fine*, że zwolnienia przyznane zgodnie z art. 2 ust. 5 rozporządzenia (WE) 1371/2007 przed 6.06.2021 r. pozostają ważne jedynie do 7.06.2023 r. Jednocześnie jednak art. 2 ust. 6 nowego rozporządzenia kolejowego umożliwia państwom członkowskim zwolnienie od stosowania tego rozporządzenia (z wyjątkiem określonych przepisów) do miejskich, podmiejskich i regionalnych kolejowych usług pasażerskich oraz międzynarodowych kolejowych usług pasażerskich, których istotną część – obejmująca co najmniej jeden planowy przystanek – wykonywana jest poza UE.

umowy przewozu pasażerów podlegają rozporządzeniom unijnym²⁵, w przypadku braku regulacji w nich odpowiedzialności przewoźnika za przedwczesny odjazd środka transportowego lub gdy – wyinterpretowana twórczo przez TSUE – odpowiedzialność z tego tytułu okazałaby się mniej korzystna dla pasażera, niż wynika z art. 62 ust. 1 pr. przew., pasażer ma możliwość powołania się na prawa przyznane mu przez polską ustawę, gdyż rozporządzenia unijne wyraźnie stanowią o tym, że przewidziana nimi ochrona pasażera ma charakter minimalny²⁶.

Dalsza część pracy zostanie zatem poświęcona szczegółowej analizie przesłanek odpowiedzialności przewoźnika wynikającej z art. 62 ust. 1 pr. przew. Odpowiedzialność ta – z uwagi na brak innych postanowień prawa przewozowego – na podstawie art. 90 tej ustawy ukształtowana jest zgodnie z ogólnymi regułami wynikającymi z Kodeksu cywilnego²⁷. Kolejno zatem zostaną przedstawione następujące elementy: (i) istnienie umowy przewozu; (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez przewoźnika z uwagi na przedwczesny odjazd środka transportowego; (iii) zasada odpowiedzialności; (iv) szkoda po stronie pasażera, powstała w wyniku przedwczesnego odjazdu; (v) adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a przedwczesnym odjazdem środka transportowego.

Opracowanie poświęcone jest odpowiedzialności wobec pasażera za przedwczesny odjazd w publicznym transporcie zbiorowym, przez który należy rozumieć powszechnie dostępny regularny przewóz osób wykonywany w określonych odstępach czasu i po określonej linii komunikacyjnej, liniach komunikacyjnych lub sieci komunikacyjnej²⁸. Poza zakresem opracowania pozostaje zatem odpowiedzialność w przypadku przewozu regularnego specjalnego (czyli niepublicznego przewozu regularnego określonej grupy osób; z wyłączeniem innych osób²⁹) czy przewozu nieregularnego³⁰.

2. Istnienie umowy przewozu

Artykuł 62 ust. 1 pr. przew. znajduje się w rozdziale 6 tej ustawy zatytułowanym „Odpowiedzialność przewoźnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewozu osób”. Naprawienia szkody można więc dochodzić tylko, gdy strony zawarły umowę przewozu. Przyjrzyjmy się następującym zagadnieniom: strony umowy, zawarcie umowy, odpłatność, rozkład jazdy jako element treści umowy.

²⁵ Nie dotyczy to jednak transportu lotniczego, jako wyraźnie wyłączonego przez art. 1 ust. 1 pr. przew.

²⁶ Por. art. 22 rozporządzenia autobusowego.

²⁷ Por. wyrok TK z 2.12.2008 r., K 37/07, Dz.U. z 2008 r. Nr 219, poz. 1408.

²⁸ Por. art. 4 ust. 1 pkt 14 u.p.t.z.

²⁹ Por. art. 4 pkt 9 u.t.d. Przykładem są przewozy pracownicze czy przewozy uczniów do szkół, choć w przypadku tych ostatnich z uwagi na zmiany w rozkładzie jazdy powodowane zmianami w planach lekcji może pojawiać się odmienne stanowisko, odmawiające przewozom „szkolnym” cechy regularności, a zatem statusu przewozu regularnego specjalnego. Por. R. Strachowska, *Ustawa o transporcie drogowym. Komentarz*, LEX/el. 2012, komentarz do art. 4 (dostęp: 3.10.2022 r.).

³⁰ Także w tym przypadku może pojawić się odpowiedzialność za przedwczesny czy opóźniony odjazd, choć termin odjazdu wynika w takim przypadku nie z rozkładu jazdy, ale z treści samej umowy, i konieczne jest w pierwszym rzędzie ustalenie, jaki był zgodny zamiar stron w tym względzie.

2.1. Strony umowy

Artykuł 62 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 pr. przew. ma zastosowanie do przewozu osób odpłatnie na podstawie umowy, przez uprawnionych do tego przewoźników, z wyjątkiem transportu morskiego, lotniczego i konnego. Prawo przewozowe nie definiuje pojęcia „uprawnionego przewoźnika”, tzn. nie daje odpowiedzi na pytanie, czy stwierdzenie, że dany podmiot ma status przewoźnika, uwarunkowane jest dopełnieniem przez ten podmiot obowiązków administracyjnoprawnych³¹, od których zależy wykonywanie działalności w zakresie przewozu, czy jedynie ustaleniem, że faktycznie w zakresie swojego przedsiębiorstwa dokonuje on przewozu. W orzecznictwie przedstawiano „rzeczową argumentację” na poparcie każdego z tych poglądów³². Przekonujące jest stanowisko³³, że ograniczenie zastosowania przepisów prawa przewozowego jedynie do tych podmiotów, które spełniły obowiązki administracyjnoprawne, prowadziłoby do rozwiązań niesprawiedliwych, polegających na uprzywilejowaniu podmiotów świadczących usługi przewozowe z naruszeniem regulacji administracyjnoprawnych, określających warunki świadczenia takich usług. Przepisy Prawa przewozowego o odpowiedzialności przewoźnika co do zasady przewidują bowiem surowsze reguły odpowiedzialności w stosunku do ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej.

Kolejna kwestia – która wymaga rozważenia – to, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „przewoźnika” zawarte w art. 62 ust. 1 pr. przew., tzn. jaka jest relacja tego pojęcia do określeń zawartych w ustawie o publicznym transporcie zbiorowym, tj. przewoźnika (zdefiniowanego w art. 4 ust. 1 pkt 11 u.p.t.z.), operatora publicznego transportu zbiorowego (zdefiniowanego w art. 4 ust. 1 pkt 8 u.p.t.z.) oraz organizatora publicznego transportu zbiorowego (zdefiniowanego w art. 4 ust. 1 pkt 9 u.p.t.z.). Innymi słowy: przeciwko komu pasażer może kierować swe roszczenie wynikające z art. 62 ust. 1 pr. przew.? Przepis ten – przypomnijmy – stanowi, że „Przewoźnik odpowiada za szkodę, jaką podróżny poniósł wskutek przedwczesnego odjazdu środka transportowego”. Nie jest tu zatem – inaczej niż w innych przepisach pr. przew. (np. art. 4, art. 16 ust. 1–3, art. 33a ust. 1) – wymieniony obok przewoźnika także organizator publicznego transportu zbiorowego. Nie wskazano też operatora publicznego transportu zbiorowego – termin ten nie pojawia się w ogóle w prawie przewozowym.

³¹ W myśl art. 6 u.p.t.z. transport ten może być wykonywany przez operatora publicznego transportu zbiorowego lub przewoźnika spełniających warunki do podejmowania i wykonywania działalności w zakresie przewozu osób określone odpowiednio w: 1) ustawie z 18.08.2011 r. o bezpieczeństwie morskim (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 poz. 515 ze zm.); 2) ustawie z 21.12.2000 r. o żegludze śródlądowej (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1097); 3) u.t.d.; 4) u.t.k.; 5) ustawie z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 221 ze zm.); 6) ustawie z 18.09.2001 r. – Kodeks morski (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 2175 ze zm.). Z uwagi na zakres Prawa przewozowego (wyłączenie z jego zakresu transportu morskiego) dla stosowania art. 62 ust. 1 pr. przew. bez znaczenia są ustawy wymienione w pkt 1 i 6.

³² Por. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 13.01.2017 r., III CNP 3/16, LEX nr 2192616 i cytowane w nim orzecznictwo.

³³ Por. K. Wesołowski, [w:] *Prawo przewozowe. Komentarz*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesołowski, LEX/el. 2019, komentarz do art. 1 (dostęp: 3.02.2023 r.).

Zacząć trzeba od tego, że ustawa o publicznym transporcie zbiorowym wyróżnia przewozy o charakterze użyteczności publicznej³⁴ (dalej przewozy niekomercyjne) i przewozy niemające takiego charakteru (dalej przewozy komercyjne). W przypadku przewozów komercyjnych przedmiotowa kwestia nie budzi żadnych wątpliwości. Stroną umowy przewozu jest przewoźnik, który wykonuje przewozy na podstawie potwierdzenia zgłoszenia przewozu³⁵ bądź – w transporcie kolejowym – decyzji o przyznaniu otwartego dostępu albo decyzji o przyznaniu ograniczonego dostępu³⁶. Ewentualnego odszkodowania za przedwczesny odjazd można się domagać od tego podmiotu. Natomiast w przypadku przewozów niekomercyjnych przewóz dokonywany jest przez operatora, którym może być samorządowy zakład budżetowy lub przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób, który zawarł z organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, na linii komunikacyjnej określonej w umowie. Na bilecie – który otrzymuje pasażer – wskazany jest jednak nie operator, ale organizator publicznego transportu zbiorowego (np. gmina/powiat/województwo)³⁷, a bilet jest dowodem, z kim podróżny zawarł umowę o przewóz osób lub także bagażu³⁸.

Samorządowy zakład budżetowy jest jednostką sektora finansów publicznych, która odpłatnie wykonuje zadania, a koszty swojej działalności zasadniczo pokrywa z przychodów własnych³⁹. Samorządowy zakład budżetowy nie ma osobowości prawnej, a w obrocie prawnym korzysta z osobowości prawnej gminy, powiatu bądź województwa⁴⁰. Oznacza to, że jeśli operatorem jest samorządowy zakład budżetowy, to stroną umowy przewozu jest gmina/powiat/województwo reprezentowane przez ten samorządowy zakład budżetowy i to ewentualnie ten podmiot może być pozwany o odszkodowanie w przypadku przedwczesnego czy opóźnionego odjazdu. Sytuacja, że samorządowy zakład budżetowy jest operatorem, w praktyce występuje relatywnie rzadko⁴¹.

Operatorem może być także przedsiębiorca, który podpisał z organizatorem (gminą, związkiem międzygminnym, powiatem, związkiem powiatów, związkiem

³⁴ Pod tym pojęciem należy rozumieć powszechnie dostępną usługę w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywaną przez operatora publicznego transportu zbiorowego w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na danym obszarze. Por. art. 4 ust. 1 pkt 12 u.p.t.z.

³⁵ Na temat potwierdzenia zgłoszenia przewozu zob. art. 30 oraz 32–38 u.p.t.z.

³⁶ Co do decyzji o przyznaniu otwartego dostępu albo decyzji o przyznaniu ograniczonego dostępu por. art. 31 u.p.t.z. oraz art. 29c u.t.k.

³⁷ Artykuł 16 ust. 2 pr. przew. stanowi, że na bilecie umieszcza się nazwę przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego. Wystawcą biletu nie może być zatem operator.

³⁸ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) we Wrocławiu z 28.03.2006 r., IV SA/Wr 3/05, LEX nr 886974.

³⁹ Co do szczegółów por. art. 14–17 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.).

⁴⁰ M. Wróblewska, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, red. H. Dzwonkowski, G. Gołębiowski, Warszawa 2014, LEX/el., komentarz do art. 15 (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁴¹ A. Wach, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Komentarz*, B. Kwiatek, K. Wach, A. Wach, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz do art. 19 (dostęp: 3.02.2023 r.).

powiatowo-gminnym, związkiem metropolitalnym, województwem czy ministrem właściwym do spraw transportu⁴²) umowę o świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego. W myśl art. 19 ust. 1 u.p.t.z. operator wyłaniany jest bądź w jednym z trybów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁴³, bądź w trybie ustawy z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴⁴, względnie – w enumeratywnie wymienionych sytuacjach⁴⁵, z pominięciem procedur konkurencyjnych – w drodze bezpośredniego powierzenia zlecenia operatorowi. Stosunek prawny łączący organizatora z operatorem ma charakter cywilnoprawny, o czym świadczy to, że jego źródłem jest umowa, a nie władcze rozstrzygnięcie organu publicznego⁴⁶. Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego jest zawierana na czas oznaczony nie dłuższy niż 10 lat – w transporcie drogowym; 15 lat – w transporcie kolejowym, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 5 ust. 3a i 4a–5 oraz art. 8 ust. 2 i 2a rozporządzenia 1370/2007⁴⁷; oraz 15 lat – w transporcie innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim i w żegludze śródlądowej. Artykuł 25 ust. 3 u.p.t.z. stanowi o treści umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego⁴⁸. Treść tej umowy będzie w dużej mierze determinować to, która jej strona będzie dokonywała czynności powiązanych z realizacją tej umowy w stosunku do osób trzecich, tzn. kto będzie

⁴² Por. art. 7 u.p.t.z.

⁴³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.

⁴⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 140.

⁴⁵ Por. art. 22 u.p.t.z.

⁴⁶ Por. postanowienie SN z 11.01.2018 r., III CZP 63/17, OSNC-ZD 2019/1, poz. 3.

⁴⁷ Rozporządzenie (WE) 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) 1191/69 i (EWG) 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315 z 3.12.2007 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie 1370/2007.

⁴⁸ Wymienione są w szczególności: 1) opis usług wynikających z zamówienia; 2) linia komunikacyjna, linie komunikacyjne lub sieć komunikacyjna, których dotyczy umowa; 3) czas trwania umowy; 4) warunki dotyczące norm jakości oraz podnoszenia jakości usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego; 5) wymagania w stosunku do środków transportu, w tym dotyczące wprowadzania nowoczesnych rozwiązań technicznych, a także ich dostosowania do potrzeb osób niepełnosprawnych oraz osób o ograniczonej zdolności ruchowej; 6) warunki zmiany opłat za przewóz oraz innych opłat, o których mowa w Prawie przewozowym, za usługę świadczoną w zakresie publicznego transportu zbiorowego, jeżeli stroną umowy, której przysługują wpływy z tych opłat, jest operator; 7) warunki, na jakich jest dopuszczalne podwykonawstwo w realizacji usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego; 8) sposób rozpatrywania przez operatora skarg i reklamacji składanych przez pasażerów oraz przyznawania ewentualnych odszkodowań wynikających z realizacji usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego; 9) częstotliwość składania sprawozdań z realizacji usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w tym informacji dotyczących liczby pasażerów na danej linii komunikacyjnej; 10) zasady rozliczeń, w szczególności zasady podziału kosztów za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, z uwzględnieniem stosowania przez operatora ulg ustawowych oraz ulg ustanowionych na obszarze właściwości danego organizatora; 11) zasady rozliczeń za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie tych usług z przyczyn niezależnych od operatora; 12) strona umowy, której przysługują wpływy z opłat, o których mowa w pkt 6; 13) strona umowy, która jest zobowiązana do wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 46 ust. 1 pkt 3, 6 oraz 9 u.p.t.z.; 14) sposób dystrybucji biletów; 15) sposób, w jaki jest obliczana rekompensata; 16) strona umowy, która obowiązana jest uzgodnić zasady korzystania z przystanków komunikacyjnych i dworców z ich właścicielami lub zarządzającymi; 17) warunki korzystania ze środków transportu organizatora, jeżeli są udostępnione operatorowi; 18) warunki

uzgadniać zasady korzystania z przystanków komunikacyjnych i dworców z ich właścicielami lub zarządcami, kto będzie dystrybuował bilety⁴⁹ i komu będą przysługiwały wpływy z nich, kto będzie podawał do publicznej wiadomości rozkłady jazdy czy cennik opłat oraz kto będzie opracowywał i podawał do wiadomości regulamin przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym⁵⁰. W myśl art. 47 u.p.t.z. w regulaminie przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym powinny w szczególności zostać określone warunki obsługi podróżnych, warunki odprawy oraz przewozu osób i bagażu oraz wskazany **podmiot** właściwy do przyjmowania skarg i reklamacji⁵¹ wynikających z realizacji usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz terminy rozpatrywania skarg i reklamacji⁵². Należy zwrócić uwagę, że użyto tu liczby pojedynczej – jeden podmiot, a nie kilka podmiotów. Jednocześnie logika ustawy o publicznym transporcie zbiorowym jest jednak bardzo złożona. Z jednej strony oczywiste jest, że to operator powinien rozpatrywać ewentualne skargi i reklamacje oraz wypłacać odszkodowania. Artykuł 25 ust. 3 pkt 8 u.p.t.z. stanowi bowiem, że umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego powinna określać „sposób rozpatrywania **przez operatora**

wykorzystywania środków transportu w zależności od natężenia ruchu pasażerów; 19) warunki zakupu przez operatora środków transportu drogowego niezbędnych do realizacji usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego; 20) zasady współpracy przy tworzeniu i aktualizacji rozkładów jazdy w celu poprawy funkcjonowania przewozów; 21) w transporcie kolejowym – zakres korzystania z infrastruktury, w szczególności zakres przepustowości trasy oraz standard jakości dostępu będące przedmiotem umowy; 22) kary umowne; 23) warunki zmiany oraz rozwiązania umowy; 24) informacje, o których mowa w art. 4 ust. 8 zd. 3 rozporządzenia 1370/2007, które operator jest obowiązany przekazywać organizatorowi w celu udzielenia zamówienia w trybach, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.t.z.

⁴⁹ Zasadne jest, by sprzedaż biletów była w kompetencji organizatora, zwłaszcza w przypadku funkcjonowania na lokalnym rynku przewozowym więcej niż jednego operatora. Trudne z punktu widzenia logistycznego i organizacyjnego jest wówczas uzgodnienie wzajemnych rozliczeń, które byłyby zadowalające dla wszystkich stron. Por. K. Wach, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Komentarz*, B. Kwiatek, A. Wach, K. Wach, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz do art. 50 (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁵⁰ W myśl art. 46 ust. 1 pkt 9 u.p.t.z. w przypadku przewozów niekomercyjnych regulamin może być opracowany przez organizatora albo przez operatora lub grupę operatorów i zatwierdzony przez organizatora. W związku z tym regulamin przewozu osób nie jest aktem prawa miejscowego, a ma charakter wzorca umownego. Powinno się stosować do niego przepisy k.c. o wzorcach umownych (a gdy wydaje go organizator, to przepisy te powinny mieć zastosowanie *per analogiam*). Zgodnie z art. 384 k.c. ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. W razie gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Nie dotyczy to jednak umów zawieranych z udziałem konsumentów, z wyjątkiem umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego. Por. postanowienie WSA w Kielcach z 17.06.2015 r., II SA/Ke 400/15, LEX nr 1762594; A. Misiejko, *Charakter prawny regulaminu przewozu*, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Przewodnik dla organów samorządu terytorialnego*, A. Misiejko, Warszawa 2020, LEX/el. (dostęp 3.02.2023 r.).

⁵¹ Na gruncie polskiego prawa cywilnego za reklamację uważa się skierowanie – m.in. osoby świadczącej usługę – żądania spełnienia tych obowiązków, które podmiot ten powinien spełnić w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem ciężącego na nim zobowiązania. W świetle regulacji art. 75 ust. 1 pr. przew. reklamacja (podobnie jak i wezwanie do zapłaty) ma w prawie przewozowym charakter obligatoryjny (obowiązkowy), co oznacza, że roszczenia na drodze sądowej mogą być dochodzone skutecznie dopiero po wyczerpaniu trybu reklamacyjnego. Co do szczegółów por. T. Szancilo, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2008, Legalis/el., komentarz do art. 75 (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁵² Jak wskazuje się w doktrynie, powinno to w sposób jednoznaczny umożliwić wszystkim zainteresowanym złożenie skargi bądź reklamacji do właściwego podmiotu. K. Wach, [w:] *Publiczny...*, komentarz do art. 47.

skarg i reklamacji składanych przez pasażerów oraz przyznawania ewentualnych odszkodowań wynikających z realizacji usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego” (pogrubienie – A.G.-Z.). Dodatkowo zgodnie z art. 48 ust. 1 u.p.t.z. **operator** „jest obowiązany przekazywać organizatorowi, w terminie do dnia 31 marca każdego roku, informację o liczbie i sposobie załatwienia skarg i reklamacji składanych przez pasażerów w związku z realizacją usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz **informację o liczbie i wysokości przyznanych odszkodowań**”⁵³ (pogrubienie – A.G.-Z.). Nawet zatem w sytuacji gdy pasażer kupuje bilety od organizatora, organizator widnieje na bilecie, określa i publikuje regulamin przewozu osób oraz ogłasza rozkład jazdy, pasażer może domagać się od operatora odszkodowania za przedwczesny lub opóźniony odjazd środka komunikacyjnego. Rozwiązanie takie, jeśli chodzi o odpowiedzialność za opóźniony odjazd, jest krytykowane w doktrynie⁵⁴. Także w przypadku odjazdu przedwczesnego budzić może ono wątpliwości. Z drugiej jednak strony art. 48 ust. 3 u.p.t.z. stanowi, że „niezależnie od uprawnień wynikających z przepisów ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe oraz ustawy z dnia 18 września 2001 r. – Kodeks morski, pasażerom przysługuje prawo składania bezpośrednio do właściwego organizatora skarg i reklamacji w związku z realizacją przewozów przez operatora”. Oznacza to, że pasażer może domagać się odszkodowania także bezpośrednio od organizatora publicznego transportu zbiorowego⁵⁵, o czym w praktyce rzadko jest jednak informowany, gdyż w regulaminie przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym zazwyczaj wskazywany jest jedynie operator.

Sytuacja może być dodatkowo skomplikowana (w przypadku przewozów zarówno komercyjnych, jak i niekomercyjnych), gdy przewoźnik czy operator powierzy wykonanie przewozu innym przewoźnikom⁵⁶. Wówczas przewoźnik lub operator ponosi odpowiedzialność za działania lub zaniechania podwykonawców jak za działania lub zaniechania własne⁵⁷.

Drugą stroną umowy przewozu jest najczęściej sam pasażer, reprezentowany – gdy to konieczne – przez swych przedstawicieli ustawowych (np. rodziców). Przepisy pr. przew., obok tej tradycyjnej i powszechnej formy, regulują jednak również kwestie związane z tzw. umową grupowego przewozu osób. Artykuł 19 pr. przew. stanowi,

⁵³ Operator, który nie przekaze w terminie organizatorowi powyższych informacji, podlega karze pieniężnej w wysokości 1000 zł. Por. art. 64 ust. 1 pkt 3 u.p.t.z. Karę tę nakłada właściwy organizator w drodze decyzji administracyjnej.

⁵⁴ Por. M. Wach-Pawliczak, *Odszkodowanie za spóźniony autobus. Niebezpieczny precedens?*, <https://wach-pawliczak.pl/odszkodowanie-za-spozniony-autobus-niebezpieczny-precedens/> (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁵⁵ Jest to logiczne, gdyż to organizator jest drugą stroną umowy przewozu.

⁵⁶ Por. art. 5 pr. przew., gdzie wyraźnie wymieniony jest przewoźnik. Jeśli chodzi o operatora, to art. 25 u.p.t.z. stanowi, że umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego powinna określać warunki, na jakich jest dopuszczalne podwykonawstwo w realizacji usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Określenie warunków, na jakich dopuszczalne jest podwykonawstwo, może polegać również na wyłączeniu możliwości świadczenia usług przez podwykonawców. Por. wyrok WSA w Krakowie z 3.07.2018 r., III SA/Kr 46/18, LEX nr 2516790. Co do ograniczeń dot. dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa por. A. Wach, [w:] *Publiczny...*, komentarz do art. 25.

⁵⁷ Por. art. 5 pr. przew.

że umowę grupowego przewozu osób zawiera z przewoźnikiem organizator takiego przewozu. Nie należy tu mylić organizatora przewozu grupowego z organizatorem publicznego transportu zbiorowego! Z grupowym przewozem osób możemy mieć do czynienia zarówno w komunikacji nieregularnej, jak i regularnej, w tym w publicznym transporcie zbiorowym⁵⁸. Umowa grupowego przewozu osób to rodzaj umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej (*pactum in favorem tertii*), o której jest mowa w art. 393 § 1 k.c.⁵⁹ Dłużnik (przewoźnik) ma spełnić świadczenie nie wobec wierzyciela (organizatora grupowego przewozu), lecz wobec osoby niebędącej stroną tej umowy i niebiorącej w niej udziału (uczestników grupowego przewozu). Jednak o ile w kodeksowym ujęciu z umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej nie wynikają dla osoby trzeciej obowiązki ani uprawnienia względem wierzyciela⁶⁰, o tyle w przypadku umowy grupowego przewozu osób mamy do czynienia z pewną modyfikacją, gdyż Prawo przewozowe wyraźnie stanowi o prawach i obowiązkach uczestników takiego przewozu wobec przewoźnika⁶¹. W myśl art. 64 pr. przew. za szkody wynikłe z przedwczesnego odjazdu środka transportowego, opóźnionego przyjazdu lub odwołania regularnie kursującego środka transportowego przewoźnik odpowiada wyłącznie wobec organizatora grupowego przewozu. Uczestnicy nie są więc czynnie legitymowani do dochodzenia roszczeń w tym przedmiocie bezpośrednio w stosunku do przewoźnika⁶², co nie wyłącza jednak możliwości dochodzenia stosownego odszkodowania za szkody z tego tytułu wobec organizatora grupowego przewozu – ale już na podstawie postanowień umowy łączącej uczestników z organizatorem przewozu⁶³.

2.2. Zawarcie umowy przewozu

Umowa przewozu jest umową konsensualną. Do jej zawarcia nie jest wymagana żadna szczególna forma. W myśl art. 16 ust. 1 pr. przew. „umowę przewozu zawiera się przez nabycie biletu na przejazd przed rozpoczęciem podróży lub spełnienie innych określonych przez przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego warunków dostępu do środka transportowego, a w razie ich nieustalenia – przez samo zajęcie miejsca w środku transportowym”. Odnoszący się do przewozów niekomercyjnych art. 25 ust. 3 pkt 13 u.p.t.z. obliguje strony umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego do określenia

⁵⁸ Por. T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 19, nb 3.

⁵⁹ Por. T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 19, nb 2.

⁶⁰ Osoba ta ma natomiast odnieść określoną korzyść majątkową wynikającą ze spełnienia przez dłużnika na jej rzecz świadczenia zastrzeżonego w umowie. Por. wyrok SN z 19.02.2002 r., IV CKN 786/00, LEX nr 54363.

⁶¹ Por. art. 21, art. 64 czy art. 75 ust. 3 pr. przew.

⁶² Kwestię tę należy jednak oceniać odmiennie w przypadku, gdy szczególne przepisy prawa nadają podróżnym prawo bezpośredniego dochodzenia roszczeń wobec przewoźnika, nawet wówczas gdy nie wiąże ich z przewoźnikiem bezpośredni stosunek prawny. Dotyczy to w szczególności prawa do zryczałtowanych odszkodowań należnych – na podstawie rozporządzeń unijnych – z tytułu niedopuszczenia do środka transportowego, jego odwołania, opóźnienia czy utraty połączenia. Por. K. Wesołowski, [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 64.

⁶³ Por. T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 64, nb 2.

w umowie sposobu dystrybucji biletów. Nie zawiera jednak w tym zakresie żadnych wskazówek. Najczęściej stosowanymi kanałami dystrybucji biletów (w przewozach zarówno komercyjnych, jak i niekomercyjnych) są: a) kasy biletowe, b) automaty biletowe, c) strona internetowa, d) aplikacje mobilne oraz e) obsługa autobusu, pociągu lub innego środka transportowego.

W doktrynie⁶⁴ wskazuje się, że jeżeli pasażer nie nabył biletu przed odjazdem środka transportowego, a umowę chciał zawrzeć przez zajęcie miejsca w środku transportu, który odjechał z przystanku przed planową godziną odjazdu, art. 62 ust. 1 pr. przew. nie będzie miał zastosowania, gdyż dotyczy odpowiedzialności przewoźnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewozu osób. W tej sytuacji trudno jest mówić o niewykonaniu umowy, skoro nie doszło do jej zawarcia, a ewentualnych roszczeń pasażer będzie mógł dochodzić na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych. Dochodzenie roszczeń na podstawie przepisów o deliktach jest jednak dużo trudniejsze (na ogół jest to odpowiedzialność na zasadzie winy, którą poszkodowany musi udowodnić⁶⁵) i szanse na sukces są znikome. W konsekwencji niezwykle istotne jest ustalenie, co dokładnie oznacza określenie „nabycie biletu na przejazd”, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pr. przew., i czy już samo nabycie biletu wystarcza do tego, aby umowa została zawarta, czy jednak konieczne jest podjęcie przez pasażera dodatkowych czynności.

Bez wątpienia umowa przewozu jest zawarta, gdy bilet został nabyty przed odjazdem na przejazd konkretnym kursem, tzn. na bilecie w formie papierowej czy elektronicznej widnieje środek transportowy, data i godzina odjazdu oraz trasa⁶⁶. Możliwa jest jednak również inna sytuacja (choć coraz rzadziej spotykana w praktyce), a mianowicie że nabyty bilet może wskazywać np. na konkretną datę, trasę, przewoźnika i rodzaj środka transportowego, ale niekoniecznie na konkretny kurs. Jednocześnie nie ma wymogu, by bilet taki skasować niezwłocznie po wejściu do środka transportowego (np. kasuje go dopiero kontroler biletów). Oznacza to, że w okresie ważności biletu można podróżować dowolnymi środkami transportowymi objętymi daną ofertą, a w sytuacji gdy dojdzie do przedwczesnego odjazdu pojazdu (objętego zakresem tego biletu, tzn. na tej trasie, w tym terminie), pasażer (gdy spełnione są też pozostałe przesłanki odpowiedzialności) ma prawo do odszkodowania. Istnieją jednak takie bilety (np. jednorazowe czy czasowe), których samo nabycie przez pasażera nie wystarcza do zawarcia przez niego umowy przewozu, gdyż wola zawarcia umowy przewozu uzewnętrznia się dopiero przez skasowanie wcześniej kupionego biletu (w sposób tradycyjny z wykorzystaniem materialnego kasownika lub bardziej nowoczesny, np. przez wpisanie numeru telefonu czy zeskanowanie kodu QR). W przypadku takich biletów momentem zawarcia umowy przewozu jest

⁶⁴ Por. K. Wesołowski, *Rec.: W. Górski, A. Żabski, Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 1990, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1990/7, s. 119; T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 62, nb 3.

⁶⁵ Można by jeszcze ewentualnie próbować rozważać tu kwestię odpowiedzialności przewoźnika na podstawie art. 435 k.c., tzn. jego odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jako przedsiębiorstwa poruszanego siłami przyrody za szkodę przez ten ruch wyrządzoną.

⁶⁶ Przykładowo bilety na pociągi Intercity.

moment skasowania biletu przez pasażera, który należy zakwalifikować jako spełnienie przez podróżnego „innych określonych przez przewoźnika warunków”, o których mowa w art. 16 ust. 1 pr. przew.⁶⁷ Przy takim podejściu dochodzenie odszkodowania za przedwczesny odjazd środka transportowego nie byłoby możliwe, gdy pasażer miał jedynie nabyty bilet, ale – z racji „spóźnienia się” na autobus czy pociąg, który przedwcześnie odjechał – nie skasował go, gdyż skasowanie mogło nastąpić dopiero w środku transportu⁶⁸. Wydaje się, że w takich sytuacjach stanowisko powinno być bardziej elastyczne. Prawo przewozowe nie wyłącza wyrażnie zastosowania art. 62 ust. 1 w przypadku komunikacji miejskiej⁶⁹, a rygorystyczne podejście „bilet zakupiony, ale nieskasowany = brak umowy” oznaczałoby w praktyce pozbawienie prawa do odszkodowania wszystkich tych pasażerów, którzy zamierzali podróżować komunikacją miejską z wykorzystaniem biletu jednorazowego. Prawo do odszkodowania za przedwczesny odjazd powinno przysługiwać więc także w sytuacji, gdy pasażer wykaże, że zamierzał skorzystać z konkretnego kursu środka transportowego (np. pasażer kupił bilet w automacie stojącym na przystanku, z którego autobus odjeżdża tylko kilka razy dziennie, albo pasażer codziennie korzysta z tego kursu w drodze do pracy). Prawo do odszkodowania powinno także przysługiwać posiadaczom ważnych biletów okresowych (np. tzw. sieciówek miesięcznych, kwartalnych, rocznych), uprawniających do wielokrotnych przejazdów na danej czy danych trasach lub w określonej strefie, o ile wykażą, że zamierzali jechać środkiem transportu, który przedwcześnie odjechał. W tym przypadku bowiem umowa przewozu została zawarta już w chwili nabycia (ewentualnie pierwszego skasowania) biletu okresowego.

Innym problemem powiązany ze sposobem zawarcia umowy jest to, czy pasażer, wsiadając do przedwcześnie odjeżdżającego środka transportowego, nie wyraża dorozumianej zgody na taki wcześniejszy odjazd (na umowę przewozu o zmodyfikowanej treści względem rozkładu jazdy właśnie o ten wcześniejszy odjazd), co oznaczałoby, że ewentualne odszkodowanie z tej racji już mu się nie należy. Przyjęcie restrykcyjnego podejścia *volenti non fit iniuria* byłoby nieuzasadnione

⁶⁷ D. Ambrożuk, [w:] *Prawo przewozowe. Komentarz*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesołowski, LEX/el. 2019, komentarz do art. 16.

⁶⁸ Sytuacja pasażera jest natomiast dużo prostsza wszędzie tam, gdzie istnieje możliwość czy wręcz konieczność skasowania biletu przed wejściem do środka transportowego, np. przed wejściem na stację warszawskiego metra. Wówczas skasowanie biletu wskazuje na zawarcie umowy i umożliwia odszkodowanie, np. w przypadku przedwczesnego odjazdu ostatniego składu metra. Jednak nawet i w tym przypadku mogą pojawić się w praktyce wątpliwości co do treści umowy, np. bilet skasowany przy wejściu na taki peron warszawskiego metra (np. stacja Ursynów), z którego pociągi odjeżdżają w obie strony.

⁶⁹ Wyłączenie takie jest natomiast w art. 17 ust. 5 czy art. 18 ust. 3 pr. przew. Pod pojęciem „komunikacji miejskiej” należy rozumieć przewóz osób w ramach publicznego transportu zbiorowego wykonywany w granicach administracyjnych miasta albo miasta i gminy, albo miast, albo miast i gmin sąsiadujących, jeżeli zostało zawarte porozumienie lub został utworzony związek międzygminny w celu wspólnej realizacji publicznego transportu zbiorowego, a także metropolitalne przewozy pasażerskie. Por. art. 4 ust. 1 pkt 4 u.p.t.z. Zasygnalizować należy, że inaczej było w początkowym okresie obowiązywania pr. przew., gdyż pierwotne brzmienie art. 1 ust. 1 było następujące: „Ustawa reguluje przewóz osób i rzeczy środkami transportu kolejowego, samochodowego, lotniczego i żeglugi śródlądowej, wykonywany odpłatnie na podstawie umowy przez uprawnionych do tego przewoźników, z wyłączeniem przewozu w komunikacji komunalnej”.

celowościowo i przyznawało przewagę podmiotowi silniejszemu – przewoźnikowi. Po pierwsze, w sytuacji gdy pasażer miał wykupiony bilet na konkretny kurs, ale został poinformowany zawczasu (np. SMS-em) o wcześniejszym odjeździe, podjął starania i poniósł koszty, aby na ten odjazd zdążyć, niesłuszne byłoby odmawiać mu prawa do odszkodowania (np. za krótki kurs taksówką na przystanek) i jedynie przyznawać mu odszkodowanie (z tytułu niewykonania umowy przewozu) w przypadku, gdyby nie wsiadł do pojazdu. Po drugie, w sytuacji gdy pasażer nie miał wcześniej wykupionego biletu na konkretny kurs, ale dopiero zawiera umowę, kupując w takim przedwcześnie odjeżdżającym pojeździe bilet⁷⁰, ewentualnie konkretyzuje treść tej umowy, kasując bilet w takim pojeździe, powinien mieć prawo do odszkodowania w tych sporadycznych przypadkach, gdy taki wcześniejszy odjazd powoduje szkodę⁷¹.

2.3. Odpłatność

Nabycie biletu przez pasażera najczęściej następuje za zapłatą. Choć prawdą jest, że przewoźnik czy operator jako przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą w celu zarobkowym, to jednak w publicznym transporcie zbiorowym w wielu sytuacjach to nie pasażer uiszcza bezpośrednio w cenie biletu pełne koszty przejazdu. W przypadku przewozów o charakterze użyteczności publicznej (przewozów niekomercyjnych) niektórzy organizatorzy decydują się nawet na wprowadzenie dla wszystkich pasażerów usługi bezpłatnej, której koszty ponosi organizator, a pośrednio – wszyscy mieszkańcy danego obszaru płacący podatki, także ci niekorzystający z publicznego transportu zbiorowego⁷².

Aby operator będący przedsiębiorcą nie ponosił strat z tytułu wykonywania umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego przewidziany został system rekompensat. W myśl art. 50 ust. 1 pkt 2 u.p.t.z. operatorowi przysługuje od organizatora rekompensata z tytułu utraconych przychodów w związku ze stosowaniem ustawowych uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym lub utraconych przychodów w związku ze stosowaniem uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym ustanowionych na obszarze właściwości danego organizatora, o ile zostały ustanowione, lub poniesionych kosztów w związku ze świadczeniem przez operatora usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Rekompensatę – w zakresie stosunku między organizatorem i operatorem – należy traktować tak jak świadczenie cywilnoprawne⁷³. Stosownie

⁷⁰ Obecnie pasażerowie powszechnie mają możliwość nabycia biletu także w środku transportowym, niezwłocznie po wejściu do środka transportowego (nawet po rozpoczęciu podróży), np. w automacie biletowym znajdującym się w pojeździe lub przez zgłoszenie woli zakupu konduktorowi czy kierowcy, czasami za dodatkową opłatą. Na temat takiej możliwości zob. D. Ambrożuk, [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 16.

⁷¹ Por. przypadek opisany w dalszej części opracowania – przedwczesny odjazd, ale z dojazdem o czasie wynikającym z rozkładu jazdy.

⁷² Por. K. Wach, [w:] *Publiczny...*, komentarz do art. 50. Bezpłatne linie autobusowe istnieją np. w Legionowie czy Żorach.

⁷³ Postanowienie SN z 11.01.2018 r., III CZP 63/17, LEX nr 2502049.

do ustawy o publicznym transporcie zbiorowym i w zgodzie z rozporządzeniem 1370/2007 sposób obliczania rekompensaty i tryb składania wniosku o rekompensatę powinien być określony w umowie o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego⁷⁴. Sposób ten powinien odpowiadać wymaganiom wskazanym w załączniku do rozporządzenia 1370/2007⁷⁵, tzn. m.in. umowa powinna określać z góry, obiektywnie i przejrzysto, parametry, według których obliczane są rekompensaty w sposób zapobiegający ich nadmiernemu poziomowi. Ponadto organizator może udostępnić operatorowi środki transportu na realizację przewozów w zakresie publicznego transportu zbiorowego⁷⁶.

Także w przypadku przewozów komercyjnych przewoźnik musi aktualnie (do 31.12.2023 r.) stosować ulgi wynikające z ustawy z 20.06.1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego⁷⁷. Finansowanie ulgowych przejazdów odbywa się na zasadach określonych w art. 8a i 8b tej ustawy⁷⁸. Przewozy nieodpłatne, choć uznawane za wyjątek od zasady, to ze względu na wyraźne postanowienia prawa powszechnie obowiązującego nie są „zupełnie wyjątkowe”. Na mocy art. 2 ust. 1 i 2 u.u.p.ś.p.⁷⁹ dzieciom w wieku do 4 lat, a także funkcjonariuszom Straży Granicznej, Policji, służb celnych, żołnierzom Żandarmerii Wojskowej w czasie wykonywania czynności służbowych przysługuje ulga na przejazd w wysokości 100%. Osoby te powinny – w celu skorzystania z tej ulgi – pobrać w kasie biletowej przewoźnika (a jeśli jest nieczynna – u konduktora)⁸⁰ bilet z ulgą 100% oraz posiadać przy sobie dokument potwierdzający uprawnienie do tej ulgi (np. dokument stwierdzający wiek dziecka). Prawo do bezpłatnego przejazdu może przysługiwać także z mocy ustaw szczegółowych⁸¹ czy uchwał organów samorządu terytorialnego wydanych na podstawie art. 50a u.p.t.z. (jako uprawnione często wskazuje się małe dzieci).

Poza tym ulgi (w tym w wysokości 100%)⁸² mogą przysługiwać: osobom odbywającym podróż na podstawie wykupionych od przewoźnika legitymacji lub biletów uprawniających do ulgowych przejazdów; osobom, którym przewoźnik przyznał,

⁷⁴ Por. art. 25 ust. 3 pkt 15 i ust. 4 oraz art. 53 ust. 1 u.p.t.z.

⁷⁵ Por. art. 25 ust. 4 u.p.t.z.

⁷⁶ Por. art. 50 ust. 1 pkt 3 u.p.t.z.

⁷⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 295 – dalej u.u.p.ś.p.

⁷⁸ Szerzej na temat wprowadzonych zmian: A. Misiejko, *Uprawnienia do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego w przewozach o charakterze użyteczności publicznej*, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Przewodnik dla organów samorządu terytorialnego*, A. Misiejko, Warszawa 2020, LEX/el.

⁷⁹ Przepisów tej ustawy nie stosuje się do komunikacji miejskiej (art. 1 ust. 2).

⁸⁰ Teoretycznie – jeśli przejazd zaczynał się na stacji z czynną kasą biletową, pracownik drużyny konduktorskiej dolicza obowiązującą w danej spółce opłatę za wydanie biletu w pociągu w przypadku pobierania biletu bezpłatnego dopiero u konduktora. Por. *Kiedy i na jakich warunkach dzieci do lat 4 podróżują za darmo?*, <https://utk.gov.pl/pl/pasazerowie/kolejowe-faq/osoby-z-dziecmi-i-kobie/17590>, Kiedy-i-na-jakich-warunkach-dzieci-do-lat-4-podrozuja-za-darmo.html (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁸¹ Por. np. art. 43 ust. 1 ustawy z 9.05.1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1339) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 28.12.2001 r. w sprawie trybu korzystania przez posłów i senatorów z bezpłatnych przejazdów i przelotów na terenie kraju (Dz.U. z 2002 r. Nr 1, poz. 13 ze zm.).

⁸² Artykuł 1b ust. 2 u.u.p.ś.p. *a contrario*.

w ramach własnej strategii handlowej, ulgi i zniżki taryfowe o charakterze komercyjnym; pracownikom firm przewozowych kolejowych i autobusowych, emerytom, rencistom tych firm i najbliższym członkom ich rodzin – w zakresie, w jakim firmy te przyznały uprawnienia do ulgowych przejazdów.

Osoby uprawnione do bezpłatnych przejazdów zawierają z przewoźnikiem czy organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę przewozu nieodpłatnego⁸³, a w związku z treścią art. 1 ust. 2 pr. przew. stosuje się do nich odpowiednio przepisy ustawy Prawo przewozowe. Pojęcie „odpowiedniego stosowania” przepisów ustawy do przewozów wymienionych w art. 1 ust. 2 pr. przew. należy rozumieć zgodnie z zasadami przyjętymi powszechnie w orzecznictwie i teorii prawa. Sformułowanie „odpowiedniego stosowania” oznacza, że do konkretnego, nieodpłatnego stosunku prawnego wynikającego z przewozu należy stosować przepisy Prawa przewozowego z uwzględnieniem cech tego stosunku i możliwości zastosowania danego przepisu prawnego⁸⁴. W zależności od sytuacji przepisy ustawy będą miały zastosowanie do przewozu nieodpłatnego, wykonywanego przez przewoźnika wprost lub z modyfikacjami albo nie będą miały w ogóle zastosowania. W doktrynie⁸⁵ wskazuje się, że przykładowymi przepisami stosowanymi wprost są art. 14 ust. 1 (dotyczący obowiązku zapewnienia odpowiednich warunków w środku transportu), art. 15 ust. 1 (dotyczący zobowiązania podróżnego do przestrzegania przepisów porządkowych obowiązujących w transporcie) oraz art. 23 (dotyczący przewożenia bagażu w środku transportowym) pr. przew. Adam Jaworski jako przykład przepisów Prawa przewozowego, które należy stosować do przewozu nieodpłatnego, ale z modyfikacjami uwzględniającymi taki właśnie charakter świadczenia przewoźnika, wskazuje „przepisy o odpowiedzialności przewoźnika za szkodę wyrządzoną niewłaściwym wykonaniem umowy”⁸⁶. Autor jednak nie rozwija tej myśli, nie precyzuje, czy takie jedynie odpowiednie stosowanie miałyby dotyczyć art. 62 ust. 1 pr. przew. oraz na czym miałyby polegać. Moim zdaniem art. 62 ust. 1 pr. przew. powinien być stosowany wprost, tzn. osoby uprawnione na mocy regulacji szczególnych do bezpłatnych przejazdów powinny mieć prawo do odszkodowania za przedwczesny odjazd środka transportowego na tych samych zasadach jak osoby, które za przewóz zapłaciły. Wynika to po pierwsze z tego (o czym będzie mowa poniżej), że odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością pełną (a nie ograniczoną przez odniesienie do ułamka czy wielokrotności ceny biletu). Po drugie, bezpłatne przejazdy przysługują różnym kategoriom osób ze względu na ich pozycję społeczną czy funkcję społeczną. Przepisy statuujące te uprawnienia mają na celu poprawienie – a nie pogorszenie – pozycji prawnej osób uprawnionych do 100-procentowej ulgi. Nieracjonalne byłoby pozbawianie takich osób prawa do odszkodowania, przy jednoczesnym

⁸³ Inaczej: W. Górski, A. Żabski, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 1990, s. 29–30 – autorzy nie uważają, aby przewóz osób poniżej jakiegoś wieku, niesłużbowy przewóz pracowników lub członków rodziny przewoźnika czy posłów na Sejm można było uznać za nieodpłatny.

⁸⁴ T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 1, nb 8.

⁸⁵ A. Jaworski, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2012, LEX/el., komentarz do art. 1 (dostęp: 3.10.2022 r.).

⁸⁶ A. Jaworski, *Prawo...*

przyznaniu tego prawa osobom, które uprawnione są „jedynie” np. do ulgi w wysokości 95%⁸⁷. Jeśli osoby uprawnione do 100-procentowej ulgi miałyby być pozbawione prawa do odszkodowania (zarówno za przedwczesny, jak i za opóźniony odjazd), powinno to wynikać z wyraźnego przepisu prawa, tak aby uprawniony mógł w pełni świadomie podjąć decyzję, czy korzysta z ulgi (i w ten sposób rezygnuje z prawa do odszkodowania w przypadku przedwczesnego czy opóźnionego odjazdu), czy też rezygnuje ze skorzystania z ulgi w wysokości 100% (aby ewentualnie móc dochodzić odszkodowania). Dla porównania – takie wyraźne wyłączenie znajduje się w art. 3 ust. 3 rozporządzenia lotniczego⁸⁸.

2.4. Rozkład jazdy jako element treści umowy przewozu

Podstawowy obowiązek przewoźnika polega na prawidłowym, zgodnym z treścią umowy, wykonaniu świadczenia przewozowego. W myśl art. 14 pr. przew. „przewoźnik jest obowiązany do zapewnienia podróżnym odpowiednich warunków bezpieczeństwa i higieny oraz wygody i należytej obsługi”. Pasażer musi być przewieziony z miejsca na miejsce w czasie wynikającym z treści tej umowy. W przypadku publicznego transportu zbiorowego trasa (w tym przystanki, czyli miejsca na których można wsiąść lub wysiąść ze środka transportu) oraz czas (godzina odjazdu i przyjazdu) nie są uzgadniane z każdym z pasażerów indywidualnie, ale wynikają z rozkładu jazdy.

Podstawowym zadaniem tego dokumentu jest planowe zorganizowanie usługi przewozowej realizowanej w sposób racjonalny, terminowy i ekonomiczny. Rozkłady jazdy powinny być konstruowane i ściśle wykonywane pod kątem zachowania sprawności realizowanych przewozów, ich konkurencyjności oraz znaczenia na rynku przewozowym, a także regularnego, punktualnego i bezpiecznego przemieszczania się podróżnych w tych środkach transportu⁸⁹. W myśl art. 2 ust. 2 pr. przew. przewoźnik wykonujący regularne przewozy osób jest obowiązany podać do publicznej wiadomości rozkład jazdy środków transportowych przez zamieszczenie informacji na wszystkich dworcach i przystankach wymienionych w rozkładzie jazdy. Jest również zobligowany do okresowej aktualizacji i publikowania informacji o wykonywanej komunikacji. Rozkłady jazdy podaje się też do publicznej wiadomości przez zamieszczenie na stronie internetowej (przewoźnika, organizatora, operatora).

⁸⁷ Takimi osobami są przewodnik lub opiekun towarzyszący w podróży osobie niewidomej albo osobie niezdolnej do samodzielnej egzystencji. Por. art. 2 ust. 3 u.u.p.s.p.

⁸⁸ Przepis ten stanowi, że rozporządzenie nie ma zastosowania do pasażerów podróżujących bezpłatnie lub na podstawie taryfy niżkowej, która nie jest bezpośrednio lub pośrednio dostępna powszechnie. Jednocześnie jednak rozporządzenie ma zastosowanie do pasażerów posiadających bilety wydane przez przewoźnika lotniczego lub operatora wycieczki w ramach programu lojalnościowego lub innego programu komercyjnego. Faktem jest jednak, że nawet tak, wydawałoby się, precyzyjny przepis budził wątpliwości interpretacyjne i stał się przedmiotem pytań prejudycjalnych (por.: sprawa C-161/16, *Airhelp Ltd/Thomas Cook Airlines Scandinavia A/S*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CN0161&from=HU> [dostęp: 3.02.2023 r.]; postanowienie TSUE z 11.10.2021 r., C686/20, YE i in. przeciwko Vueling Airlines SA, Dz.Urz. UE C 24 z 2022 r., s. 9).

⁸⁹ Por. A. Wach, [w:] *Publiczny...*, komentarz do art. 25.

Jak już wspomniałam powyżej⁹⁰, w przypadku publicznego transportu zbiorowego przy przewozach niekomercyjnych – w myśl art. 25 ust. 3 u.p.t.z. – z umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego powinno wynikać to, która jej strona (organizator czy operator) będzie podawała do publicznej wiadomości rozkłady jazdy, oraz to, która strona (organizator czy operator) będzie uzgadniać zasady korzystania z przystanków komunikacyjnych i dworców z ich właścicielami lub zarządzającymi (co także wpływa na kształt rozkładu jazdy). W umowie tej określa się też zasady współpracy dotyczącej tworzenia i aktualizacji rozkładów jazdy w celu poprawy funkcjonowania przewozów. Rozkład jazdy jest załącznikiem do zaświadczenia potwierdzającego uprawnienie do wykonywania publicznego transportu zbiorowego.

Jeżeli chodzi o przewozy komercyjne, to obowiązek podania do publicznej wiadomości rozkładu jazdy należy do przewoźnika (przedsiębiorcy), ale i w tym przypadku rozkład ten nie może być formułowany dowolnie. Jego proponowaną treść dołącza się do zgłoszenia (przekazywanego organizatorowi) o zamiarze wykonywania przewozu osób w zakresie publicznego transportu zbiorowego niebędącego przewozem o charakterze użyteczności publicznej. Rozkład jazdy stanowi punkt wyjścia do – dokonywanej przed wydaniem decyzji w przedmiocie zezwolenia – analizy dotyczącej sytuacji rynkowej w zakresie regularnego przewozu osób. Analizę tę przeprowadza się z uwzględnieniem istniejącej komunikacji, w tym rodzaju pojazdów, godzin ich odjazdów lub częstotliwości kursów oraz ich dostosowania do potrzeb społecznych, dotychczasowego wywiązywania się przewoźników posiadających zezwolenia z realizacji przewozów, przewidywanych zmian w natężeniu przewozu podróżnych oraz miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego⁹¹. Następnie zatwierdzony rozkład jazdy staje się załącznikiem do potwierdzenia zgłoszenia przewozu.

W każdym przypadku (przewozów zarówno komercyjnych, jak i niekomercyjnych) duży wpływ na ostateczną konstrukcję rozkładów jazdy ma organizator, gdyż kształtowanie rozkładów jazdy wpisuje się w zarządzanie publicznym transportem zbiorowym. Szczegółowe zasady dotyczące treści, sposobu i terminów ogłaszania rozkładów jazdy oraz warunków ponoszenia kosztów z tym związanych zostały określone w rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z 10.04.2012 r. w sprawie rozkładów jazdy⁹². Akt ten stanowi w szczególności (§ 3 ust. 1 pkt 6–7), że w rozkładzie jazdy określa się dni tygodnia lub okresy, w których komunikacja kursuje, oraz godziny przyjazdu lub odjazdu środka transportowego z przystanku komunikacyjnego lub dworca albo określoną w minutach częstotliwość jego kursowania.

Oznacza to, że rozkłady jazdy mogą być dwojakiego rodzaju: minutowe albo interwałowe. W rozkładach minutowych podane są godziny i minuty odjazdu poszczególnych kursów (np. 8.00, 8.15, 8.31, 8.47). W rozkładach interwałowych pojawiają się zaś godziny, pomiędzy którymi w ciągu dnia kursuje dana linia, jednak

⁹⁰ Por. pkt dotyczący stron umowy.

⁹¹ Por. wyrok WSA w Gdańsku z 29.07.2021 r., III SA/Gd 16/21, LEX nr 3213014.

⁹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 202.

kolejne kursy nie są wpisane, a w zamian tego pojawia się interwał czasowy, czyli co ile minut pojazd podjedzie na przystanek (np. w godz. 6.00–8.00 co 5 minut, w godz. 8.01–12.00 co 10 minut). Każdy z tych wariantów ma swoje wady i zalety. Z jednej strony w przypadku rozkładów minutowych w transporcie drogowym spore wyzwanie stanowi przewidzenie nasilenia ruchu ulicznego czy warunków atmosferycznych, a w konsekwencji wyliczenie z dokładnością do kilkudziesięciu sekund pory przyjazdu na konkretny przystanek. Jest to jednak konieczne, gdyż środek transportu nie może zatrzymywać się zbyt długo na przystanku położonym na ruchliwych ulicach. Układając takie rozkłady, wprowadza się więc zazwyczaj tolerancję punktualności odjazdów, która niejednokrotnie bywa zbliżona do przerwy pomiędzy poszczególnymi kursami. Najczęściej stosuje się formułę: „z tolerancją przyspieszenia do 1 minuty lub opóźnienia do 3 minut”⁹³. Zauważyć jednak trzeba, że praktyka taka – choć, moim zdaniem, zupełnie zrozumiała – może być postrzegana jako wątpliwa prawnie. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 2.12.2008 r.⁹⁴ stwierdził⁹⁵, że nie jest możliwe nadawanie przez przewoźników terminom podawanym w rozkładach jazdy orientacyjnego czy przybliżonego charakteru. Z drugiej strony rozkłady interwałowe sprawdzają się na liniach, na których pojazdy kursują naprawdę często i czas oczekiwania nie jest długi (np. w komunikacji miejskiej). Natomiast w przypadku linii kursujących co 30, 60 czy 120 minut albo rzadziej wpisanie takiego interwału spowodowałoby sytuację, że pasażer często nie wiedziałby, ile faktycznie czasu musi jeszcze czekać na przystanku. W rozkładach interwałowych istnieją też problemy z oznaczeniem kursów wykonywanych np. pojazdami niskopodłogowymi czy krótszymi. W praktyce zazwyczaj stosuje się zatem rozkłady minutowe. Wyjątkiem jest jednak warszawskie metro.

W myśl art. 18 ust. 1 pr. przew., jeżeli przed rozpoczęciem przewozu zaistnieją okoliczności uniemożliwiające jego wykonanie zgodnie z treścią umowy (zwłaszcza gdy konieczna będzie zmiana godziny odjazdu, np. na wcześniejszą⁹⁶), przewoźnik (niezależnie od tego, czy przeszkoda leży po jego stronie, czy nie) jest obowiązany m.in. niezwłocznie powiadomić o tym podróżnych⁹⁷. Regulacja ta ma zastosowanie także do przejazdów odbywanych na podstawie biletów uprawniających do przejazdów wielokrotnych oraz w komunikacji miejskiej⁹⁸. Przewoźnik może spełnić

⁹³ Por. np. § 2 pkt 7 załącznika do zarządzenia 790/2016 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z 27.05.2016 r. w sprawie Regulaminu przewozu środkami lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez m.st. Warszawę, <https://www.wtp.waw.pl/wp-content/uploads/sites/2/2019/06/zarz%C4%85dzenie-790-2016-w-sprawie-Regulaminu-przewozu-%C5%9Brodkami-lokalnego-transportu-zbiorowego-organizowanego-przez-m.st.-Warszaw%C4%99.pdf> (dostęp: 3.02.2023 r.).

⁹⁴ K 37/07, Dz.U. z 2008 r. Nr 219, poz. 1408.

⁹⁵ Co prawda w odniesieniu do już nieobowiązującego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z 13.01.2006 r. w sprawie treści, sposobu i terminów ogłaszania rozkładów jazdy oraz ich aktualizacji, warunków ponoszenia kosztów związanych z zamieszczaniem informacji dotyczących rozkładów jazdy oraz podawaniem rozkładów jazdy do publicznej wiadomości (Dz.U. z 2006 r. Nr 12, poz. 79).

⁹⁶ Dotyczy to sytuacji, gdy czasu będzie za mało, aby dokonać zmiany rozkładu jazdy i podać do publicznej wiadomości w terminach określonych w rozporządzeniu w sprawie rozkładów jazdy.

⁹⁷ Zobowiązany jest też zapewnić podróżnym bez dodatkowej opłaty przewóz do miejsca przeznaczenia przy użyciu własnych lub obcych środków transportowych (przewóz zastępczy).

⁹⁸ Artykuł 18 ust. 3 pr. przew. *a contrario*.

obowiązek informowania pasażerów w każdy możliwy sposób, np. przez ogłoszenia na stronie internetowej przewoźnika. Jeżeli zmiana konieczna jest tuż przed rozpoczęciem podróży, może ona zostać zakomunikowana za pomocą środków nagłośnienia znajdujących się np. na dworcach. Jeśli natomiast przewoźnik wcześniej (np. na kilka dni przed planowaną podróżą) posiada informacje o przeszkodach w przewozie i zna dane kontaktowe podróżnych, np. numery telefonów, adresy e-mailowe czy adresy miejsca pobytu, informacje powinny być przekazane podróżnym z wykorzystaniem tych możliwości⁹⁹.

3. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez przewoźnika z uwagi na przedwczesny odjazd środka transportowego

Przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Podstawowy obowiązek przewoźnika w komunikacji regularnej polega na wykonaniu umowy przewozu zgodnie z jej treścią, tzn. dowieszenie pasażera z określonego miejsca A do określonego miejsca B, określonym środkiem transportowym i w czasie wynikającym z rozkładu jazdy. Przedwczesny odjazd w przypadku minutowego rozkładu jazdy ma miejsce, jeśli środek transportowy odjechał przed czasem wskazanym w rozkładzie jazdy (ewentualnie z uwzględnieniem przyjętej tolerancji, o ile informacja o jej istnieniu została należycie pasażerowi zakomunikowana¹⁰⁰). Trudniej natomiast określić, czy mamy do czynienia z przedwczesnym odjazdem w przypadku rozkładu interwałowego, gdyż pasażer nie ma zazwyczaj wiedzy co do tego, kiedy odjechał poprzedni kurs, wie jedynie, ile oczekuje na przystanku i że ewentualnie jest to dłużej niż odstęp wynikający z rozkładu interwałowego. Dlatego w przypadku rozkładów interwałowych w praktyce pasażer będzie powoływał się – o ile w ogóle¹⁰¹ – na opóźnienie odjazdu (a w konsekwencji: opóźnienie przyjazdu do miejsca docelowego), a nie na przedwczesny odjazd.

Przedwczesny odjazd w niektórych sytuacjach skutkuje niewykonaniem zobowiązania, gdy pasażer nie zdążył na pojazd, a w związku z tym nie mógł w ogóle skorzystać z usługi przewozu. W innych sytuacjach przedwczesny odjazd jest tożsamy z nienależytym wykonaniem zobowiązania – pasażer zostanie przewieziony z punktu A do punktu B, ale wyjazd nastąpi za wcześnie. Możliwe jest też, że środek transportowy – po pierwsze – odjedzie z punktu A zbyt wcześnie i – po drugie – przyjedzie do punktu B zbyt późno (np. z powodu bardzo ostrożnej jazdy kierowcy). W takim przypadku zobowiązanie przewoźnika jest nienależycie wykonane w dwojaki sposób i można rozważać odszkodowanie zarówno za przedwczesny odjazd, jak i opóźniony przyjazd.

⁹⁹ Por. D. Ambrożuk, [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 18.

¹⁰⁰ Zostało to określone – optymalnie – na samym rozkładzie jazdy zamieszczonym na przystanku czy stronie internetowej, ewentualnie w regulaminie przewozu.

¹⁰¹ Biorąc pod uwagę częstotliwość kursowania pojazdów w przypadku takich rozkładów i w konsekwencji znikome prawdopodobieństwo poniesienia szkody.

4. Zasada odpowiedzialności

W polskiej doktrynie prawa cywilnego na podstawie unormowań odpowiedzialności odszkodowawczej wyróżnia się następujące zasady odpowiedzialności: winy, bezprawności, ryzyka, absolutną i słuszną¹⁰². Przedstawiona kolejność wyliczenia wiąże się (z wyjątkiem zasady słusznosci) ze stopniem pewności indemnizacji, który zapewnia oparcie odpowiedzialności na danej zasadzie, tzn. stopień ten w przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy jest najmniejszy, a przy odpowiedzialności absolutnej osiąga swój szczyt¹⁰³.

W art. 62 ust. 1 pr. przew. nie zostało wyraźnie wskazane, na jakiej zasadzie oparta jest odpowiedzialność przewoźnika za przedwczesny odjazd, a w konsekwencji – czy (a jeśli tak, to kiedy) przewoźnik może uwolnić się od odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przedwczesnym odjazdem. W doktrynie został wyrażony pogląd, że w przypadku przedwczesnego odjazdu środka transportowego przewoźnik nie ma możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności za szkody wywołane tym zdarzeniem¹⁰⁴, czyli innymi słowy, że odpowiedzialność ta ma charakter obiektywny (absolutny)¹⁰⁵. Jest to jednak pogląd zbyt daleko idący, nieuwzględniający tego, że odpowiedzialność obiektywna jest zupełnie wyjątkowa w polskim porządku prawa. Podzielić trzeba stanowisko wyrażone w wyroku TK z 2.12.2008 r.¹⁰⁶, że odpowiedzialność przewoźnika jest oparta na zasadzie winy w każdej postaci, przy czym wina przewoźnika jest domniemana. Na podstawie art. 471 k.c. odpowiedzialność nie jest uzależniona od udowodnienia przez pasażera, że niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania to następstwo okoliczności, za które przewoźnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, pasażer nie musi przeprowadzać dowodu na okoliczność winy przewoźnika w przedwczesnym odjeździe środka transportowego, ale to przewoźnik – w celu zwolnienia się od odpowiedzialności – powinien wykazać, że przedwczesny odjazd środka transportowego nie jest następstwem okoliczności, za które ponosiłby odpowiedzialność. Przewoźnik może się zatem teoretycznie uwolnić od odpowiedzialności, podnosząc takie okoliczności jak siła wyższa czy też nastąpienie szkody z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą przewoźnik nie ponosi odpowiedzialności. Wydaje się też, że – co do zasady – przewoźnik powinien też móc uwolnić się od odpowiedzialności, jeśli o wcześniejszej godzinie odjazdu (względem tej wynikającej z pierwotnego rozkładu jazdy) poinformował pasażera z odpowiednim wyprzedzeniem. W każdej sprawie trzeba zatem, biorąc

¹⁰² Por. M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, Legalis/el. (dostęp: 3.02.2023 r.).

¹⁰³ M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, [w:] *Prawo...*, t. 6.

¹⁰⁴ K. Wesołowski, [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 62.

¹⁰⁵ D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Garnowski, K. Wesołowski, *Odpowiedzialność za niezachowanie terminu przewozu*, [w:] *Umowa przewozu osób i rzeczy w prawie polskim. Stan obecny i kierunki zmian*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Garnowski, K. Wesołowski, Warszawa 2020, LEX/el. (dostęp: 3.02.2023 r.).

¹⁰⁶ K 37/07, Dz.U. z 2008 r. Nr 219, poz. 1408. Tak też T. Szancilo, *Prawo...*, komentarz do art. 62. Wyrok TK nie jest bardzo precyzyjny, bo pojawia się w nim również stwierdzenie, że „przewoźnik odpowiada za szkodę poniesioną przez podróżnego wskutek przedwczesnego odjazdu, bez względu na winę lub jej brak, a zatem odpowiada na zasadzie ryzyka, z ograniczeniem możliwości egzoneracyjnych”.

pod uwagę wszystkie okoliczności, zbadać, czy powiadomienie o przedwczesnym odjeździe zostało dokonane z wystarczającym wyprzedzeniem. Uwzględnia się też to, o ile czasu przesuwają się moment odjazdu, tzn. im większa ma być zmiana, tym wcześniej powinna być notyfikowana pasażerowi, jeśli przewoźnik chce się zwolnić od odpowiedzialności. Jakimś odniesieniem może być w tej kwestii cytowany już wyżej wyrok w sprawach połączonych C-146/20, C-188/20, C-196/20 i C-270/20 Azurair¹⁰⁷. Terminy te nie mogą jednak być bezrefleksyjnie przeniesione na sprawy toczące się na gruncie prawa krajowego.

5. Szkoda po stronie pasażera, powstała w wyniku przedwczesnego odjazdu

Warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej jest wystąpienie szkody po stronie pasażera. Pod pojęciem „szkoda” rozumie się uszczerbek, jakiego ktoś doznaje w sferze swego majątku albo osobowości na skutek zdarzeń naruszających jego autonomię, czyli możliwość decydowania o sobie i o sferze własnych interesów¹⁰⁸. Jest to temat bardzo złożony i z uwagi na ramy opracowania możliwe jest jedynie poczynienie krótkich uwag natury terminologicznej, bez pogłębionej analizy różnych stanowisk.

Szkoda może mieć charakter majątkowy i niemajątkowy. Podział ten jest oparty na kryterium sfery, w której występują skutki zdarzenia szkodzącego. Jeśli skutki odzwierciedlają się w sferze majątku, to powstanie szkoda majątkowa, a jeśli w sferze osobowości poszkodowanego, to powstanie szkoda niemajątkowa. W ramach szkody majątkowej wyróżnia się *damnum emergens*, czyli szkodę w postaci rzeczywistych strat, oraz *lucrum cessans*, która przejawia się w utraconych korzyściach. Inaczej mówiąc, *damnum emergens* to pomniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów, zaś *lucrum cessans* obejmuje wartość aktywów, które nie weszły do majątku wskutek zdarzenia wyrządzającego szkodę, oraz wartość pasywów, które się wskutek tego zdarzenia nie zmniejszyły. Do określenia szkody niemajątkowej używane jest natomiast słowo „krzywda”, a odszkodowanie należne za tę szkodę zwane jest zadośćuczynieniem pieniężnym¹⁰⁹. Jednocześnie część doktryny precyzuje, że krzywda to uszczerbek niemajątkowy wynikający z naruszenia dóbr osobistych uprawnionego, podczas gdy szkoda niemajątkowa ma szersze znaczenie – obejmuje poza krzywdą również te przypadki uszczerbku niemajątkowego, które nie stanowią skutków naruszenia dóbr osobistych¹¹⁰. Ponadto istnieją różne stanowiska co do tego, czy naprawienie szkody niemajątkowej możliwe jest tylko w przypadku

¹⁰⁷ Por. przypis 19.

¹⁰⁸ B. Fuchs, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534), red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX/el., art. 361 (dostęp: 3.02.2023 r.).

¹⁰⁹ G. Karaszewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX/el. 2022, art. 361 (dostęp: 3.02.2023 r.).

¹¹⁰ Por. M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, [w:] *Prawo...*, t. 6.

odpowiedzialności deliktowej¹¹¹, czy też także w przypadku odpowiedzialności kontraktowej¹¹². Przeważają zwolennicy poglądu, że naprawienie szkody niemajątkowej nie jest możliwe w ramach reżimu kontraktowego. Ich oponenci uznają takie podejście za krzywdzące dla wierzycieli. W precedensowym wyroku z 17.12.2004 r. SN uznał¹¹³, że nienależyte wykonanie umowy (polegające na dostarczeniu wadliwego aparatu ortopedycznego) w okolicznościach danej sprawy może być także czynem niedozwolonym. Podkreślił, że jeżeli sprzedawca takiego urządzenia nie usuwa niezwłocznie jego wadliwości, a kolejne próby jego naprawy nie przywracają temu urządzeniu właściwej jakości, co jednocześnie naraża człowieka dotkniętego kalectwem na dodatkowy wysiłek i poważane cierpienia, takie zachowanie sprzedawcy wypełnia znamiona czynu niedozwolonego. W konsekwencji SN uznał, że kupującemu należy się zadośćuczynienie za poniesioną krzywdę. Biorąc to wszystko pod uwagę, przede wszystkim zajmę się szkodą majątkową powstałą w wyniku przedwczesnego odjazdu. Jedynie marginalnie wspomnę o ewentualnej szkodzie niemajątkowej.

Artykuł 62 ust. 1 pr. przew. nie wprowadza – inaczej niż rozporządzenia unijne dotyczące odpowiedzialności za opóźnienie lotu/rejsu/kursu – odpowiedzialności zryczałtowanej bez konieczności wykazywania przez pasażera poniesionej szkody. Oznacza to po pierwsze, że w art. 62 pr. przew. brak jest jakiegokolwiek ograniczenia co do wysokości odszkodowania należnego pasażerowi. Zgodnie zatem z ogólnymi zasadami wynikającymi z k.c. (art. 361 § 2 k.c.) przewoźnik odpowiedzialny jest do naprawienia szkody majątkowej w pełnej jej wysokości, czyli odpowiada zarówno za *damnum emergens*, jak i za *lucrum cessans*. Po drugie zaś, w świetle prawa polskiego, szkodę wykazać powinien pasażer.

Dość oczywista wydaje się szkoda pasażera, który nie zdążył na przedwczesny odjazd środka transportowego. Taki przedwczesny odjazd może dla pasażera oznaczać konieczność długiego oczekiwania na kolejny pojazd danej linii (co wiąże się z niedogodnościami oraz ze znacznie późniejszym przybyciem do celu) lub nawet rezygnację z podróży (gdy dana linia kursuje bardzo rzadko). W konsekwencji pasażer może nie dotrzeć (w ogóle lub na czas) np. na wizytę u lekarza czy do pracy. Szkodą może być wówczas koszt opłaconej wcześniej wizyty lekarskiej (której nie udało się już odwołać czy przełożyć) lub utraconego zarobku. Szkoda pasażera może także polegać na tym, że – zamiast skorzystać z kursu, na który miał wykupiony bilet – będzie musiał ponieść dodatkowe koszty (tj. kupić bilet u innego przewoźnika w publicznym transporcie zbiorowym czy opłacić np. taksówkę).

Teoretycznie przedwczesny odjazd środka transportu – powodujący, że pasażer nie mógł skorzystać z przejazdu i nie dotarł na czas do celu – może skutkować

¹¹¹ Artykuły 445 i 448 k.c.

¹¹² Jedyną bezsporną sytuację, gdy zadośćuczynienie za krzywdę *de lege lata* przewidziane jest w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej, określa art. 50 ust. 2 ustawy z 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 511 ze zm.). Jest to tzw. zadośćuczynienie za zmarnowany urlop. Por. też uchwała SN z 19.11.2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011/4, poz. 41.

¹¹³ II CK 300/04, LEX nr 146416.

tym, że zostaną naruszone dobra osobiste pasażera. Dobra osobiste to dobra niemajątkowe przysługujące każdemu człowiekowi, związane z jego indywidualnym istnieniem. Artykuł 23 k.c. zawiera katalog dóbr osobistych. Ma on jednak charakter otwarty, bowiem w toku rozwoju cywilizacyjnego ciągle przybywa nowych dóbr, które można tu zaklasyfikować. Katalog ten obejmuje: zdrowie, wolność, nazwisko, godność, swobodę sumienia, twórczość artystyczną, naukową, tajemnicę korespondencji, prawo do prywatności, a także prawo do kultu po osobie zmarłej czy prawo do pochowania osoby bliskiej¹¹⁴. Jeśli zatem z powodu przedwczesnego odjazdu środka transportu pasażer nie dotarł na pogrzeb osoby najbliższej, można by zastanawiać się (przy uwzględnieniu wszystkich powyżej przedstawionych wątpliwości dotyczących zakwalifikowania niewykonania umowy jako czynu zabronionego oraz wątpliwości co do istnienia związku przyczynowego – zob. poniżej), czy pasażerowi nie powinno się należeć zadośćuczynienie za poniesioną krzywdę.

Kolejnym zagadnieniem jest to, czy szkodę (a jeśli tak, to jaką) może ponieść pasażer, który zdążył na przedwczesny odjazd środka transportowego. W pewnych specyficznych sytuacjach szkoda ta może zaistnieć. Nawiązując do opinii rzecznika generalnego w sprawie Azurair, można wskazać, że w wyniku przyśpieszenia odjazdu pasażerowie tracą możliwość swobodnego dysponowania własnym czasem, wypełnienia obowiązków (prywatnych, zawodowych i obywatelskich) oraz zorganizowania podróży zgodnie ze swoimi wymaganiami i preferencjami. Pasażer uprzedzony o wcześniejszym odjeździe zmuszony jest często po podjęciu konkretnych działań, aby zdążyć na ten kurs, np. odwołuje przewidziane spotkania, opuszcza przedwcześnie konferencję, wnioskuję o dodatkowy urlop na czas nieobecności w miejscu pracy, musi znaleźć tymczasowe zakwaterowanie lub zorganizować środki transportu, aby przybyć na czas na dworzec czy przystanek. Na szkodę majątkową pasażera może zatem przykładowo składać się koszt dojazdu na dworzec taksówką, wcześniejszego wymeldowania się z pokoju hotelowego czy utraconego śniadania. Teoretycznie pasażer mógłby doznać także krzywdy (szkody niemajątkowej), choć jej wykazanie, a przede wszystkim wykazanie jej związku przyczynowego z przedwczesnym odjazdem, wydaje się bardzo mało prawdopodobne.

Przedwczesny odjazd środka transportowego może, ale nie musi, powodować przedwczesny przyjazd do miejsca docelowego (z perspektywy konkretnego pasażera). W przypadku przedwczesnego odjazdu skutkującego tak samo przedwczesnym przyjazdem czas podróży nie wydłuża się, zatem pasażer nie ponosi z tego tytułu szkody. Inaczej dzieje się w sytuacji, gdy środek transportowy, który odjechał wcześniej, niżby to wynikało z rozkładu jazdy, dojeżdża do miejsca docelowego o czasie wskazanym w rozkładzie jazdy. Oznacza to, że podróż pasażera trwała dłużej, niż pierwotnie zakładał. Jest to nie tylko pewną niedogodnością, ale może teoretycznie powodować szkodę, gdy pasażer zamierzał odbywać tę podróż, korzystając

¹¹⁴ Por. wyrok Sądu Rejonowego w Kłodzku z 27.09.2013 r., I C 855/12, LEX nr 1905623.

z biletu czasowego. Przykładowo według rozkładu jazdy podróż z przystanku A do przystanku B trwa 86 minut, więc pasażer skasował bilet 90-minutowy (jako wystarczający), a w rzeczywistości (z racji wcześniejszego o 8 minut odjazdu) podróż się wydłużyła się do 94 minut i pasażer musiał (lub przynajmniej wydawało mu się, że musi) skasować dodatkowy bilet. Wówczas ponosi szkodę w wysokości ceny takiego dodatkowego biletu.

6. Adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a przedwczesnym odjazdem środka transportowego

Kolejną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej jest związek łączący zdarzenie, które uznajemy za przyczynę szkody, z jego skutkiem w dobrach poszkodowanego, tj. szkodą. Podstawową normę w zakresie związku przyczynowego w polskim prawie cywilnym ustanawia art. 361 § 1 k.c. przewidujący, że zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Użycie słowa „tylko” wskazuje, że celem tego przepisu jest ograniczenie zakresu odpowiedzialności. Stanowi to zatem wyraz aprobaty – przez ustawodawcę – teorii adekwatnego związku przyczynowego¹¹⁵. W kontekście odpowiedzialności za przedwczesny odjazd środka transportu oznacza to, że dłużnik (przewoźnik czy operator) ponosi odpowiedzialność dopiero wtedy, gdy wierzyciel (pasażer) udowodni, że na skutek nienależytego wykonania umowy (albo jej niewykonania) poniósł szkodę, która pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem umowy. Ten element analizy jest newralgiczny zarówno w przypadku, gdy pasażer nie zdążył na środek transportu (gdyż ten przedwcześnie odjechał), jak i wówczas, gdy pasażer – powiadomiony o wcześniejszym odjeździe – podjął działania, aby na ten kurs zdążyć. Za normalne następstwa przedwczesnego odjazdu uważane będą takie, których prawdopodobieństwo powstania każdorazowo zwiększa się przez zaistnienie tej przyczyny. Za każdym razem trzeba będzie sprawdzić, czy powstały uszczerbek w majątku pasażera wynikał jedynie z przedwczesnego odjazdu, czy też złożyły się na niego inne okoliczności, a jeśli tak, to czy nie doszło do przerwania związku przyczynowego (*nova causa interveniens*).

7. Podsumowanie

W doktrynie wskazano, że praktyczne zastosowanie art. 62 ust. 1 pr. przew. jest znikome, a w konsekwencji, że wydaje się uzasadniony postulat pominięcia omawianej regulacji w przyszłym polskim unormowaniu umowy przewozu¹¹⁶. I rzeczywiście faktem jest niewielka liczba spraw sądowych, w których pasażer dochodzi takiego

¹¹⁵ Por. M. Kaliński, *Odpowiedzialność...*, [w:] *Prawo...*, t. 6.

¹¹⁶ D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Garnowski, K. Wesółowski, *Odpowiedzialność...*, [w:] *Umowa...*

odszkodowania (choć szczegółowych statystyk sądowych nie ma)¹¹⁷. Jeśli chodzi o przyczyny tego stanu rzeczy, to można ich wymienić wiele. Główną jest to, że przypadki przedwczesnego odjazdu środków komunikacji regularnej należą do nielicznych (okazują się znacznie rzadsze niż opóźnienia). Kolejną jest to, że sytuacje przedwczesnego odjazdu występują zwykle z przystanków pośrednich. Ponieważ zawarcie umowy przewozu następuje często po zajęciu miejsca w pojeździe, to osoba, która nie zawarła uprzednio z przewoźnikiem umowy przewozu, nie ma możliwości dochodzenia roszczenia. W tym względzie trzeba jednak zauważyć, że – wraz z rozwojem technik informatycznych i możliwością nabywania biletów na konkretny kurs w aplikacjach mobilnych – ta przyczyna może w miarę upływu czasu tracić znaczenie, pod warunkiem że przewoźnicy umożliwią zakup biletów w ten sposób. Najistotniejszymi przyczynami znikomego praktycznego zastosowania art. 62 ust. 1 pr. przew. jest to, że pasażer nie ponosi w takim przypadku szkody (znakomita większość sytuacji, gdy – mimo przedwczesnego odjazdu – zdążył on na przejazd) albo szkoda jest na tyle niewielka, że nie opłaca się jej dochodzić, lub pasażer ma problemy z jej wykazaniem. W związku z powyższym instytucja odszkodowania za przedwczesny odjazd środka transportowego może mieć duże znaczenie praktyczne w przypadku, gdy pasażer byłby zwolniony z udowadniania swej szkody. Dlatego też spodziewać należy się stosunkowo licznych spraw o takie odszkodowanie na podstawie art. 7 rozporządzenia lotniczego w związku z orzeczeniem TSUE w sprawie Azurair.

Jeśli zaś chodzi o odpowiedzialność na podstawie art. 62 ust. 1 pr. przew., to – wbrew przeciwnemu pogładowi przedstawionemu w doktrynie – jest to przepis potrzebny. Gwarantuje on tym nielicznym pasażerom, którzy ponieśli szkodę w wyniku przedwczesnego odjazdu środka transportowego (i są w stanie wykazać tę szkodę oraz jej związek przyczynowy z niewykonaniem / nienależytym wykonaniem umowy), prawo do pełnego odszkodowania. Można się ewentualnie zastanawiać nad tym, czy – analogicznie jak w przypadku przedwczesnych lotów – w przewozach podlegających tylko polskiej ustawie¹¹⁸ pasażer nie powinien mieć w pewnych szczególnych przypadkach prawa do zryczałtowanego odszkodowania za przedwczesny odjazd środka transportowego bez konieczności wykazywania szkody. Nie wydaje się natomiast, że zasadniczym celem art. 62 ust. 1 pr. przew. powinna być prewencja (zniechęcanie przewoźników do przedwczesnych odjazdów), gdyż taką funkcję mają inne regulacje o charakterze publicznoprawnym¹¹⁹.

¹¹⁷ Istnieją jednak statystyki, które są sporządzane przez poszczególnych przewoźników czy operatorów zgodnie z art. 48 u.p.t.z. lub postanowieniami rozporządzeń unijnych, np. zgodnie z art. 28 starego rozporządzenia kolejowego (art. 29 nowego rozporządzenia kolejowego). Na przykład ze sprawozdania z realizacji norm jakości usług za rok 2020 spółki Koleje Mazowieckie – KM sp. z o.o. wynika, że przyjętych skarg i reklamacji w okresie od 1.01.2020 r. do 31.12.2020 r. w tych kolejach było 529 z tytułu opóźnienia pociągu, a jedynie 12 z tytułu przedwczesnego odjazdu. Por. <https://www.mazowieckie.com.pl/sites/default/files/docs/Sprawozdanie%20z%20realizacji%20norm%20jako%C5%9Bci%20us%C5%82ug%20za%20rok%202020%20Sp%C3%B3%C5%82ki%20KM.pdf> (dostęp: 3.02.2023 r.).

¹¹⁸ Chodzi tu zatem o transport konny, transport autobusowy do 250 km oraz miejskie, podmiejskie i regionalne kolejowe przewozy osób. Co do szczegółów por. wprowadzenie.

¹¹⁹ Por. np. przywoływany już wcześniej art. 92a ust. 1 u.t.d. w związku z załącznikiem nr 3 do tej ustawy.

Bibliografia

1. Ambrożuk D., [w:] *Prawo przewozowe. Komentarz*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesołowski, LEX/el. 2019.
2. Ambrożuk D., Dąbrowski D., Garnowski K., Wesołowski K., *Odpowiedzialność za niezachowanie terminu przewozu*, [w:] *Umowa przewozu osób i rzeczy w prawie polskim*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Garnowski, K. Wesołowski, LEX/el. 2020.
3. Ambrożuk D., *Wielowarstwowość regulacji prawnej; uwagi na tle unormowania umowy przewozu w prawie krajowym*, [w:] *O pojmowaniu prawa i prawoznawstwa. Profesorowi Stanisławowi Czepicie in memoriam*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Z. Kuniewicz, B. Kanarek, Warszawa 2021.
4. Bauer K., *Badania tolerancji dla odjazdów punktualnych w miejskiej komunikacji zbiorowej na przykładzie Kielc*, Transport Miejski i Regionalny 2015, nr 2, https://www.researchgate.net/publication/303646578_Badania_tolerancji_dla_odjazdow_punktualnych_w_miejskiej_komunikacji_zbiorowej_na_przykladzie_Kielc.
5. Fuchs B., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Fras, M. Habdas, LEX/el. 2018.
6. Górski W., Żabski A., *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 1990.
7. Jaworski A., *Prawo przewozowe. Komentarz*, LEX/el. 2012.
8. Kaliński M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.
9. Karaszewski G., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX/el. 2022.
10. *Kiedy i na jakich warunkach dzieci do lat 4 podróżują za darmo?*, <https://utk.gov.pl/pl/pasazerowie/kolejowe-faq/osoby-z-dziecmi-i-kobie/17590,Kiedy-i-na-jakich-warunkach-dzieci-do-lat-4-podrozuja-za-darmo.html>.
11. Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo 2005, nr 4.
12. Misiejko A., *Charakter prawny regulaminu przewozu*, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Przewodnik dla organów samorządu terytorialnego*, A. Misiejko, LEX/el. 2020.
13. Misiejko A., *Uprawnienia do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego w przewozach o charakterze użyteczności publicznej*, [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Przewodnik dla organów samorządu terytorialnego*, A. Misiejko, LEX/el. 2020.
14. Modrzejewski A.K., [w:] *Ustawa o transporcie kolejowym. Komentarz*, red. P. Wajda, M. Wierzbowski, LEX/el. 2014.
15. *Sprawozdanie z realizacji norm jakości usług za rok 2020 spółki Koleje Mazowieckie – KM sp. z o.o.*, <https://www.mazowieckie.com.pl/sites/default/files/docs/Sprawozdanie%20z%20realizacji%20norm%20jako%C5%9Bci%20us%C5%82ug%20za%20rok%202020%20Sp%C3%B3%C5%82ki%20KM.pdf>.
16. Strachowska R., *Ustawa o transporcie drogowym. Komentarz*, LEX/el. 2012.
17. Szanciło T., *Prawo przewozowe. Komentarz*, Legalis/el. 2008.
18. Wach A., [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Komentarz*, B. Kwiatek, A. Wach, K. Wach, LEX/el. 2021.

19. Wach K., [w:] *Publiczny transport zbiorowy. Komentarz*, B. Kwiatek, A. Wach, K. Wach, LEX/el. 2021.
20. Wach-Pawliczak M., *Odszkodowanie za spóźniony autobus. Niebezpieczny precedens?*, <https://wach-pawliczak.pl/odszkodowanie-za-spozniony-autobus-niebezpieczny-precedens/>.
21. Wesołowski K., [w:] *Prawo przewozowe. Komentarz*, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesołowski, LEX/el. 2019.
22. Wesołowski K., Rec.: W. Górski, A. Żabski, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 1990, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1990, nr 7.
23. Wróblewska M., [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, red. H. Dzwonkowski, G. Gołębiowski, Warszawa 2014.

Barbara Jelonek-Jarco

Uwagi do projektu ustawy o działalności franczyzowej

Comments to the draft act on franchise activity

Abstract

The aim of the paper is to present comments to the second draft of the franchise agreement regulation proposed by Rafał Adamus. Undoubtedly, the franchise agreement requires statutory regulation, hence the solutions to be adopted in the planned act are very important. The study discusses the issue of the place of regulation of the franchise agreement (the Civil Code or a separate act), the definition of this agreement, the regulation of the agreement taking into account the Act on Combating Unfair Competition of 16 April 1993, the essence and content of the information prepared by the franchise network organizer, the rights and obligations of the parties of the agreement, the advisability of introducing regulations on practices infringing the collective interests of franchisees and intertemporal rules. The paper contains suggestions concerning additional solutions in the planned regulation, e.g. about issues related to the sub franchise agreements, the rules of joint (and several) liability of the franchisee and the franchisor towards third parties, overriding provisions and regulation regarding the obligation of the parties to the contract to care for the good name of the franchisor and the entire network. The study is to be an incentive for further intensive work on the statutory regulation of the franchise agreement.

Keywords: *franchise agreement, inequality of the parties to the contract, unnamed contract, intertemporal rules, obligations of the parties*

Streszczenie

Artykuł ma na celu przedstawienie uwag do drugiego projektu regulacji umowy franczyzy zaproponowanego przez Rafała Adamusa. Niewątpliwie umowa franczyzy wymaga regulacji ustawowej, stąd tak ważne jest pochylenie się nad rozwiązaniami, które mają zostać przyjęte w projektowanej ustawie. W opracowaniu omówiono kwestie miejsca regulacji umowy franczyzy

Dr Barbara Jelonek-Jarco, Uniwersytet Jagielloński, Polska, ORCID: 0000-0003-0418-2414, e-mail: barbara.jelonek-jarco@uj.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 11.10.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.01.2023 r.

(Kodeks cywilny lub odrębna ustawa), definicji tej umowy, regulacji umowy z uwzględnieniem ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, istoty i treści informacji przygotowywanych przez organizatora sieci franczyzy, praw i obowiązków stron umowy, celowości wprowadzenia przepisów dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców oraz zasad intertemporalnych. Artykuł zawiera propozycje dodatkowych rozwiązań, m.in. dotyczących zagadnień związanych z umowami subfranczyzy, zasad odpowiedzialności solidarnej francyzobiorcy i francyzodawcy wobec osób trzecich, nadrzędnych przepisów regulacji dotyczących obowiązku dbałości stron umowy o dobre imię francyzodawcy i całej sieci. Opracowanie ma być zachętą do dalszych intensywnych prac nad regulacją ustawową umowy franczyzy.

Słowa kluczowe: franczyza, nierówność stron umowy, umowa nienazwana, przepisy intertemporalne, obowiązki stron

1. Wstęp

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie uwag do drugiego projektu regulacji umowy franczyzy zaproponowanego przez Rafała Adamusa¹. Warto przypomnieć, że pierwsza propozycja została zawarta w raporcie „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”², do którego uwagi zostały już przedstawione³. Można postawić ostrożną tezę, że skoro w toku są prace nad projektem regulacji umowy franczyzy – ostatnio zostały bowiem przedstawione rządowe założenia do projektu ustawy o umowie franczyzy⁴ – pewien etap dyskusji dotyczącej celowości jej uregulowania w prawie polskim został zamknięty⁵. Nie przesądza to jednak o kształcie ani szczegółowości przyszłej regulacji, gdyż w tym zakresie możliwe są różne rozwiązania – od jedynie częściowego uregulowania obowiązków stron (przede wszystkim na etapie zawierania umowy – tzw. obowiązków informacyjnych), poprzez uregulowanie kompleksowe, do uregulowania kompleksowego bardzo szczegółowego. Jak się wydaje, projekt omawiany w niniejszym opracowaniu zmierza do regulacji kompleksowej, a jednocześnie bardzo szczegółowej, stąd takie założenie przyjęto przy ich komentowaniu, co jednak nie oznacza aprobaty dla takiego podejścia, Założeń i Projektu 2.

2. Miejsce regulacji umowy franczyzy

Podstawowe pytanie, jakie się pojawia w związku z pracą nad nową regulacją prawną, to pytanie o to, gdzie regulacja umowy franczyzy powinna zostać zamieszczona – w odrębnej ustawie czy w Kodeksie cywilnym⁶. W tym zakresie należy się zgodzić

¹ <https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-franczyzowej> (dostęp: 13.03.2023 r.) – dalej Projekt 2.

² R. Adamus, *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, Warszawa 2020, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R._Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf (dostęp: 13.03.2023 r.) – dalej Projekt 1.

³ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”*, „Prawo w Działaniu” 2022/50, s. 130-168, <https://doi.org/10.32041/pwd.5006>.

⁴ Przy Ministerstwie Sprawiedliwości działa zespół ds. franczyzy powołany zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 21.04.2022 r. (Dz.Urz. MS z 2022 r. poz. 116). Owocem dotychczasowych prac zespołu było opracowanie roboczych założeń projektu ustawy o umowie franczyzy, które zostały zaprezentowane na konferencji prasowej w Ministerstwie Sprawiedliwości 14.09.2022 r. – <https://www.dlhandlu.pl/detal-hurt/wiadomosci/ustawa-o-franczyzie-projekt-uchwalony-jeszcze-w-tej-kadencji-sejmu,115079.html> (dostęp: 23.05.2023 r.). Są one dostępne w internecie: <https://pracodawcy.pl/konsultacje-publiczne-zalozenia-do-projektu-ustawy-o-umowie-franczyzy/> (dostęp: 23.05.2023 r.) – dalej Założenia.

⁵ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 145 oraz literatura, dotycząca tej dyskusji, tam powołana; R. Adamus, *W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce*, „Prawo w Działaniu” 2021/48, s. 141-142, <https://doi.org/10.32041/pwd.4805>. Oczywiście nie zamyka to dyskusji co do kształtu samej regulacji, a w szczególności w zakresie tego, jaki miałyby przybrać kształt w nowym Kodeksie cywilnym. Zob. propozycja uregulowania franczyzy w części szczegółowej zobowiązań w nowym Kodeksie cywilnym przedstawiona przez Marlenę Pecynę i Fryderyka Zolla (M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2012/1, s. 58). Zob. też E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018/1, Legalis.

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

z propozycją przedstawioną w Projekcie 1, by regulacja umowy franczyzy została zawarta w Kodeksie cywilnym⁷. Jak już bowiem wskazano, inny model regulacji – tj. poza kodeksem – prowadzi do dezintegracji systemu prawa zobowiązań, co jest działaniem niekorzystnym dla systemu prawa i niesie ryzyko jego niespójności⁸. Co więcej, trafna jest także propozycja zawarta w Projekcie 1, by umowa franczyzy została uregulowana w nowym tytule XXIV¹ w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego – między umową komis a przewozu (umowa agencyjna uregulowana jest w tytule XXIII)⁹. W tej kwestii należy więc zgłosić krytyczne uwagi do Projektu 2, w którym zaproponowano ujęcie regulacji w odrębnej ustawie. Zgodnie z art. 1 Projektu 2 ustawa miałaby regulować: „1. zasady zawierania umowy franczyzy; 2. obowiązki informacyjne organizatora sieci franczyzowej przed zawarciem umowy; 3. prawa i obowiązki stron umowy franczyzy; 4. zasady ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców”. Niewątpliwie jest to więc co do zasady materia typowa dla regulacji umownej, zawartej w Kodeksie cywilnym. Trudno znaleźć jakiegokolwiek podstawy do tego, by umowa agencji była regulowana w k.c., zaś umowa franczyzy – w osobnej ustawie. Co więcej, wprowadzając regulację umowy franczyzy, warto mieć na uwadze, że w (niedalekiej?) przyszłości może pojawić się również regulacja umowy dystrybucyjnej. Zawarcie przepisów regulujących franczyzę w osobnej ustawie niejako zapoczątkuje więc pewien model, co skutkować może uregulowaniem również umowy dystrybucyjnej w odrębnym akcie prawnym. Taka dezintegracja w zakresie regulacji umów tego samego rodzaju (z zakresu pośrednictwa – jak agencja czy komis regulowane w k.c.) zdecydowanie nie jest korzystna z punktu widzenia spójności systemu prawnego. Oczywiście stanowisko takie wydaje się trafne, jeżeli przyjmie się przede wszystkim model kompleksowej regulacji umowy franczyzy¹⁰, nie zaś częściowej, jak to jest w niektórych krajach. Nawet jednak w przypadku regulacji fragmentarycznej jej rozproszenie w różnych aktach prawnych rodzi wątpliwości. Przykładem państwa, w którym uregulowane zostały jedynie obowiązki przedkontraktowe, jest Hiszpania. Regulacja zawarta w różnych aktach prawnych skutkuje jednak problemami w jej stosowaniu¹¹. W prawie estońskim umowa franczyzy jest natomiast (częściowo) uregulowana w ustawie o prawie zobowiązań przyjętej 26.09.2001 r. (weszła w życie 1.07.2002 r.) zawierającej przepisy dotyczące także innych umów zobowiązaniowych¹² – umowa franczyzy została tam zaliczona do grupy umów o korzystanie. W prawie włoskim, choć franczyza z założenia jest regulowana w sposób

⁷ Na temat ryzyk regulacji poza kodeksem zob. Z. Radwański, *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 84.

⁸ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 147–148.

⁹ Oczywiście nie oznacza to, że w czasie prac nad nowym Kodeksem cywilnym nie jest konieczna reforma struktury tej części kodeksu. M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia...*, s. 30 i 58 (proponuje się regulację umowy franczyzy w części „Umowy sieciowe” – razem z umową dystrybucji, agencji handlowej oraz spółki cichej).

¹⁰ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 147.

¹¹ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Franchising – Study for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2015–05* (2016), s. 74–75, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf) (dostęp: 13.03.2023 r.).

¹² *Võlaõigusseadus (Law of Obligations Act) of 1.07.2002, Passed 26.09.2001, RT I 2001, 81, 487*; wersja angielska: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide> (dostęp: 23.05.2023 r.). O szczególnej strukturze tej ustawy zob. M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia...*, s. 39–40.

kompleksowy, została jej poświęcona osobna ustawa o franczyzie z 6.05.2004 r.¹³ oraz rozporządzenie ministerialne 204/2005¹⁴. Nie oznacza to jednak, że nie znajdują do niej zastosowania ogólne zasady prawa zobowiązań. Warto wreszcie wspomnieć o prawie litewskim, w którym franczyza została uregulowana w kodeksie cywilnym¹⁵.

Ponadto podkreślenia wymaga to, że o ile Projekt 1 przewidywał wprowadzenie dodatkowych przepisów do ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁶ (zob. art. 17h i 17i Projektu 1), o tyle Projekt 2 wprowadza regulację dotyczącą zakazanych praktyk do ustawy regulującej franczyzę, odsyłając jedynie do u.z.n.k. (zob. art. 3 Projektu 2 oraz pkt 5 niniejszego opracowania), co czyni tę propozycję legislacyjną zupełnie nieprzejrzystą. Nie tylko więc umowa cywilnoprawna, jaką jest umowa franczyzy, byłaby regulowana poza k.c., ale również czyny nieuczciwej konkurencji związane – ujmując rzecz szeroko – z umową franczyzy, byłyby regulowane poza u.z.n.k.

3. Struktura ustawy

Należy zgłosić uwagi krytyczne co do proponowanej struktury ustawy. W Projekcie 2 zaproponowano następujące rozdziały: rozdział 1 „Zasady zawierania umowy franczyzy”, rozdział 2 „Obowiązki informacyjne organizatora sieci franczyzowej przed zawarciem umowy”, rozdział 3 „Prawa i obowiązki stron umowy franczyzy”, rozdział 4 „Zasady ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców”.

W rozdziale 1 uregulowano zakres przedmiotowy ustawy (art. 1), istotę umowy franczyzy (art. 2) oraz niedozwolone zachowania stanowiące czyny nieuczciwej konkurencji (art. 3). Wątpliwości budzi jednak zamieszczenie niedozwolonych zachowań na początku ustawy. Wydaje się, że nawet jeśli w ogóle przyjąć celowość ich regulacji w osobnej ustawie (a nie w u.z.n.k.; zob. pkt 5 poniżej), to przepisy te powinny znaleźć się na końcu aktu prawnego – w przedostatnim rozdziale. W rozdziale 2 (który mógłby nosić tytuł „Zawarcie umowy franczyzy”) powinna zostać zamieszczona regulacja dotycząca „prospektu informacyjnego”, a także przepis określający formę umowy (obecnie jest to art. 11 zawarty w rozdziale 3 „Prawa i obowiązki stron umowy franczyzy”). Jeśli chodzi o prawa i obowiązki stron umowy, celowym byłoby rozdzielenie ich na dwa osobne rozdziały (3 i 4), z których jeden byłby poświęcony prawom i obowiązkom franczyzodawcy, a drugi – prawom i obowiązkom

¹³ Legge 6.05.2004, n. 129, *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Gazzetta Ufficiale n. 120 del 24.05.2004, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004:129> (dostęp: 13.03.2023 r.).

¹⁴ Decreto 2.09.2005, n. 204, *Regolamento recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6.05.2004, n. 129*; <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-10-04&atto.codiceRedazionale=0005G0229&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=4228dba1-1bcb-4610-b225-5e0d78cbd131&tabID=0.8328972670337269&title=lbl.dettaglioAtto> (dostęp: 13.03.2023 r.).

¹⁵ Ustawa z 18.07.2000 r., No VIII-1864, art. 6.766–6.779, wersja angielska: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=32ocqr7x&documentId=TAIS.400592&category=TAD> (dostęp: 13.03.2023 r.) – dalej litewski kodeks cywilny.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej u.z.n.k.

franczyzobiorcy. W kolejnym rozdziale (5) mogłaby zostać zamieszczona regulacja dotycząca zakończenia umowy franczyzy. Obecne rozdziały 4 i 5 („Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców” oraz „Zmiany w przepisach dotychczasowych. Przepisy przejściowe i końcowe”) stanowiłyby rozdziały 6 i 7.

4. Definicja umowy franczyzy

W Projekcie 2 pojawiają się zmiany w definicji umowy franczyzy w porównaniu do Projektu 1. Nie jest jednak zrozumiały ich cel. Definicja zawarta w Projekcie 1 kładzie niewątpliwie nacisk na *know-how*¹⁷ przekazywany franczyzobiorcy (zob. wyróżnienie w przytoczonej treści):

„Art. 773¹

§ 1. Przez umowę franczyzy organizator sieci, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, udziela drugiej stronie zezwolenia na korzystanie w szczególności z jego nazwy, godła, symboli, znaków towarowych, patentów, **jak również** zidentyfikowanej, istotnej i poufnej koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej i zobowiązuje się do udzielenia pomocy, a franczyzobiorca zobowiązuje się do prowadzenia działalności we własnym imieniu i na własny rachunek zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci i do zapłaty wynagrodzenia.

§ 2. Przepisy niniejszego tytułu nie uchybiają innym przepisom a w szczególności przepisom prawa publicznego o ochronie konkurencji” (wyróżnienie – B.J.-J.).

W Projekcie 2 użyto natomiast spójnika „lub”, a tym samym alternatywy zwykłej wyłączającej z zakresu umowy jej podstawowy element, jakim jest *know-how* (zob. wyróżnienie w przytoczonej treści):

„Art. 2.

1. Przez umowę franczyzy organizator sieci, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, udziela drugiej stronie, na czas oznaczony bądź nieoznaczony, zezwolenia na korzystanie w szczególności z jego nazwy, godła, symboli, znaków towarowych, patentów, innych praw własności intelektualnej i przemysłowej **lub** zezwala na korzystanie ze zidentyfikowanej, istotnej i poufnej koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej i zobowiązuje się do udzielenia drugiej stronie pomocy, a franczyzobiorca zobowiązuje się do prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci i do zapłaty umówionego wynagrodzenia.

2. Przepisy niniejszej ustawy nie uchybiają przepisom innych ustaw, a w tym przepisom o publicznej ochronie konkurencji” (wyróżnienie – B.J.-J.).

Nie budzi wątpliwości, że udostępnienie *know-how* stanowi istotę umowy franczyzy¹⁸, stąd propozycja określenia istoty franczyzy zawarta w Projekcie 2 nie jest

¹⁷ Na temat pojęcia „*know-how*” zob. uzasadnienie do Projektu 2, <https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosc-franczyzowej> (dostęp: 13.03.2023 r.); M. Sieradzka, *Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji*, Warszawa 2020, Legalis.

¹⁸ M. Sieradzka, *Porozumienia...*, Warszawa 2020, Legalis.

jasna. Wydaje się, że lepiej istotę umowy oddaje Projekt 1¹⁹. Co więcej, w regulacji należy podkreślić, że franczyzobiorcą może być wyłącznie przedsiębiorca. Technika legislacyjna jest tu dowolna – postanowienie takie może zostać zawarte w osobnej jednostce redakcyjnej²⁰ lub stanowić doprecyzowanie w zakresie przepisu regulującego istotę franczyzy (obecnie informacja o przedsiębiorstwie zawarta jest w odniesieniu do franczyzodawcy; w stosunku do franczyzobiorcy brak takiego doprecyzowania).

5. Niedopuszczalne zachowania – czyny nieuczciwej konkurencji

Również w rozdziale 1 uregulowane zostały czyny nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z Projektem 2:

„Art. 3.

1. Niedopuszczalne jest w szczególności:

1) organizowanie sieci franczyzy lub oferowanie innym osobom możliwości przystąpienia do niej, bez wcześniejszego dokładnego i odpowiednio długiego sprawdzenia jej modelu biznesowego, a w szczególności poprzez własną działalność organizatora sieci lub jego poprzednika prawnego;

2) organizowanie sieci franczyzy na takich zasadach, że franczyzobiorca zachowujący się zgodnie z prawem, jak również zgodnie z zasadami prawidłowego gospodarowania i stosownie do wskazówek organizatora sieci, nie jest w stanie pokrywać z osiągniętych przychodów uzasadnionych kosztów, a stan taki trwa dłużej niż trzy miesiące, o ile nie wynika to ze z góry zaplanowanego cyklu produkcyjnego ani nie zachodzi nadzwyczajna przyczyna zewnętrzna, której strony ani nie przewidywały, ani nie mogły przewidzieć przy zawieraniu umowy franczyzy;

3) istotnie różne traktowanie kandydatów na franczyzobiorców i franczyzobiorców znajdujących się w podobnych warunkach (zakaz dyskryminacji).

2. W przypadkach o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 8 ustawy przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) stosuje się”.

W Projekcie 1 natomiast zaproponowano, by taką regulację dodać do u.z.n.k. – jako art. 17h:

„Art. 17h

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest organizowanie sieci franczyzy lub oferowanie innym przystąpienia do niej bez wcześniejszego dokładnego, długotrwałego

¹⁹ Nie wyklucza to możliwości skrócenia tego postanowienia, co zostało uczynione np. w regulacji estońskiej: § 375. „By a franchise contract, one person (the franchisor) undertakes to grant to another person (the franchisee) a set of rights and information which belongs to the franchisor for use in the economic or professional activities of the franchisee, including the right to the trade mark, commercial identifications and know-how of the franchisor” (Przez umowę franczyzową jedna osoba [franczyzodawca] zobowiązuje się do przyznania innej osobie [franczyzobiorcy] zbioru praw i informacji należących do franczyzodawcy do wykorzystania w działalności gospodarczej lub zawodowej franczyzobiorcy, w tym prawa do znaku towarowego, oznaczeń handlowych i know-how franczyzodawcy).

²⁰ Tak art. 6.766 ust. 3 litewskiego kodeksu cywilnego: „Only enterprises (entrepreneurs) may be parties to a contract of franchise” (Stronami umowy franczyzowej mogą być wyłącznie przedsiębiorstwa [przedsiębiorcy]).

sprawdzenia jej modelu biznesowego w szczególności poprzez własną działalność organizatora sieci lub jego poprzednika prawnego.

2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest organizowanie sieci franczyzy na takich zasadach, że francyzobiorcy zachowujący się zgodnie z prawem, jak również zgodnie z zasadami prawidłowego gospodarowania i stosownie do wskazówek organizatora sieci nie są w stanie pokrywać z osiąganych przychodów uzasadnionych kosztów, a stan taki trwa dłużej niż trzy miesiące, o ile nie zachodzi nadzwyczajna przyczyna zewnętrzna, której strony ani nie przewidywały, ani nie mogły przewidzieć przy zawieraniu umowy franczyzy”.

Rozwiązanie przyjęte w Projekcie 1 wydaje się bardziej uzasadnione. O ile bowiem ww. zachowania miałyby zostać uznane za stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji, o tyle celowe jest zamieszczenie tej regulacji właśnie w u.z.n.k., a nie w osobnej ustawie. Nie jest też jasne sformułowanie użyte w art. 3 ust. 2 Projektu 2: nie wiadomo, czy czyny takie są czynami nieuczciwej konkurencji (jak to wyraźnie wskazano w Projekcie 1), czy też regulację u.z.n.k. należy jedynie do nich stosować (odpowiednio?).

Celem niniejszego artykułu nie jest ocena rozwiązań z zakresu nieuczciwej konkurencji proponowanych w Projektach 1 i 2, stąd jedynie na marginesie należy postawić pytanie o to, czy na pewno konieczne jest dodawanie do u.z.n.k. (bądź innej ustawy) kolejnych stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, czy tu regulacja art. 3 u.z.n.k. nie jest jednak wystraszająca. Wszak spełnienie przesłanek z tego przepisu umożliwia sięgnięcie do środków ochrony określonych w art. 18 u.z.n.k., a dodatkowa regulacja nie jest do tego niezbędna, tym bardziej że w odniesieniu do innych umów cywilnoprawnych w u.z.n.k. brak jest „podobnej” regulacji do tej proponowanej (czy to w odniesieniu do umów nazwanych, jak np. umowa agencji, czy też nienazwanych, jak np. umowa dystrybucyjna). Uzasadnienie zawarte w Projekcie 2 nie przekonuje co do konieczności wprowadzenia takiej regulacji²¹. Francyzobiorca, chcąc skorzystać ze środków ochrony przewidzianych w u.z.n.k., musiałby bowiem sięgać do art. 18 tej ustawy, zgodnie z którym w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: zaniechania niedozwolonych działań; usunięcia skutków niedozwolonych działań; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony. W istocie oznacza to więc wejście na drogę sporu sądowego z francyzodawcą, co byłoby możliwe również na podstawie ogólnych przepisów o deliktach (art. 415 k.c., do którego przecież odsyła art. 18 u.z.n.k.).

²¹ „Artykuł 3 Projektu przewiduje zakaz dopuszczania określonych w nim zachowań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji. W przypadku wypełnienia znamion tych czynów przez organizatora sieci francyzobiorca może skorzystać z instrumentarium prawnego, jakie dają mu przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

6. Prospekt informacyjny organizatora sieci franczyzowej

W rozdziale 2 Projektu 2 zawarto regulację dotyczącą prospektu informacyjnego. W uzasadnieniu Projektu 2 zauważono, że „Nałożenie przez Projekt na organizatora sieci obowiązku przygotowania prospektu informacyjnego: (aa) odpowiada postulatowi udzielenia rzetelnych informacji przyszłemu kontrahentowi – pełni funkcję ochronną dla obrotu gospodarczego; (bb) nie powinno być nadmiernym obciążeniem dla rzetelnych organizatorów sieci, którzy zawierają z reguły wiele ustandaryzowanych, powtarzalnych umów; przygotowują niekiedy bardzo rozbudowane materiały o swojej działalności, w tym podręczniki, materiały szkoleniowe; (cc) postawi tamę dla osób przypadkowych, które nie zawsze posiadają sprawdzony sposób na udany biznes. Prospekt informacyjny nie odnosi się do takich danych, co do których organizator sieci miałby problemy z ich pozyskaniem i przetworzeniem. Są to dane objęte zwykłą wiedzą organizatora sieci”. Wskazano też na *Model Franchise Disclosure Law* (2002)²² jako wzór tej propozycji.

Nałożenie na organizatora sieci franczyzowej obowiązku przekazania potencjalnemu franczyzobiorcy określonych informacji jeszcze przed zawarciem umowy należy ocenić jako trafne²³. W praktyce bowiem franczyzodawcy i tak przekazują informacje o sieci potencjalnemu franczyzobiorcy, a celowym jest to, by zakres tych informacji został sprecyzowany, i przede wszystkim, by były one pełne. Problem polega natomiast zwykle na tym, że informacje te są wybiórcze. Pokazują wyłącznie pozytywne aspekty działalności franczyzowej, nie wskazują w ogóle na ryzyka ani (zwłaszcza) na koszty prowadzenia takiej działalności (bezpośrednie i pośrednie – zob. w szczególności co do kosztów pośrednich art. 5 pkt 22, 26 Projektu 2). Tym samym zapewnienie dostępu do nich potencjalnemu franczyzobiorcy na etapie przed zawarciem umowy jest niezwykle istotne, co uwzględniono zarówno w *Model Franchise Disclosure Law* (2002), jak i w regulacjach prawnych wielu krajów²⁴. Czy przekazanie informacji ma nastąpić w dokumencie nazwanym „prospektem”, czy inaczej (przecież ustawa w ogóle nie musi precyzować nazwy dokumentu, w którym informacje te są przekazywane) – to kwestia drugorzędna (choć można przyznać, że określenie „prospekt” nawiązuje do regulacji chroniących konsumentów).

O ile w Projekcie 1 regulacja dotycząca prospektu informacyjnego została zaproponowana w ramach zmian u.z.n.k. (a brak przedstawienia prospektu był czynem nieuczciwej konkurencji; zob. art. 17i ust. 1 Projektu 1), o tyle w Projekcie 2 przyjęto, że stanowi ona część regulacji umowy franczyzy, i zawarto ją w rozdziale 2 (art. 4–8 Projektu 2). Takie rozwiązanie jest zdecydowanie lepsze. Obowiązki obu

²² <https://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law/> (dostęp: 13.03.2023 r.).

²³ Por. E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2017/3, s. 59; B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 136 i 162.

²⁴ Na przykład w prawie rumuńskim (*Ordonanța nr. 52 din 28.08.1997 privind regulul juridice al francizei*, *Monitorul Oficial nr. 180 din 14.05.1998*; ze zmianami wprowadzonymi aktem 179/2019), włoskim, hiszpańskim.

stron umowy powinny bowiem zostać uregulowane w jednym akcie prawnym, a na pewno u.z.n.k. nie jest tu aktem odpowiednim.

Zasadnym jest, by obowiązek przedstawienia prospektu informacyjnego dotyczył każdej umowy (także przedwstępnej i warunkowej), jak to zaproponowano w Projekcie 2. Zakres obowiązku informacyjnego określono w art. 5 Projektu 2. Jeśli chodzi o zakres informacji, które mają zostać ujęte w prospekcie, Projekt 2 wprowadza drobne zmiany w stosunku do Projektu 1 (dodając pkt 1 i 3)²⁵. Kwestia ta wymaga jeszcze przemyślenia, doprecyzowania i zmian, choć warto podkreślić, że w Projekcie 2 zaproponowano regulację zdecydowanie bardziej szczegółową niż ta przedstawiona w *Draft Common Frame of Reference* (dalej DCFR)²⁶. Zwraca natomiast uwagę brak objęcia obowiązkiem informacyjnym tego, czy w stosunku do organizatora sieci prowadzone jest (było) postępowanie upadłościowe bądź restrukturyzacyjne. Wątpliwości budzi również pkt 5 w art. 5 Projektu 2: „informację o sprawach sądowych dotyczących franczyzy, które kwestionują system franczyzowy lub mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy i których stroną jest organizator sieci lub podmioty z nim powiązane”. Niewątpliwie w tym zakresie celowe byłoby objęcie obowiązkiem informacyjnym przede wszystkim postępowań prawomocnie zakończonych (zarówno karnych, jak i prowadzonych przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) i tu jako wzór mógłby znowu posłużyć *Model Franchise Disclosure Law* (2002)²⁷. Obecna propozycja zawarta w pkt 5 budziłaby w praktyce wątpliwości interpretacyjne, ponieważ pojęcie sporów, „które kwestionują system franczyzowy lub mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy”, jest wysoce niejasne. W konsekwencji organizator sieci miałby problem z zakwalifikowaniem danego sporu jako podlegającego (bądź nie) ujawnieniu. Taka sytuacja nie powinna natomiast mieć miejsca, zwłaszcza jeśli brak przekazania informacji (bądź przekazanie informacji niepełnych) wiązałby się z poważnymi sankcjami dla organizatora.

Bardzo istotną kwestią jest ustalenie skutków braku przedstawienia franczyzobiorcy ww. informacji bądź przedstawienia informacji niepełnych, wprowadzających w błąd. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano, że „Nieudzielenie przez organizatora sieci pełnej i rzetelnej informacji albo udzielenie informacji nieprawdziwej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”. Powstaje jednak pytanie, czy taka „sankcja” jest

²⁵ Punkt 1: „dane dokładnie identyfikujące organizatora sieci, w tym dane o wpisie organizatora sieci do właściwego rejestru, numer NIP organizatora sieci (jeżeli taki posiada), informację o osobach uprawnionych do reprezentowania organizatora sieci”; pkt 3 dotyczy informacji, czy organizator sieci działa na podstawie umowy z pierwotnym organizatorem sieci (informacja o subfranczyzie).

²⁶ <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dcfcr.pdf> (dostęp: 23.05.2023 r.); IV.E.-2:101, IV.E.-4:102.

²⁷ Artykuł 6 ust. 1 lit. G „any criminal convictions or any finding of liability in a civil action or arbitration involving franchises or other businesses relating to fraud, misrepresentation, or similar acts or practices of: (i) the franchisor; and (ii) any affiliate of the franchisor who is engaged in franchising for the previous five years, and whether any such action is pending against the franchisor or its subsidiary, and the court or other citation of any of the above” (wszelkie wyroki skazujące lub jakiegokolwiek ustalenia dotyczące odpowiedzialności w postępowaniu cywilnym lub arbitrażowym z udziałem franczyzobiorców lub innych przedsiębiorstw związanych z oszustwem, wprowadzeniem w błąd lub podobnymi czynami lub praktykami: [i] franczyzodawcy; oraz [ii] każdego podmiotu stowarzyszonego franczyzodawcy, który był zaangażowany we franczyzę przez ostatnie pięć lat, oraz czy takie postępowanie toczy się przeciwko franczyzodawcy lub jego spółce zależnej).

skuteczna – „pozostawia” wszak franczyzobiorcę w umowie, dając mu jedynie możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych (bądź innych określonych w art. 18 u.z.n.k.) przeciwko jego kontrahentowi. Wydaje się, że w tym zakresie trafniejsze jest rozwiązanie przyjęte w *Model Franchise Disclosure Law* (2002), a więc przyznanie franczyzobiorcy prawa do odstąpienia od umowy franczyzy²⁸. Takie rozwiązanie pozwala (w razie konieczności) franczyzobiorcy wycofać się z zawartej (pod wpływem błędu? podstęp?) umowy, zaś niezależnie od tego – dochodzić naprawienia szkody. W tym więc zakresie z zadowoleniem należy ocenić uzupełnienie proponowanego art. 26 pkt 1 Projektu 2 przewidującego prawo odstąpienia od umowy w przypadku, gdy informacje podane przez organizatora sieci w prospekcie informacyjnym były

²⁸ Artykuł 8: „(Remedies) (1) If the disclosure document or notice of material change:

(A) has not been delivered within the period of time established in Article 3;

(B) contains a misrepresentation of a material fact; or

(C) makes an omission of a material fact;

then the franchisee may on 30 days prior written notice to the franchisor terminate the franchise agreement and/or claim against the franchisor for damages suffered from the conduct described in (A), (B) and (C), unless the franchisee had the information required to be disclosed through other means, did not rely on the misrepresentation, or termination is a disproportionate remedy in the circumstances.

(2) The remedies granted to the franchisee pursuant to this article must be exercised no later than the earlier of:

(A) one year after the act or omission constituting the breach upon which the right to terminate is based;

(B) three years after the act or omission constituting the breach upon which the right to claim for damages suffered is based;

(C) one year after the franchisee becomes aware of facts or circumstances reasonably indicating that it may have a right to claim for damages suffered; or

(D) within 90 days of the delivery to the franchisee of a written notice providing details of the breach accompanied by the franchisor's then current disclosure document.

(3) The rights provided by paragraph (1) of this Article do not derogate from any other right the franchisee may have under the applicable law.

(4) All matters regarding termination and damages, which have not been expressly regulated in this article, shall be governed by the applicable law”

(1) Jeżeli dokument informacyjny lub zawiadomienie o istotnej zmianie:

[A] nie został dostarczony w terminie określonym w art. 3;

[B] zawiera fałszywe przedstawienie istotnego faktu; lub

[C] pomija istotny fakt;

wówczas franczyzobiorca może za pisemnym wypowiedzeniem franczyzodawcy z 30-dniowym wyprzedzeniem wypowiedzieć umowę franczyzową i/lub dochodzić roszczeń wobec franczyzodawcy z tytułu szkód poniesionych w wyniku postępowania opisanego w punktach A, B i C, chyba że franczyzobiorca uzyskał informacje, których ujawnienie było wymagane w inny sposób, nie opierał się na fałszywym oświadczeniu, lub wypowiedzenie jest nieproporcjonalnym środkiem w danych okolicznościach.

[2] Środki zaradcze przyznane franczyzobiorcy zgodnie z niniejszym artykułem muszą zostać wykonane nie później niż przed upływem:

[A] jednego roku po działaniu lub zaniechaniu stanowiącym naruszenie, na którym opiera się prawo do wypowiedzenia;

[B] trzech lat po działaniu lub zaniechaniu stanowiącym naruszenie, na którym opiera się prawo do żądania naprawienia poniesionej szkody;

[C] jednego roku po tym, jak franczyzobiorca dowiedział się o faktach lub okolicznościach, które w uzasadniony sposób wskazują, że może mieć prawo do dochodzenia odszkodowania za poniesione szkody; lub

[D] 90 dni od doręczenia franczyzobiorcy pisemnego zawiadomienia zawierającego szczegóły naruszenia wraz z aktualnym dokumentem informacyjnym.

[3] Prawa przewidziane w ust. 1 niniejszego artykułu nie stanowią odstępstwa od innych praw, które franczyzobiorca może mieć na mocy obowiązującego prawa.

[4] Wszelkie kwestie dotyczące rozwiązania umowy i odszkodowania, które nie zostały wyraźnie uregulowane w niniejszym artykule, podlegają obowiązującym przepisom prawa).

nierzetelne, niepełne albo nieprawdziwe, a jednocześnie dotyczyły spraw mających istotne znaczenie, które uzasadniają założenie, że gdyby franczyzobiorca był należycie poinformowany, to do umowy by nie przystąpił. Wydaje się, że w regulacji można by pominąć zawarte w *Model Franchise Disclosure Law* (2002) wyłączenie prawa do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy franczyzobiorca „nie polegał na tych błędnych informacjach lub gdy zakończenie umowy nie byłoby właściwym środkiem w danych okolicznościach” (art. 8 ust. 1 *Model Franchise Disclosure Law in fine*). Obie te przesłanki są bowiem nieostre, często wywoływałyby spory co do skuteczności odstąpienia od umowy, a w konsekwencji można przypuszczać, że franczyzobiorca obawiałby się złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Krótko mówiąc: instrument ochrony nie byłby skuteczny. Ewentualnie można rozważyć sankcję w postaci nieważności umowy, jednak takiej, na którą może się powołać wyłącznie franczyzobiorca w określonym przedziale czasu; oczywiście musiałoby mu równocześnie przysługiwać roszczenie odszkodowawcze (podstawą mógłby być art. 415 k.c.).

Zgodnie z propozycją zawartą w Projekcie 2 (art. 6) doręczenie prospektu informacyjnego powinno nastąpić z minimalnym 14-dniowym wyprzedzeniem. Wydaje się, że można postulować przedłużenie tego terminu do 30 dni (na wzór prawa włoskiego; prawo hiszpańskie przewiduje 20 dni²⁹). Biorąc po uwagę obszerną listę informacji, które ma otrzymać potencjalny franczyzobiorca, termin 14-dniowy może być bowiem zbyt krótki na zapoznanie się z tymi informacjami oraz podjęcie przemyślanej decyzji przez potencjalnego franczyzobiorcę, tym bardziej że równocześnie otrzyma on projekt umowy franczyzy (niejednokrotnie niezwykle rozbudowany; art. 5 pkt 19 Projektu 2), również wymagający lektury.

Jasnym jest, że prospekt powinien zostać przekazany w określonym czasie przed „podpisaniem umowy franczyzowej lub umowy przedwstępnej, jeśli taka istnieje” (art. 6 pkt 1 Projektu 2); natomiast budzi wątpliwości wskazanie, że powinno to nastąpić również przed „zapłatą jakiegokolwiek opłaty na rzecz organizatora sieci lub podmiotu powiązanego” (art. 6 pkt 2 Projektu 2). Jaka bowiem opłata może być uiszczana przed zawarciem umowy? Wobec braku jakiegokolwiek wyjaśnienia tej kwestii w uzasadnieniu Projektu 2 trudno się do tej propozycji szerzej odnieść. Być może proponowana regulacja wzorowana jest na *Model Franchise Disclosure Law*³⁰. Nie

²⁹ Artykuł 3 Dekretu królewskiego nr 201/2010 z 26.02.2010 r. (*Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores*), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-4175>; wersja angielska: <https://www.global-regulation.com/translation/spain/1440853/royal-decree-201-2010-of-26-february%252c-which-regulates-the-exercise-of-duty-free-business-and-communication-of-information-to-the-register-of-franchi.html> (dostęp: 23.05.2023 r.).

³⁰ Artykuł 3 ust. 1 lit. B: „the payment to the franchisor or an affiliate of the franchisor by the prospective franchisee of any fees relating to the acquisition of a franchise that are not refundable or the refunding of which is subject to such conditions as to render them not refundable, with the exception of a security (bond or deposit) given on the conclusion of a confidentiality agreement” (zapłata na rzecz franczyzodawcy lub podmiotu stowarzyszonego franczyzodawcy przez potencjalnego franczyzobiorcę wszelkich opłat związanych z nabyciem franczyzy, które nie podlegają zwrotowi lub których zwrot podlega warunkom powodującym, że nie podlegają one zwrotowi, z wyjątkiem zabezpieczenia [kaucja lub depozyt] złożonego przy zawarciu umowy o zachowaniu poufności).

byłoby jednak właściwe wywodzenie z niej skutku o tym, że tego rodzaju opłaty są dopuszczalne. Dla jasności omawiane tu postanowienie należy usunąć.

Warto natomiast uzupełnić Projekt 2 o rozwiązanie wzorowane na art. 3 ust. 2 *Model Franchise Disclosure Law*, zgodnie z którym dokument ujawniający musi zostać zaktualizowany w ciągu określonej liczby dni od zakończenia roku podatkowego³¹. Tak więc jednorazowe przedstawienie prospektu informacyjnego w określonym terminie nie jest wystarczające – jeśli bowiem dane w nim zawarte uległy zmianie przed podpisaniem umowy, prospekt musi podlegać aktualizacji, a potencjalny franczyzobiorca dzięki temu ma czas na zapoznanie się ze zmianami i decyzję, czy mimo ich zaistnienia decyduje się na zawarciu umowy.

Na pozytywną ocenę zasługuje regulacja zawarta w art. 4 ust. 2 i 3 Projektu 2. Trafnym rozwiązaniem jest możliwość przekazania prospektu informacyjnego w formie dokumentu elektronicznego (ust. 2). Nie budzi wątpliwości także regulacja, zgodnie z którą doręczenie prospektu informacyjnego przez organizatora sieci można uzależnić od podpisania umowy o zachowaniu poufności (ust. 3). Skoro bowiem w prospekcie franczyzobiorca przekazuje wiele informacji stanowiących w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, jak najbardziej może wymagać podpisania umowy o zachowaniu poufności³². Nie do końca jasny jest natomiast cel regulacji proponowanej w art. 4 ust. 4 Projektu 2, zgodnie z którą „Organizator sieci ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za treść prospektu informacyjnego”. Według uzasadnienia Projektu 2 „Nieudzielenie przez organizatora sieci pełnej i rzetelnej informacji albo udzielenie informacji nieprawdziwej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”. Być może celem tej regulacji jest dodatkowe podkreślenie tego, że ustawodawca w szczególności sposób chroni usprawiedliwione oczekiwania franczyzobiorcy – po pierwsze – co do planowanej przez niego działalności biznesowej oraz – po drugie – co do uczciwości i lojalności franczyzodawcy.

Na pozytywną ocenę zasługuje proponowana regulacja zawarta w art. 7 oraz 8 Projektu 2. Prospekt powinien być bowiem zrozumiały dla odbiorcy. Zakaz podawania w nim niepełnych, nieprawdziwych lub niezwyfikowanych w odpowiedni sposób informacji o korzyściach związanych z przystąpieniem do sieci franczyzowej i o uczestnictwie w niej, a także zatajania związanego z tym ryzyka, jest również oczywisty.

³¹ Artykuł 3 ust. 2 *Model Franchise Disclosure Law*: „The disclosure document must be updated within [X] days of the end of the franchisor's fiscal year. Where there has been a material change in the information required to be disclosed under Article 6, notice in writing of such change should be delivered to the prospective franchisee as soon as practicable before either of the events described in Sub-Paragraphs (1)(A) or (1)(B) has occurred” (Dokument informacyjny musi zostać zaktualizowany w ciągu [X] dni od końca roku podatkowego franczyzodawcy. W przypadku istotnej zmiany informacji wymaganych do ujawnienia zgodnie z art. 6 pisemne powiadomienie o takiej zmianie powinno zostać dostarczone potencjalnemu franczyzobiorcy tak szybko, jak to możliwe, przed wystąpieniem któregokolwiek ze zdarzeń opisanych w ust. 1 lit. A lub B).

³² Podobna regulacja zawarta jest w prawie hiszpańskim – zob. art 4 Dekretu królewskiego nr 201/2010 z 26.02.2010 r.: „The franchisor may require the potential franchisee to have a duty of confidentiality for all pre-contractual information received or to be received from the franchisor” (Franczyzodawca może wymagać od potencjalnego franczyzobiorcy zobowiązania do zachowania poufności w odniesieniu do wszystkich informacji otrzymanych przed zawarciem umowy lub informacji, które mają zostać otrzymane od franczyzodawcy).

Na koniec tej części rozważań warto postawić pytanie, czy w ustawie powinien zostać uregulowany również obowiązek informacyjny francyzobiorców. Taką propozycję przedstawił Mark Abell³³ i z całą pewnością wymaga ona przemyślenia. Jasnym jest, że francyzobiorca powinien mieć pełny obraz przedsięwzięcia, na który składają się decyzje i informacje dotyczące francyzodawcy. Jednakże również dla francyzodawcy informacje o francyzobiorcy są istotne – skoro jego przyjęcie do „sieci” ma wpływ na jej renomę i w konsekwencji na działanie francyzodawcy (zob. pkt 10 niniejszego opracowania).

7. Treść umowy franczyzy

7.1. Prawa i obowiązki stron umowy franczyzy

Prawa i obowiązki stron umowy w Projekcie 2 zostały uregulowane w rozdziale 3 (art. 9–29). W art. 9 Projektu 2 określono obowiązek lojalności stron umowy. Jak już wskazano³⁴, taki kierunek proponowanej regulacji należy uznać za trafny, jednak wymaga on doprecyzowania. „W odniesieniu do obowiązku zachowania lojalności wzorem może być DCFR, tj. klauzula IV.E.-2:201 (Współpraca stron): Strony umowy uregulowanej przepisami części E księgi IV zobowiązane są prowadzić aktywną i lojalną współpracę oraz koordynować swoje działania, aby osiągnąć cele umowy, a także klauzula IV.E.-2:202 (Informacja w czasie wykonania zobowiązania): W czasie trwania stosunku umownego każda ze stron jest zobowiązana udzielić we właściwym czasie drugiej stronie informacji potrzebnych do osiągnięcia celów umowy. Podkreślenia jednak ponownie wymaga to, że obowiązek lojalności wynika już z art. 354 k.c., więc proponowana regulacja stanowiłaby w istocie jedynie doprecyzowanie i powtórzenie tej ogólnej zasady”³⁵.

Zgodnie z art. 10 Projektu 2 „Udzielenie pomocy przez organizatora sieci osobie fizycznej, która nigdy wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej obejmuje w szczególności przeszkolenie w zakresie podstaw ekonomicznych i prawnych jej prowadzenia. Postanowienie umowne mniej korzystne dla francyzobiorcy jest nieważne”. Postanowienie to odpowiada art. 773⁵ § 2 Projektu 1 i aktualne pozostają uwagi krytyczne poczynione co do tej propozycji³⁶. Czym innym jest bowiem obowiązek przeprowadzenia szkolenia (który należy odrzucić), a czym innym obowiązek udzielania pomocy – technicznej, biznesowej, również w aspektach prawnych. Przypomnienia wymaga, że tego rodzaju szkolenia byłyby zwykłą fikcją (tzn. polegałyby na podpisaniu dokumentów potwierdzających, że szkolenie się odbyło), ale francyzodawca mógłby wywodzić z niego korzystne dla siebie skutki (warto podkreślić, że zgodnie z art. 31 ust. 1 Projektu 2 karze grzywny podlega, „kto zawierając z francyzobiorcą będącą osobą fizyczną, która nigdy

³³ M. Abell, *The regulation of franchising in the EU*, London 2011, s. 218.

³⁴ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 156.

³⁵ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 156.

³⁶ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 155.

wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej, umowę franczyzy, nie dopełnia obowiązku udzielenia pomocy polegającego na przeszkoleniu tej osoby w zakresie podstaw ekonomicznych i prawnych prowadzenia działalności gospodarczej”). Wreszcie należy postawić pytanie, czy takie szkolenia miałyby być nieodpłatne, czy też franczyzodawca mógłby żądać za nie zapłaty. Projekt 2 nie zawiera jednak odpowiedzi.

Artykuł 11 ust. 1 Projektu 2 reguluje formę, w jakiej powinna zostać zawarta umowa franczyzy. Jak już wskazano, kwestia ta winna zostać podjęta w rozdziale 2 (zob. pkt 3 niniejszego opracowania). Wprowadzenie formy pisemnej, a także elektronicznej, pod rygorem nieważności jest rozwiązaniem trafnym³⁷. Nie jest to wymóg zbyt daleko idący, tym bardziej że rezygnuje się z obowiązku rejestracji³⁸ umowy franczyzy (co należy uznać za słuszne rozwiązanie). Zasadnicze wątpliwości budzi natomiast forma dokumentowa umowy franczyzy, z uwagi na kierowane wobec niej zastrzeżenia. Jak bowiem wskazuje się w literaturze: „Ze względu na brak domniemania autentyczności dokumentu w rozumieniu art. 77³ KC zachowanie formy dokumentowej w ograniczonym zakresie czyni zadość funkcji dowodowej. W wielu przypadkach niezbędny będzie dodatkowy dowód umożliwiający przypisanie oświadczenia woli złożonego w formie dokumentowej osobie wskazanej w dokumencie”³⁹. Wydaje się więc, że wprowadzenie

³⁷ Takie rozwiązanie przyjęto np. w litewskim kodeksie cywilnym – art. 6.767 ust. 1.

³⁸ Zob. np. art. 6.767 ust. 2 litewskiego kodeksu cywilnego: „*A contract of franchise may be invoked against third persons only if the fact of forming a contract of franchise is registered in the Register of Enterprises in which the franchiser was registered. If the franchiser was registered in a foreign state, the fact of forming a contract of franchise must be registered in the same register of legal persons where the franchiser was registered*” (Na umowę franczyzy można powoływać się wobec osób trzecich tylko wtedy, gdy fakt zawarcia umowy franczyzy jest zarejestrowany w Rejestrze Przedsiębiorców, w którym franczyzodawca był zarejestrowany. Jeżeli franczyzodawca był zarejestrowany w obcym państwie, fakt zawarcia umowy franczyzy musi być zarejestrowany w tym samym rejestrze osób prawnych, w którym zarejestrowano franczyzodawcę). Rozbudowane obowiązki rejestracyjne przyjęto też w prawie hiszpańskim (art. 5 Dekretu królewskiego nr 201/2010 z 26.02.2010). Zgodnie z art. 5 ust. 1 „*The register of franchisors, provided for in Article 62.2 of Law 7/1996 of 15 January 1996 on the Management of Retail Trade, is set up as a register of a public nature and an administrative nature, with the sole purpose of providing information and advertising*” (Rejestr franczyzodawców, o którym mowa w art. 62 ust. 2 ustawy nr 7/1996 z 15.01.1996 r. o zarządzaniu handlem detalicznym, jest tworzony jako rejestr o charakterze publicznym i administracyjnym, którego jedynym celem jest dostarczanie informacji i reklamy). Zgodnie z art. 5 ust. 4: „*The franchisors established in other Member States of the European Union operating under the freedom to provide services, without permanent establishment in Spain, are exempted from the obligation to communicate data to the Registry. In this case, the only obligation for the provider will be to communicate the beginning of its activities in Spain to the registry, through the autonomous community where it intends to begin its delivery. In the absence of an autonomic registration, the required communication of the start of activity shall be directed to the register of franchisors of the Ministry of Industry, Tourism and Commerce*” (Z obowiązku przekazywania danych do rejestru zwolnieni są franczyzodawcy mający siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej działający w ramach swobody świadczenia usług, nieposiadający stałego miejsca prowadzenia działalności w Hiszpanii. W takim przypadku jedynym obowiązkiem usługodawcy będzie przekazanie informacji do rejestru o rozpoczęciu swojej działalności w Hiszpanii za pośrednictwem wspólnoty autonomicznej, w której zamierza rozpocząć świadczenie usług. W przypadku braku samodzielnej rejestracji wymagane zawiadomienie o rozpoczęciu działalności należy skierować do rejestru franczyzodawców Ministerstwa Przemysłu, Turystyki i Handlu).

³⁹ B. Swaczyna, [w:] *Zobowiązania*, t. 1, *Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Komentarz*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 77², nb 1.

formy dokumentowej przyniosłoby „więcej zamieszania niż pożytku” i z tego względu można postulować zrezygnowanie z niej w odniesieniu do umowy franczyzy.

Na pozytywną ocenę zasługuje regulacja proponowana w art. 11 ust. 2 Projektu 2, zgodnie z którym „Zapewnienia organizatora sieci o korzyściach, jakie daje przystąpienie do sieci i uczestnictwo w niej, bez względu na ich formę, stanowią część umowy. Francyzobiorca może żądać potwierdzenia tych zapewnień w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej. Zrzeczenie się tego uprawnienia jest nieważne. Nie uchybia to przepisom nakładającym obowiązki informacyjne na organizatorów sieci”. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano: „Zapewnienia o korzyściach związanych z przystąpieniem do sieci powinno mieć podobne znaczenie prawne jak znane prawu cywilnemu zapewnienie sprzedawcy o właściwościach rzeczy (*dicta et promissa*). Francyzobiorca powinien mieć uprawnienie do potwierdzenia tych zapewnień na piśmie”.

7.2. Wynagrodzenie francyzodawcy i koszty związane z umową franczyzy

Zgodnie z art. 12 Projektu 2 „W umowie franczyzy można zastrzec, że o ile nie nastąpią nadzwyczajne zdarzenia gospodarcze organizator sieci, za dodatkowym wynagrodzeniem (wynagrodzenie *del credere*), gwarantuje wysokość, w określonych przedziałach kwotowych (procentowych), jednocześnie przychodów, kosztów i dochodów francyzobiorcy prowadzącego działalność gospodarczą zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci”. Wydaje się, że w praktyce przepis ten nie będzie miał zastosowania (żaden francyzodawca nie weźmie na siebie takiego ryzyka), ale regulacja taka może pozostać.

Artykuł 13 Projektu 2 reguluje kwestię wynagrodzenia wstępnego. W umowach franczyzy co do zasady (ale nie zawsze) stosowane są bowiem dwa rodzaje wynagrodzenia: wstępne oraz bieżące. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano, że „W praktyce mogą się pojawić nieuczciwi organizatorzy sieci francyzowych nowopowstających marek, którzy w istocie rzeczy nie gwarantują transferu sukcesu, a ich rzekoma sieć francyzowa może być obliczona na oszukańcze pobranie opłaty wstępnej. (...) Projekt zakłada zatem, że francyzobiorca bez względu na wysokość opłaty wstępnej nie będzie mógł jej zapłacić z góry ponad określony limit. Jeżeli sieć francyzowa okazałaby się nierzetelna, ryzyko francyzobiorcy jest ograniczone, a ponadto francyzobiorca – na mocy innych przepisów Projektu – może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym”. Zgodnie z art. 13 ust. 1 Projektu 2 „Organizator sieci nie może pobierać z góry wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż suma wynagrodzenia bieżącego za okres gospodarczy równy sześciu miesiącom (limit wymagalności). Postanowienie umowne mniej korzystne dla francyzobiorcy jest nieważne”. Wydaje się jednak, zwłaszcza biorąc pod uwagę koszty, jakie francyzobiorca musi ponieść przed rozpoczęciem działalności (wyposażenie lokalu, produktów, itd.), że bariera taka jest zbyt wysoka. Limit

powinien bowiem wynosić maksymalnie 3-miesięczne wynagrodzenie albo nawet mniej (choć w praktyce spotykane są co do zasady kwoty określone ryczałtowo i to raczej symbolicznie, co ma też stanowić zachętę dla potencjalnych franczyzobiorców – oczywistym jest, że wysokie wstępne opłaty raczej będą ich odstraszać...). Wątpliwości budzi także art. 13 ust. 2 Projektu 2: „Jeżeli wysokość wynagrodzenia bieżącego nie jest z góry znana, wówczas przyjmuje się jego prawdopodobną wielkość szacunkową”. Jeśli bowiem wynagrodzenie bieżące jest kalkulowane jako określony procent dochodu, trudno je określić przed rozpoczęciem działalności. Dlatego wykazanie nieważności takiego postanowienia byłoby raczej możliwe już po rozpoczęciu działalności, tzn. po rozpoczęciu wykonywania umowy. Proponowana regulacja zawarta w art. 13 ust. 3 Projektu 2, zgodnie z którym „Przepis ust. 1 nie uchybia dopuszczalności ustanowienia wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż suma wynagrodzenia bieżącego za okres gospodarczy równy sześciu miesiącom, o ile jego nadwyżka ponad limit wymagalności, o którym mowa w ust. 1, z uwzględnieniem ust. 2, nie będzie płatna z góry, ale po upływie sześciu miesięcy od daty zawarcia umowy”, wymaga zdecydowanego przemyślenia – czy jednak wysokość wynagrodzenia wstępnego nie powinna zostać ograniczona ustawowo. Co bowiem w sytuacji, gdy działalność nie przynosi zysku? Samo odroczenie płatności nie zmienia tego, że franczyzobiorca jest zobowiązany do zapłaty takiej opłaty wstępnej. Wydaje się więc, że – paradoksalnie – postanowienie to będzie wręcz zachęcało do wysokich opłat wstępnych w sytuacji, gdy obecnie na rynku nie są one częste. Taka sama uwaga musi dotyczyć proponowanego art. 13 ust. 4 Projektu 2 („Przepis ust. 1 nie uchybia dopuszczalności zabezpieczenia z góry wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż limit wymagalności, o którym mowa w ust. 1, z uwzględnieniem ust. 2”), bo dodatkowo umożliwia uzyskanie zabezpieczenia takiej płatności. Podsumowując – proponowane ust. 3 i 4 powinny zostać usunięte z regulacji. Proponowaną regulację można więc uznać za zbędną, a nawet niebezpieczną.

Regulacja proponowana w art. 14 („Jeżeli termin płatności wynagrodzenia bieżącego organizatora sieci nie jest oznaczony w umowie, płatne jest ono z dołu w terminie miesięcznym”) nie budzi wątpliwości.

Trafna jest także propozycja zawarta w art. 15 Projektu 2, zgodnie z którym: „Organizator sieci nie może zobowiązywać franczyzobiorcy do nabywania towarów lub usług od organizatora sieci lub osoby trzeciej za ceny odbiegające od średnich cen rynkowych. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne”. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano: „Cechą przedmiotowo istotną umowy franczyzy jest jej odpłatność. Wynagrodzenie dla organizatora sieci nie może być ukryte w obowiązku nabywania towarów czy usług po zawyżonych marżach. Regulacja powinna mieć charakter normy jednostronnie bezwzględnie obowiązującej”. Jak już wskazano, celowe byłoby uzupełnienie tej regulacji o postanowienia wzorowane na klauzuli DCFR IV.E.-4:204 oraz IV.E.-4:206 DCFR⁴⁰.

⁴⁰ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 157–158.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę także na wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 9.10.2019 r.⁴¹ dotyczący ustalania jednolitych cen sprzedaży w stosunku wertykalnym w ramach umowy franczyzy. Oddalając skargę kasacyjną francyzodawcy, SN stwierdził: „Za wyłączeniem zakwestionowanego porozumienia spod zakazu ustanowionego w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nie może też przemawiać okoliczność, że do ustalenia sztywnych cen sprzedaży doszło w ramach umowy franczyzy – jak wskazał bowiem Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia Paris Irmgrad Schillgallis, postanowienia zmniejszające swobodę francyzobiorcy odnośnie ustalania cen ograniczają konkurencję, choć nie dotyczy to przypadku, gdy francyzodawca udziela francyzobiorcy jedynie wytycznych cenowych, o ile między francyzodawcą i francyzobiorcami albo między samymi francyzobiorcami nie występuje uzgodniona praktyka faktycznego stosowania tych cen – z takim wyjątkiem nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie”⁴².

Za trafną należy uznać również propozycję regulacji zawartej w art. 16 Projektu 2: „Jeżeli wskutek okoliczności, za które francyzobiorca odpowiedzialności nie ponosi i które nie dotyczą jego osoby, zwykły przychód z działalności francyzowej uległ zmniejszeniu, francyzobiorca może żądać proporcjonalnego zmniejszenia wynagrodzenia organizatora sieci za dany okres gospodarczy. Postanowienie umowne mniej korzystne dla francyzobiorcy jest nieważne”. Podtrzymać należy jednak postulat (odniesiony do art. 773¹⁰ Projektu 1), że konieczne jest jednak doprecyzowanie omawianej regulacji, w szczególności poprzez wskazanie, czy przychód ma ulec jakimkolwiek zmniejszeniu, czy (jak w art. 700 k.c.) zmniejszeniu znacznemu⁴³. Co do relacji między tym przepisem a możliwością wypowiedzenia umowy przez francyzodawcę w przypadku braku zapłaty opłaty bieżącej zob. pkt 7.5.

⁴¹ I NSK 89/18, LEX nr 2727399. Warto podkreślić, że sąd apelacyjny ponownie orzekający w sprawie obniżył zasadzoną karę pieniężną do kwoty 50 000 zł, stosując wytyczne zawarte w art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.; dalej u.o.k.k.), i wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, w tym niewielką szkodliwość zakwestionowanej praktyki, jej bardzo małe oddziaływanie oraz brak pryncypialnego podejścia powoda do reguły stosowania cen sztywnych. Odrębnej analizy wymaga jednak to, czy takie podejście do problemu jest zasadne. Chodzi tu zwłaszcza o argument „braku pryncypialnego podejścia” do stosowania umowy. Zob. też A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013/7(2), s. 68–69.

⁴² Zob. art. 6.772. ust. 4. litewskiego kodeksu cywilnego: „*Conditions of a contract of franchise prohibited by the Competition law shall be invalid, in particular such conditions by virtue of which: 1) the franchiser shall have the right to determine the prices, or their lower limit, of the goods produced or work fulfilled, or services rendered by the franchisee; 2) the franchisee shall have the right to sell goods, fulfil work or render services exclusively to a certain category of purchasers (customers) or exclusively to purchasers (customers) residing on the territory determined in the contract of franchise*” (Nieważne są postanowienia umowy franczyzy zabronione przez prawo konkurencji, w szczególności takie, na mocy których: 1) francyzodawca ma prawo ustalać ceny lub ich dolną granicę na produkowane towary lub wykonane prace, lub usługi świadczone przez francyzobiorcę; 2) francyzobiorca ma prawo sprzedawać towary, wykonywać pracę lub świadczyć usługi wyłącznie określonej kategorii nabywców [klientów] lub wyłącznie nabywcom [klientom] zamieszkałym na terytorium określonym w umowie franczyzy).

⁴³ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 158.

Zgodnie z art. 17 Projektu 2 „Na zabezpieczenie roszczeń organizatora sieci z umowy franczyzy nie można wystawić, poręczyć ani indosować weksla ani czeku na zlecenie”. Proponowane brzmienie tego przepisu odpowiada art. 773¹² Projektu 1. Regulację tę należy uznać za słuszną⁴⁴.

Regulacja proponowana w art. 18 Projektu 2 to odpowiednik art. 773² Projektu 1 – znacznie rozbudowany i skonkretyzowany. W Projekcie 2 trafnie rozdzielono koszty związane z rozpoczęciem działalności franczyzowej od kosztów ponoszonych przez franczyzobiorcę w toku trwania umowy. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Projektu 2, „Jeżeli organizator sieci wymaga, aby franczyzobiorca poniósł na swój koszt określone nakłady celem rozpoczęcia działalności franczyzowej, ich rodzaj i wielkość powinny być dokładnie określone w umowie, a jeżeli byłoby to niemożliwe lub znacznie utrudnione, umowa powinna określać ich rodzaj i szacunkową wielkość. Postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne”. Nie jest jednak jasne, co oznacza postanowienie, zgodnie z którym umowa powinna określać szacunkową wielkość, a w szczególności – jakie są skutki, gdy ta szacunkowa wielkość okaże się zaniżona. Wydaje się, że ten fragment proponowanej regulacji powinien zostać usunięty, gdyż koszty takie franczyzodawca powinien jednoznacznie określić, zaś franczyzobiorca nie powinien być obciążony obowiązkiem ponoszenia kosztów dodatkowych, tj. nieokreślonych w umowie. Możliwe jest bowiem takie skoordynowanie w czasie zawierania umowy franczyzy oraz umów (podpisywanych przez franczyzobiorcę; lub franczyzodawcę – różnie to bowiem wygląda w praktyce) dotyczących np. wykończenia lokalu czy wykonania mebli, by koszty te były znane w chwili zawierania umowy franczyzy.

Dużo trudniejsze jest uregulowanie kwestii kosztów ponoszonych podczas obowiązywania umowy. Zgodnie z art. 18 ust. 2 Projektu 2 „Umowa powinna określać zasady ponoszenia nakładów przez franczyzobiorcę w czasie trwania umowy, a jeżeli jest możliwe określenie ich rodzaju i szacunkowej wielkości, to powinna je określić”. Koszty ponoszone w czasie trwania umowy to przede wszystkim remonty czy zmiany aranżacji lokalu. Oczywiście jest, że takie działania są konieczne w celu m.in. dostosowania się do potrzeb klienta, zwiększenia rozpoznawalności marki, wprowadzenia nowych rozwiązań technologicznych. Trafne jest również zagwarantowanie, by franczyzobiorca miał możliwość dokonania amortyzacji nakładów przed zakończeniem umowy, a o ile to nie nastąpi, by franczyzodawca miał obowiązek odkupienia od niego wyposażenia lokalu. Jak się wydaje, w tym właśnie kierunku zmierza proponowany art. 18 ust. 3 Projektu 2 („Umowa powinna określać zasady rozliczania poniesionych przez franczyzobiorcę nakładów”), jednak wskazane jest jego doprecyzowanie. W Projekcie 2, a także w Projekcie 1, nie zawarto obowiązku wykupu wyposażenia przez franczyzodawcę, co wymaga uzupełnienia. Jest to oczywiście jedno z możliwych rozwiązań. Jak bowiem wskazano w uzasadnieniu Projektu 2, „Jednocześnie niezbędna byłaby ochrona interesów franczyzobiorcy

⁴⁴ Na temat problemu zabezpieczeń w umowie franczyzy zob. szerzej: B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 135–136.

w zamortyzowaniu się poniesionych przez niego nakładów na wypadek wypowiedzenia umowy przez organizatora sieci. Projekt stara się rozwiązać ten problem przez konstrukcję dłuższych okresów wypowiedzenia w przypadku, gdy wypowiadającym umowę jest organizator sieci”.

W Projekcie 2 zaznaczono, że postanowienie umowne mniej korzystne dla franczyzobiorcy jest nieważne, natomiast w Projekcie 1 (art. 773²) zawarto zapis, że „Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne”. Propozycja zawarta w Projekcie 2 to rozwiązanie lepsze⁴⁵, jednak powstaje pytanie, czy stanowi rzeczywistą ochronę franczyzobiorcy. Ponadto nie przewiduje sytuacji, gdy umowa nie określa wysokości nakładów, a tylko zobowiązanie do ich poniesienia. Ochrona franczyzobiorcy mogłaby polegać na ustaleniu przykładowo przez sąd właściwego poziomu tych kosztów zgodnie z zasadami rynkowymi (ewentualnie można rozważyć zastąpienie nieskutecznego postanowienia umowy na podstawie art. 56 k.c. postanowieniem uwzględniającym interesy obu stron)⁴⁶, jednak takie rozwiązanie byłoby problematyczne – z uwagi na czas rozstrzygnięcia przez sąd ewentualnego sporu. Tym samym regulacja ta wymaga dalszej analizy i przemyślenia – zwłaszcza w zakresie sankcji za jej naruszenie.

7.3. Ochrona tajemnicy franczyzowej

Zasady dotyczące ochrony tajemnicy franczyzowej określono w art. 19 Projektu 2. Jest to regulacja znacznie rozbudowana i bardziej szczegółowa w porównaniu do tej zawartej w art. 773⁸ § 2 Projektu 1. Definicję tajemnicy franczyzowej zawarto w art. 19 ust. 3 Projektu 2, zgodnie z którym „Przez tajemnicę franczyzową rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne organizatora sieci lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, niezbędne do prowadzenia działalności franczyzowej, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób (wyjąwszy innych uczestników sieci franczyzowej), co do których organizator sieci podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności i które zostały na podstawie umowy udostępnione franczyzobiorcy”. Zgodnie zaś z art. 19 ust. 1 Projektu 2 „Na zasadach wskazanych w umowie franczyzobiorca obowiązany jest do nieujawniania i zachowania dla siebie tajemnicy franczyzowej udostępnionej przez organizatora sieci. Umowa określa zasady udostępniania tajemnicy franczyzowej osobom trzecim, z pomocą których franczyzobiorca wykonuje działalność franczyzową”. Obowiązek zachowania tajemnicy franczyzowej trwa także przez 5 lat po ustaniu umowy, o ile strony nie zastrzegły innego terminu (art. 19 ust. 2 Projektu 2), zaś franczyzobiorca ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikającą z naruszenia tajemnicy franczyzowej (art. 19 ust. 5 Projektu 2).

⁴⁵ Zob. uwagi dot. celowości wprowadzania sankcji nieważności: B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 153–154 i literatura tam powołana.

⁴⁶ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 153–154.

Proponowany kształt ewentualnej regulacji należy uznać za trafny; w szczególności okres 5 lat wydaje się rozsądny. Dobrym rozwiązaniem jest też ujęcie zagadnienia tajemnicy franczyzowej w odrębnym przepisie. Pozytywnej oceny wymaga także obowiązek uregulowania w umowie franczyzy zasad udostępniania tajemnicy franczyzowej osobom trzecim, z pomocą których franczyzobiorca wykonuje działalność franczyzową. Dzięki temu obie strony wiedzą, jak w tym bardzo delikatnym obszarze mogą (powinny) się zachowywać. Nie do końca jasne jest natomiast znaczenie art. 19 ust. 4 Projektu 2, zgodnie z którym „Dla uniknięcia wątpliwości organizator sieci powinien w sposób zrozumiały dla franczyzobiorcy określić granice dla informacji podlegających tajemnicy franczyzowej”. Zapis ten wymaga doprecyzowania. Można jednak zadać pytanie, czy – biorąc pod uwagę, że w przepisach k.c. o umowie agencyjnej brak jest podobnej regulacji – w przypadku umowy franczyzy jest ona konieczna.

7.4. Kontrola franczyzobiorcy oraz przeniesienie praw z umowy franczyzy

Proponowany art. 20 Projektu 2 stanowi odpowiednik art. 773⁸ Projektu 1. Zgodnie z art. 20 ust. 1 Projektu 2, „O ile strony umowy nie postanowią inaczej, bez zgody organizatora sieci franczyzobiorca nie może praw z umowy franczyzy przenieść na inną osobę, wnieść tytułem wkładu do spółki lub wykonywać ich z nową osobą”. Stosownie zaś do ust. 2 „W braku odmiennej umowy franczyza wygasa z chwilą śmierci franczyzobiorcy”. Tym samym aktualne pozostają uwagi poczynione w odniesieniu do Projektu 1⁴⁷. W szczególności trafna jest regulacja przewidująca (co do zasady – bowiem strony mogą tę kwestię uregulować odmiennie) wygaśnięcie umowy w przypadku śmierci franczyzobiorcy⁴⁸. W sytuacji śmierci franczyzodawcy takie rozwiązanie byłoby zbyt daleko idące.

Zgodnie z art. 22 Projektu 2 „Organizator sieci może w każdym czasie – sam lub przez osobę trzecią – przeprowadzić kontrolę działalności franczyzobiorcy, a także żądać od franczyzobiorcy niezwłocznego udostępnienia informacji i danych o jego działalności w takim zakresie, w jakim strony określiły to w umowie”. Postanowienie to jest odpowiednikiem art. 773¹³ Projektu 1. Zasadne jest podkreślenie, że prawo żądania informacji przysługuje franczyzodawcy wyłącznie w takim zakresie, jak ustalono w umowie. Franczyzobiorca powinien bowiem wiedzieć, do czego jest zobowiązany. Wydaje się, że również w odniesieniu do prawa do kontroli znajduje

⁴⁷ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 156–157.

⁴⁸ Zob. odmienna regulacja w litewskim kodeksie cywilnym – art. 6.777 ust. 2: „*In the event of the death of the franchiser or the franchisee, their rights and duties under the contract of franchise shall pass to the heir on condition that he is an entrepreneur and continues the business or starts the business within six months from the date of opening the inheritance. Otherwise, the contract of franchise shall terminate. The effectuation of the rights and performance of the duties of the deceased under the contract of franchise before the acceptance of these rights and duties by the heir shall be executed by the property administrator appointed by the court*” (W razie śmierci franczyzodawcy lub franczyzobiorcy ich prawa i obowiązki wynikające z umowy franczyzy przechodzą na spadkobiercę pod warunkiem, że jest on przedsiębiorcą i kontynuuje lub rozpocznie działalność gospodarczą w ciągu sześciu miesięcy od dnia otwarcia spadku. W przeciwnym razie umowa franczyzy wygasa. Wykonanie praw i obowiązków zmarłego wynikających z umowy franchisingu przed przyjęciem tych praw i obowiązków przez spadkobiercę dokonuje zarządca majątku wyznaczony przez sąd).

zastosowanie zasady, iż jej zakres ma zostać określony w umowie, jednak należałoby tę kwestię jednoznacznie wyjaśnić (obecnie można by bowiem argumentować, że sformułowanie „w zakresie, w jakim strony określiły to w umowie” odnosi się wyłącznie do obowiązku przekazywania informacji, ale już nie do kontroli). Podtrzymać też należy postulat, zgodnie z którym słusznym jest obligatoryjne określenie w umowie maksymalnej częstotliwości kontroli dokonywanych przez franczyzodawcę – bowiem częste (zbyt częste) ich przeprowadzenie mogłoby skutkować zakłóceniami w działalności franczyzobiorcy⁴⁹.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 Projektu 2: „Jeżeli ustawa lub umowa nie stanowią inaczej, organizator sieci którego franczyzobiorca stworzył utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w wyniku wykonywania działalności franczyzowej, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy i zgodnego zamiaru stron”. Stosownie zaś do ust. 2: „Jeżeli organizator sieci będzie wykorzystywał utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w celach zarobkowych franczyzobiorcy należy się odpowiednie wynagrodzenie”. Regulacja taka jest co do zasady celowa i potrzebna. Przekonuje uzasadnienie Projektu 2, w którym wskazano: „Projekt wychodzi z następującego założenia: (aa) gospodarczo korzystniejszym wariantem będzie nabycie autorskich praw majątkowych przez organizatora sieci, gdyż to pozwoli na rozwój całej sieci franczyzowej i wdrożenie ulepszenia u wszystkich pozostałych kontrahentów organizatora sieci, (bb) franczyzobiorca powinien jednak otrzymać stosowne wynagrodzenie, (cc) jakkolwiek regulacja powinna być dyspozytywna”. Oczywiście oceny będzie każdorazowo wymagało ustalenie, co to jest „odpowiednie wynagrodzenie”, zaś w razie sporu kwestię tę będzie badał sąd. Wydaje się jednak, że celowym jest jeszcze szersza analiza i przemyślenie, czy zawarte w Projekcie 2 sformułowanie „stworzył utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w wyniku wykonywania działalności franczyzowej” jest trafne. Wątpliwości bowiem budzi to, czy – po pierwsze – samo stworzenie utworu spełnia już tę przesłankę, czy też dodatkowo konieczne jest „ulepszenie” (spójnik „a” świadczy o koniunkcji?)⁵⁰, oraz – po drugie – co oznacza zwrot „w wyniku wykonywania działalności franczyzowej”. Czy franczyzobiorca musi tę przesłankę wykazać, zaś franczyzodawca może się bronić argumentem, że dane ulepszenie franczyzobiorca co prawda stworzył, ale nie było to w związku z działalnością franczyzową? Wydaje się, że takie postawienie sprawy nie byłoby zasadne i stanowi zbyt daleko idące ograniczenie praw franczyzobiorcy.

W praktyce wątpliwości może budzić stosowanie art. 23 ust. 2 Projektu 2, bowiem na franczyzobiorcy będzie spoczywał ciężar dowodu co do – po pierwsze

⁴⁹ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 159.

⁵⁰ W istocie zagadnienie jest niezwykle obszerne i dotyczy zakresu ochrony prawnoautorskiej; zob. E. Traple, *Prawo autorskie nie może służyć ochronie idei jako takiej. Glosa do wyroku SN z dnia 3 lutego 2017 r., II CSK 400/16*, „Glosa” 2017/3, s. 89–90; M. Krawczyk, *Ochrona prawna procesów biznesowych w prawie własności intelektualnej*, Warszawa 2023, s. 167 i n. – autorka w odniesieniu do ww. wyroku SN podkreśla, że „Wskazany wyrok stanowi jaskrawy przykład błędnej interpretacji zakresu pojęcia utworu w świetle ubiegania się o ochronę koncepcji gospodarczej, która wykazuje duży ekonomiczny potencjał”.

– wykorzystania utworu i – po drugie – co do tego, że następuje to w celach zarobkowych. Powstaje więc pytanie, czy regulacja zawarta w art. 248 Kodeksu postępowania cywilnego⁵¹ będzie w tym zakresie wystarczająca dla francyzobiorcy jako podstawa uzyskania przez niego koniecznych informacji.

7.5. Czas trwania umowy oraz jej wypowiedzenie

Zgodnie z art. 24 Projektu 2 „Umowę franczyzy zawartą na czas dłuższy niż dwadzieścia lat poczytuje się po upływie tego terminu za zawartą na czas nieoznaczony, chyba że umowa przewiduje opcję jej przedłużenia na kolejny określony okres czasu i obie strony skorzystają z tej opcji”. Jest to odpowiednik proponowanego w Projekcie 1 art. 773⁷, jednak 10 lat zmieniono na 20. Okres 10 lat wydaje się natomiast bardziej zasadny. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano: „Umowa franczyzy zawarta na czas określony może być rozwiązana przed upływem terminu jej obowiązywania tylko w sytuacjach wyjątkowych. Po upływie 20 lat strony powinny mieć większą swobodę w jej ewentualnym wypowiedzeniu. Strony mogą zawrzeć umowę na czas oznaczony krótszy niż 20 lat. Okres 20 lat wydaje się być odpowiedni z uwagi na «inwestycyjny» charakter franczyzy. Umowa może być przedłużona na dalszy zamknięty okres czasu. Projekt zakłada dyspozytywność tej normy prawnej”. Kwestia ta wymaga konsultacji zarówno z francyzodawcami, jak i francyzobiorcami.

Przypadki, w których francyzodawca może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym umowę zawartą na czas oznaczony lub na czas nieoznaczony, zostały określone w art. 25 Projektu 2. Może to więc nastąpić, „jeżeli:

1. francyzobiorca nie podjął działalności gospodarczej albo trwale zaprzestał jej prowadzenia;
2. francyzobiorcy zakazano prowadzenia działalności gospodarczej na mocy prawomocnego orzeczenia sądu;
3. francyzobiorca utracił pełną zdolność do czynności prawnych;
4. francyzobiorca pomimo upomnienia organizatora sieci nadal rażąco narusza istotne postanowienia umowy franczyzy;
5. francyzobiorca zalega wobec organizatora sieci z zapłatą wynagrodzenia za dwa pełne okresy płatności;
6. została ogłoszona upadłość francyzobiorcy;
7. zachowanie francyzobiorcy w sposób rażący i uporczywy narusza prawo albo wywołuje poważne zgorszenie publiczne, a francyzobiorca nie zaprzestał tego zachowania pomimo wezwania ze strony organizatora sieci”.

Proponowane postanowienie odpowiada art. 773¹⁴ Projektu 1, jednak katalog sytuacji, w których możliwe jest wypowiedzenie umowy, został znacznie rozbudowany. Mimo to wskazane jest uzupełnienie i doprecyzowanie pkt 4, 5 oraz 7 w art. 25 Projektu 2 poprzez wprowadzenie wymogu wcześniejszego pisemnego

⁵¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

wezwania (zwłaszcza, że taka regulacja została zawarta w art. 26 pkt 3 Projektu 2 – zob. niżej) oraz wyznaczenia co najmniej 14-dniowego terminu do zaprzestania naruszeń bądź do zapłaty. W odniesieniu do pkt 2 celowe jest rozważenie zmiany na 3 pełne okresy płatności oraz wyłączenie możliwości stosowania tego postanowienia w odniesieniu do okresów płatności, co do których francyzobiorca żąda zmniejszenia płatności na podstawie projektowanego art. 16 ust. 2 Projektu 2 (zob. wyżej pkt 7.2.). W przypadku braku sporu między stronami zmniejszenie opłaty nastąpi na podstawie umowy zmieniającej umowę franczyzy. Natomiast w razie braku porozumienia francyzobiorca zmuszony będzie wystąpić na drogę postępowania cywilnego, a ostatecznie o wysokości opłaty przesądzi dopiero prawomocny wyrok⁵². Tym samym w toku postępowania sądowego możliwość wypowiedzenia umowy na podstawie art. 25 ust. 5 Projektu 2 powinna zostać wyłączona (innymi słowy, zaległości z tego tytułu nie powinno się wliczać do kwoty zaległości, o której mowa w tym przepisie).

Analizy wymaga również uzupełnienie ww. podstaw wypowiedzenia umowy przez francyzodawcę (ale i francyzobiorcę – zgodnie z art. 26 Projektu 2; zob. niżej) w przypadku wszczęcia wobec francyzobiorcy postępowania w trybie ustawy z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne⁵³ (art. 2). Rozwiązanie przyjęte w projektowanej ustawie powinno być spójne z regulacją Prawa restrukturyzacyjnego (zob. m.in. art. 247) i wspierać proces restrukturyzacji, a nie uniemożliwiać go. Warto tu wskazać na art. 298 Prawa restrukturyzacyjnego, który daje zarządcy prawo do odstąpienia od umowy⁵⁴. Powstaje natomiast pytanie, czy druga strona umowy franczyzy również powinna mieć takie prawo. Odpowiedź na to pytanie wymaga kompleksowej analizy

⁵² Należy się zgodzić ze stanowiskiem, według którego w znaczeniu materialnoprawnym dzierżawcy (tu: francyzobiorcy) przysługuje roszczenie o zawarcie umowy zmieniającej umowę franczyzy (zmiana postanowienia umownego w zakresie uiszczania opłaty), a w znaczeniu procesowym treścią jego roszczenia jest stwierdzenie obowiązku złożenia oświadczenia woli w rozumieniu art. 64 k.c. Jest to więc powództwo o zobowiązanie pozwanego do złożenia oświadczenia woli określonej treści – J. Mucha, A. Suchoń, *Realizacja uprawnień dzierżawcy gruntów rolnych w razie zmniejszenia przychodu z przedmiotu dzierżawy (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2010/1(6), s. 182. Trafnie wskazuje Aneta Suchoń, że „Nie można jednak pomijać kształtującej natury wyroku sądu w tego rodzaju sprawach, co przemawiałoby za nadaniem rozważanemu powództwu charakteru powództwa o ukształtowanie stosunku prawnego, z zastrzeżeniem jednak, że ukształtowanie to przybierałoby postać zmiany w zakresie istniejącego stanu prawnego (tak SN w post. z 14.11.1997 r., II CKN 385/97, Legalis; zob. także w post. SN z 7.11.1997 r., III CKN 252/97, Prok. i Pr. 1998, Nr 4, s. 33 oraz post. SN z 22.12.1997 r., III CZ 104/97, Prok. i Pr. 1999, Nr 6, s. 30; J. Mucha, A. Suchoń, *Realizacja uprawnień dzierżawcy*, s. 177–203) – A. Suchoń, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, *Komentarz*. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 700 k.c., nb 6.

⁵³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2309.

⁵⁴ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 298, nb 6: „Przepis art. 298 PrRestr ma zastosowanie także do umów wzajemnych, w których świadczenie jednej ze stron ma charakter ciągły. W takim wypadku bowiem świadczenie tej strony należy uważać za wykonane z chwilą rozpoczęcia świadczenia ciągłego. Tego typu umowy (dostawa wody, energii, gazu, odbiór nieczystości, ale również najem lub dzierżawa) wiążą zatem obie strony do chwili ich wypowiedzenia w trybie umownym przez zarządcę lub drugą stronę, a należności przypadające za okres po otwarciu postępowania sanacyjnego zalicza się do kosztów postępowania sanacyjnego. W wypadku jednak gdy ich kontynuowanie nie jest dla masy sanacyjnej korzystne ekonomicznie, zarządca za zezwoleniem sędziego-komisarza może od nich odstąpić także wtedy, gdy zgodnie z umową byłoby to niedopuszczalne”.

skutków wszczęcia postępowań w trybie Prawa restrukturyzacyjnego, co wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Artykuł 26 Projektu 2 reguluje natomiast sytuacje, w których to franczyzobiorca może wypowiedzieć umowę zawartą na czas oznaczony lub nieoznaczony:

„1. informacje podane przez organizatora sieci w prospekcie informacyjnym były nierzetelne, niepełne albo nieprawdziwe, a jednocześnie dotyczyły spraw mających istotne znaczenie, które uzasadniają założenie, że gdyby franczyzobiorca był należycie poinformowany, to do umowy by nie przystąpił i nie upłynął okres dziesięciu dni od powzięcia o tym wiedzy przez franczyzobiorcę i okres sześciu miesięcy od dnia zawarcia umowy;

2. wskutek okoliczności, za które franczyzobiorca odpowiedzialności nie ponosi i które nie dotyczą jego osoby, dalsze wykonywanie umowy franczyzy miałoby bezpośredni i oczywisty wpływ na powstanie stanu niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością franczyzobiorcy;

3. organizator sieci pomimo **pisemnego** upomnienia nadal rażąco narusza istotne postanowienia umowy franczyzy;

4. została ogłoszona upadłość organizatora sieci”.

Przepis ten stanowi odpowiednik regulacji zawartej w art. 773¹⁵ Projektu 1. Propozycję zawartą w art. 25 pkt 1 Projektu 2 należy ocenić pozytywnie. Powstaje jednak pytanie, czy ograniczenie czasowe przewidziane w art. 26 pkt 1 Projektu 2, tj. okres 10 dni od powzięcia wiedzy przez franczyzobiorcę i okres 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jest zasadne. O ile termin 6 miesięcy można uznać za rozsądny, o tyle termin 10 dni jest zdecydowanie za krótki. Oczywiście stosunki kontraktowe wymagają pewności, jednak nie można zapominać, że wypowiedzenie następuje w analizowanym przypadku na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi franczyzodawca. W przypadku błędu strona ma aż rok na podjęcie decyzji (art. 88 k.c.). Niewątpliwie franczyzobiorca potrzebuje więcej czasu na podjęcie tak istotnej decyzji. Termin 3 miesięcy wydaje się tu akceptowalny⁵⁵.

Propozycję z pkt 3 w art. 26 Projektu 3 należy uznać za zasadną, jednak wymaga ona uzupełnienia w taki sposób, by brzmienie było symetryczne z postanowieniem art. 25 Projektu 2, a więc przykładowo: „organizator sieci pomimo pisemnego upomnienia i wyznaczenia co najmniej 14-dniowego terminu do zaprzestania naruszeń nadal rażąco narusza istotne postanowienia umowy franczyzy” (zob. uwagi wyżej). Uzupełnienie tej regulacji w porównaniu do art. 773¹⁵ pkt 2 Projektu 1 o słowo „istotne” wydaje się trafne.

W Projekcie 2 przewidziano jeszcze jeden przypadek wypowiedzenia umowy przez franczyzobiorcę. Mianowicie, zgodnie z art. 28, „Jeżeli franczyzobiorca jest osobą fizyczną i w sposób nieprzewidziany w chwili zawarcia umowy doznał obiektywnej przeszkody, która w sposób trwały uniemożliwia mu bądź w stopniu znacznym utrudnia prowadzenie działalności franczyzowej, wówczas może on wypowiedzieć umowę franczyzy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu

⁵⁵ Zob. przypis 28 i terminy zawarte w przytoczonym tam art. 8 ust. 2 *Model Franchise Disclosure Law*.

wypowiedzenia, choćby umowa była zawarta na czas oznaczony". Co do zasady propozycję tę można ocenić jako zasadną, jednak niewątpliwie jest to regulacja o charakterze wyjątkowym, która nie powinna być nadużywana czy stosowana w sposób nieprzemyślany. W wyjątkowych losowych okolicznościach franczyzodawca powinien mieć możliwość „wyjścia” z umowy franczyzy. Takie rozwiązanie powinno jednak uwzględniać także interesy franczyzodawcy. Należy też pamiętać, że zgodnie z proponowanym art. 26 pkt 2 Projektu 2 franczyzobiorca może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym, gdy wskutek okoliczności, za które franczyzobiorca nie ponosi odpowiedzialności i które nie dotyczą jego osoby, dalsze wykonywanie umowy franczyzy miałoby bezpośredni i oczywisty wpływ na powstanie stanu niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością franczyzobiorcy. Artykuł 28 Projektu 2 stanowi więc uzupełnienie tej regulacji i – jak się wydaje – dotyczy przyczyn o charakterze subiektywnym i (?) pozaekonomicznym (np. długotrwała choroba).

Biorąc pod uwagę regulację zawartą w prawie litewskim⁵⁶, zgodnie z którą umowa franczyzy wygasa, gdy franczyzodawca traci uprawnienie do posługiwania się firmą bądź znakiem towarowym, należy się zastanowić nad wprowadzeniem podobnej regulacji. Taki zapis powodowałby, że wypowiedzenie nie jest konieczne. Jest to rozwiązanie proste, a zarazem bardzo trafne. Można je rozważyć w przypadku ogłoszenia upadłości jednej ze stron umowy⁵⁷ (bądź dać im prawo wypowiedzenia umowy – jak proponuje się w Projekcie 2). Podkreślenia wymaga to, że zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe⁵⁸ umowa agencyjna wygasa z dniem ogłoszenia upadłości jednej ze stron. Jak podkreśla się w literaturze, „Agent działa w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa, za wynagrodzeniem, a wzajemne stosunki stron opierają się na zaufaniu. Z tego względu zasadne jest, aby w razie upadłości którejkolwiek ze stron umowy agencyjnej umowa ta wygasła – nie sposób przyjąć, iż do syndyka strona będzie miała to samo zaufanie, którym darzyła swojego kontrahenta. Kontynuowanie umowy agencyjnej pozostaje zresztą w sprzeczności z celem postępowania upadłościowego, którym jest likwidacja majątku dłużnika”⁵⁹. Dokładnie taka argumentacja dotycząca istoty zaufania między stronami pozostaje aktualna w odniesieniu do umowy franczyzy.

Regulacja zawarta w art. 27 Projektu 2 stanowi odpowiednik art. 773¹⁶ Projektu 1. Między propozycjami zawartymi w Projekcie 1 oraz 2 zachodzą duże różnice. Po pierwsze, w Projekcie 2 odrębnie określono terminy wypowiedzenia dla franczyzobiorcy i dla franczyzodawcy (takiego rozróżnienia nie było w Projekcie 1). Po drugie, w Projekcie 2 brak rozwiązania zawartego w art. 773¹⁶ § 3: „W przypadku

⁵⁶ Artykuł 6.776 ust. 3 litewskiego kodeksu cywilnego: *„In the event where the franchiser is deprived of the right to the firm name or a trade (service) mark without a replacement thereof by a new analogous right, the contract of franchise shall terminate”* (W przypadku pozbawienia franczyzodawcy prawa do firmy lub znaku towarowego [usługowego] bez zastąpienia ich nowym analogicznym prawem umowa franczyzy wygasa).

⁵⁷ Zob. art. 6.776 ust. 4 litewskiego kodeksu cywilnego; ustawa stanowi o „wszczęciu postępowania upadłościowego”.

⁵⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1520 ze zm.

⁵⁹ P. Zimmerman, *Prawo...*, komentarz do art. 103, nb 1.

wypowiedzenia umowy franczyzy przez organizatora sieci przed zamortyzowaniem nakładów poniesionych przez franczyzobiorcę organizator sieci winien wyrównać franczyzobiorcy powstały uszczerbek. Nie dotyczy to wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn dotyczących franczyzobiorcy. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne”.

Usunięcie tego postanowienia nie jest zrozumiałe – nie zawsze przecież amortyzacja nastąpi w terminie 6 miesięcy (bo taki okres wypowiedzenia stosuje się w Projekcie 2). Tak więc samo zróżnicowanie długości terminów wypowiedzenia nie rozwiązuje tego problemu. Analizy wymaga także kwestia, czy w przypadku, gdy umowa franczyzy przykładowo obowiązuje ponad 10 lat, termin wypowiedzenia nie powinien być roczny. Omawiana tu regulacja stanowi przecież *lex specialis* w stosunku do art. 365¹ k.c., na którego gruncie np. w odniesieniu do umowy dystrybucji przyjmuje się, że termin wypowiedzenia zwyczajowo należy określać w zależności od tego, jak długo strony łączy umowa (przy założeniu, że 1 rok obowiązywania umowy to 1 miesiąc wypowiedzenia itd.)⁶⁰.

Artykuł 29 Projektu 2 stanowi odpowiednik art. 773¹⁷ Projektu 1. Zgodnie z art. 29 ust. 1 „Po ustaniu umowy franczyzobiorca jest obowiązany do zwrotu przedmiotów otrzymanych od organizatora sieci i nie może korzystać z własności intelektualnej i własności przemysłowej organizatora sieci ani ze szczególnej koncepcji i techniki prowadzenia działalności gospodarczej uzyskanej od organizatora sieci”. Stosownie zaś do ust. 2: „O ile strony nie postanowią inaczej, franczyzobiorca nie może bezpośrednio ani nawet pośrednio prowadzić działalności konkurencyjnej względem organizatora sieci ani w jakikolwiek sposób uczestniczyć w prowadzeniu takiej działalności przez trzy lata po ustaniu umowy. Franczyzobiorcy nie przysługuje od organizatora sieci odszkodowanie z tytułu powstrzymywania się od działalności konkurencyjnej”. Wreszcie, zgodnie z ust. 3, „Franczyzobiorca ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikającą z naruszenia zakazu konkurencji”.

Szczególnie duże znaczenie w proponowanej regulacji ma ust. 2 – w brzmieniu nadanym w Projekcie 2 znacznie bardziej ogranicza ona możliwości działania franczyzobiorcy po zakończeniu umowy, bowiem zakazuje mu prowadzenia działalności konkurencyjnej nie tylko bezpośrednio, lecz także pośrednio. Oczywiście określenie takie może budzić wątpliwości, jednak jasnym jest, na czym polega cel tego postanowienia – ochrona interesów franczyzodawcy. Rozwiązanie takie należy ocenić jako trafne. Analizy wymaga ewentualnie to, czy okres 3 lat jest adekwatny (czy nie za długi) oraz czy nie warto rozróżnić zakazu prowadzenia działalności antykonkurencyjnej od zakazu używania i ujawniania *know-how* (który mógłby być nawet bezterminowy)⁶¹. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii, jak trafnie wskazuje Antoni Bolecki, wydaje się, że z cywilistycznego punktu widzenia zakaz wykorzystania *know-how* powinien być jednak ograniczony racjonalnym terminem (nie krótszym od

⁶⁰ A. Kappes, W. Kocot, M. Romanowski, [w:] *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 277–278; w prawie austriackim – zob. J. Wolff, [w:] *Termination of franchising and distribution agreements in EU*, red. A. Venezia, Milano 2018, s. 48.

⁶¹ Zob. jednak A. Bolecki, *Cechy...*, s. 73.

czasu, w którym *know-how* pozostaje strzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa) – z uwagi na regulację art. 365¹ k.c., który sprzeciwia się kreowaniu i trwaniu stosunków zobowiązaniowych „po wsze czasy”⁶².

8. Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców

Do ujętych w rozdziale 4 Projektu 2 propozycji zakazu praktyk naruszających interesy franczyzobiorców należy się odnieść krytycznie⁶³. Warto przypomnieć, że w Projekcie 1 zaproponowano, by przepisy te wprowadzić do u.o.k.k. do nowego działu IV¹ „Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców”. Jeżeli w ogóle przepisy takie miałyby zostać wprowadzone, to powinno to nastąpić w u.o.k.k., a nie w osobnej ustawie. Należy jednak postawić zasadnicze pytanie, czy faktycznie takie przepisy są potrzebne. Ich wprowadzenie w naturalny sposób skutkować bowiem będzie zadaniem pytania o konieczność regulacji zbiorowych interesów innych grup przedsiębiorców – agentów czy stron umowy dystrybucyjnej. Aktualne pozostają tu wątpliwości: Czy na pewno jest to właściwy kierunek zmian? Czy na pewno nie zahamuje on rozwoju franczyzy? I wreszcie – czy na pewno Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ma już obecnie wystarczających instrumentów w ręku, by zwalczać negatywne praktyki na rynku?

9. Przepisy intertemporalne

Zakres czasowy zastosowania ustawy określony został w art. 32 Projektu 2. Zgodnie z ust. 1 „Ustawa ma zastosowanie także do umów zawartych przed jej wejściem w życie”. Według ust. 2 „Organizator sieci nie ma obowiązku przedstawienia prospektu informacyjnego franczyzobiorcy, z którym umowa była zawarta przed dniem wejścia w życie ustawy, w tym także w przypadku wprowadzania zmian do umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy albo przedłużania czasu jej obowiązywania w wykonaniu uprawnienia kształtującego przez jedną ze stron albo w inny sposób”. W uzasadnieniu Projektu 2 wskazano: „Projekt zakłada, że ustawa ma zastosowanie także do umów zawartych przed jej wejściem w życie. W okresie stosunkowo długiego *vacatio legis* strony powinny odpowiednio dostosować postanowienia umów i regulaminów do zmian wprowadzonych przez Projekt. Z dniem wejścia w życie ustawy sprzeczne z nią postanowienia umów staną się nieważne. W miejsce nieważnych postanowień wejdą przepisy ustawy”.

Propozycja zastosowania nowej regulacji do umów zawartych przez jej wejściem w życie nie jest wolna od kontrowersji, tym bardziej że chodzi o włączenie umowy nienazwanej, jaką obecnie jest umowa franczyzy, do katalogu umów nazwanych.

⁶² A. Bolecki, *Cechy...*, s. 73.

⁶³ B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 165.

Biorąc pod uwagę to, że umowy franczyzy są zwykle umowami długoterminowymi, stawianie stron w sytuacji takiej, że ustawa działa niejako „wstecz”, budzi zasadnicze wątpliwości i z tego względu proponowana regulacja wymaga przemyślenia. Warto w tym miejscu odwołać się do rozwiązań przyjętych w odniesieniu do umowy leasingu. Otóż zgodnie z art. 1 pkt 1 ustawy z 26.07.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny⁶⁴, którym do Kodeksu cywilnego dodano tytuł XVII¹ „Umowa leasingu”, przepisów ustawy nie stosuje się do umów leasingu zawartych przed dniem jej wejścia w życie. Podobną zasadę zaproponowano w *Model Franchise Disclosure Law* (2002) – w art. 9 (*Temporal Scope of Application* – czasowy zakres zastosowania)⁶⁵. Tym samym – o ile w ogóle przyjąć takie rozwiązanie intertemporalne, jak proponowane w Projekcie 2 – strony niewątpliwie powinny mieć „okres przejściowy”, by wiążące je umowy dostosować do nowych przepisów. W praktyce dostosowywanie to będzie trudne. Otwarte pozostaje pytanie, czy *vacatio legis* będzie tu czasem wystarczającym.

Na koniec tej części rozważań warto również zadać pytanie, czy zmiana przez strony umowy franczyzy zawartej w dotychczasowym stanie prawnym (tj. przed wejściem w życie regulacji dotyczącej umowy franczyzy), która to zmiana nastąpi po wejściu w życie regulacji dot. umowy franczyzy, powinna skutkować stosowaniem nowych przepisów do tej zmienionej umowy. Wydaje się, że możliwa jest jedna taka sytuacja, a mianowicie: zmiana terminu obowiązywania umowy (zob. przypis 65: art. 9 *Model Franchise Disclosure Law*). Oczywiście jest bowiem, że gdyby (wbrew propozycji zawartej w Projekcie 2) przyjąć brak zastosowania nowych przepisów do umów zawartych przed ich wejściem w życie, prostym sposobem na utrwalenie takiego stanu byłoby przedłużanie czasu obowiązywania umowy zawartej wcześniej. Nie stanowiłoby to jednak rozwiązania korzystnego z punktu widzenia całego systemu prawnego i dążenia do ujednolicenia kształtu empirycznego typu umowy, jakim jest umowa franczyzy.

10. Proponowane uzupełnienie planowanej regulacji

Przedmiotowa regulacja wymaga uzupełnień. Porównanie Projektu 1 i 2 z regulacjami franczyzy w innych krajach prowadzi do wniosku, że jest wiele aspektów, które nie zostały objęte w analizowanych projektach, a które mają istotne praktyczne znaczenie. Jeżeli już bowiem wybiera się model pełnej regulacji franczyzy, powinna ona obejmować przede wszystkim te zagadnienia, które nie są uregulowane w ogólnych przepisach prawa zobowiązań, zaś budzą najwięcej wątpliwości.

W Projekcie 2 brakuje regulacji dotyczącej umowy subfranczyzy. Wzorem mogłoby tu być prawo litewskie, które w sposób bardzo konkretny reguluje relację między umową

⁶⁴ Dz.U. z 2000 r. Nr 74, poz. 857.

⁶⁵ Artykuł 9 *Model Franchise Disclosure Law*: „This law applies whenever a franchise agreement is entered into or renewed after the law enters into force” (Niniejsze prawo ma zastosowanie w przypadku zawarcia lub odnowienia umowy franczyzowej po wejściu w życie ustawy).

główną a subfranczyzą⁶⁶. W szczególności trafne jest rozwiązanie, zgodnie z którym zasady zawarcia umowy subfranczyzy powinny zostać określone w umowie głównej.

Brakuje również w Projekcie 2 regulacji dotyczącej (ewentualnej) odpowiedzialności francyzodawcy (solidarnej? subsydiarnej?) w przypadku kierowania przeciwko francyzobiorcy roszczeń związanych z wykonywaniem przez niego umowy franczyzy. W prawie litewskim zaproponowano rozwiązanie, zgodnie z którym francyzodawca ponosi odpowiedzialność pomocniczą za roszczenia dochodzone od francyzobiorcy dotyczące niezgodności z jakością towarów (pracy, usług) sprzedawanych przez francyzobiorcę na podstawie umowy franczyzy (art. 6.773 ust. 1)⁶⁷. Natomiast w odniesieniu do roszczeń wnoszonych do francyzobiorcy jako producenta towarów (produktów) francyzodawca ponosi solidarną odpowiedzialność z francyzobiorcą (art. 6.773 ust. 2)⁶⁸. Regulacja taka wzmacnia przede wszystkim pozycję prawną klientów francyzodawców (a pośrednio – francyzobiorców), a w pewnym zakresie (o ile przewiduje odpowiedzialność solidarną) – także francyzobiorców. Kwestia ta wymaga jeszcze rozważenia, a w szczególności analizy wymaga to, czy

⁶⁶ Artykuł 6.768 litewskiego kodeksu cywilnego: „1. A contract of franchise may provide for the right of the franchisee to permit other persons to use the complex of exclusive rights granted to him, or a part of this complex on conditions of sub-franchise. The conditions of the contract of sub-franchise shall have to be indicated in advance in the contract of franchise or agreed later with the franchiser. A contract of franchise may also establish a duty of the franchisee after the contract has been concluded to grant other persons the right to use within a determined period the said rights on conditions of sub-franchise. 2. A contract of sub-franchise may not be concluded for a longer period than the contract of franchise. 3. If a contract of franchise is null and void, a contract of sub-franchise concluded on the basis thereof shall also be null and void. 4. In the event of the dissolution of a fixed-term contract of franchise before the time, the rights and duties of the sub-franchisee under the contract of sub-franchise shall pass to the franchiser if he agrees to accept the rights and duties under the contract of sub-franchise, except in cases when it is otherwise provided for by the contract of franchise. The same rules shall also apply in the event of the dissolution of a contract of franchise of indeterminate term. 5. Unless otherwise provided for by the contract of franchise, the franchisee shall bear subsidiary liability towards the franchiser for the actions committed by the sub-franchisees. 6. The provisions of this Chapter shall be applicable in respect of a contract of sub-franchise unless it arises otherwise from the peculiarities of the sub-franchise” (1. Umowa franczyzy może przewidywać prawo francyzobiorcy do zezwalania innym osobom na korzystanie z przyznanego mu zespołu praw wyłącznych lub części tego zespołu na warunkach subfranczyzy. Warunki umowy subfranczyzy muszą być wcześniej wskazane w umowie franczyzy lub uzgodnione później z francyzodawcą. Umowa franczyzy może również ustanawiać obowiązek francyzobiorcy po zawarciu umowy do przyznania innym osobom prawa korzystania w określonym czasie z tych praw na warunkach subfranczyzy. 2. Umowa subfranczyzy nie może być zawarta na okres dłuższy niż umowa franczyzy. 3. W razie nieważności umowy franczyzy nieważna jest również zawarta na jej podstawie umowa subfranczyzy. 4. W przypadku rozwiązania umowy franczyzy zawartej na czas określony prawa i obowiązki subfrancyzobiorcy wynikające z umowy subfranczyzy przechodzą na francyzodawcę, jeżeli ten wyrazi zgodę na przyjęcie praw i obowiązków na podstawie umowy subfranczyzy, z wyjątkiem przypadków, gdy umowa franczyzy stanowi inaczej. Te same zasady stosuje się również w przypadku rozwiązania umowy franczyzy zawartej na czas nieoznaczony. 5. O ile umowa franczyzy nie stanowi inaczej, francyzobiorca ponosi wobec francyzodawcy pomocniczą odpowiedzialność za czyny popełnione przez subfrancyzobiorców. 6. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do umowy subfranczyzy, chyba że co innego wynika ze specyfiki subfranczyzy).

⁶⁷ „The franchiser shall be subsidiary liable for claims brought to the franchisee concerning the failure of the goods (work, services) sold by the franchisee under the contract of franchise to conform to quality” (Francyzodawca ponosi odpowiedzialność pomocniczą za roszczenia kierowane do francyzobiorcy z tytułu niezgodności jakościowej towarów [działa, usług] sprzedawanych przez francyzobiorcę na podstawie umowy franczyzy).

⁶⁸ „With regard to claims brought to the franchisee as the manufacturer of the goods (products), the franchiser shall be solidarily liable with the franchisee” (W odniesieniu do roszczeń kierowanych do francyzobiorcy jako producenta towarów [produktów] francyzodawca odpowiada solidarnie z francyzobiorcą).

regulacja art. 376 § 1 k.c. powinna tu znajdować zastosowanie, czy konieczne jest inne rozwiązanie. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeśli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych. Wydaje się, że zwłaszcza zasada zawarta w zdaniu drugim tego przepisu powinna wymagać bezwzględnej modyfikacji – nawet w sytuacji, gdy strony w umowie franczyzy nie uregulują tej kwestii. Celowym byłoby, by ostatecznie ciężar roszczeń odszkodowawczych ponosiła w całości bądź części ta strona (franczyzobiorca albo franczyzodawca), której zachowania skutkowały powstaniem szkody. Brak bowiem podstaw, by przykładowo franczyzodawcę obciążać skutkami błędów i zaniedbań franczyzobiorcy.

Analizy wymaga również, czy celowe jest wprowadzanie do polskiego prawa regulacji wzorowanej na art. 6.774 litewskiego kodeksu cywilnego⁶⁹.

Celowym natomiast jest uregulowanie sytuacji, gdy umowa jest poddawana prawu obcemu. Czy, a jeśli tak, to które przepisy prawa polskiego znajdują zastosowanie do takiej umowy? Strony powinny mieć świadomość, w jakim zakresie prawo przez nie wybrane nie znajdzie zastosowania⁷⁰. Przypomnienia bowiem wymaga to, że samo wskazanie w treści przepisu, iż ma on charakter bezwzględnie obowiązujący, nie jest wystarczające. Nie każda norma bezwzględnie obowiązująca jest przecież normą wymuszającą swoje zastosowanie⁷¹.

Wzorem mogłaby tu być regulacja włoska – zgodnie z art. 9 ust. 1 „Przepisy niniejszej ustawy stosuje się do wszystkich handlowych umów zrzeczenia zawartych na terytorium Państwa w dniu wejścia w życie ustawy”⁷² – bądź niderlandzka – zgodnie

⁶⁹ „1. The franchisee who has duly performed his duties under a contract of franchise shall have the right upon the expiry of the term of the contract of franchise to conclude a new contract for a new term on the same conditions. 2. The franchiser shall have the right to refuse formation of a contract of franchise for a new term on condition that within three years from the date of expiry of the contract term he shall not conclude an analogous contract of franchise with other persons which would extend over the same territory on which the terminated contract operated. If before the expiry of the three-year time limit the franchiser wishes to grant the same exclusive rights to other persons, he shall be obliged to propose formation of a new contract to the franchisee or compensate the damages incurred by him. When concluding a new contract, the conditions thereof may not be more onerous for the franchisee than the conditions of the previous contract” (1. Franczyzobiorca, który należycie wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy franczyzy, ma prawo po wygaśnięciu umowy franczyzy zawrzeć nową umowę na nowy okres na tych samych warunkach. 2. Franczyzodawca ma prawo odmówić zawarcia umowy franczyzy na nowy okres pod warunkiem, że w ciągu trzech lat od dnia wygaśnięcia umowy franczyzy nie zawrze analogicznej umowy franczyzy z innymi osobami, która przedłużałaby ją na tym samym terytorium, na którym obowiązywała rozwiązana umowa. Jeżeli przed upływem trzyletniego terminu franczyzodawca chce przyznać te same wyłączne prawa innym osobom, jest on zobowiązany zaproponować franczyzobiorcy zawarcie nowej umowy lub zrekomensować poniesione przez niego szkody. Przy zawieraniu nowej umowy jej warunki nie mogą być bardziej uciążliwe dla franczyzobiorcy niż warunki poprzedniej umowy).

⁷⁰ Zob. art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych, tzw. Rzym I (Dz.Urz. UE L 177 z 4.07.2008 r., s. 6).

⁷¹ A.J. Belohlavek, *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2010, s. 19, 21–23; B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 148.

⁷² R. Adamus, *Projekt regulacji franczyzy w Polsce na tle ustawodawstw innych państw*, Warszawa 2022, s. 53, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/08/IWS_Adamus-R._Projekt-regulacji-franczyzy-w-Polsce.pdf (dostęp: 23.05.2023 r.).

z art. 7:922 niderlandzkiego prawa o franczyzie nie można uchylić ze szkodą dla franczyzobiorców mających siedzibę w Niderlandach⁷³. Jeśli więc franczyzobiorca ma siedzibę w Niderlandach, ustawę stosuje się niezależnie od wyboru prawa. Jeżeli natomiast franczyzobiorca jest spoza Niderlandów, stosowanie ustawy można wyłączyć. Jeszcze inne możliwe rozwiązanie polega na wskazaniu w odniesieniu do konkretnego przepisu, że jego zastosowania nie można wyłączyć poprzez wybór prawa obcego.

Na wzór regulacji zawartej w kodeksie cywilnym węgierskim⁷⁴ celowym jest dodanie przepisu wzorowanego na § 6:379⁷⁵: strony zobowiązane są do ochrony dobrego imienia sieci utworzonej z udzielonych przez franczyzodawcę na mocy umowy zezwoleń na korzystanie i używanie w związku z prawami autorskimi i prawami własności przemysłowej oraz *know-how*, a także dobrego imienia produktów i usług wytworzonych lub sprzedanych. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu kodeksu cywilnego węgierskiego w odniesieniu do umowy franczyzy: „ochrona reputacji dotyczy nie tylko produktu, ale również renomy samej sieci franczyzowej” (tłumaczenie – B.J.-J.)⁷⁶. W literaturze podkreśla się⁷⁷: „Nie ulega wątpliwości, że franczyza w sensie ekonomicznym nie jest czysto dwustronnym stosunkiem prawnym, gdyż naruszenie umowy przez franczyzobiorcę wyrządza szkodę nie tylko franczyzodawcy, ale – na przykład z powodu utraty dobrego imienia sieci – także innym członkom sieci franczyzowej. Relacje pomiędzy franczyzobiorcami mają charakter pozaumownych stosunków prawnych, a więc – w przypadku braku wyraźnej umowy – jedynie franczyzodawca może wystąpić przeciwko franczyzobiorcy z tytułu naruszenia przez niego umowy. Regulacja franczyzy jako dwustronnego stosunku prawnego jest zgodna z regulacyjną koncepcją k.c., zgodnie z którą wielopodmiotowe – w sensie ekonomicznym – stosunki (np. przewóz, leasing finansowy) są uregulowane jako stosunek prawny dwupodmiotowy, w przeciwnym razie kodeks rozmywałby powstające stosunki prawne. Kodeks cywilny wskazuje osoby pozostające poza dwuosobowym stosunkiem prawnym tylko tam, gdzie interesy tych osób ujawniają się w sposób widoczny. Uzasadnia to, że wśród zasad franczyzy, rozumianej jako dwustronny stosunek prawny, k.c. wyróżnia nie tylko interesy franczyzodawcy i franczyzobiorcy,

⁷³ R. Adamus, *Projekt...*, s. 66.

⁷⁴ Ustawa V z 11.02.2013 r., *Magyar Közlöny*, 2013-02-26, vol. 31, pp. 2382–2663, <https://faolex.fao.org/docs/pdf/hun209514original.pdf> (dostęp: 23.05.2023 r.).

⁷⁵ „The parties shall protect the good reputation of the network created by means of authorisations for exploitation and use granted by the franchisor in connection with the copyright and industrial property rights and know-how under the contract, as well as the good reputation of the products and services produced or sold” (Strony zobowiązują się do ochrony dobrego imienia sieci utworzonej za pomocą zezwoleń na eksploatację i użytkowanie udzielonych przez franczyzodawcę w związku z prawami autorskimi i prawami własności przemysłowej oraz *know-how* wynikających z umowy, a także dobrego imienia produktów i wytworzonych lub sprzedanych usług).

⁷⁶ 2013. évi V. törvény indokolása a Polgári Törvénykönyvről, LI. Fejezet, A jogbérleti (franchise) szerződés (Uzasadnienie ustawy V z 2013 r. o Kodeksie Cywilnym, Rozdział LI. Umowa najmu prawa [franchise]).

⁷⁷ P. Gárdos, [w:] *Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez*, 2022. május 28. időállapotú, red. P. Gárdos, L. Vékás, Jogtár/el. 2022, „Jogbérleti (franchise-) szerződés”, komentarz do § 6:376; por. też L. Darázs, *Umowa dystrybucyjna i franczyzowa*, [w:] *Nowy Ptk. Wyjaśnienie*, red. G. Wellmann, Budapest, 2013, s. 338–339.

ale również całej sieci franczyzowej w związku z ochroną dobrego imienia (§ 6:379 k.c.)” (tłumaczenie – B.J.-J.)⁷⁸.

Ponadto w literaturze wskazuje się, że wynikający z kodeksu cywilnego obowiązek ochrony dobrego imienia spoczywa również na franczyzodawcy⁷⁹: „Francyzodawca może także na wiele sposobów zaszkodzić dobremu imieniu sieci i produktu, jak również usługi. Wśród nich wyróżnić należy dwa przypadki. Z obowiązku ochrony dobrego imienia wynika obowiązek reklamy spoczywający na franczyzodawcy, gdyż – ze względu na charakter sieci franczyzowej – w pierwszej kolejności franczyzodawca jest w stanie reklamować całą sieć, franczyzobiorcy mogą reklamować jedynie własne przedsiębiorstwa. W zgodzie z tym, PEL CAFDC wymienia obowiązek franczyzobiorcy zaprojektowania i koordynowania reklamy odpowiadającej naturze sieci franczyzowej. Kodeks cywilny nie reguluje reklamowania, dokładną treść tej normy należy ustalić na podstawie umowy. Z obowiązku ochrony dobrego imienia wynika również obowiązek stałego rozwijania *know-how* i jego skutecznego wykorzystywania” (tłumaczenie – B.J.-J.)⁸⁰.

Odnosnie do samego przedmiotu ochrony warto z kolei przytoczyć następującą wypowiedź: „Ochrona dobrego imienia jest prawem związanym z osobowością i co do zasady jest prawem osobistym przysługującym osobom (fizycznym, prawnym) [§2:45 ust. 2], a jego naruszenie następuje w szczególności przez twierdzenie nieprawdy o osobie lub przedstawienie faktów jej dotyczących w fałszywym świetle. W przypadku franczyzy, odnosząca się do sieci, jak również towarów ochrona «dobrego imienia» nie jest ochroną «dobrego imienia» w tym znaczeniu, lecz ochroną «*goodwill*», która zawiera w sobie rynkową ocenę, wartość towarów” (tłumaczenie – B.J.-J.)⁸¹.

Co do innych możliwych uzupełnień projektu aktualne pozostają uwagi już wcześniej przedstawione⁸².

11. Podsumowanie

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, konieczna jest dalsza praca nad spójną i kompleksową regulacją umowy franczyzy w prawie polskim. Wiele rozwiązań zaproponowanych zarówno w Projekcie 1, jak i w Projekcie 2 należy ocenić pozytywnie, jednak niektóre z nich nadal wymagają przemyślenia. Co istotne, zauważa się wiele zagadnień (niezwykle istotnych praktycznie), które nadal pozostają bez propozycji regulacji. Wystarczy tu wskazać na obowiązek odkupienia produktów w przypadku zakończenia obowiązywania umowy franczyzy (nie zawsze bowiem franczyzobiorca może produkty wykorzystać, a w szczególności odsprzedać – skoro traci prawo do posługiwania się wszelkimi oznaczeniami franczyzodawcy), konsekwencje wyboru prawa obcego czy

⁷⁸ Por. jednak M. Abell, *The regulation...*, s. 64 (o odmiennych celach franczyzobiorcy i franczyzodawcy).

⁷⁹ P. Gárdos, [w:] *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal*, red. L. Vékás, P. Gárdos, Budapest 2013, s. 839.

⁸⁰ W oryginale jest to słowo „*hatályosítás*”, trudne do przetłumaczenia w tym kontekście.

⁸¹ A.E. Ujváriné, [w:] *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*, t. 3, red. A. Osztovits, Budapest 2014, s. 908.

⁸² B. Jelonek-Jarco, *O konieczności...*, s. 164–165.

choćby możliwość jednostronnej zmiany umowy przez franczyzodawcę (ewentualne znaczenie jego wewnętrznych procedur, które przecież też ulegają zmianom, możliwość zbiorowego wypowiedzenia się przez franczyzobiorców⁸³). W pewnym zakresie widoczna jest jednak tendencja do nadregulacji. Tymczasem istotne jest, by projektowana regulacja była wyważona – by chronić interesy obu stron i by funkcjonowanie umowy franczyzy w praktyce nie było utrudnione. Propozycje przedstawione w Projekcie 1 oraz Projekcie 2 są bardzo obszerne; weryfikacji wymaga więc, które z proponowanych zapisów są rzeczywiście potrzebne, a co już wynika z przepisów k.c. Regulacja, która będzie niejako multiplikować rozwiązania już istniejące, czy też ingerować w zagadnienia, które w działalności franczyzowej mają znaczenie marginalne, może być bowiem mało czytelna i rodzić wiele praktycznych wątpliwości. Co więcej, nadregulacja, w tym regulacja niezwykle drobiazgowa, nie będzie sprzyjać rozwojowi franczyzy. Opracowując projekt regulacji o umowie franczyzy, należy rozdzielić kwestie najistotniejsze od tych drugo- i trzeciorzędnych. To powinien być punkt wyjścia dla dalszej analizy i decyzji, jakie przepisy powinny ostatecznie znaleźć się w planowanej regulacji, a które można pominąć jako mało istotne.

Bibliografia

1. Abell M., *The regulation of franchising in the EU*, London 2011.
2. Adamus R., *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, Warszawa 2020, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R._Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf.
3. Adamus R., *Projekt regulacji franczyzy w Polsce na tle ustawodawstw innych państw*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/08/IWS_Adamus-R._Projekt-regulacji-franczyzy-w-Polsce.pdf.
4. Adamus R., *W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce*, Prawo w Działaniu 2021, t. 48, <https://doi.org/10.32041/pwd.4805>.
5. Belohlavek A.J., *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2010.
6. Bolecki A., *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 7(2).
7. Darázs L., *Umowa dystrybucyjna i franczyzowa*, [w:] *Nowy Ptk. Wyjaśnienie*, red. G. Wellmann, Budapest 2013.
8. Gárdos P., [w:] *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal*, red. L. Vékás, P. Gárdos, Budapest 2013.
9. Gárdos P., [w:] *Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez*, 2022. május 28. időállapotú, red. P. Gárdos, L. Vékás Jogtár/el. 2022.
10. Jelonek-Jarco B., *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”*, Prawo w Działaniu 2022, t. 50, <https://doi.org/10.32041/pwd.5006>.

⁸³ Zob. na przykładzie prawa niderlandzkiego – R. Adamus, *Projekt...*, s. 65.

11. Kappes A., Kocot W., Romanowski M., [w:] *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. W.J. Katner, Warszawa 2018.
12. Krawczyk M., *Ochrona prawna procesów biznesowych w prawie własności intelektualnej*, Warszawa 2023.
13. Mucha J., Suchoń A., *Realizacja uprawnień dzierżawcy gruntów rolnych w razie zmniejszenia przychodu z przedmiotu dzierżawy (wybrane zagadnienia)*, Przegląd Prawa Rolnego 2010, nr 1(6).
14. Pecyna M., Zoll F., *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, Transformacje Prawa Prywatnego 2012, nr 1.
15. Radwański Z., *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.
16. Rott-Pietrzyk E., Grochowski M., *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego)*, Transformacje Prawa Prywatnego 2017, nr 3,
17. Rott-Pietrzyk E., Grochowski M., *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego 2018, z. 1, Legalis.
18. Sieradzka M., *Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji*, Warszawa 2020, Legalis.
19. Suchoń A., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, Komentarz. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis.
20. Swaczyna B., [w:] *Zobowiązania*, t. 1, *Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC. Komentarz*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2022, Legalis.
21. Traple E., *Prawo autorskie nie może służyć ochronie idei jako takiej. Glosa do wyroku SN z dnia 3 lutego 2017 r., II CSK 400/16*, Glosa 2017, nr 3.
22. Ujváriné A.E., [w:] *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*, t. 3, red. A. Osztovits, Budapest 2014.
23. Wiewiórowska-Domagalska A., *Franchising – Study for the IMCO Committee*, IP/A/IMCO/2015–05 (2016), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf).
24. Wolff J., [w:] *Termination of franchising and distribution agreements in EU*, red. A. Venezia, Milano 2018.
25. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2022, Legalis.

Katarzyna Południak-Gierz

Wpływ dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 na poziom ochrony konsumenta w ramach reżimu rękojmi w prawie polskim¹

*Impact of Directives 2019/770 and 2019/771 on the level of
consumer protection under seller's (supplier's) liability regime
in Polish law*

Abstract

Legislative changes introduced during the transposition of Directives 2019/770 and 2019/771 affected the level of consumer protection in Polish law in different ways. Regulating contracts for the supply of digital content and services, introducing new criteria for compliance with the contract, expressly requiring a qualified consensus if the subject of the contract is defined as deviating from the standard, addressing the issue of update, legal defects, partial withdrawal from the contract, and the possibility of withholding payment of the price until fulfillment of obligations due to non-compliance of the item with the contract improved consumers' protection. In contrast, introducing a hierarchy of remedies for non-conformity of sold goods and the obligation to take into account the need

Dr Katarzyna Południak-Gierz, Uniwersytet Jagielloński, Polska, ORCID: 0000-0002-7952-4207, e-mail: katarzyna.poludniak@uj.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 3.03.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 4.04.2023 r.

¹ W artykule zostały uwzględnione wyniki części badań przeprowadzonych w ramach projektu „Homo consumens, Homo ecologicus – test efektywności ekologicznej nowej dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (NCN), projekt 2019/34/A/HS5/00124. Analiza częściowo opublikowana w raportach Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości: K. Południak-Gierz, *Wpływ regulacji dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 z zakresu rękojmi na poziom ochrony polskich konsumentów względem rozwiązań w tym zakresie obowiązujących w Kodeksie cywilnym. Implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektyw konsumenckich na przykładzie dyrektyw 2019/770 i 2019/771*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/10/IWS_Poludniak-Gierz-K.-_Wplyw-regulacji-dyrektywy-2019.770-oraz-dyrektywy-2019.771-z-zakresu-rekojmi-na-poziom-ochrony-polskich-konsumentow.pdf (dostęp: 11.06.2023 r.); K. Południak-Gierz, *Dochodzenie roszczeń konsumenckich względem dostawców treści i usług cyfrowych*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2023/03/IWS_Poludniak-Gierz-K._Dochodzenie-rozsczen-konsumenckich-wzglem-dostawcow-tresci-i-uslug-cyfrowych.pdf (dostęp: 11.06.2023 r.). Artykuł został przygotowany na bazie ww. raportów i stanowi rozwinięcie wybranych tez w nich przedstawionych.

to promote more sustainable consumption and circular economy when interpreting the provisions transposing Directive 2019/771 have a negative impact on consumer legal position. Finally, chosen manner of transposition lead to the fragmentation of the system of liability for non-conformity with the sales contract and further fragmentation of the regulation of contracts for the supply of digital content and services.

Keywords: *warranty, directive 2019/770, directive 2019/771, seller's liability, consumer protection*

Streszczenie

Zmiany legislacyjne wprowadzone w ramach transpozycji dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 wpłynęły na poziom ochrony konsumentów w prawie polskim w sposób zróżnicowany. Poprawę sytuacji konsumenta przyniosło m.in. uregulowanie umów o dostarczanie treści i usług cyfrowych, wprowadzenie nowych kryteriów zgodności z umową, wyraźny wymóg kwalifikowanego konsensusu w przypadku określenia przedmiotu umowy jako odbiegającego od standardu, odniesienie się do kwestii aktualizacji, wad prawnych, częściowego odstąpienia od umowy oraz możliwości wstrzymania się z zapłatą ceny do czasu wypełnienia obowiązków z tytułu niezgodności rzeczy z umową. Obniżenie poziomu ochrony konsumenta z kolei spowodowane jest wprowadzeniem hierarchii uprawnień w razie niezgodności z umową oraz koniecznością uwzględnienia dążenia do wspierania bardziej zrównoważonej konsumpcji i gospodarki o obiegu zamkniętym podczas wykładni przepisów transponujących dyrektywę 2019/771. Ponadto sposób dokonania transpozycji przez polskiego ustawodawcę spowodował ponowne rozbicie systemu odpowiedzialności za niezgodność z umową rzeczy sprzedanej oraz dalszą fragmentację regulacji umów o dostarczenie treści lub usług cyfrowej.

Słowa kluczowe: *rękojmia, dyrektywa 2019/770, dyrektywa 2019/771, odpowiedzialność sprzedawcy, ochrona konsumenta*

1. Wprowadzenie

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej (dalej UE) 2019/770² (regulująca odpowiedzialność za świadczenie niezgodne z umową w przypadku konsumenckich umów o dostarczanie treści i usług cyfrowych) oraz 2019/771³ (poświęcona odpowiedzialności za świadczenie niezgodne z umową w przypadku konsumenckich umów sprzedaży)⁴ stanowią przede wszystkim odpowiedź regulacyjną na rozwój technologiczny i mają przyczyniać się do rozwoju jednolitego rynku cyfrowego⁵. Ich głównym celem jest „zapewnienie odpowiedniej równowagi między osiągnięciem wysokiego poziomu ochrony konsumentów a propagowaniem konkurencyjności przedsiębiorstw, przy jednoczesnym zapewnieniu poszanowania zasady pomocniczości” (motyw 2 dyrektywy 2019/770 oraz motyw 2 dyrektywy 2019/771). Co do zasady zatem normy w nich przewidziane powinny być dostosowane do wyzwań obrotu internetowego i równocześnie mają gwarantować wysoki poziom ochrony konsumenta.

Oceniając wpływ dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 na poziom ochrony konsumentów w Polsce, należy uwzględnić dwie grupy zagadnień. W pierwszej kolejności wskazane zostaną kwestie o charakterze ogólnym, a więc związane z zakresem regulacji, wyborem metody harmonizacji oraz celami regulacji. Następnie omówione zostaną te normy zawarte w dyrektywach, których implementacja związana była ze zmianą obowiązujących przepisów z zakresu rękojmi konsumenckiej w prawie polskim, co w konsekwencji może prowadzić do zmiany poziomu ochrony konsumenta. Wpływ dyrektyw na aspekty odnoszące się do gwarancji jest poza zakresem rozważań.

² 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.

³ 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.

⁴ Artykuł 3 ust. 2–3 dyrektywy 2019/771. Tak jak w przypadku nieobowiązującej dyrektywy 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; dalej dyrektywa 1999/44/WE) jako umowę sprzedaży w prawie unijnym rozumie się te typy umów, które mogą prowadzić do analogicznego skutku ekonomicznego, a więc także umowę dostawy czy umowę o dzieło. Pojęcie to nie obejmuje natomiast umów sprzedaży nieruchomości (zob. motywy 12 i 17, art. 3 ust. 2 dyrektywy 2019/771; tak też w dyrektywie 1999/44/WE). Na temat różnicy pomiędzy definicją umowy sprzedaży w prawie krajowym i unijnym zob. A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje na tle orzecznictwa sądów powszechnych w zakresie sprzedaży konsumenckiej*, „Prawo w Działaniu” 2014/20, s. 211–213, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Wiewi%C3%B3rowska-Domagalska-Refleksje-na-tle-orzecznictwa-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych-w-zakresie-sprzeda%C5%BCy-konsumenckiej-206.pdf> (dostęp: 11.06.2023 r.).

⁵ *Amended proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, COM(2017) 637 final, *Explanatory memorandum*, pkt 1; *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, COM(2015) 0634 final, *Explanatory memorandum*, pkt 1; R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, s. 31.

2. Kwestie o charakterze ogólnym

2.1. Uregulowanie umów o dostarczanie treści i usług cyfrowych oraz umów sprzedaży rzeczy z elementami cyfrowymi

Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych mogą być różnie ukształtowane – zarówno jako umowy nazwane, jak i jako umowy nienazwane. Do 31.12.2021 r. w sytuacjach, gdy regulacja ustawowa danego typu umowy nie różnicowała ochrony konsumentkiej i niekonsumentkiej, oraz w przypadku umów, do których nie znajdowały zastosowania przepisy regulujące konkretny rodzaj umowy, konsekwencje prawne niewykonania lub nienależytego wykonania takiej umowy regulowane były przez te same przepisy o naruszeniu zobowiązania, niezależnie od kwalifikacji podmiotowej stron⁶. Różnice w zakresie sytuacji prawnej osoby zawierającej taką umowę pojawiały się zatem w kontekście przedkontraktowych obowiązków informacyjnych, prawa odstąpienia i dopuszczalnej swobody w zakresie kształtowania treści stosunku prawnego (regulacja klauzul niedozwolonych). Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych oraz umów sprzedaży rzeczy z elementami cyfrowymi dotychczas nie były odrębnie uregulowane w prawie polskim⁷, stąd brak było punktu odniesienia podczas oceny postanowień umownych pod kątem ich abuzywności.

Wprowadzenie wzorca normatywnego przez ustawodawcę unijnego powinno zatem prowadzić do podwyższenia poziomu ochrony konsumenta⁸ w Polsce. Istnienie w systemie prawnym norm choćby o charakterze dyspozytywnym, wskazujących, jaki sposób rozłożenia praw i obowiązków stron jest odpowiedni w przypadku danej grupy umów, stanowi punkt odniesienia podczas oceny, czy w konkretnym stanie faktycznym umowa została ukształtowana w sposób dopuszczalny⁹. Wraz

⁶ K. Południak-Gierz, *Dochodzenie...*

⁷ A. Wiewiórowska-Domagalska, F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady EU 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021/4, s. 926; M. Namysłowska, A. Jabłonowska, F. Wiaderek, *Implementation of the Digital Content Directive in Poland: A Fast Ride on a Tandem Bike against the Traffic*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law” 2021/2, nb 13. Podczas dyskusji nad transpozycją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą 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.; dalej dyrektywa 2011/83/UE) rozważana była możliwość odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących sprzedaży do umów o dostarczanie usług cyfrowych, jednak art. 555 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.; dalej k.c.) w proponowanym wówczas brzmieniu nie został przyjęty. Zob. T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2015/1, s. 20.

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy*, COM/2015/0192 final, pkt 2.1.; motywy 5–6 dyrektywy 2019/770.

⁹ Tak w kontekście umów o świadczenie usług: A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 217.

z wejściem w życie¹⁰ dyrektywy w polskim systemie prawnym pojawił się dodatkowy punkt odniesienia, ułatwiający m.in. ustalenie treści umowy o dostarczenie treści lub usługi cyfrowej i w konsekwencji weryfikację, czy doszło do spełnienia świadczenia zgodnie z umową, oraz wskazanie uprawnień konsumenta w razie niezgodności świadczenia z umową. Ma to szczególne znaczenie, gdyż w zależności od tego, czy umowa o dostarczanie treści i usług cyfrowych została ukształtowana jako umowa nazwana (np. najem, sprzedaż, świadczenie usług, darowizna¹¹), czy jako umowa nienazwana, różne przepisy Kodeksu cywilnego mogą znaleźć zastosowanie zarówno podczas ustalania treści stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia umowy, jak i na etapie późniejszym, podczas oceny konsekwencji niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przez którąkolwiek ze stron, w szczególności spełnienia świadczenia niezgodnie z treścią zobowiązania. Regulacja poszczególnych typów umów różni się, co sprawia, że konsument zawierający dwie umowy o dostarczenie podobnej treści lub usługi cyfrowej w przypadku każdej z nich może być w odmiennej sytuacji prawnej.

Dyrektywa 2019/770 nie odnosi się do kwestii kwalifikacji typologicznej umów, gdzie przedmiotem świadczenia jest usługa lub treść cyfrowa¹², a zostawia państwom członkowskim swobodę w tym zakresie, regulując kwestie dotyczące niezgodności świadczenia z umową w sposób zbliżony do rękojmi przy umowach sprzedaży¹³. Oznacza to, że obecnie niezależnie od tego, czy zastosowanie znajdą przepisy regulujące którąkolwiek z umów nazwanych, konsumentowi przysługują uprawnienia wynikające z dyrektywy. Powinno to znacząco przyczynić się do poprawy sytuacji konsumentów zawierających takie umowy, bowiem dostępne w poprzednim stanie prawnym mechanizmy ochronne były nieodpowiednie. Adekwatność ewentualnych roszczeń i skuteczność ich dochodzenia były ograniczone przez: kształt przesłanek powstania roszczenia (np. trudności związane z wykazaniem szkody, gdy niezgodność świadczenia z umową nie wpływa w oczywisty sposób na jego wartość); zakres roszczenia (wysokość odszkodowania – art. 471 k.c.; zakres okoliczności, za które druga strona odpowiada – art. 891 k.c., art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁴);

¹⁰ Na temat trudności związanych ze stosowaniem prawa w okresie między wejściem w życie dyrektyw (1.01.2022 r.) a wejściem w życie przepisów je transponujących (1.01.2023 r.) zob.: K. Południak-Gierz, *Dochodzenie...*, pkt 4.2.; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Poland*, [w:] *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, red. A. de Franceschi, R. Schulze, Baden-Baden 2023.

¹¹ M. Namysłowska, A. Jabłonowska, F. Wiaderek, *Implementation...*, nb 14.

¹² Por. motyw 12 dyrektywy 2019/771; K. Sein, G. Spindler, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply*, cz. 1, „European Review of Contract Law” 2019/15(3), s. 260, <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0016>; M. Pecyna, *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej – wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021/3, s. 608.

¹³ Zbliżony opis wymogów zgodności z umową – zob. J.M. Carvalho, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019/5, s. 199. Analogiczne uprawnienia w przypadku braku zgodności z umową – J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 201.

¹⁴ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2509) – dalej u.p.a.p.p.

przedmiot roszczenia (odszkodowanie jako instrument niepozwalający na skuteczną ochronę interesu konsumenta); sposób określenia podmiotu chronionego (kontrahent konsumenta jako podmiot wymagający szczególnej ochrony – art. 55 u.p.a.p.p.); odmienności typowych ryzyk pojawiających się w przypadku umów o dostarczenie treści lub usługi cyfrowej i w przypadku przepisów, które mogą do nich znaleźć zastosowanie wprost lub przez analogię (regulacja umów o świadczenie usług)¹⁵.

W praktyce wprowadzenie regulacji tej grupy umów konsumenckich powinno mieć szczególnie pozytywny wpływ na sytuację konsumentów zawierających umowy o dostarczenie treści lub usługi cyfrowej także dlatego, że umowy te stanowią stosunkowo nowe zjawisko w obrocie – ich poprawne zakwalifikowanie jako umowy nienazwanej, mieszanej lub umowy określonego rodzaju może sprawiać trudności podmiotom stosującym prawo, w tym sądom¹⁶. Efektywność ochrony na gruncie przepisów krajowych przed wejściem w życie dyrektywy była dodatkowo ograniczona z uwagi na powszechnie występujące w obrocie mylne przekonania co do praw i obowiązków osoby, na której rzecz miała zostać dostarczona treść lub usługa cyfrowa¹⁷, w tym przekonanie, że taka umowa prowadzi do nabycia treści cyfrowej na własność¹⁸.

W praktyce trudności może powodować ocena, czy w danym stanie faktycznym zastosowanie znajdują przepisy transponujące dyrektywę 2019/770 czy 2019/771¹⁹. To, który reżim prawny odnosi się do konkretnej umowy, ma znaczenie szczególnie w kontekście określenia podmiotu odpowiedzialnego za brak zgodności z umową²⁰. W przypadku dyrektywy 2019/771 odpowiedzialny za brak zgodności, także treści cyfrowej zawartej w rzeczy lub z nią połączonej, jest sprzedawca; natomiast w przypadku dyrektywy 2019/770 – dostawca treści lub usługi cyfrowej. Dyrektywy 2019/770 nie stosuje się, jeśli treści cyfrowe są zawarte w rzeczy lub z nią połączone w taki sposób, że brak tych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej uniemożliwiłby tym towarom spełnianie ich funkcji oraz są dostarczane wraz z rzeczą na podstawie umowy sprzedaży tej rzeczy, niezależnie od tego, czy takie treści cyfrowe lub usługa cyfrowa są dostarczane przez sprzedawcę, czy przez osobę

¹⁵ Szerzej: K. Południak-Gierz, *Dochodzenie...*, pkt 2.4.

¹⁶ T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie...*, s. 19; A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 278.

¹⁷ Zob. np. badania dotyczące zdolności konsumentów rozróżniania umów sprzedaży i umów licencyjnych zawieranych przez internet – raport U.S. Department of Commerce Internet Policy Task Force, *White Paper On Remixes, First Sale, and Statutory Damages* 2016, s. 68, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf> (dostęp: 11.06.2023 r.); K. Koman, *Środki ochrony prawnej konsumentów w przypadku braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020/7, s. 25, https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/70/iKAR_7_9_20_7Koman.pdf (dostęp: 11.06.2023 r.).

¹⁸ M. Jagielska, *Od konsumenta do użytkownika (o istotnej zmianie współczesnego prawa konsumenckiego)*, „Państwo i Prawo” 2021/11, s. 40.

¹⁹ Poza trudnościami o charakterze prawnym (ocena spełnienia przesłanek kwalifikowalności umowy jako umowa o dostarczanie treści i usług cyfrowych lub umowa sprzedaży mieszcząca się w zakresie regulacji dyrektywy 2019/771; zob. K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 1, s. 269–270) pojawia się też ryzyko omyłki kwalifikacyjnej spowodowane przez użycie określonych pojęć przez strony (np. ryzyko kwalifikacji „sprzedaży usług” jako umowy sprzedaży usług); zob. A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 229.

²⁰ K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 1, s. 271.

trzecią (wówczas zastosowanie znajduje dyrektywa 2019/771)²¹. W przypadku wątpliwości przyjmuje się, że te treści cyfrowe lub usługa cyfrowa objęte są umową sprzedaży.

2.2. Zakres podmiotowy dyrektyw i (dalsze) rozbić reżimu odpowiedzialności za niezgodność rzeczy sprzedanej bądź dostarczanej treści lub usługi cyfrowej

Choć dyrektywy 2019/770 i 2019/771 obejmują swoim zakresem umowy konsumenckie²², to ustawodawca unijny dopuszcza rozszerzenie zakresu ochrony konsumenckiej „na osoby fizyczne lub prawne, które nie są konsumentami w rozumieniu niniejszej dyrektywy, takie jak organizacje pozarządowe, przedsiębiorstwa typu startup lub MŚP”²³. W ramach transpozycji²⁴ ustawodawca polski rozszerzył zakres podmiotowy zastosowania dyrektyw. Artykuł 7aa u.p.k. przewiduje rozszerzenie ochrony przyznanej konsumentom w rozdz. 4, 5a, 5b u.p.k. na osobę fizyczną zawierającą „umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”. Oznacza to, że w granicach tego rozszerzenia także dochodzi do pełnej harmonizacji przepisów krajowych z prawem unijnym. Wskazany sposób i zakres rozszerzenia zastosowania norm transponujących dyrektywy może budzić wątpliwości²⁵. Sformułowanie art. 7aa u.p.k. jest wadliwe i powoduje trudności interpretacyjne, jego uzasadnienie aksjologiczne jest zaś nieprzekonujące²⁶.

²¹ Artykuł 3 ust. 4 dyrektywy 2019/770; art. 6 ust. 2 i 3 ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 287 ze zm.) – dalej u.p.k.

²² Zob. art. 3 dyrektywy 2019/770.

²³ Motyw 16 dyrektywy 2019/770. Tak też w motywie 21 dyrektywy 2019/771.

²⁴ Ustawa z 4.11.2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 2337).

²⁵ A. Kołodziej, *Wpływ zastosowania metody harmonizacji pełnej w zakresie uprawnień konsumenta w dyrektywie 2019/771 na przyszłą zmianę kodeksowego poziomu ochrony konsumenta z rękojmi*, cz. 1, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021/4072, s. 222–223, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.127.14>; B. Gnela, *Uwagi na temat wybiórczego rozszerzania zakresu ochrony konsumenckiej na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2022/4101, s. 611–613, <https://doi.org/10.19195/0524-4544.334.51>.

²⁶ A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 450–1088. *Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2021, art. 556⁴, nb 3; A. Kubiak-Cyruł, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis 2020/el., art. 556⁴, nb 2; J. Kabza, *Przepisy o quasi-konsumentach a zasada równości przedsiębiorców*, [w:] *Swoboda działalności gospodarczej. Próba oceny polskich regulacji prawnych*, red. J. Glumińska-Pawlic, B. Przywora, Warszawa 2021, § 3; J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony konsumenckiej w kodeksie cywilnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020/5, s. 38, <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2020.5.4>; K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2021, art. 385⁵, nb 4; P. Mikłaszewicz, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2022, art. 385⁵; mniej stanowczo: B. Wyżykowski, *Ochrona „konsumencka” niektórych osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą – wybrane zagadnienia*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020/7(9), s. 80, https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/70/iKAR_7_9_20_10Wyzykowski.pdf (dostęp: 11.06.2023 r.).

Dodatkowo wprowadzenie wyłącznie ograniczonego rozszerzenia zastosowania przepisów dyrektyw rodzi negatywne konsekwencje zarówno dla spójności systemu prawa, jak i jego stosowania.

Z perspektywy regulacji umów sprzedaży dochodzi do ponownego rozbicia reżimu rękojmi²⁷: odmiennie regulowana jest odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi w umowach zawieranych w obrocie powszechnym i profesjonalnym (k.c.), a odmiennie w umowach konsumenckich (u.p.k.) – przy czym, jeśli przedmiot umowy sprzedaży zawartej przez konsumenta (lub osobę fizyczną, określoną w art. 556⁴ k.c.) jest nieruchomością, to zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego.

Dodatkowo w art. 3–3a u.p.k. zawarty został katalog umów, w przypadku których nie znajdują zastosowania przepisy u.p.k. Problem polega na tym, że w dyrektywach 2019/770 i 2019/771 brak analogicznych ograniczeń, zatem ustawodawca polski nie był uprawniony do wyłączania zastosowania przepisów transponujących wymienione dyrektywy. Na przykład w przypadku umów sprzedaży zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa, jeżeli konsument jest zobowiązany do zapłaty kwoty nieprzekraczającej 50 zł, konieczne więc będzie, w ramach wykładni zgodnej z dyrektywą, dokonanie redukcji przepisu, tak aby konsument mógł skorzystać z ochrony przewidzianej w rozdziale 5a u.p.k.

Ponadto, w poprzednim stanie prawnym, w przypadku osób fizycznych zawierających umowę bezpośrednio związaną z ich działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tych osób charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dopuszczalne było rozszerzenie, ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności zgodnie z art. 558 k.c. Natomiast obecna regulacja rękojmi w u.p.k. nie przewiduje możliwości ograniczenia lub wyłączenia rękojmi, stąd też osoby te tracą możliwość umownego ograniczenia lub wyłączenia rękojmi, z wyjątkiem sytuacji, gdy umowa sprzedaży przez nie zawarta dotyczy nieruchomości.

Efekt rozbicia regulacyjnego, który wystąpił w przypadku umów o dostarczanie treści i usług cyfrowych, jest zwielokrotniony. Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych (nawet o tożsamej treści) zawierane przez konsumentów oraz ww. przedsiębiorców będą oceniane z perspektywy przepisów ustawy o prawach konsumenta transponujących dyrektywę 2019/770; natomiast umowy zawarte przez inne osoby – z perspektywy dotychczasowej regulacji kodeksowej (w zależności od sposobu ukształtowania umowy zastosowanie będą znajdowały różne przepisy Kodeksu cywilnego). Ustalenie treści umowy o dostarczenie treści lub usługi cyfrowej będzie przebiegało inaczej w przypadku każdej z tych grup. Powstanie także mozaika

²⁷ Na temat trudności wynikających z rozbicia systemu rękojmi na gruncie dyrektywy 1999/44/WE zob. K. Południak-Gierz, *Wpływ...*, pkt 2.1; A. Kurowska, *Implementacja dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2008/6, s. 96.

reżimów odpowiedzialności za niezgodność treści lub usługi cyfrowej z umową. Skutek ten pozostaje w sprzeczności z zamierzeniem ustawodawcy unijnego, który wyraźnie wskazuje, że przyjęcie dyrektywy (przynajmniej na gruncie prawa konsumenckiego) ma na celu zapobieżenie „rozdrobnieniu prawnemu, które wynikłoby z przyjęcia nowych przepisów krajowych dotyczących treści cyfrowych i usług cyfrowych” (motyw 7 dyrektywy 2019/770).

2.3. Pojęcie konsumenta

Ustawodawca unijny dopuścił możliwość rozszerzenia przez państwa członkowskie definicji konsumenta, tak by obejmowała ona także osoby fizyczne podejmujące działania „w celach, które częściowo są związane z działalnością handlową danej osoby, a częściowo nie, natomiast cel działalności handlowej jest do tego stopnia ograniczony, że nie dominuje w ogólnym kontekście umowy” (motyw 22 dyrektywy 2019/771, motyw 17 dyrektywy 2019/770). Definicja dyrektywalna pojęcia „konsument” nie obejmuje zatem działania o celu mieszanym²⁸. Stanowi zawężenie definicji konsumenta w porównaniu z dotychczasowym *acquis communautaire*²⁹, w szczególności z rozwiązaniami przyjętymi w dyrektywie 2011/83/UE (motyw 17), dyrektywie 2014/17/UE³⁰ (motyw 12) oraz dyrektywie 2013/11/UE³¹ (motyw 18). Z uwagi na to, że dotychczas w prawie polskim przyjmowano, iż definicja konsumenta obejmuje czynności o celu mieszanym³², nieskorzystanie z możliwości rozszerzenia definicji konsumenta podczas transpozycji dyrektywy przez ustawodawcę polskiego prowadzi do zawężenia zakresu ochrony konsumenckiej w zakresie regulacji dyrektyw 2019/770 i 2019/771.

W motywie 23 dyrektywa 2019/771 przewiduje, że za sprzedawców mogą być uznani dostawcy platform, jeżeli działają oni w celach związanych ze swoją działalnością gospodarczą oraz jako bezpośredni partnerzy umowni konsumentów na potrzeby sprzedaży towarów, i pozostawia państwom członkowskim możliwość rozszerzenia stosowania niniejszej dyrektywy na dostawców platform, którzy nie spełniają wymogów uznania za sprzedawcę na gruncie dyrektywy. Odpowiednio motyw 18 dyrektywy 2019/770 dopuszcza możliwość rozszerzenia przez państwa członkowskie zakresu stosowania dyrektywy na dostawców platform, którzy nie

²⁸ K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 1, s. 262.

²⁹ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 102–106; F. Zoll, *O (nie)znowelizowanym pojęciu konsumenta, czyli o chęci uniknięcia niejasności i co z tego wynikało*, [w:] *Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, red. B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka, Warszawa 2016, s. 295–297.

³⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z 4.02.2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60 z 28.02.2014 r., s. 34 ze zm.).

³¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z 21.05.2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich) (Dz.Urz. UE L 165 z 18.06.2013 r., s. 63).

³² F. Zoll, *O (nie)znowelizowanym...*, [w:] *Usus...*, s. 297–299.

spełniają wymogów uznania za przedsiębiorcę zgodnie z dyrektywą. W prawie polskim nie przewidziano rozszerzenia zakresu zastosowania przepisów transponujących dyrektywę na tę grupę dostawców platform.

Dyrektywa 2019/771 znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomych, pozostawiając państwu członkowskiemu możliwość rozszerzenia zastosowania dyrektywy na umowy sprzedaży nieruchomości (motyw 12)³³. Na gruncie poprzednich przepisów sprzedaż konsumencka ruchomości i nieruchomości była regulowana tożsamo, choć różny był czas, w którym sprzedawca odpowiadał za wady rzeczy (art. 568 k.c.). Reżim odpowiedzialności sprzedawcy za wady nieruchomości w przypadku umów konsumenckich nie uległ zmianie wraz z wejściem w życie przepisów transponujących dyrektywę 2019/771. Odrębnie została natomiast uregulowana odpowiedzialność sprzedawcy za wady rzeczy ruchomej sprzedanej konsumentowi.

Różnice istniejące pomiędzy reżimami są, z perspektywy przedmiotu regulacji, nieuzasadnione (przykładowo: zgodnie z art. 556² k.c. odnośnie nieruchomości, jeśli „wada została stwierdzona przed upływem roku od dnia wydania rzeczy sprzedanej, domniemywa się, że wada lub jej przyczyna istniała w chwili przejścia niebezpieczeństwa na kupującego”; natomiast w myśl art. 43c u.p.k. co do rzeczy ruchomych domniemanie wady działa przez okres 2 lat od dostarczenia rzeczy).

2.4. Konsekwencje wyboru metody harmonizacji

Dyrektywy 2019/770 i 2019/771, w odróżnieniu od dyrektywy 1999/44/WE, oparto na metodzie harmonizacji maksymalnej³⁴. W konsekwencji ustawodawcy krajowi zostali pozbawieni możliwości wprowadzenia, w ramach transpozycji, przepisów bardziej korzystnych dla konsumentów niż standard wynikający z dyrektywy³⁵. Jest to efekt dążenia do równowagi pomiędzy zapewnieniem konsumentom państw członkowskich wysokiego poziomu ochrony na rynku UE (ochrona zaufania konsumenta co do minimalnego standardu ochronnego wynikającego z dyrektywy) a zmniejszeniem kosztów prowadzenia działalności przez przedsiębiorców (ochrona zaufania przedsiębiorcy co do jednolitej treści norm prawa krajowego w różnych państwach członkowskich w zakresie obowiązywania dyrektyw)³⁶.

³³ Przeciwno takiemu rozszerzeniu, ale nieprzekonująco: M. Radwański, *Implementacja dyrektywy 2019/771 do polskiego porządku prawnego – wybrane problemy*, [w:] *Reklamacje, mediacje i inne postępowania w sprawach konsumenckich*, red. Z. Długosz, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa, Legalis/el. 2021, rozdział VI pkt 3.

³⁴ Zob. art. 4 dyrektywy 2019/770, art. 4 dyrektywy 2019/771. Zob. też G. Howells, C. Twigg-Flesner, T. Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon 2018, s. 168.

³⁵ J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 200; M. Pecyna, *Implementacja...*, s. 608.

³⁶ G. Howells, C. Twigg-Flesner, T. Wilhelmsson, *Rethinking...*, s. 4; A. Wiewiórowska-Domagalska, F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Transpozycja...*, s. 916.

Zastąpienie dyrektywy minimalnej dyrektywą przewidującą harmonizację maksymalną może powodować obniżenie poziomu ochrony konsumenta na gruncie prawa krajowego, nawet jeśli przewidziane w akcie unijnym rozwiązania są tożsame. Ustawodawca krajowy traci bowiem możliwość wprowadzenia w regulowanym zakresie norm przewidujących standardy prawne wyższe niż przewidziane w akcie prawa UE³⁷.

Przykładowo dyrektywa 1999/44/WE przewidywała hierarchię uprawnień w przypadku wady rzeczy sprzedanej, jednakże polski ustawodawca – korzystając ze swobody pozostawionej z uwagi na harmonizację minimalną – zdecydował się przyznać kupującemu możliwość wyboru pomiędzy żądaniem wymiany lub naprawy rzeczy a obniżeniem ceny czy odstąpieniem od umowy (art. 560 i 561 k.c.)³⁸. Ta możliwość przyznania uprawnionemu prawa wyboru najbardziej korzystnego z punktu widzenia jego interesów uprawnienia odpadła na gruncie dyrektywy 2019/771 – przewidującej tę samą hierarchię uprawnień – właśnie ze względu na harmonizację maksymalną³⁹. Dyrektywa 2019/770 również ma charakter maksymalny. Pomimo braku w prawie krajowym szczególnej regulacji umów, których przedmiotem są usługi lub treści cyfrowe, i w tym przypadku sposób harmonizacji mógłby – na płaszczyźnie abstrakcyjnej – prowadzić do obniżenia poziomu ochrony konsumenta. Byłoby tak wówczas, gdyby normy prawa krajowego stosowane w razie braku szczególnej regulacji przewidywały poziom ochrony wyższy niż przepisy dyrektywy 2019/770.

Oceniając wpływ obu dyrektyw na poziom ochrony konsumenta w Polsce, należy jednak zauważyć, że w wielu miejscach pozostawiły one państwom członkowskim możliwość rozszerzenia przewidzianych w nich zakresów ochrony⁴⁰.

2.5. Cele dyrektywy 2019/771

– ku bardziej ekologicznemu prawu sprzedaży konsumenckiej

Ewolucja celów ustawodawcy unijnego nie polega wyłącznie na zmianie percepcji roli regulacji konsumenckiej (ochrona konsumenta przestaje być postrzegana jako samoistny cel regulacyjny, a zaczyna być widziana jako element mający sprzyjać rozwojowi wspólnego rynku)⁴¹.

W dyrektywie 2019/771 w kontekście wymogu trwałości rzeczy wspomniany został jednak także nowy cel – wspieranie bardziej zrównoważonej konsumpcji i gospodarki o obiegu zamkniętym. Motyw 32 dyrektywy 2019/771 wyznacza ogólną

³⁷ A. Kołodziej, *Wpływ...*, cz. 1, s. 215.

³⁸ F. Zoll, *Ekologiczne prawo sprzedaży – bardzo wstępne uwagi*, [w:] *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, red. K. Bilewska, D. Krekora-Zając, Warszawa 2021, s. 642.

³⁹ F. Zoll, *Ekologiczne...*, [w:] *Wykonanie...*, s. 643; A. Wiewiórowska-Domagalska, F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Transpozycja...*, s. 916.

⁴⁰ J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 196.

⁴¹ G. Howells, C. Twigg-Flesner, T. Wilhelmsson, *Rethinking...*, przedmowa.

dyrektywę interpretacyjną⁴². Tym samym tzw. zielona polityka UE⁴³ zaczyna wpływać także na konsumenckie⁴⁴ prawo sprzedaży⁴⁵.

Konieczność uwzględnienia owego nowego celu, nietypowego dla tradycyjnego prawa umów, może wpływać na wykładnię przepisów dyrektywy, jak również

⁴² F. Zoll, *Czy nowa dyrektywa o sprzedaży zapowiada ekologiczną rewolucję? Uwagi na kanwie kilku niemieckich orzeczeń odnoszących się do kwestii ochrony środowiska w związku z odpowiedzialnością z tytułu rękojmi*, [w:] *Nauka prawa a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa z okazji 170-lecia istnienia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. K. Oplustil, P. Tuleja, K. Prokopowicz, Kraków 2022, *passim*.

⁴³ *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Nowy plan działania UE dotyczący gospodarki o obiegu zamkniętym na rzecz czystszej i bardziej konkurencyjnej Europy*, COM/2020/98 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN> (dostęp: 11.06.2023 r.); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z 21.10.2009 r. ustanawiająca ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią (Dz.Urz. UE L 285 z 31.10.2009 r., s. 10 ze zm.) i powiązane rozporządzenia; rozporządzenia dotyczące oznakowania ekologicznego: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 66/2010 z 25.11.2009 r. w sprawie oznakowania ekologicznego UE (Dz.Urz. UE L 27 z 30.01.2010 r., s. 1 ze zm.); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/848 z 30.05.2018 r. w sprawie produkcji ekologicznej i znakowania produktów ekologicznych i uchylające rozporządzenie Rady (WE) 834/2007 (Dz.Urz. UE L 150 z 14.06.2018 r., s. 1 ze zm.); regulacje dotyczące odpadów, m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady: 2000/53/WE z 18.09.2000 r. w sprawie pojazdów wycofanych z eksploatacji (Dz.Urz. UE L 269 z 21.10.2000 r., s. 34 ze zm.); 2006/66/WE z 6.09.2006 r. w sprawie baterii i akumulatorów oraz zużytych baterii i akumulatorów oraz uchylająca dyrektywę 91/157/EWG (Dz.Urz. UE L 266 z 26.09.2006 r., s. 1 ze zm.); 2012/19/UE z 4.07.2012 r. w sprawie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (Dz.Urz. UE L 197 z 24.07.2012 r., s. 38 ze zm.); 2018/850 z 30.05.2018 r. zmieniająca dyrektywę 1999/31/WE w sprawie składowania odpadów (Dz.Urz. UE L 150 z 14.06.2018 r., s. 100); 94/62/WE z 20.12.1994 r. w sprawie opakowań i odpadów opakowaniowych (Dz.Urz. UE L 365 z 31.12.1994 r., s. 10 ze zm.); 2011/65/UE z 8.06.2011 r. w sprawie ograniczenia stosowania niektórych niebezpiecznych substancji w sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz.Urz. UE L 174 z 1.07.2011 r., s. 88 ze zm.); 2019/904 z 5.06.2019 r. w sprawie zmniejszenia wpływu niektórych produktów z tworzyw sztucznych na środowisko (Dz.Urz. UE L 155 z 12.06.2019 r., s. 1).

⁴⁴ Zbiorczo na temat prawa konsumenckiego i zrównoważonego rozwoju: *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady, Nowy program na rzecz konsumentów. Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy*, COM/2020/696 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0696> (dostęp: 11.03.2023 r.); E. Terryn, *The New Consumer Agenda: A Further Step Toward Sustainable Consumption?*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2021/1, s. 1–3; E. Terryn, E. Van Gool, *The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2021/3, s. 89, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3732911>; B. Keirsbilck, E. Terryn, A. Michel, I. Alogna, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, Luxembourg 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA\(2020\)648769_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA(2020)648769_EN.pdf) (dostęp: 11.06.2023 r.).

⁴⁵ H.-W. Micklitz, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019/6, s. 231–232; E. Terryn, *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, [w:] *Consumer Protection in a Circular Economy*, red. B. Keirsbilck, E. Terryn, Cambridge 2019, s. 127; F. Zoll, *Ekologiczne...*, [w:] *Wykonanie...*, s. 639; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Sustainable consumption and circular economy in the Directive 2019/771*, „Pravovedenie” 2020/4, s. 526–550, <https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.406>; E. Van Gool, A. Michel, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2021/4, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3732976>; M. García Goldar, *The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2021/29(1), s. 9–24, <https://doi.org/10.1177/1023263X211051827>; A. de Franceschi, *Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2018/6, s. 220.

przepisów dokonujących ich transpozycji do prawa krajowego⁴⁶. Pojawi się konieczność oceny zgodności dotychczas przyjmowanej w orzecznictwie wykładni z aksjologią nowej dyrektywy, co zwłaszcza w początkowych latach obowiązywania nowej regulacji może zmniejszać pewność prawa. W szczególności część orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości może stracić aktualność (np. w art. 13 ust. 3 dyrektywy 2019/771 przewidziano możliwość podniesienia zarzutu bezwzględnej nieproporcjonalności, co w świetle orzecznictwa na tle dyrektywy 1999/44/WE było niedopuszczalne⁴⁷).

Z jednej strony potrzeba wyważenia interesów stron umowy oraz interesu zewnętrznego (kwestie środowiskowe) może prowadzić do obniżenia ochrony konsumenckiej w przypadkach, gdy interes konsumenta nie da się pogodzić z zapewnieniem minimalnego poziomu efektywności ekologicznej rozstrzygnięcia. Wówczas będzie należało rozstrzygnąć o kolizji interesów – przede wszystkim dokonać oceny, czy w świetle celów dyrektywy zasadne jest odmówienie konsumentowi ochrony (np. możliwości skorzystania z konkretnego uprawnienia) z uwagi na szczególne okoliczności sprawy i – przykładowo – nieproporcjonalne koszty środowiskowe związane z realizacją uprawnienia. Z drugiej strony jednak w niektórych przypadkach uwzględnienie motywu 32 dyrektywy 2019/771 może prowadzić także do zwiększenia uprawnień konsumenta. Jeśli rzecz obarczona jest nieusuwalną wadą, która sprawia, że korzystanie z rzeczy zagraża środowisku, wada taka nie będzie mogła zostać uznana za nieistotną, co uprawnia konsumenta do odstąpienia od umowy⁴⁸.

3. Ocena szczegółowa wpływu dyrektyw 2019/771 i 2019/770 na poziom ochrony konsumenta w Polsce

3.1. Pojęcie niezgodności sprzedanej rzeczy bądź dostarczanej treści lub usługi cyfrowej z umową

W dyrektywach 2019/771 (art. 6 i 7) i 2019/770 (art. 7 i 8), w celu przeciwdziałania praktyce polegającej na opisywaniu rzeczy jako niespełniającej standardowych

⁴⁶ F. Zoll, *Czy nowa...*, [w:] *Nauka...*, *passim*; F. Zoll, *Ekologiczne...*, [w:] *Wykonanie...*, s. 640 i 644 (w kontekście zarzutu niemożliwości lub nieproporcjonalności względnej wybranego przez kupującego sposobu doprowadzenia rzeczy do zgodności z umową); A. Beckers, *Environmental Protection meets Consumer Sales*, „European Review of Contract Law” 2018/2, s. 157–189, <https://doi.org/10.1515/ercl-2018-1009> (w kontekście zakresu odszkodowania w przypadku braku zgodności rzeczy sprzedanej z umową, gdy niezgodność ta związana jest z niedopełnieniem standardów środowiskowych); K. Południak-Gierz, *Eco-reasonableness. Possibility of incorporating green principles into general private law clauses*, [w:] *Quo vadis commercial contract? Reflections on sustainability, ethics and technology in the emerging law and practice of global commerce*, red. M. Heidemann, M. Andenas, Cham 2023, *passim* (wykładnia umowy w ramach standardu uzasadnionych oczekiwań konsumenta).

⁴⁷ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) z 16.06.2011 r., C-65/09 i C-87/09, Gebr. Weber GmbH przeciwko Jürgen Wittmer (C-65/09) oraz Ingrid Putz przeciwko Medianess Electronics GmbH (C-87/09), ECLI:EU:C:2011:396, pkt 71 i 78.

⁴⁸ F. Zoll, *Czy nowa...*, [w:] *Nauka...*, *passim*.

wymogów, aby wyłączyć działanie rękojmi w tym zakresie⁴⁹, został wprowadzony podział na subiektywne i obiektywne wymogi zgodności z umową⁵⁰. Wymogi te mają charakter równorzędny⁵¹, przy czym dopuszczalne jest uchylenie poszczególnych wymogów obiektywnych, jeśli konsument w momencie zawarcia umowy odrębnie i wyraźnie zgodzi się, aby konkretna cecha przedmiotu świadczenia odbiegała od określonego standardu (art. 7 ust. 5 dyrektywy 2019/771; art. 8 ust. 5 dyrektywy 2019/770). Dotychczas w prawie polskim odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi była wyłączona, jeżeli kupujący wiedział o wadzie rzeczy w chwili zawarcia umowy (art. 557 § 1 k.c.). Dlatego rozwiązanie wprowadzone w ramach transpozycji dyrektywy 2019/771 w art. 43b ust. 4 u.p.k., w myśl którego sama wiedza konsumenta nie jest wystarczająca i konieczne jest wyrażenie przez niego osobno kwalifikowanej zgody, należy uznać za bardziej korzystne dla kupującego.

W kontekście treści i usług cyfrowych oraz rzeczy z elementami cyfrowymi pozytywne z perspektywy konsumenta jest także uzupełnienie wymogów zgodności z umową o kryteria funkcjonalności, kompatybilności oraz interoperacyjności⁵². Trzeba jednak zaznaczyć, że na gruncie obu dyrektyw interoperacyjność pojawia się wyłącznie w ramach subiektywnych wymogów zgodności z umową⁵³. Może zatem być wymagana tylko wtedy, gdy wynika to z treści umowy ustalonej na podstawie uzasadnionych oczekiwań konsumenta.

Szczególnie pozytywnie należy ocenić uwzględnienie w obu dyrektywach przez ustawodawcę unijnego kwestii aktualizacji i dostarczania treści lub usług cyfrowych w sposób ciągły przez określony czas⁵⁴. Gdy umowa przewiduje dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej w taki sposób, wymogi zgodności z umową powinny być spełnione przez cały czas trwania umowy (art. 10 dyrektywy 2019/771, art. 11 ust. 3 dyrektywy 2019/770, w prawie polskim – odpowiednio art. 43c ust. 3 i art. 43k ust. 6 u.p.k.)⁵⁵, a przedsiębiorca obowiązany jest do poinformowania konsumenta o kolejnych aktualizacjach (art. 8 ust. 2 dyrektywy 2019/770, art. 7 ust. 3 dyrektywy 2019/771, w prawie polskim – art. 43k ust. 3 u.p.k. stosowany odpowiednio też do umów sprzedaży rzeczy z elementami cyfrowymi).

⁴⁹ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 49; F. Zoll, *Problem negatywnego uzgodnienia cech rzeczy sprzedanej – w oczekiwaniu na wspólne europejskie prawo sprzedaży*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2012/2, s. 169–170; F. Zoll, *Rękojnia: odpowiedzialność sprzedawcy*, Legalis/el. 2018, rozdział 2 § 1. IV.

⁵⁰ J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 198.

⁵¹ Pierwotnie proponowano uznanie kryteriów subiektywnych za dominujące i uwzględnienie kryteriów obiektywnych wyłącznie w przypadku braku regulacji umownej. Ujęcie to zostało poddane krytyce; zob. K. Sein, G. Spindler, *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications*, cz. 2, „European Review of Contract Law” 2019/15(4), s. 367, <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0022>.

⁵² J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 198.

⁵³ W dyrektywie 2019/770: w art. 7 lit. a – jako subiektywne wymogi zgodności; w art. 8 ust. 1 lit. b – już brak odwołania do interoperacyjności. W dyrektywie 2019/771: w art. 6 lit. a – jako subiektywne wymogi zgodności z umową; w art. 7 ust. 1 lit. d – brak odwołania do interoperacyjności.

⁵⁴ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 32.

⁵⁵ K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 370.

Aktualizacje mające zagwarantować bezpieczeństwo i zgodność z umową produktu⁵⁶ są wymagane zarówno w przypadku dostarczania treści i usług w sposób ciągły, jak i jednorazowo⁵⁷. Ustawodawca polski w ramach transpozycji w odniesieniu do rzeczy z elementami cyfrowymi wskazał, że rzecz ta pozostaje zgodna z umową, jeśli dostępność aktualizacji jest zgodna z umową (art. 43b ust. 1 pkt 1 u.p.k.). To, czy należy przyjąć, że umowa przewiduje obowiązek dostarczania aktualizacji niekoniecznych dla utrzymania zgodności przedmiotu świadczenia z umową i nowych wersji treści lub usługi cyfrowej, należy ocenić, uwzględniając uzasadnione oczekiwania konsumenta w tym zakresie⁵⁸. Natomiast co do aktualizacji, od których zależy dalsza zgodność rzeczy lub treści czy usługi cyfrowej z umową, obowiązek ich dostarczania powstaje z mocy prawa (art. 43k ust. 3 u.p.k.). W przypadku gdy treść lub usługa cyfrowa mają być dostarczane w sposób ciągły, obowiązek zapewnienia dostępności aktualizacji koniecznych trwa przez okres 2 lat, a gdy umowa przewiduje dostarczanie przedmiotowych treści lub usług w sposób ciągły dłużej niż 2 lata – przez okres, w którym zgodnie z umową sprzedaży (której treść jest ustalana w oparciu o standard uzasadnionych oczekiwań konsumenta) mają być dostarczane treści cyfrowe lub usługa cyfrowa (art. 10 ust. 2 i 5 dyrektywy 2019/771, art. 8 ust. 4 dyrektywy 2019/770, art. 43c ust. 3, art. 43l ust. 1, 3, 4 u.p.k.)⁵⁹. Natomiast jeśli treść lub usługa dostarczane są jednorazowo, czas trwania obowiązku powinien być wyznaczony stosownie do uzasadnionych oczekiwań konsumenta (art. 7 ust. 3 lit. a dyrektywy 2019/771, art. 8 ust. 2 lit. b dyrektywy 2019/770).

Trudności praktyczne w tym zakresie mogą dotyczyć rozróżnienia aktualizacji (*update*) i nowej wersji treści lub usługi cyfrowej (*upgrade, new release*)⁶⁰ oraz – powiązanego z obowiązkiem dostarczania aktualizacji – uprawnienia sprzedawcy do wprowadzania modyfikacji⁶¹. Pozytywnie należy ocenić uzależnienie dopuszczalności modyfikacji od wskazania w umowie uzasadnionych powodów takich modyfikacji (motyw 75 dyrektywy 2019/770; art. 43p u.p.k.), bez dodatkowych kosztów dla konsumenta, oraz skorelowanie ich z obowiązkiem informacyjnym i przyznanie konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy, jeśli modyfikacja ma negatywny wpływ i nie jest nieistotna (motywy 76 i 77 oraz art. 19 dyrektywy 2019/770; błędna transpozycja w art. 43q u.p.k., który zawęża uprawnienie do wypowiedzenia umowy tylko do sytuacji, w których niezgodność ma charakter istotny). Brakuje natomiast analogicznej normy na gruncie dyrektywy 2019/771, co może stanowić źródło wątpliwości prawnych w przypadku rzeczy z elementami cyfrowymi. W niektórych

⁵⁶ Motyw 47 dyrektywy 2019/770; motyw 30 dyrektywy 2019/771; K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 370; art. 43k ust. 3 u.p.k.

⁵⁷ Motyw 47 dyrektywy 2019/770.

⁵⁸ P. Kalamees, *Goods with Digital Elements And The Seller's Updating Obligation*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law” 2021/12, s. 133.

⁵⁹ P. Kalamees, *Goods...*, s. 135. Celem wprowadzenia wymogu dostępności aktualizacji przez ustawodawcę unijnego było zapewnienie, żeby rzecz z elementami cyfrowymi pozostała zgodna z umową przez określony czas, a nie wyłącznie w chwili dostarczenia rzeczy. P. Kalamees, *Goods...*, s. 131–132.

⁶⁰ Motyw 47 dyrektywy 2019/770; K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 370.

⁶¹ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 33. Szerzej: K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 388–389.

jednak przypadkach kryteria przejęte z regulacji dotyczącej rzeczy fizycznych nie przystają do specyfiki obrotu treściami cyfrowymi i dostarczania usług cyfrowych (np. wymóg, aby treść lub usługa cyfrowa była zgodna z udostępnioną wersją próbną lub zapowiedzią w kontekście praktyki udostępniania programów w wersji *beta*).

W kontekście dyrektywy 2019/771 pozytywnie należy ocenić wprowadzenie kryterium trwałości jako obiektywnego wymogu zgodności rzeczy z umową. Celem tej zmiany jest ograniczenie negatywnych konsekwencji środowiskowych tzw. planowanego postarzania produktów – strategii polegającej na takim projektowaniu rzeczy, aby skrócić cykl życia produktu bez zwiększania równocześnie kosztów związanych z odpowiedzialnością sprzedawcy za jej wady (rzecz sprzedana traci swoją użyteczność niedługo po upływie czasu, w którym mogłaby zadziałać rękojmia lub gwarancja)⁶². Wprowadzenie wymogu trwałości rozumianego jako zdolność rzeczy „do zachowania ich funkcji i parametrów działania przez okres normalnego użytkowania” (art. 2 pkt 13 dyrektywy 2019/771) koresponduje z ogólnymi założeniami UE w zakresie wspierania zrównoważonej konsumpcji⁶³. Choć według niektórych przedstawicieli doktryny niemieckiej w poprzednim stanie prawnym standard uzasadnionych oczekiwań konsumenta obejmował także jego oczekiwania co do odpowiedniej trwałości towarów⁶⁴, to wyraźne jego wprowadzenie jako kryterium obiektywnej zgodności z umową powinno przyczyniać się do podwyższenia poziomu ochrony konsumenta. Okoliczność, że kryterium to zostało wprowadzone także z uwagi na cele publiczne (motyw 32 dyrektywy 2019/771)⁶⁵, w typowych sytuacjach nie będzie miała znaczenia z punktu widzenia interesów kupującego. Co do zasady⁶⁶ bowiem zarówno z perspektywy kosztów środowiskowych, jak i nabywcy pożądana jest większa trwałość produktu.

Warto zauważyć, że niekiedy postuluje się wprowadzenie regulacji zróżnicowanych terminów trwałości w zależności od kategorii rzeczy – w przypadku rzeczy, których oczekiwana trwałość wynosi więcej niż 2 lata, okres odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi powinien zostać odpowiednio wydłużony⁶⁷. Rozwiązanie takie, choć zwiększałoby znacząco kazuistyczność prawa, byłoby wskazane: z jednej strony uprościłoby proces stosowania prawa, a z drugiej – pozwoliłoby konsumentom na łatwą weryfikację, czy ich oczekiwania co do możliwego czasu używania rzeczy są uzasadnione. Ponadto takie rozwiązanie regulacyjne mogłoby stanowić dodatkowy czynnik motywujący przedsiębiorców do takiego projektowania rzeczy, żeby zachowywały one swoje cechy i funkcjonalność przez ściśle określony czas.

⁶² J. Valant, *Briefing, Planned obsolescence: Exploring the issue*, European Parliamentary Research Service, <https://tinyurl.com/z295cct> (dostęp: 11.06.2023 r.).

⁶³ J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 198.

⁶⁴ S. Lorenz, *Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2021/29, s. 2065–2066; I. Bach, M. Wöbbeking, *Das Haltbarkeitserfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit?*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2020/37, s. 2674.

⁶⁵ F. Zoll, *Czy nowa...*, [w:] *Nauka...*, *passim*.

⁶⁶ D.R. Cooper, T.G. Gutowski, *The Environmental Impacts of Reuse: A Review*, „Journal of Industrial Ecology” 2017/21(1), s. 38–56, <https://doi.org/10.1111/jiec.12388>.

⁶⁷ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 49.

Podczas wykładni umowy w ramach standardu uzasadnionych oczekiwań konsumenta⁶⁸ należy uwzględnić także jego oczekiwania co do ekologiczności produktu. W konsekwencji rzecz, która nie spełnia uzasadnionych oczekiwań konsumenta, np. co do zużycia prądu czy gazu lub co do emisji zanieczyszczeń, będzie należało uznać za niezgodną z obiektywnymi wymogami zgodności z umową⁶⁹. Problematyczną kwestią może okazać się określenie, jak wysokie oczekiwania co do ekologicznej efektywności rzeczy powinny być uznane podczas tej oceny za punkt odniesienia. Na przykład konieczne będzie rozstrzygnięcie, czy podczas oceny zgodności rzeczy z umową należy wziąć pod uwagę np. oczekiwania przeciętnego konsumenta o niskiej, średniej czy wysokiej świadomości środowiskowej. Dodatkowo duże znaczenie będzie miał także wybór kontekstu decydującego podczas ustalania uzasadnionych oczekiwań takiego konsumenta – przede wszystkim, czy przyjmie się, że uzasadnione oczekiwania związane są z tym, jakie cechy mają zwykle rzeczy danego rodzaju na danym rynku oraz jakich cech kupujący mógłby oczekiwać w świetle obowiązujących przepisów⁷⁰. Z uwagi na praktykę rynkową polegającą na projektowaniu rzeczy w taki sposób, aby spełniały wymogi co do ekologicznej efektywności tylko w środowisku testowym albo wyłącznie w ściśle określonych – w praktyce rzadko występujących – warunkach⁷¹, w świetle celów dyrektywy należałoby przyjąć, że zgodność rzeczy z umową powinna być oceniana z perspektywy konsumenta o wysokich oczekiwaniach co do ekologiczności rzeczy, przy uznaniu kontekstu normatywnego za decydujący⁷².

W prawie polskim oczekiwania co do ekologicznej efektywności rzeczy mogły dotychczas kształtować treść umowy bezpośrednio z uwagi na art. 556¹ § 1 pkt 3 k.c. (kupujący poinformował sprzedawcę o swoich oczekiwaniach co do efektywności ekologicznej rzeczy) lub ewentualnie – w przypadku braku poinformowania – pośrednio w ramach standardu uzasadnionych oczekiwań⁷³. Odwołanie w motywie 32 dyrektywy 2019/771 do potrzeby wspierania bardziej zrównoważonej konsumpcji i gospodarki o obiegu zamkniętym stanowi wyraźne wskazanie, że podczas oceny zgodności rzeczy z umową w ramach standardu uzasadnionych oczekiwań należy wziąć pod uwagę także kwestie dotyczące ekologicznej efektywności rzeczy. Przy założeniu, że w interesie konsumenta jest uzyskanie rzeczy efektywnej ekologicznie (tzn. trwałej, możliwej do ewentualnej naprawy, wytworzonej w procesie zgodnym z normami regulującymi wpływ produkcji na środowisko, dopuszczonej do użytku

⁶⁸ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 42–46.

⁶⁹ F. Zoll, *Ekologiczne...*, [w:] *Wykonanie...*, s. 641.

⁷⁰ K. Południak-Gierz, *Eco-reasonableness...*, [w:] *Quo vadis...*

⁷¹ Zob. wyrok TSUE (pierwsza izba) z 9.07.2020 r., C-343/19, Verein für Konsumenteninformation przeciwko Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2020:534; ale także np. praktyka pomiaru zużycia energii przez telewizor podczas odtwarzania nagrania wideo o niskiej jakości lub przez lodówkę, której drzwi nie są otwierane; zob. T. Zachariadis, *Legislation or Economic Instruments for a Successful Environmental Policy? Reflections After „Dieselgate”*, [w:] *Environmental Policy: An Economic Perspective*, red. T. Walker, S. Goubran, N. Sprung-Much, Hoboken 2020, s. 38.

⁷² F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Sustainable...*, s. 534.

⁷³ Na temat możliwości wyprowadzenia wymogu trwałości rzeczy w ramach standardu uzasadnionych oczekiwań zob.: S. Lorenz, *Die Umsetzung...*, s. 2065 i 2066; I. Bach, M. Wöbbecking, *Das Haltbarkeitserfordernis...*, s. 2674.

w środowisku, w którym konsument ma zamiar z niej korzystać), można argumentować, że zmiana powinna pozytywnie wpłynąć na poziom ochrony konsumenta.

Dyrektywa 2019/771, w odróżnieniu od dyrektywy 1999/44/WE, reguluje kwestie dotyczące odpowiedzialności sprzedawcy za wady prawne rzeczy sprzedanej. Zgodnie z art. 9 dyrektywy 2019/771: „W przypadku gdy ograniczenie wynikające z naruszenia praw osób trzecich, w szczególności praw własności intelektualnej, uniemożliwia lub ogranicza korzystanie z towarów zgodnie z art. 6 i 7, państwa członkowskie zapewniają, aby konsumentowi przysługiwały środki ochrony prawnej w przypadku braku zgodności z umową, o których mowa w art. 13, chyba że prawo krajowe przewiduje w takich przypadkach nieważność lub rozwiązanie umowy sprzedaży”. W art. 10 dyrektywy 2019/770 przewidziany został analogiczny przepis, w związku z czym nie ma wątpliwości, że w przypadku umów o dostarczanie treści i usług cyfrowych pojęcie niezgodności z umową obejmuje także wady prawne⁷⁴.

Ustawodawca polski w 2014 r., podczas reimplementacji dyrektywy 1999/44/WE, utrzymał odrębny reżim rękojmi za wady prawne (art. 556³ k.c.) rzeczy sprzedanej⁷⁵. Oba systemy odpowiedzialności pozostają bardzo zbliżone – odmiennie uregulowane są przede wszystkim kwestie dotyczące przedawnienia i prekluzji (art. 568 i 576 k.c.). Ponadto, zgodnie z art. 575 k.c., „Jeżeli z powodu wady prawnej rzeczy sprzedanej kupujący jest zmuszony wydać rzecz osobie trzeciej, umowne wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi nie zwalnia sprzedawcy od obowiązku zwrotu otrzymanej ceny, chyba że kupujący wiedział, iż prawa sprzedawcy były sporne, albo że nabył rzecz na własne niebezpieczeństwo”. Ustawodawca natomiast przewidział możliwość zwolnienia się przez sprzedawcę od odpowiedzialności z tytułu rękojmi poprzez zwrot kupującemu zapłaconej sumy lub wartość spełnionego świadczenia wraz z odsetkami i z kosztami, o ile „kupujący uniknął utraty w całości lub w części nabytej rzeczy, albo skutków jej obciążenia na korzyść osoby trzeciej przez zapłatę sumy pieniężnej lub spełnienie innego świadczenia” (art. 575¹ k.c.). Poza tym w przypadku wad prawnych rzeczy nie znajdował zastosowania, uchylony podczas transpozycji dyrektywy 2019/771, art. 576¹ k.c.

Definicje kodeksowa i dyrektywalna wady prawnej się różnią. Przede wszystkim w dyrektywie znalazło się wyraźne odniesienie do praw własności intelektualnej, co jest uzasadnione z uwagi na objęcie rzeczy z elementami cyfrowymi zakresem zastosowania dyrektywy. Implementacja dyrektywy w tym zakresie nie powinna była prowadzić do obniżenia poziomu ochrony konsumenta, natomiast mogła zmniejszyć ryzyko błędnego stosowania przepisów w przypadku rzeczy z elementami cyfrowymi. W ramach transpozycji dyrektyw 2019/771 i 2019/770 ustawodawca polski zmienił sformułowanie art. 556³ k.c. i dodał w nim stwierdzenie, że wady poza wymienionymi w tym przepisie stanowią wady fizyczne. Przepisu tego nie stosuje się w przypadku umów konsumenckich (art. 43a u.p.k.). Równocześnie jednak w u.p.k. zabrakło wyraźnego wskazania, jakie uprawnienia przysługują

⁷⁴ J.M. Carvalho, *Sale...*, s. 198. Na temat szczególnych problemów, które mogą pojawić się na etapie stosowania prawa w tym kontekście – zob. K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 372–374.

⁷⁵ F. Zoll, *Rękojmia...*, rozdział II, § 1, pkt XII.

konsumentowi na gruncie u.p.k., gdy ograniczenie wynikające z naruszenia praw osób trzecich, w szczególności praw własności intelektualnej, uniemożliwia lub ogranicza korzystanie z towarów w sposób zakreślony na podstawie subiektywnych i obiektywnych wymogów zgodności. W obecnym stanie prawnym mogą zatem ponownie pojawiać się wątpliwości co do tego, czy i w jakim zakresie przedsiębiorca ponosi odpowiedzialność za niezgodność rzeczy sprzedanej z umową, jeśli prawa osób trzecich wpływają na korzystanie z rzeczy⁷⁶. Wykładnia przepisów u.p.k. w zgodzie z dyrektywami powinna prowadzić do wniosku, że odpowiedzialność sprzedawcy rzeczy i dostawcy treści lub usługi cyfrowej przewidziana w dyrektywie powstaje także, gdy prawa osób trzecich uniemożliwiają lub ograniczają korzystanie z nich. Natomiast w zakresie dyrektyw niezgodność z umową nie obejmuje sytuacji, w których sprzedawca nie przeniósł własności rzeczy na kupującego lub rzecz stanowi własność osoby trzeciej (sytuacja objęta zakresem art. 556³ k.c.)⁷⁷. To sprawia, że zakres odpowiedzialności za niezgodność z umową w k.c. i u.p.k. jest odmienny, co można oceniać negatywnie z perspektywy ochrony interesów kupującego.

3.2. Uprawnienia kupującego (w stosunku do sprzedawcy) w przypadku braku zgodności rzeczy z umową

Zarówno dyrektywa 2019/770, jak i dyrektywa 2019/771 przewidują analogiczną hierarchię uprawnień konsumenckich w razie wady rzeczy⁷⁸. Konsument jest uprawniony do żądania doprowadzenia rzeczy do zgodności z umową (uprawnienia pierwszego poziomu), a wyłącznie w okolicznościach określonych odpowiednio w art. 14 ust. 4 dyrektywy 2019/770 i art. 13 ust. 4 dyrektywy 2019/771 – do obniżenia ceny lub odstąpienia od umowy (uprawnienia drugiego poziomu). Co do zasady takie rozwiązanie jest dla konsumenta mniej korzystne niż model dotychczas przewidziany w Kodeksie cywilnym⁷⁹. Warto zauważyć, że na gruncie nieobowiązującej ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej⁸⁰, przewidującej analogiczną hierarchię uprawnień, znaczna część sporów dotyczyła przejścia z pierwszego na drugi poziom środków ochrony⁸¹. Choć opublikowane w 2014 r. badanie orzecznictwa wskazuje, że sądy nie odmawiały zasadności korzystania przez konsumentów ze środków ochrony drugiego stopnia, sam fakt, iż istnienie hierarchii jest źródłem sporów, może prowadzić do wniosku, że jej wprowadzenie ma negatywny wpływ na sytuację prawną konsumentów⁸².

⁷⁶ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 216.

⁷⁷ A. Wiewiórowska-Domagalska, F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Transpozycja...*, s. 932.

⁷⁸ K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 374.

⁷⁹ A. Kołodziej, *Harmonizacja pełna uprawnień konsumenta w razie niezgodności towaru z umową w dyrektywie 2019/771 o sprzedaży towarów*, cz. 2, „Przegląd Prawa i Administracji” 2022/4116, s. 157, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.128.11>.

⁸⁰ Ustawa z 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1176 ze zm.); uchylona 25.12.2014 r.

⁸¹ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 270.

⁸² A. Wiewiórowska-Domagalska, *Refleksje...*, s. 270.

W odniesieniu do dyrektywy 2019/770 dodatkowo pewne wątpliwości budzi wybór środków ochronnych w przypadku niezgodności świadczenia z umową⁸³. Z jednej strony zasadne jest odstąpienie ustawodawcy unijnego od rozróżnienia (przewidzianego w dyrektywie 2019/771⁸⁴) naprawy i wymiany. Z uwagi na różnorodność treści i usług cyfrowych niecelowe byłoby wskazywanie przez ustawodawcę sposobu, w jaki ma nastąpić doprowadzenie przedmiotu umowy do zgodności z umową⁸⁵. Z drugiej jednak strony nawet tak ogólnie określone uprawnienie do żądania doprowadzenia treści do zgodności z umową może nie być dostosowane do charakterystyki przedmiotu umowy. Dostęp do usługi lub treści cyfrowej można uzyskać niemal natychmiastowo, co sprawia, że oczekiwanie na rozpatrzenie zgłoszenia dotyczącego rękojmi i doprowadzenie przedmiotu świadczenia do zgodności z umową może zniechęcać konsumentów do korzystania z uprawnień w ramach systemu rękojmi⁸⁶.

Jako uprawnienia drugiego poziomu dyrektywa 2019/770 przewiduje obniżenie ceny i odstąpienie od umowy. Jednakże uprawnienie do obniżenia ceny nie powstanie, gdy konsument w celu uzyskania dostępu wyraża zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych. Jeśli zatem nie dojdzie do doprowadzenia treści lub usługi cyfrowej do zgodności z umową, konsumentowi pozostaje odstąpienie od umowy. Uprawnienie to przysługuje konsumentowi, nawet jeśli brak zgodności z umową jest nieistotny (motyw 67, art. 14 ust. 6 dyrektywy 2019/770, por. 43n ust. 3 u.p.k.). Jeżeli natomiast konsument równocześnie płaci cenę oraz dostarcza dane osobowe, „powinien mieć prawo do doprowadzenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej do zgodności z umową, obniżenia ceny w stosunku do kwoty zapłaconej za treści cyfrowe lub usługę cyfrową lub do rozwiązania umowy” (motyw 67 *in fine* dyrektywy 2019/770).

W kontekście obniżenia ceny należy pozytywnie ocenić zróżnicowanie sposobu kalkulacji obniżenia w zależności od tego, czy treść lub usługa cyfrowa są dostarczane w sposób ciągły, czy też nie (art. 14 ust. 5 dyrektywy 2019/770; art. 43n ust. 2 u.p.k.)⁸⁷. Jeśli brak zgodności treści lub usługi cyfrowej z umową (np. brak określonej funkcjonalności) obiektywnie tylko nieznacznie zmniejsza wartość usługi, natomiast w konkretnym przypadku utrudnia konsumentowi zamierzone z niej korzystanie, proporcjonalne obniżenie ceny nie chroni skutecznie interesów konsumenta⁸⁸. Należy jednak zauważyć, że to konsument dokonuje wyboru, z którego uprawnienia drugiego poziomu chce skorzystać. Ponadto niezgodność powodująca niemożliwość korzystania z treści lub usługi w zamierzony przez konsumenta sposób co do zasady nie powinna być kwalifikowana jako nieistotna – w przypadku niedoprowadzenia

⁸³ M. Pecyna, *Implementacja...*, s. 608.

⁸⁴ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 33.

⁸⁵ K. Koman, *Środki...*, s. 28–29; K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 376.

⁸⁶ Tak: K. Havu, *Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections*, [w:] *Online Distribution of Content in the EU*, red. T. Pihlajarinne, J. Vesala, O. Honkkila, Cheltenham–Northampton 2019, s. 172–187; K. Koman, *Środki...*, s. 31.

⁸⁷ K. Sein, G. Spindler, *The new...*, cz. 2, s. 377.

⁸⁸ K. Koman, *Środki...*, s. 30–31.

treści lub usługi do zgodności z umową konsumentowi powinno przysługiwać uprawnienie do odstąpienia od umowy.

Dyrektywa 2019/771 nie wprowadza zasadniczych zmian w zakresie zarzutu nieproporcjonalności wybranego przez konsumenta środka ochrony prawnej, jednak dopuszcza zarzut nieproporcjonalności bezwzględnej (w prawie polskim dotychczas zarzut ten był dopuszczalny wyłącznie, gdy kupujący jest przedsiębiorcą⁸⁹). Oceniając zarzut nieproporcjonalności środka wybranego przez konsumenta (art. 13 ust. 2 dyrektywy 2019/771), należy uwzględnić wpływ jego realizacji na środowisko⁹⁰. Przy założeniu, że naprawa w większości przypadków generuje niższe koszty środowiskowe niż wymiana rzeczy⁹¹, w praktyce może to prowadzić do uprzywilejowania naprawy względem wymiany, co może być postrzegane przez konsumentów jako ograniczenie ich ochrony. Gdy rzecz wymieniana jest na nową, konsument – z perspektywy ekonomicznej – uzyskuje darmową możliwość korzystania z rzeczy w okresie między odebraniem przez konsumenta rzeczy wadliwej a jej powrotnym wydaniem sprzedawcy⁹². W szczególnych sytuacjach wystąpienie wady rzeczy dodatkowo sprawia, że konsument przestaje ją uważać za niezawodną – ewentualna naprawa nie wpłynie na zmianę postrzegania rzeczy⁹³.

Artykuł 14 dyrektywy 2019/771, w ślad za orzecznictwem unijnym⁹⁴, precyzuje kwestie kosztów związanych z naprawą i wymianą rzeczy. Gdy naprawa lub wymiana wymaga usunięcia rzeczy zainstalowanej przed ujawnieniem się braku zgodności z umową, „obowiązek naprawy lub wymiany towarów obejmuje usunięcie towarów niezgodnych z umową oraz instalację wymienionych lub naprawionych towarów, lub poniesienie kosztów związanych z tym usunięciem i instalacją” (ust. 3). Analogiczną regulację przewiduje już prawo polskie w art. 561³ k.c., w myśl którego to sprzedawca jest zobowiązany pokryć wszelkie koszty związane z wymianą bądź naprawą rzeczy (m.in. koszt robocizny, materiałów, demontażu i dostarczenia rzeczy, a także ponownego zamontowania i uruchomienia⁹⁵), przy czym przed transpozycją dyrektywy 2019/771 przepis ten stanowił, że jeżeli koszt demontażu i ponownego zamontowania przewyższał cenę rzeczy sprzedanej, to choć konsument mógł żądać ich wykonania przez sprzedawcę, obowiązany był ponieść część kosztów – w zakresie, w jakim przewyższały cenę rzeczy sprzedanej (art. 561¹ k.c.; alternatywnie konsument mógł żądać od sprzedawcy zapłaty części kosztów demontażu i ponownego zamontowania, do wysokości ceny rzeczy sprzedanej). Ponieważ przepis dyrektywy

⁸⁹ F. Zoll, *Rękojmia...*, s. 304-305.

⁹⁰ F. Zoll, *Czy nowa...*, [w:] *Nauka...*, *passim*.

⁹¹ V. Mak, E. Lujinovic, *Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019/1(1), s. 4-13; E. Terryn, *A Right...*, [w:] *Consumer...*, *passim*.

⁹² E. Van Gool, A. Michel, *The New...*, *passim*.

⁹³ V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, London 2009, s. 118.

⁹⁴ Zob. wyrok TSUE z 16.06.2011 r., C-65/09 i C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396; R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 264-265.

⁹⁵ E. Habryn-Chojnacka, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 353-626, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2022, art. 5613, nb 1.

nie odnosi się odrębnie do sytuacji, w której koszty demontażu i ponownego zamontowania oraz uruchomienia przewyższają cenę rzeczy sprzedanej, jest mniej jasny niż obecne przepisy Kodeksu cywilnego. Dopuszczenie przez ustawodawcę unijnego podniesienia zarzutu absolutnej nieproporcjonalności budzi wątpliwość, czy stanowisko zaprezentowane przez TSUE w wyroku w sprawach połączonych C-65/09 i C-87/09 (że w sytuacji, „w której wymiana towaru wadliwego jako jedyny możliwy środek zaradczy pociąga za sobą nieproporcjonalne koszty ze względu na konieczność demontażu towaru niezgodnego z umową z miejsca, w którym został zamontowany, i zamontowania towaru zastępczego, art. 3 ust. 3 dyrektywy nie stoi na przeszkodzie temu, by roszczenie konsumenta o zwrot kosztów demontażu towaru wadliwego i zamontowania towaru zastępczego ograniczało się w razie potrzeby do wysokości proporcjonalnej do wartości, jaką miałby towar, gdyby był zgodny z umową, i do znaczenia braku zgodności. Takie ograniczenie nie narusza bowiem prawa konsumenta do żądania wymiany towaru niezgodnego z umową”)⁹⁶ pozostaje aktualne.

Dopuszczenie przez ustawodawcę unijnego możliwości powołania się na absolutną nieproporcjonalność wybranego przez konsumenta środka ochrony przy równoczesnym, wyraźnym wskazaniu, że to sprzedawca ponosi koszty związane z naprawą lub wymianą rzeczy, może sugerować, iż ustawodawca unijny w odmienny sposób niż we wspomnianym wyroku TSUE, C-65/09 i C-87/09, zdecydował się na zagwarantowanie właściwej równowagi między interesami konsumenta i sprzedawcy⁹⁷. Zamiast możliwości przerzucenia na konsumenta części kosztów związanych z naprawą lub wymianą ustawodawca unijny dopuścił możliwość podniesienia zarzutu absolutnej nieproporcjonalności wymiany lub naprawy, co pozwala konsumentowi na realizację uprawnień drugiego poziomu (obniżenie ceny lub odstąpienie od umowy). Tak też należy wyklądać art. 43d ust. 6 u.p.k.

Pozytywnie należy ocenić wyraźne określenie obowiązków stron dotyczących dalszego dostępu do treści lub usług cyfrowych oraz przetwarzania danych osobowych i innych treści wytworzonych przez konsumenta w przypadku odstąpienia od umowy (art. 16 i 17 dyrektywy 2019/770)⁹⁸ – w prawie krajowym brak było dotychczas analogicznego unormowania. Zarówno w poprzednim (560 § 4 k.c.), jak i obecnym (art. 43e ust. 4 u.p.k.) stanie prawnym konsument nie mógł odstąpić od umowy, jeżeli wada jest nieistotna⁹⁹. W art. 13 ust. 5 zd. 2 dyrektywy 2019/771 ustawodawca wyraźnie wskazał, że to „na sprzedawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że brak zgodności z umową jest nieistotny”. Także przed wejściem w życie dyrektywy to sprzedawca, podważając skuteczność odstąpienia, był obowiązany wykazać, że wada, na którą powołuje się kupujący, jest nieistotna (art. 560 § 4 w zw. z art. 6 k.c.). Z uwagi

⁹⁶ Wyrok TSUE z 16.06.2011 r., C-65/09 i C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, pkt 74.

⁹⁷ Odmiennie: M. Tulibacka, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2022, art. 561¹, pkt D.9.

⁹⁸ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 33.

⁹⁹ Nie oznacza to jednak, że przesłanką odstąpienia z uwagi na wady rzeczy jest jej istotność; zob. F. Zoll, *Rękopis...*, rozdział V, § 2 I.

na rozbieżności w wykładni przesłanki negatywnej nieistotności wady¹⁰⁰ zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Zmniejsza ona bowiem ryzyko błędnej wykładni przepisu i wymagania, by kupujący wykazał istotność wady.

Artykuł 16 ust. 2 dyrektywy 2019/771 wyraźnie dopuszcza częściowe odstąpienie od umowy sprzedaży¹⁰¹: „Jeżeli brak zgodności z umową dotyczy jedynie niektórych towarów dostarczonych na podstawie umowy sprzedaży (...), konsument może rozwiązać umowę sprzedaży jedynie w odniesieniu do tych towarów”. Natomiast w odniesieniu do nabytych wraz z nimi rzeczy niewadliwych konsument może odstąpić od umowy, „jeśli nie można zasadnie oczekiwać, aby konsument zgodził się zatrzymać wyłącznie towary zgodne z umową” (art. 16 ust. 2 dyrektywy 2019/771). Analogiczną możliwość przewidywał już art. 565 k.c., zastrzegając jednak, że co do zasady nie jest możliwe odstąpienie częściowe od umowy, z wyjątkiem sytuacji, w których „spośród rzeczy sprzedanych tylko niektóre są wadliwe i dają się odłączyć od rzeczy wolnych od wad, bez szkody dla stron obu”. Ustanowiony w art. 16 dyrektywy 2019/771 (art. 43e ust. 5 u.p.k.) sposób wyznaczenia zakresu sytuacji, w których po stronie konsumenta powstaje uprawnienie do odstąpienia od umowy w części, jest bardziej korzystny dla konsumenta¹⁰². Podczas oceny uwzględniana jest bowiem wyłącznie perspektywa kupującego (brak konieczności wagi interesów stron¹⁰³).

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w wyroku TSUE w sprawie *Quelle*¹⁰⁴ ustawodawca unijny stanowi w art. 14 ust. 4 dyrektywy 2019/771, że: „Konsument nie jest zobowiązany do zapłaty za normalne użytkowanie wymienianych towarów w okresie poprzedzającym wymianę”¹⁰⁵. Choć z perspektywy interesów konsumenta rozwiązanie to jest korzystne, to jednak pozostaje w wyraźnej sprzeczności z założeniami zrównoważonej konsumpcji, gdyż zwiększa atrakcyjność wymiany rzeczy względem jej naprawy. Zgodnie z art. 14 ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2019/771 (art. 43d ust. 5 u.p.k.) sprzedawca odbiera wymieniane towary na swój koszt, jednak w odróżnieniu od art. 567 § 1 k.c. art. 14 ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2019/771

¹⁰⁰ W doktrynie czasem błędnie wskazuje się, że uprawnienie do odstąpienia przysługuje kupującemu wyłącznie wówczas, gdy wada jest istotna; zob. E. Habryn-Chojnacka, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, art. 560, nb 26.

¹⁰¹ A. Kołodziej, *Wpływ...*, cz. 1, s. 227.

¹⁰² Tak też: A. Kołodziej, *Harmonizacja...*, cz. 2, s. 167–168.

¹⁰³ Na temat konieczności wagi interesów kupującego i sprzedawcy na gruncie art. 565 k.c. zob. E. Habryn-Chojnacka, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, art. 565, nb 3. W kontekście konsekwencji wadliwości dostarczanych partiami zob. art. 562 k.c.

¹⁰⁴ Wyrok TSUE z 17.04.2008 r., C-404/06, *Quelle AG przeciwko Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Dz.Urz. UE C 142 z 2008 r., s. 6, pkt 40–41; zob. R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 265.

¹⁰⁵ W doktrynie wskazuje się, że art. 14 ust. 4 dyrektywy 2019/771, dopuszczając możliwość obciążenia konsumenta obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia za korzystanie wykraczające poza normalne korzystanie z rzeczy, jest mniej korzystny dla konsumenta niż teza wyrażona w wyroku C-404/06 w sprawie *Quelle* – TSUE odniósł się bowiem do korzystania wykraczającego poza normalne korzystanie z rzeczy. Tak: W. Dybka, *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi w świetle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/771 w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019/3, s. 26, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/130856/dybka_odpowiedzialnosc_sprzedawcy_z_tytulu_rekojmi_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp: 11.06.2023 r.).

nie przewiduje możliwości odesłania przez konsumenta rzeczy na koszt i niebezpieczeństwo sprzedawcy, w przypadku gdy ten ostatni jest w zwłoce z odebraniem rzeczy w związku z wymianą¹⁰⁶. Powyższe można postrzegać jako pogorszenie sytuacji konsumentów.

Novum na gruncie prawa unijnego jest art. 13 ust. 6 dyrektywy 2019/771 (art. 43f u.p.k.), zgodnie z którym konsument może wstrzymać się z zapłatą pozostałej części ceny lub jej części do czasu wypełnienia przez sprzedawcę obowiązków z tytułu niezgodności rzeczy z umową. Wyraźne uprawnienie konsumenta do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia przez konsumenta prowadzi do podwyższenia ochrony konsumenta¹⁰⁷, ponieważ art. 488 i 490 k.c. dotyczą świadczeń wzajemnych, natomiast wykonanie przez sprzedawcę obowiązków z tytułu rękojmi nie jest świadczeniem wzajemnym z umowy sprzedaży¹⁰⁸.

4. Wnioski

Zmiany, które nastąpiły w polskim prawie wskutek transpozycji dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771, wpływają na poziom ochrony konsumentów w prawie polskim w sposób niejednolity. Część zmian prowadzi co do zasady do obniżenia poziomu ochrony konsumenta: tak będzie w przypadku wprowadzenia hierarchii uprawnień¹⁰⁹ oraz konieczności uwzględnienia dążenia do wspierania bardziej zrównoważonej konsumpcji i gospodarki o obiegu zamkniętym podczas wykładni przepisów transponujących dyrektywę 2019/771. Wpływ innych zmian został zdeterminowany przez decyzje podjęte przez polskiego ustawodawcę w ramach transpozycji (np. korzystne dla konsumenta było niewprowadzenie obowiązku notyfikacji braku zgodności z umową w określonym terminie – art. 12 dyrektywy 2019/771 – i wydłużenie okresu działania domniemania niezgodności – art. 11 dyrektywy 2019/771; natomiast z uwagi na niewydłużenie czasu ponoszenia odpowiedzialności za brak zgodności z umową – art. 10 dyrektywy 2019/771 – w tym zakresie sytuacja prawna konsumenta nie uległa zmianie). Główny problem stanowi rozbieżność systemu odpowiedzialności¹¹⁰ za niezgodność z umową rzeczy sprzedanej spowodowane wyłącznie częściowym rozszerzeniem zakresu podmiotowego i brakiem rozszerzenia zakresu przedmiotowego zastosowania dyrektywy 2019/771 w ramach transpozycji. Równie kontrowersyjna jest dalsza fragmentacja regulacji umów o dostarczenie treści lub usługi cyfrowej. Część zmian natomiast ewidentnie poprawia sytuację konsumenta. Szczególnie pozytywnie należy ocenić uregulowanie umów o dostarczanie treści

¹⁰⁶ A. Kołodziej, *Harmonizacja...*, cz. 2, s. 171.

¹⁰⁷ R. Schulze, F. Zoll, *European...*, s. 268.

¹⁰⁸ A. Kołodziej, *Harmonizacja...*, cz. 2, s. 172.

¹⁰⁹ Można wskazywać, że długofalowo zmiany te poprawią sytuację konsumentów, gdyż z jednej strony wpłyną pozytywnie na rozwój wspólnego rynku (*Akademicki projekt zmiany kodeksu cywilnego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”* 2021/2, s. 336–337), a z drugiej strony – na środowisko.

¹¹⁰ O ryzykach prawnych i faktycznych reżimu rękojmi oraz odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania zob. np. W. Bańczyk, *Alokacja ryzyka zmiany okoliczności podczas wykonywania długoterminowej umowy o dzieło i o roboty budowlane – w kierunku umowy rozwijającej się*, Kraków 2017, s. 149.

i usług cyfrowych, wprowadzenie nowych kryteriów zgodności z umową, wyraźny wymóg kwalifikowanego konsensusu w przypadku określenia przedmiotu umowy jako odbiegającego od standardu, odniesienie się do kwestii aktualizacji, wad prawnych i częściowego odstąpienia od umowy czy możliwości wstrzymania się z zapłatą ceny do czasu wypełnienia obowiązków z tytułu niezgodności rzeczy z umową.

Bibliografia

1. *Akademicki projekt zmiany kodeksu cywilnego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2021, z. 2.
2. Bach I., Wöbbecking M., *Das Haltbarkeitserfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit?*, Neue Juristische Wochenschrift 2020, z. 37.
3. Bańczyk W., *Alokacja ryzyka zmiany okoliczności podczas wykonywania długoterminowej umowy o dzieło i o roboty budowlane – w kierunku umowy rozwijającej się*, Kraków 2017.
4. Beckers A., *Environmental Protection meets Consumer Sales*, European Review of Contract Law 2018, nr 2, <https://doi.org/10.1515/ercl-2018-1009>.
5. Brzozowski A., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, Komentarz. Art. 450–1088. *Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2021.
6. Carvalho J.M., *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, Journal of European Consumer and Market Law 2019, nr 5.
7. Cooper D.R., Gutowski T.G., *The Environmental Impacts of Reuse: A Review*, Journal of Industrial Ecology 2017, nr 21(1), <https://doi.org/10.1111/jiec.12388>.
8. de Franceschi A., *Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy*, Journal of European Consumer and Market Law 2018, nr 6.
9. Dybka W., *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi w świetle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/771 w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów*, Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego 2019, nr 3, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/130856/dybka_odpowiedzialnosc_sprzedawcy_z_tytulu_rekojmi_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
10. García Goldar M., *The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2021, t. 29, nr 1, <https://doi.org/10.1177/1023263X211051827>.
11. Gnella B., *Uwagi na temat wybiórczego rozszerzania zakresu ochrony konsumenckiej na niektórych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi*, Acta Universitatis Wratislaviensis 2022, nr 4101, <https://doi.org/10.19195/0524-4544.334.51>.
12. Habryn-Chojnacka E., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, Komentarz. Art. 353–626, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2022.
13. Havu K., *Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections*, [w:] *Online Distribution of Content in the EU*, red. T. Pihlajarinne, J. Vesala, O. Honkkila, Cheltenham–Northampton 2019.

14. Howells G., Twigg-Flesner C., Wilhelmsson T., *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon 2018.
15. Jagielska M., *Od konsumenta do użytkownika (o istotnej zmianie współczesnego prawa konsumenckiego)*, Państwo i Prawo 2021, nr 11.
16. Kabza J., *Przepisy o quasi-konsumentach a zasada równości przedsiębiorców*, [w:] *Swoboda działalności gospodarczej. Próba oceny polskich regulacji prawnych*, red. J. Glumińska-Pawlic, B. Przywora, Warszawa 2021.
17. Kalamees P., *Goods with Digital Elements And The Seller's Updating Obligation*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2021, nr 12.
18. Keirsbilck B., Terryn E., Michel A., Alogna I., *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, Luxembourg 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA\(2020\)648769_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA(2020)648769_EN.pdf).
19. Kołodziej A., *Harmonizacja pełna uprawnień konsumenta w razie niezgodności towaru z umową w dyrektywie 2019/771 o sprzedaży towarów*, cz. 2, Przegląd Prawa i Administracji 2022, nr 4116, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.128.11>.
20. Kołodziej A., *Wpływ zastosowania metody harmonizacji pełnej w zakresie uprawnień konsumenta w dyrektywie 2019/771 na przyszłą zmianę kodeksowego poziomu ochrony konsumenta z rękojmi*, cz. 1, Przegląd Prawa i Administracji 2021, nr 4072, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.127.14>.
21. Koman K., *Środki ochrony prawnej konsumentów w przypadku braku zgodności treści lub usług cyfrowych z umową*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 7, https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/70/iKAR_7_9_20__7Koman.pdf.
22. Kubiak-Cyryl A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis/el. 2020.
23. Kurowska A., *Implementacja dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2008, nr 6.
24. Lorenz S., *Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, z. 29.
25. Mak V., Lujinovic E., *Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example*, Journal of European Consumer and Market Law 2019, nr 1(1).
26. Mak V., *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, London 2009.
27. Micklitz H.-W., *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, Journal of European Consumer and Market Law 2019, nr 6.
28. Mikłaszewicz P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2022.
29. Namysłowska M., Jabłonowska A., Wiaderek F., *Implementation of the Digital Content Directive in Poland: A Fast Ride on a Tandem Bike against the Traffic*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2021, nr 2.
30. Pecyna M., *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowej – wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2021, z. 3.

31. Południak-Gierz K., *Dochodzenie roszczeń konsumenckich względem dostawców treści i usług cyfrowych*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2023/03/IWS_Poludniak-Gierz-K._Dochodzenie-roszczen-konsumenckich-wzgledem-dostawcow-tresci-i-uslug-cyfrowych.pdf.
32. Południak-Gierz K., *Eco-reasonableness. Possibility of incorporating green principles into general private law clauses*, [w:] *Quo vadis commercial contract? Reflections on sustainability, ethics and technology in the emerging law and practice of global commerce*, red. M. Heidemann, M. Andenas, Cham 2023.
33. Południak-Gierz K., *Wpływ regulacji dyrektyw 2019/770 oraz 2019/771 z zakresu rękojmi na poziom ochrony polskich konsumentów względem rozwiązań w tym zakresie obowiązujących w Kodeksie cywilnym. Implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektyw konsumenckich na przykładzie dyrektyw 2019/770 i 2019/771*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/10/IWS_Poludniak-Gierz-K._Wplyw-regulacji-dyrektywy-2019.770-oraz-dyrektywy-2019.771-z-zakresu-rekrojmi-na-poziom-ochrony-polskich-konsumentow.pdf.
34. Radwański M., *Implementacja dyrektywy 2019/771 do polskiego porządku prawnego – wybrane problemy*, [w:] *Reklamacje, mediacje i inne postępowania w sprawach konsumenckich*, red. Z. Długosz, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa, Legalis/el. 2021.
35. Schulze R., Zoll F., *European Contract Law*, Baden-Baden 2021.
36. Sein K., Spindler G., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications*, cz. 2, *European Review of Contract Law* 2019, nr 15(4), <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0022>.
37. Sein K., Spindler G., *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply*, cz. 1, *European Review of Contract Law* 2019, nr 15(3), <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0016>.
38. Targosz T., Wyrwiński M., *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, *Forum Prawnicze* 2015, nr 1.
39. Terry E., *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, [w:] *Consumer Protection in a Circular Economy*, red. B. Keirsbilck, E. Terry, Cambridge 2019.
40. Terry E., *The New Consumer Agenda: A Further Step Toward Sustainable Consumption?*, *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, nr 1.
41. Terry E., Van Gool E., *The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce*, *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, nr 3, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3732911>.
42. Tulibacka M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2022.
43. Valant J., *Briefing, Planned obsolescence: Exploring the issue*, <https://tinyurl.com/z295cct>.
44. Van Gool E., Michel A., *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, nr 4, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3732976>.
45. *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages* 2016, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>.

46. Wiak J., *Rozszerzenie ochrony konsumenckiej w kodeksie cywilnym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2020, nr 5, <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2020.5.4>.
47. Wiewiórowska-Domagalska A., *Refleksje na tle orzecznictwa sądów powszechnych w zakresie sprzedaży konsumenckiej*, Prawo w Działaniu 2014, t. 20, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Aneta-Wiewi%C3%B3rowska-Domagalska-Refleksje-na-tle-orzecznictwa-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych-w-zakresie-sprzeda%C5%BCy-konsumenckiej-206.pdf>.
48. Wiewiórowska-Domagalska A., Zoll F., Południak-Gierz K., Bańczyk W., *Transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady EU 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2021, z. 4.
49. Wyżykowski B., *Ochrona „konsumencka” niektórych osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą – wybrane zagadnienia*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 7(9), https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/70/iKAR_7_9_20___10Wyzykowski.pdf.
50. Zachariadis T., *Legislation or Economic Instruments for a Successful Environmental Policy? Reflections After „Dieselgate”*, [w:] *Environmental Policy: An Economic Perspective*, red. T. Walker, S. Goubbran, N. Sprung-Much, Hoboken 2020.
51. Zagrobelny K., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2021.
52. Zoll F., *Czy nowa dyrektywa o sprzedaży zapowiada ekologiczną rewolucję? Uwagi na kanwie kilku niemieckich orzeczeń odnoszących się do kwestii ochrony środowiska w związku z odpowiedzialnością z tytułu rękojmi*, [w:] *Nauka prawa a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa z okazji 170-lecia istnienia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. K. Oplustil, P. Tuleja, K. Prokopowicz, Kraków 2022.
53. Zoll F., *Ekologiczne prawo sprzedaży – bardzo wstępne uwagi*, [w:] *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, red. K. Bilewska, D. Krekora-Zajac, Warszawa 2021.
54. Zoll F., *O (nie)znowelizowanym pojęciu konsumenta, czyli o chęci uniknięcia niejasności i co z tego wynikało*, [w:] *Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, red. B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka, Warszawa 2016.
55. Zoll F., Południak-Gierz K., Bańczyk W., Poland, [w:] *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, red. A. de Franceschi, R. Schulze, Baden-Baden 2023.
56. Zoll F., Południak-Gierz K., Bańczyk W., *Sustainable consumption and circular economy in the Directive 2019/771*, Pravovedenie 2020, nr 4, <https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.406>.
57. Zoll F., *Problem negatywnego uzgodnienia cech rzeczy sprzedanej – w oczekiwaniu na wspólne europejskie prawo sprzedaży*, Transformacje Prawa Prywatnego 2012, nr 2.
58. Zoll F., *Rękojmia: odpowiedzialność sprzedawcy*, Legalis/el. 2018.

Marek Świerczyński, Zbigniew Więckowski

Liability for damages caused by
artificial intelligence systems
– main challenges to be addressed
by the European Union
conflict-of-laws regulations

*Odpowiedzialność za szkody
wyrządzone przez systemy sztucznej inteligencji
– główne wyzwania, którym muszą sprostać
przepisy kolizyjne Unii Europejskiej*

Abstract

This article discusses the main challenges related to the liability for damages caused by artificial intelligence (AI) systems that need to be properly addressed by the European Union (EU) conflict-of-laws regime. In the first part of the paper authors point out three main challenges, namely: 1) determination of responsible persons, 2) optimal liability regime for AI torts, and 3) determination of high – risk AI systems. In the second part of the paper the authors assess the application of the conflict-of-law provisions of the Rome II Regulation from this perspective. This article argues that a harmonised legal framework at EU level is necessary to avoid the risk of legal fragmentation in filling the gaps created by unprecedented technological advances caused by AI. This objective should also be pursued by the conflict-of-laws rules of private international law.

Keywords: *liability, AI, torts, conflict of laws*

Dr hab. Marek Świerczyński, professor of civil and private international law, Institute of Legal Studies University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw, expert consultant to the Council of Europe, Poland, ORCID: 0000-0002-4079-0487, e-mail: m.swierczynski@uksw.edu.pl

Dr Zbigniew Więckowski, assistant professor of civil law, Institute of Legal Studies University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-7753-3743, e-mail: z.wieckowski@uksw.edu.pl

The manuscript was submitted by the authors on: 30 June 2022; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 29 July 2022.

Streszczenie

W niniejszym artykule omówiono główne wyzwania związane z odpowiedzialnością za szkody wyrządzone przez systemy sztucznej inteligencji (AI), które należy odpowiednio uwzględnić w systemie kolizyjnym Unii Europejskiej. W pierwszej części artykułu autorzy wskazują na trzy główne wyzwania, a mianowicie: 1) określenie osób odpowiedzialnych, 2) optymalny reżim odpowiedzialności za delikty AI oraz 3) określenie systemów AI wysokiego ryzyka. W drugiej części artykułu autorzy dokonują oceny stosowania przepisów kolizyjnych rozporządzenia Rzym II z tej perspektywy. Argumentują, że zharmonizowane ramy prawne na szczeblu UE są niezbędne, aby uniknąć ryzyka rozdrobnienia prawnego w wypełnianiu luk powstałych w wyniku bezprecedensowego postępu technologicznego spowodowanego przez sztuczną inteligencję. Temu celowi powinny służyć również normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność, AI, delikty, przepisy kolizyjne

1. Introductory remarks

The development and increasing use of artificial intelligence (hereinafter: "AI") based technologies brings unprecedented benefits to humans, the economy and society. But there are risks associated with their use, which is due to the characteristics of these technologies. This has far-fetching implications for civil law¹. The issue of liability for damage caused by the use of artificial intelligence systems comes to the fore. Artificial intelligence is now the subject of regulations designed by European Union (hereinafter: the "EU")² – along with ethical considerations³. Fundamental questions are raised about the optimal regime of liability for harm caused by AI systems and responsible persons⁴.

One should agree that optimal liability regulations should be balanced and should also take into account the legitimate interests of the person to whom liability is attributed. This argument becomes particularly important where the likelihood of bearing liability constitutes, in a way, a price for the introduced innovativeness of the technological solutions⁵. Placing the risk of changes solely on the company that makes them could discourage innovation, which is clearly not in the public interest⁶. On the other hand, determination of the liability in an incident that involves use of AI systems can be troublesome, expensive, and time-consuming. It can be difficult to identify the exact cause of an incident, provide evidence of that cause, and ultimately decide against whom to make a claim⁷. Injured parties may encounter difficulties in accessing

¹ L. Bosek, *Perspektywy rozwoju odpowiedzialności cywilnej za inteligentne roboty* [Prospects for the development of civil liability for intelligent robots], "Forum Prawnicze" 2019, No. 2(52), p. 4, <https://doi.org/10.32082/fp.v2i52.200>.

² European Commission, *Commission Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies COM(2018) 237 final*, Brussels, 24 April 2018, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137> [accessed on: 11 May 2022]; Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, European Union 2019; European Commission, *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, Brussels, 19 February 2020, COM (2020) 64 final, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-safety-liability-artificial-intelligence_feb2020_en_1.pdf [accessed on: 11 January 2023].

³ EC Joint Research Centre, *Artificial Intelligence. A European Perspective*, Luxembourg 2018, pp. 120–121, available at: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf> [accessed on: 11 January 2023]; EC High-Level Expert Group on AI, 8 April 2019, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> [accessed on: 11 January 2023].

⁴ P. Księżak, S. Wojtczak, *Prawa Asimova, czyli science fiction jako fundament nowego prawa cywilnego* [Asimov's laws – science fiction as the foundation of a new civil law], "Forum Prawnicze" 2020, No. 4(60), p. 58, [https://doi.org/10.32082/fp.v0i4\(60\).378](https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).378). See: A. Ponce del Castillo, *A law on robotics and artificial intelligence in the EU?*, ETUI Research Paper – Foresight Brief, September 2017, pp. 7–8, available at: <http://doi.org/10.2139/ssrn.3180004> [accessed on: 11 January 2023].

⁵ B. Bożek, M. Jakubiec, *On the legal responsibility of autonomous machines*, "Artificial Intelligence and Law" 2017, Vol. 25.

⁶ M. Świerczyński, Ł. Żarnowiec, *Prawo właściwe dla odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez wypadki drogowe z udziałem autonomicznych pojazdów* [Proper law for liability for damages resulting from accidents involving autonomous vehicles], "Zeszyty Prawnicze" 2019, Vol. 19, No. 2, p. 106, <https://doi.org/10.21697/zp.2019.19.2.03>.

⁷ M. Świerczyński, Ł. Żarnowiec, *Prawo...*

the evidence, which significantly reduces the chance of obtaining compensation. In order to determine who is liable, it is necessary to consider the technology used in terms of the degree of autonomy of its decisions and its impact on the occurrence of the incident⁸.

These specific characteristics of AI-based technologies and their applications, including their complexity, ability to be modified through upgrades or machine learning, limited predictability, and vulnerability to cyber-attacks, make it difficult for victims to pursue claims for damages. Without adapting the liability system to address these challenges, including conflict-of-law regime, it will prove unfair or ineffective. Therefore, changes to liability regimes existing in the member states need to be made⁹. This leads to the following question: What implications does this have for the European conflict-of-law regime concerning liability for damages (torts), namely Rome II Regulation? In this paper we will first indicate main challenges from the perspective of the substantive law and then present recommendations regarding the optimal conflict-of-law regulations to address these challenges.

The model proposed recently by the EU for civil liability for damages caused by artificial intelligence¹⁰ certainly needs further discussion¹¹. However, despite the doubts and the sometimes critical stance, it is a good thing that there is a specific legislative proposal that can hopefully be improved in the next stages of the procedure. Certainly one area that requires urgent review is the relationship between the proposed legal framework and the conflict of laws rules set forth in the Rome II Regulation.

2. Main challenges

2.1. Who is responsible for AI harm?

The primary challenge for the victim is to identify the person responsible. Unlike other technologies in which a human being will be actively involved in the operation,

⁸ C. Boscarato, *Who is responsible for a robot's actions?*, [in:] *Technologies on the stand: legal and ethical questions in neuroscience and robotics*, B. van der Berg, L. Klaming (eds.), Nijmegen 2011; M. Świerczyński, Ł. Żarnowiec, *Prawo...*, p. 102.

⁹ Expert Group on Liability and New Technologies Formation, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies. Report*, 2019, p. 3.

¹⁰ Proposal for a Directive on adapting non contractual civil liability rules to artificial intelligence – Artificial Intelligence Liability Directive, available at: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence_en [accessed on: 10 January 2023].

¹¹ Similar to those that were held following the publication of the European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [2015/2103(INL)]. The resolution proposed, among other things, the establishment of a special legal regime for robots. The resolution uses the phrase “electronic person” (“e-person”). However, the European Parliament’s proposal was met with criticism. To date, more than 280 experts in AI, robotics, law, business, and ethics from over ten countries have signed an open letter opposing the plans to give robots the attribute of legal personality, considering it inappropriate and incompatible with, among other things, the principles of the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; see: *Open Letter to the European Commission. Artificial Intelligence and Robotics*, available at: <http://www.robotics-openletter.eu/> [accessed on: 10 February 2023].

whose behaviour will affect the use of the technology as such, artificial intelligence is being used to completely or at least significantly replace the human factor in the operation, the best example being autonomous cars (as indicated by their name). Artificial intelligence systems increasingly perform tasks without human supervision (“human out of the loop”). The level of autonomy of systems varies from fully supervised and controlled systems to more autonomous systems that combine feedback with analysis of their current situation and can perform tasks without direct human intervention, even operating in complex environments. It should be emphasised that a greater degree of system autonomy is a key property of AI systems sought by users.

What the opinions of international organisations have in common is the belief in the crucial and still superior role of humans in the application of artificial intelligence systems. Consequently, it is the human, not the machine, that should be held fully responsible in the event of damage. Moreover, attributing liability solely to AI would be a straightforward way to prevent humans (violators) from being penalised for the consequences for their own acts and omissions¹², and at the same time, could result in difficulties for victims in obtaining due compensation. With regard to liability in the event of a damage caused by AI, the UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence¹³ has consistently supported the position that ethical and legal liability can only be attributed to natural or legal persons. Artificial intelligence systems should not be given the attribute of legal personality¹⁴ and assume responsibility instead of humans.

Importantly, the EU recommends that the central figure in the system of civil liability for damages caused by AI should be the mainly its operator, as it is the operator who controls the risks associated with the use of AI in a manner comparable to a motor vehicle user. A possible problem is the use of AI algorithms in the public space, where potential victims are often unaware of how the system works and, in the event of damage, may not even know against whom they could make a claim¹⁵. To conclude, the law should support victims in identification of responsible persons.

¹² Similarly, M. Wałachowska: “Another argument in favour of denying legal subjectivity to AI systems is the fact that doing so would relieve equipment designers and programmers of civil liability for damages caused in connection with the use of artificial intelligence. It would also be difficult to argue that AI possesses property that would allow it to be liable for the damage caused”; M. Wałachowska, *Sztuczna inteligencja a zasady odpowiedzialności cywilnej* [Artificial intelligence and the principles of civil liability], [in:] *Prawo sztucznej inteligencji* [Artificial intelligence law], L. Lai, M. Świerczyński (eds.), Warszawa 2020, p. 68.

¹³ On 24 November 2021, the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence was adopted by UNESCO’s General Conference at its 41st session. See: <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics> [accessed on: 28 February 2023].

¹⁴ “It is worth adding that granting subjectivity to AI does not in any way solve the problem of liability. This is because a legal person is endowed with, among other things, legal capacity and has its own separate property. A robot, let alone a computer program, has no similar characteristics. Liability rules generally have two purposes: to remedy the damage done and to prevent damage. It seems that granting legal personality to AI would not enable the achievement of any of these purposes” – M. Hulicki, *Wybrane zagadnienia odpowiedzialności cywilnoprawnej w kontekście zastosowań sztucznej inteligencji*, “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2019, Vol. 28, Issue 4, pp. 897–898.

¹⁵ See: F.Y. Chee, *EU civil rights groups want ban on biometric surveillance ahead of new laws*, February 2021, available at: <https://www.reuters.com/article/us-eu-tech-petition-idU-SKBN2AH0N2> [accessed on: 20 December 2022].

2.2. What liability regime for AI should be adopted in the EU?

Civil liability issues are now an important object of legislative work in the EU. Over the past few years, there have been many resolutions, communiqués, and conclusions relating directly to this issue. The breakthrough, however, was achieved by the European Parliament when passing, on 20 October 2020, a resolution with recommendations to the European Commission concerning civil liability for artificial intelligence. As a result of these considerations the EU finally presented two draft directives in 2022¹⁶.

The proposal for a directive on non-contractual liability in relation to artificial intelligence (“AI Liability Directive”) builds upon the Commission’s 2020 White Paper on AI, its simultaneous report on safety and liability in the field of AI, and the 2021 AI Act proposal which focuses on prevention and safety. It is linked with the review of the 1985 Product Liability Directive¹⁷ (“revised Product Liability Directive”), which was presented on the same date as the AI Liability Directive. In short, under these drafts, the EU points out that the advent of artificial intelligence systems does not require an overhaul of the existing model of liability. The creation of a separate liability system for damages caused by AI is not justified¹⁸.

In this new piece of legislation, the EU rightly underlines the need first to review 1985 Product Liability Directive in terms of possible adaptation of definitions of terms such as “damage”, “defect”, and “burden of proof” when the causes of harm to a consumer result from autonomous decision-making processes. There are legitimate concerns that the provisions of the existing directive¹⁹ do not fully protect consumers of products based on artificial intelligence systems²⁰. It is difficult to prove the defectiveness of a product, the damage caused, and the causal relationship between the two. It also seems necessary to make the definition of a defective product more specific, so that compensation for damages caused by products defective due to software or other digital functions can be claimed in all cases. Currently, the assessment

¹⁶ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products (2022) [PLD Proposal], COM/2022/495 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495> [accessed on: 2 January 2023]; European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (2022) [AILD Proposal], COM/2022/496 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496> [accessed on: 2 January 2023].

¹⁷ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (OJ L 210, 7 August 1985, p. 29).

¹⁸ *Ensure that robots are and will remain in the service of humans*, European Parliament, Press Release: *Robots: Legal Affairs Committee calls for EU-wide rules*, published on 12 January 2017, 2017(b).

¹⁹ *Ensure that robots are and will remain in the service of humans*, European Parliament, Press Release: *Robots: Legal Affairs Committee calls for EU-wide rules*, published on 12 January 2017, 2017(b).

²⁰ Differently: The European Consumer Organisation, *Inception impact assessment on civil liability – adaptation liability rules to the digital age and artificial intelligence*, Brussels 2021, available at: <https://www.beuc.eu/publication/position-papers?keys=artificial+intelligence#publication> [accessed on: 4 January 2023].

of whether a specific solution is classified as software or a service is often unclear. It is particularly necessary to modify the existing product liability model²¹.

In its “Report on safety and liability implications of AI, the Internet of Things and Robotics”²², the European Commission concluded that the EU liability framework is working reasonably well. However, the features of artificial intelligence systems may impose some limitations on the determination of whether a damage is the consequence of culpable human action. This may result in limitations on the injured party’s pursuit of claims of liability. Both EU and harmonised national regulations should ensure that artificial intelligence systems do not reduce the level of protection of the victim, as this could result in a reluctance to use systems based on digital technologies. Leaving these issues to member states alone could lead to fragmentation of the market. It is therefore necessary to establish a uniform EU framework.

To summarize, it is a good thing that, with regard to artificial intelligence, the EU is not recommending to create completely new liability solutions. The phenomenon of AI does not justify replacing the existing liability rules, which continue to be valid, with new ones. A damage is a damage, regardless of its cause. According to the general concept of civil liability, whoever creates, maintains, and controls an artificial intelligence system should be liable for any damages.

2.3. What are high – risk Artificial Intelligence Systems?

Artificial intelligence is a type of technology that allows computers to perform tasks that require human intelligence, such as natural language understanding, learning and prediction. The Council of Europe’s draft 2023 Convention²³ adopts an analogous definition of an artificial intelligence system [Article 2(a)], indicating that it refers to systems that perform functions that are commonly associated with or require human intelligence, and that either assist or replace humans in performing those functions.

The precise definition of AI in the EU law would certainly help increase its level of transparency and thus trust. However, in the obvious situation of ambiguous understanding of AI, it is reasonable to ask about the actual possibility of formulating a single definition. Even in computer science, scholars do not even closely agree on a definition for AI. Would the alternative solution be to define various types of artificial intelligence? It appears that the research on AI conducted to date clearly

²¹ The European Consumer Organisation, *Inception impact assessment on civil liability – adaption liability rules to the digital age and artificial intelligence*, Brussels 2021, p. 5, available at: <https://www.beuc.eu/publication/position-papers?keys=artificial+intelligence#publication> [accessed on 4 January 2023].

²² Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, 19 February 2020, available at: <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/4ce205b8-53d2-11ea-aece-01aa75ed71a1> [accessed on: 19 February 2023].

²³ See revised “Zero Draft” [Framework] Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law. This document was prepared by the Chair of the Committee on Artificial Intelligence with the support of the Secretariat, available at: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai> [accessed on: 12 February 2023].

confirms that there are many types of artificial intelligence systems²⁴ and, consequently, no single, precise definition seems to be possible at all. From the perspective of the proposed liability regime it seems more important to identify high risk AI systems that directly and substantially affect rights of the people.

The way liability is enforced should depend on the type of risk the AI system in question poses (the higher the risk, the more stringent the liability mechanism²⁵). In a high-risk system, the threat occurs randomly and is much more dangerous than when the risk is minimal. Also, identifying clear criteria and an appropriate definition of high risk is essential. In principle, one can agree with the EU's position that an artificial intelligence system poses a serious risk when its autonomous operation involves the possibility of causing a damage to one or many persons in a random manner and beyond what could be expected. The probability of a damage should be determined on the basis of algorithmic calculations in the decision-making process, the complexity of the decision, and the reversibility of its consequences. When determining a high level of risk for a given artificial intelligence system, one should consider the type of sector and business, and an assessment of whether the consequences of operation of the system could have been avoided with reasonable measures. Due to the heterogeneous nature of artificial intelligence systems, making the type of liability dependent on the level of risk that a given artificial intelligence system involves should be fully accepted, of course with the assumption of a properly functioning verification mechanism for the different types of artificial intelligence.

3. How these main challenges are addressed by conflict-of-law rules?

3.1. Functions of the conflict-of-law regime

The goal of contemporary conflict-of-law rules is to tailor the model of conflict-of-law determination to the specific characteristics of a particular life situation, as opposed

²⁴ "AI technologies underlie many Internet services. Software polices the world's email traffic, and despite continual adaptation by spammers to circumvent the countermeasures being brought against them, Bayesian spam filters have largely managed to hold the spam tide at bay. Software using AI components is responsible for automatically approving or declining credit card transactions, and constantly monitors account activity for signs of fraudulent use [...]. Now, it must be stressed that the demarcation between artificial intelligence and software in general is not sharp. [...] A more relevant distinction for our purposes is that between systems that have a narrow range of cognitive capability (whether they be called «AI» or not) and systems that have a more generally applicable problem-solving capacities"; N. Bostrom, *Superintelligence. Scenarios, strategies, dangers* [Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies], Warszawa 2016, p. 37.

²⁵ A similar opinion was expressed by M. Jagielska: "Strict liability is liability for a danger arising from a particular type of activity. The responsibility of the broadly defined «makers» of artificial intelligence should also be based on this principle. Basing liability on other principles, e.g. fault [...], will in fact result in a lack of liability, as producers will usually be able to demonstrate compliance with the required standard of care" – M. Jagielska, *Odpowiedzialność za sztuczną inteligencję* [Liability for artificial intelligence], [in:] *Prawo sztucznej inteligencji* [Artificial intelligence law], L. Lai, M. Świerczyński (eds.), Warszawa 2020, pp. 76–77.

to establishing a one-size-fits-all and ideal solution²⁶. It is crucial to select the optimal criteria for determining the governing law (connecting factors). The connecting factor is an attempt reaching a compromise between the principle of closest relationship and the principle of predictability of conflict-of-law decisions²⁷. Identification of a law by means of a connecting factor is not only based on the principle of the closest relationship, but also takes into account certain conflict-of-law interests, especially legal certainty, but also protection of the victims²⁸. The choice of a connecting factors in the private international law directly impacts the victim ability to identify responsible persons and the legal basis for the claims.

We believe that simplification of the system for determination of the applicable law to assess the liability arising from AI violations would increase legal certainty and reduce the potential for the adverse problem of “forum shopping”²⁹. “Forum shopping” consists of intentionally taking advantage of the differences in the private international law of various countries so as to obtain, within the possibilities afforded by the norms defining the national jurisdiction, by bringing an action in the chosen one, the application of the expected substantive norms³⁰. The “forum shopping” risk needs to be reduced in case of disputes relating to the use of artificial intelligence systems.

3.2. How to determine responsible person(s)?

Establishing the applicable law to determine the non-contractual liability of producers, distributors, suppliers, vendors, and others for damages caused by AI products placed on the market is not an easy task under the current conflict-of-law rules. The person to whom liability is attributed may conduct operations in a location other than the location where the person claiming damages suffered a damage. An AI-based product can be designed and made in one location and placed on the market and purchased elsewhere. An optimal conflict-of-law rule is needed that, on the one hand, will ensure legal predictability and, on the other hand, will be flexible enough to allow the search for the law that is actually most closely related to the factual situation being evaluated. This will directly significantly improve the determination of responsible person for the damages.

Let's analyse three possible scenarios, first based on the possible application of a law that is “more favourable” to the injured party, second based on using an

²⁶ M. Pilich, *Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)* [Personal connecting factors of natural persons in private international law (selected problems)], “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, Vol. 19, p. 10.

²⁷ M. Czepelak, *Zasada najściślejszego związku jako reguła kierunkowa prawa prywatnego międzynarodowego* [The principle of the closest relationship as a guiding rule of private international law], “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, Vol. 18, p. 93.

²⁸ M. Czepelak, *Zasada...*

²⁹ M. Świerczyński, Ł. Żarnowiec, *Prawo...*, p. 105.

³⁰ On the risk of “forum shopping” under the Rome II Regulation due to the 1971 and 1973 Hague Conventions being in force in some EU member states; see: J. von Hein, *Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law*, “RabelsZ” 2009, Issue 3, p. 474, <https://doi.org/10.1628/003372509788930691>.

autonomous connecting factor for artificial systems, and the third solution with its gravity centre based on the autonomy of the parties.

The criterion of application of a law that is “more favourable” to the injured party must be rejected in our opinion. It refers to elements of substantive nature and is a vague criterion. It assumes the necessity to compare not only the content of the substantive norms of the indicated laws, but also to assess the consequences of their application. This involves considerable uncertainty as to which of the indicated laws will ultimately be used. This criterion is vague, changes in time, may act unevenly in different directions, and creates uncertainty in legal relations. A significant argument against adopting this criterion is its bias (favouring the injured party). A law that is beneficial to the injured party may result in a clear disadvantage to the person to whom liability is attributed.

A second scenario involves the adoption of a uniform application of a single legal systems based on an autonomous criterion related to the characteristics of the artificial systems. For example such systems, especially robots, could be legally recognised as products or property³¹ as they typically consist of software and hardware. As a first step, one may consider assuming that the applicable law should be the law of the country of the authority registering a given artificial intelligence system. The use of such a criterion would be appropriate if there was an international uniform AI registration principle, the adoption of which is only being planned, whereby the rule would apply only to certain “large” (high-risk) AI systems, i.e., those whose activities have the potential to have the most momentous socioeconomic impacts. This scenario would result in a stable anchoring of AI systems and the consequences of its actions in specific legal systems but its adoption need substantial changes in the existing private international law system.

Finally, under third scenario, we consider it advisable to grant the main role to the autonomy of the will of the parties with respect to their legal relations related to artificial intelligence. This subjective connecting factor can help in elimination of the difficulties involved in establishing objective links presented above. Indeed, the choice of the law allows the parties to achieve a significant degree of legal certainty by autonomously identifying the applicable legal system. The connecting factor consisting in the choice of the law resolving issues related to AI is an effective way to resolve conflict-of-law concerns.

We will see below that this third scenario is already permitted under the existing conflict-of-law regime adopted in the Rome II Regulation (see point below).

3.3. Optimal liability regime for AI damages

We support the EU’s general objective to ensure that victims of damage caused with the involvement of AI should have the same effective compensation as victims

³¹ S.M. Solaiman, *Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy*, “Artificial Intelligence Law” 2017, Vol. 25, p. 172, <https://doi.org/10.1007/s10506-016-9192-3>.

of damage caused by other technologies. Victims indeed need to be provided with increased means to claim fair compensation when they suffer damages caused by AI applications, which otherwise may be unavailable or complicated and expensive, due to the opacity and complexity of AI applications. Such results could be achieved, however, only under condition that conflict-of-law regime is fully synchronized with the goals of the new EU legislation on AI liability. We fully agree that an important component of trustworthy AI is predictability and this includes predictability of applicable law.

There is no question that the change must begin with a revision of the conflict-of-law rules that apply to product liability, as this seems the most important liability regime in case of AI damages. What remains relevant is recital 20 of the preamble to the Rome II Regulation, which states that, in relation to product liability, the conflict-of-law rules should ensure that the risks inherent in a modern, technologically advanced society are fairly distributed, protect the health of consumers, stimulate innovation, guarantee undistorted competition, and facilitate trade. The adopted solution should at least make it possible to find out *a priori* the proper law to assess possible liability for the damage caused and consequently to assess and calculate the resulting risk.

The current mechanisms for determination of the applicable law in product liability cases are excessively complex³². In addition to the provisions of the Rome II Regulation, the 1973 Hague Convention in some member states may also apply. Both acts provide for many criteria that must be met to determine the applicable law. They do not ensure legal certainty and predictability of the governing law³³. It goes contrary to the current proposals that seek to mitigate the effects of unforeseeability of the applicable law by lowering barriers to compensation, via (supposedly) strict negligence, presumption of fault and causality. In particular AI operators, not the victims, should bear the consequences of using black-box AI models. Hence, the presumptions of fault and defectiveness should apply, respectively, even if evidence cannot be produced by the defendant due to the black-box character of the AI model.

3.4. High-risk AI systems

We find it difficult to accept the EU's proposal to include a list of high-risk systems in an exhaustive annex to the regulation governing civil liability for damages. We believe that creating a list of systems is somewhat of an anachronism and that a better solution would be to certify individual systems on an ongoing basis using, for example, colour coding. Red could indicate a system with the highest risk, orange – one

³² S. Symeonides, *Choice of Law for Products Liability: The 1990s and Beyond*, "Tulane Law Review" 2004, Vol. 7, Issue 4, pp. 1247ff; J. Fawcett, *Products Liability in Private International Law: A European Perspective*, "Rec. des Cours" 1993-I, Vol. 9, pp. 238ff.

³³ Cf.: M. Illmer, *The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters*, "RabelsZ" 2009, Issue 2, pp. 269ff.

with a medium risk, and green – one with the lowest risk. We advocate setting up easily accessible dispute resolution schemes in this respect.

As the development of artificial intelligence systems is dynamic, we recommend simplifying all procedures aimed to analyse specific types of AI in terms of threats they pose. The risk level should be assessed at the same time as product safety in order to prevent the presence on the market of a product or service not covered by compulsory insurance. In the case of new digital technologies, the passage of time negatively affects the chances of market success; therefore, we consider the certification process to be more streamlined than updating the annex, especially since a colour coding scheme would be more understandable to the end users. Adoption of the proposal concerning the annex would require revising it on an ongoing basis. In many cases, it is a quick response to an unmet market need or a need that no one has planned for that is important. Thus, it seems reasonable to propose that action should be taken as needed and in a manner that is as informal as possible.

To conclude, there is a noticeable rise in the importance of product liability laws in relation to AI technologies³⁴. An example is a damage caused by the use of autonomous vehicles³⁵. We also see an apparent tendency to establish liability regimes that are not based on the premise of fault. An example is environmental protection. The rationale is that it is reasonable to hold liable the entity that benefits from the activity that causes environmental damage³⁶. The same rule should apply to AI-based technologies that involves high-risk of its use. At the same time, however, it is important to bear in mind that there are numerous types of artificial intelligence systems. Depending on the application, AI systems are more or less complex and autonomous. Consequently, the risks associated with their use may also vary. Therefore, it is now recommended to make the type of liability for damages caused by AI dependent on the level of risk inherent in the use of a specific AI system (the higher the risk, the more stringent the liability mechanism)³⁷. Most artificial intelligence systems are used for simple tasks that involve minimal or no risk to humans. In such cases, fault-based liability definitely should still apply.

³⁴ M. Świerczyński, Ł. Żarnowiec, *Law applicable to liability for damage caused by traffic accidents involving autonomous vehicles*, "Masaryk University Journal of Law and Technology" 2020, Vol. 14, No. 2, pp. 177–200, available at: <https://doi.org/10.5817/MUJLT2020-2-2> [accessed on: 1 February 2023]. More information can be found in: O. Shevchenko, *Connected Automated Driving: Civil Liability Regulation in the European Union*, "Teise" 2020, Vol. 114, pp. 85–102, available at: <https://doi.org/10.15388/Teise.2020.114.5> [accessed on: 1 February 2023].

³⁵ According to a recent forecast from HIS Automotive, there will be nearly 21 million autonomous vehicles on the world's roads by 2035. E.A.R. Dahiyat, *From Science Fiction to Reality: How will the Law Adapt to Self-Driving Vehicles?*, "Journal of Arts & Humanities" 2018, Vol. 7, Issue 9, p. 34, available at: <http://doi.org/10.18533/journal.v7i9.1497> [accessed on: 11 January 2023].

³⁶ E.A.R. Dahiyat, *From Science...*, p. 228–229.

³⁷ "The differentiation of the suggested regulatory approaches depending on the use of artificial intelligence we are dealing with is an example of an attempt to reconcile the protection of fundamental rights and the development of innovation" – J. Mazur, *Unia Europejska wobec rozwoju sztucznej inteligencji: proponowane strategie regulacyjne a budowanie jednolitego rynku cyfrowego* [European Union towards the development of artificial intelligence: recommended regulatory strategies and building a uniform digital market], "Europejski Przegląd Sądowy" 2020, No. 9, p. 15.

3.5. Does Rome II Regulation require revision?

For the above reasons, we believe that the general conflict-of-law model provided by the Rome II Regulation, particularly its Articles 4 (general rules) and 14 (autonomy of the will of the parties), should take the leading role in determination of the applicable law to liability arising from the AI damages, including product liability regime. These general rules fully comply with the neutral nature of the conflict-of-law rules of private international law, the primary purpose of which is not to favour any party to a legal relationship. It allows to take into consideration different types of AI systems, including the high-risk systems.

One should bear in mind that the introduction into Article 4(1) of the Rome II Regulation of the connecting factor – location of the damage instead of the more generally formulated connecting factor – location of the tort takes into account the case of multiple locations of the facts related to the violation³⁸. The Rome II Regulation assumes that the location of the damage, understood as the place of the direct infringement of a legal interest of the injured party, is decisive, since it is there that the event determining the liability takes place. However, the place where the injured party suffered a consequential damage resulting from an original damage arising in another state is irrelevant. Recital 17 in the preamble to the Rome II Regulation provides general guidance on how to understand the phrase “direct damage”. It indicated that “the country in which the damage occurs should be the country where the injury was sustained or the property was damaged respectively”. The above assumptions are fully applicable to damages caused by artificial intelligence systems.

Application of direct damage as a connecting factor is a compromise between considering the law of the country where the tort takes place as the proper law and giving the injured party the right to choose either the law of the country where the tort took place or the law of the country where the damage occurred³⁹. The solution adopted in the Rome II Regulation has the effect of making the determination of the proper law somewhat more rigid than the general connecting factor of the place of the tort, which in practice has been subject to flexible interpretation, allowing the law of the place of the act or the law of the place of the damage (the effect of the tort) to be adopted, depending on the circumstances of the particular case⁴⁰. This can cause

³⁸ The problem of multiple locations of torts is widely discussed in the literature, including in Poland. Pioneering studies in this area have been presented by M. Sośniak, *Lex loci delicti commissi w prawie międzynarodowym prywatnym* [*Lex loci delicti commissi in international private law*], “Studia Cywilistyczne” 1963, Vol. 4; M. Sośniak, *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym* [*Obligations resulting from the legal transactions in private international law*], Katowice 1971; M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe* [*International private law*], Katowice 1991.

³⁹ Cf.: T. Pajor, *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich* [*New trends in the general part of private international law of the European countries*], “Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, Vol. 18, pp. 68ff.

⁴⁰ Indeed, the trend in the modern private international law is to make conflict of laws rules more flexible and diverse. Cf.: T. Pajor, *Odpowiedzialność deliktowa w prawie prywatnym międzynarodowym* [*Tort liability in international private law*], Warszawa 1989, pp. 5ff; M. Sośniak, *Zobowiązania...*, pp. 49ff.

difficulties in the case of AI violations. It is therefore worth bearing in mind that this rigidity has been reduced in view of the possibility to apply the corrective rule specified in Article 4(3) of the Rome II Regulation, so that the court may, on the basis of this rule, apply as an exception the law of the place of the causative act (event), e.g. the action of the AI operator⁴¹.

To conclude, we are of opinion that Rome II Regulation does not require immediate changes, but rather the interpretation of its conflict-of-law rules should be more focused on the goals of AI liability regime proposed by the EU (namely ensuring proper compensation for the victims). The overall system should provide a uniform framework for AI liability in the EU which would balance ease of compensation with sufficient legal certainty for AI development and deployment.

3.6. Proposed application of the Rome II Regulation to AI torts

The Rome II Regulation conflict-of-law rules for determination of the applicable law for liability arising from AI infringements could be applied as follows. As noted above the basic conflict-of-law rule under the Rome II Regulation is the principle that the law of the country where the damage was suffered is the proper law, irrespective of the country in which the event causing the damage occurred and in which country or countries the indirect consequences of that event occurred [Article 4(1)]. The application of this rule to AI torts may raise few doubts, but one should take into consideration that Rome II Regulation contains additional and complementary rules. First, the court should check whether the parties have made a valid choice of the applicable law, i.e. have fulfilled the prerequisites of Article 14 of the Rome II Regulation. For AI torts, this may be sometimes problematic due to the fact that there may be more than one potentially responsible party. In the absence of a valid choice of law, it should be examined whether there are grounds for applying the rules on separate types of torts (Articles 5–9 of the Rome II Regulation, e.g. product liability cases). Only if the answer is negative does it become reasonable to apply the general norms specified in Article 4 of the Rome II Regulation, beginning with the norms specified in paragraph 2 (common personal law of the parties). In the absence of a common personal law, the basic rule specified in Article 4(1) providing for determination as the proper law of the law of the country where the direct damage occurred should apply. In both of the above situations, it is advisable for the court to determine whether it is possible to correct the indication of the law under Article 4(3) of the Rome II Regulation. Presented scheme shows a consistent

⁴¹ See: judgment of the Supreme Court of 5 February 2015, V CSK 164/14, LEX nr 2008700. More information on ways to address the problem of multiple locations of the damage can be found in: M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private international law], Warszawa 2017, pp. 274–247. It is worth recalling the draft conflict of laws rule recommended by M. Sośniak: "With respect to obligations that do not result from legal transactions, the law of the country where the factor that predominantly determined the emergence of the obligation occurred is the proper law, unless a link to the law of another country is apparent from the circumstances" – M. Sośniak, *Uwagi do projektu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego* [Comments to the draft of the Polish international private law], "Nowe Prawo" 1962, No. 7–8, p. 1019.

model for determination of the applicable law and the lack of fundamental impediment to its application to AI torts, including those that belong to the group of high-risk AI systems.

4. Summary and conclusions

The issue of civil liability for damages caused with the use of AI systems is of key importance. Adoption of an appropriate legal framework applicable to liability is important not only from the standpoint of possible injured parties, but also from the standpoint of businesses that implement artificial intelligence systems. Liability rules that are too restrictive can lead to a limitation of development work, while those that are too liberal can bring about a loss of public confidence in AI. It is therefore necessary to strike the right balance to enable, on the one hand, compensation of possible damages and to prevent, on the other hand, the amounts of compensation from limiting the readiness for development.

One of the most important functions of civil liability laws is to ensure that victims can seek redress. By guaranteeing effective compensation, these provisions help to protect the right to an effective remedy and a fair trial, while at the same time providing an incentive for developers of artificial intelligence systems to prevent harm in order to avoid liability.

We consider the model proposed by the EU in the draft directives on the principles of civil liability for damages caused by AI systems to be appropriate. Artificial intelligence systems are different, so it would be a mistake to adopt uniform liability rules. In order the system to be complete it needs to be fully synchronized with existing conflict-of-law rules, in the Rome II Regulation. We advocate setting up easily accessible dispute resolution schemes in matters involving civil liability in AI applications. EU lawmakers should have the courage to provide one coherent regulation in this respect.

We are of opinion that Rome II Regulation does not require immediate revision, but rather the interpretation of its conflict-of-law rules should be more focused on the goals of AI liability regime proposed by the EU (namely ensuring proper compensation for the victims). It should to provide a uniform framework for AI liability in the EU which would balance ease of compensation with sufficient legal certainty for AI development and deployment. A harmonised legal framework at EU level is necessary to avoid the risk of legal fragmentation in filling the gaps created by these unprecedented technological advances. This objective should also be pursued using the conflict of laws rules of private international law.

References

1. Boscarato C., *Who is responsible for a robot's actions?*, [in:] *Technologies on the stand: legal and ethical questions in neuroscience and robotics*, B. van der Berg, L. Klaming (eds.), Nijmegen 2011.

2. Bosek L., *Perspektywy rozwoju odpowiedzialności cywilnej za inteligentne roboty* [Prospects for the development of civil liability for intelligent robots], *Forum Prawnicze* 2019, No 2(52), <https://doi.org/10.32082/fp.v2i52.200>.
3. Bostrom N., *Superinteligencja. Scenariusze, strategie, zagrożenia* [Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies], Warszawa 2016.
4. Bożek B., Jakubiec M., *On the legal responsibility of autonomous machines*, *Artificial Intelligence and Law* 2017, Vol. 25.
5. Chee F.Y., *EU civil rights groups want ban on biometric surveillance ahead of new laws*, February 2021, <https://www.reuters.com/article/us-eu-tech-petition-idUSKBN2AH0N2>.
6. Czepelak M., *Zasada najściślejszego związku jako reguła kierunkowa prawa prywatnego międzynarodowego* [The principle of the closest relationship as a guiding rule of private international law], *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 2016, Vol. 18.
7. Dahiyat E.A.R., *From Science Fiction to Reality: How will the Law Adapt to Self-Driving Vehicles?*, *Journal of Arts & Humanities* 2018, Vol. 7, Issue 9, <http://doi.org/10.18533/journal.v7i9.1497>.
8. Fawcett J., *Products Liability in Private International Law: A European Perspective*, *Rec. des Cours* 1993-I, Vol. 9.
9. Hulicki M., *Wybrane zagadnienia odpowiedzialności cywilnoprawnej w kontekście zastosowań sztucznej inteligencji*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2019, Vol. 28, Issue 4.
10. Illmer M., *The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters*, *RabelsZ* 2009, Issue 2, <https://doi.org/10.1628/003372509788213570>.
11. Jagielska M., *Odpowiedzialność za sztuczną inteligencję* [Liability for artificial intelligence], [in:] *Prawo sztucznej inteligencji* [Artificial intelligence law], L. Lai, M. Świerczyński (ed.), Warszawa 2020.
12. Książak P., Wojtczak S., *Prawa Asimova, czyli science fiction jako fundament nowego prawa cywilnego* [Asimov's laws – science fiction as the foundation of a new civil law], *Forum Prawnicze* 2020, No. 4(60), [https://doi.org/10.32082/fp.v0i4\(60\).378](https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).378).
13. Mazur J., *Unia Europejska wobec rozwoju sztucznej inteligencji: proponowane strategie regulacyjne a budowanie jednolitego rynku cyfrowego* [European Union towards the development of artificial intelligence: recommended regulatory strategies and building a uniform digital market], *Europejski Przegląd Sądowy* 2020, No. 9.
14. Pajor T., *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich* [New trends in the general part of private international law of the European countries], *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego* 1995, Vol. 18.
15. Pajor T., *Odpowiedzialność deliktowa w prawie prywatnym międzynarodowym* [Tort liability in international private law], Warszawa 1989.
16. Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private international law], Warszawa 2017.
17. Pilich M., *Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)* [Personal connecting factors of natural persons in

- private international law (selected problems)*], Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 2016, Vol. 19.
18. Ponce Del Castillo A., *A law on robotics and artificial intelligence in the EU?*, ETUI Research Paper – Foresight Brief, September 2017, <http://doi.org/10.2139/ssrn.3180004>.
 19. Shevchenko O., *Connected Automated Driving: Civil Liability Regulation in the European Union*, Teisė 2020, Vol. 114, <https://doi.org/10.15388/Teise.2020.114.5>.
 20. Solaiman S.M., *Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy*, Artificial Intelligence Law 2017, Vol. 25, <https://doi.org/10.1007/s10506-016-9192-3>.
 21. Sośniak M., *Lex loci delicti commissi w prawie międzynarodowym prywatnym [Lex loci delicti commissi in international private law]*, Studia Cywilistyczne 1963, Vol. 4.
 22. Sośniak M., *Prawo prywatne międzynarodowe [International private law]*, Katowice 1991.
 23. Sośniak M., *Uwagi do projektu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego [Comments to the draft of the Polish international private law]*, Nowe Prawo 1962, No. 7–8.
 24. Sośniak M., *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym [Obligations not resulting from the legal transactions in private international law]*, Katowice 1971.
 25. Świerczyński M., Żarnowiec Ł., *Law applicable to liability for damage caused by traffic accidents involving autonomous vehicles*, Masaryk University Journal of Law and Technology 2020, Vol. 14, No. 2, <https://doi.org/10.5817/MUJLT2020-2-2>.
 26. Świerczyński M., Żarnowiec Ł., *Prawo właściwe dla odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez wypadki drogowe z udziałem autonomicznych pojazdów [Proper law for liability for damages resulting from accidents involving autonomous vehicles]*, Zeszyty Prawnicze 2019, Vol. 19, No. 2, <https://doi.org/10.21697/zp.2019.19.2.03>.
 27. Symeonides S., *Choice of Law for Products Liability: The 1990s and Beyond*, Tulane Law Review 2004, Vol. 78, Issue 4.
 28. von Hein J., *Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law*, *RabelsZ* 2009, Issue 3, <https://doi.org/10.1628/003372509788930691>.
 29. Wałachowska M., *Sztuczna inteligencja a zasady odpowiedzialności cywilnej [Artificial intelligence and the principles of civil liability]*, [in:] *Prawo sztucznej inteligencji [Artificial intelligence law]*, L. Lai, M. Świerczyński (eds.), Warszawa 2020.

Katarzyna Zombory

Protecting the child's best interest in international parental abduction of children: mediation in the 1980 Hague Convention cases

*Ochrona najlepszego interesu dziecka w przypadku
rodzicielskiego uprowadzenia dziecka za granicę:
mediacja w sprawach w trybie Konwencji haskiej z 1980 r.*

Abstract

The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was the first binding international instrument to address the phenomenon of cross-border child abduction, which appeared as a side-effect of ongoing globalisation in the second half of the 20th century. The 1980 Hague Convention is undoubtedly the most successful and widespread instrument of direct cross-border cooperation between states to deal with the international child abduction. Nonetheless, the practical significance of this 40-year-old instrument is diminished by the fact that it allows only for a limited consideration of the specific situation of an individual child, whose careful consideration the present-day children's rights approach, in particular the principle of the best interest of the child, otherwise dictates. International family mediation, carried out by a qualified cross-border family mediator, can nevertheless address some of the major downsides of the mandatory return mechanism. The paper explores how in the 1980 Hague Convention cases the child's best interest can be secured through international family mediation.

Keywords: *child's best interest, cross-border child abduction, international family mediation*

Dr Katarzyna Zombory, University of Miskolc – Central European Academy, Senior researcher, Hungary, ORCID: 0000-0002-0750-7555, e-mail: katarzyna.zombory@centraleuropeanacademy.hu
The manuscript was submitted by the author on: 13 February 2023; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 1 March 2023.

Streszczenie

Konwencja haska z 1980 r. dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę była pierwszym wiążącym instrumentem międzynarodowym odnoszącym się do zjawiska uprowadzenia dziecka za granicę – zjawiska, które pojawiło się jako efekt uboczny postępującej globalizacji w drugiej połowie XX w. Konwencja haska z 1980 r. jest bez wątpienia najskuteczniejszym i najbardziej rozpowszechnionym instrumentem bezpośredniej współpracy transgranicznej między państwami w zakresie uprowadzeń dzieci za granicę. Praktyczne znaczenie tego 40-letniego instrumentu jest jednak pomniejszone przez to, że pozwala on jedynie w ograniczonym stopniu uwzględnić konkretną sytuację indywidualnego dziecka, której staranne rozważenie jest przedmiotem dzisiejszego podejścia do praw dziecka, w szczególności jeśli zasada najlepiej pojętego interesu dziecka nakazuje inaczej. Międzynarodowa mediacja rodzinna, prowadzona przez wykwalifikowanego transgranicznego mediatora rodzinnego, może jednak rozwiązać niektóre z głównych wad mechanizmu obowiązkowych powrotów. W artykule zbadano, w jaki sposób w sprawach Konwencji haskiej z 1980 r. dobro dziecka można zabezpieczyć poprzez międzynarodową mediację rodzinną.

Słowa kluczowe: dobro dziecka, uprowadzenie dziecka za granicę, międzynarodowa mediacja rodzinna

1. Introduction

The development of a global society runs parallel with the emerging interconnectedness of not only states and economies, but also cultures, societies, and individuals. Unfortunately, as Hans van Loon highlights, an effect of globalisation is that it intensifies and multiplies risks for families and children, including in their mutual relations, as they migrate, increasingly and on a global scale, across international borders¹. Such risks involve issues related *inter alia* to the custody of children, access rights, relocation, and parental child abduction.

International parental child abduction involves situations where one parent removes the child to another state or retains the child there without the consent of the other parent, which is referred to in the international documents as the “wrongful removal” or “wrongful retention” of a child². It might typically occur in binational families or families otherwise having bonds with more than one country or spread over different countries³. Needless to say, such family disruption deeply affects the emotional, mental, and physical development of the abducted children. They suffer from the sudden upsetting of their stability, the traumatic loss of contact with either of their parents, and the uncertainty and frustration that come with the necessity to adapt to new cultural conditions, unknown school and family milieu, or even an unknown language⁴. Such circumstances without any doubt prove challenging for children of any age, but they are especially so for small children, who do not fully understand the situation in which they find themselves. According to statistics published by the Hague Conference of Private International Law, young children (i.e. on average under seven years old) form the majority of those involved in cross-border parental abduction⁵.

¹ H. van Loon, *Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions*, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, T. Liefwaard, J. Sloth-Nielsen (eds.), p. 32, Leiden 2017, https://doi.org/10.1163/9789004295056_004.

² According to Article 3 of the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Convention, the removal or retention of a child shall be considered wrongful where:

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

³ According to C. Paul and S. Kiesewetter, in Europe alone, more than 170,000 binational couples divorce each year, see: C. Paul, S. Kiesewetter, *Foreword*, [in:] *Cross-Border Family Mediation*, C. Paul, S. Kiesewetter (eds.), Frankfurt am Main 2014, p. 11.

⁴ E. Pérez-Vera, *Explanatory Report to Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, [in:] *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, tome 3, *Child abduction*, Hague Conference on Private International Law, p. 432. Further reading: M. Freeman, *The Effects and Consequences of International Child Abduction*, “Family Law Quarterly” 1998, Vol. 32, pp. 603–621; G.L. Greif, *The Long-term Aftermath of Child Abduction: Two Case Studies and Implications for Family Therapy*, “The American Journal of Family Therapy” 2009, Vol. 37, pp. 273–286, <https://doi.org/10.1080/01926180902754711>.

⁵ According to the statistics presented by the Hague Conference on Private International Law, in 2015, 2,997 children were involved in a total of 2,270 applications for the return of the child, and the average age of a child involved in a return application was 6.8 years. N. Lowe, V. Stephens, *A Statistical Analysis of Applications Made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Hague 2018, para. 10. More recent statistics are not available.

Over the years, the international community has created cross-border cooperation mechanisms to allow the parent left behind to seek the return of the child and to deter cross-border child abduction in general. Their underlying presumption is that international parental abduction needs to be denied any legal recognition or benefits (e.g. in terms of jurisdiction), and that it is in the children's best interest to ensure their fast return to their place of normal residence. In parallel, and especially since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child⁶, a need to balance the practical outwork of the international cooperation under private international law with the children's rights approach has emerged, which requires that the best interest of a specific child be adequately considered.

This article seeks to demonstrate that international family mediation, understood as a process conducted by a third person (mediator), assisting parents to re-establish communication and to resolve the family conflict themselves⁷, provides for a highly suitable forum to discuss and consider the individual child's well-being. The author addresses cross-border family mediation in relation to securing the child's best interest in the 1980 Hague Convention cases, and highlights the advantages of an agreed solution, which can improve the situation of children trapped in highly escalated family conflicts.

2. International instruments relevant to cross-border child abduction

The international legal framework relevant to cross-border child abductions comprises two groups of international instruments. The most directly relevant, and that by far most closely associated with the international child abduction problem, are the instruments establishing mechanisms of civil judicial cooperation. The key document in this field is the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (the 1980 Hague Convention)⁸. On the European Union (hereinafter: "EU") level, the main document relevant to judicial cooperation in child abduction cases is

⁶ Convention on the Rights of the Child, adopted in New York on 20 November 1989 by General Assembly resolution 44/25, UN Treaty Series, Vol. 1577, No. 27531.

⁷ Defence for Children International Italy, *Improving the Situation of Children in International Child Abduction Cases through Judicial Cooperation and Family Mediation – iCare*, p. 5, available at: <https://project-icare.eu/wp-content/uploads/2022/09/D2.3-Recommendation-List-Analysis-report.pdf> [accessed on: 13 February 2023].

⁸ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (hereinafter: "1980 Child Abduction Convention"), adopted in The Hague on 25 October 1980 under the auspices of the Hague Conference on Private International Law, UN Treaty Series, Vol. 1343, No. 22514. Several other instruments of private international law are also relevant to international child abduction to various extents, see e.g.: Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, adopted in the Hague on 19 October 1996, European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, adopted in Luxembourg on 20 May 1980 under the auspices of the CoE, UN Treaty Series, Vol. 1562, No. 25701, and Convention on Contact Concerning Children, adopted in Strasbourg on 15 May 2003 under the auspices of the CoE, CETS, No. 192.

Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction-recast (Brussels II ter Regulation), which upholds the 1980 Hague Convention mechanism while complementing it in the relations between the Member States of the European Union⁹.

The 1980 Hague Convention is designed to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention¹⁰. It establishes a mandatory return mechanism, which requires the authorities of contracting states to expeditiously order the return of any child who has been wrongfully removed or retained, where the child was habitually resident in another contracting state immediately prior to abduction¹¹. In the drafting of the instrument, it was assumed that returning children to the state of their habitual residence is generally in their best interest and, simultaneously, plays a preventive role. Therefore, children's interests receive two-fold protection in the 1980 Hague Convention: (i) by returning the child to the state with which he or she has the closest connection and ensuring litigation on custody in the place of the child's habitual residence, and (ii) in general sense, by deterring potential abductors¹². The two objectives of the 1980 Hague Convention, the preventive one and that of securing the immediate reintegration of the child into their normal environment, correspond to the drafter's idea of what constitutes the best interest of the child¹³. The children's welfare under the 1980 Hague Convention is considered within the exceptions to the obligatory return mechanism, which can be grounded on objective reasons relating either to the child or to the environment with which the child is most closely connected¹⁴. Faced with a situation giving grounds for one of the exceptions, the court seized with a return application has wide discretion

⁹ Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (recast), Official Journal of the European Union L 178/1 (Brussels II ter Regulation). The Regulation entered into force from 1 August 2022, replacing the previous Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, Official Journal of the European Union L 338 (Brussels II bis Regulation).

¹⁰ See the Preamble of the 1980 Hague Convention.

¹¹ The 1980 Hague Convention applies to all children under 16 years of age (Article 4).

¹² S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, Oxford-Portland 2011, p. 65; R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights*, "Transnational Law & Contemporary Problems" 2002, Vol. 12, No. 2, p. 398.

¹³ E. Pérez-Vera, *Explanatory...*, [in:] *Acts...*, tome 3, *Child...*, p. 432.

¹⁴ E. Pérez-Vera, *Explanatory...*, [in:] *Acts...*, tome 3, *Child...* The exceptions listed in Article 13 are: (a) the person or institution having the care of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or (b) a grave risk is that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation; and (c) the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to consider its views. A further exception is laid down in Article 20, according to which "the return of the child [...] may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested state relating to the protection of human rights and fundamental freedoms". Under Article 12 the court does not have the obligation to return the child where the application was submitted more than one year after the date of the wrongful removal or retention, and it can be demonstrated that the child is now settled in its new environment.

regarding whether to order the return of the child. The exceptions to mandatory return should be interpreted in a restrictive way, and their application is further limited under EU law¹⁵.

The second group of documents relevant to cross-border child abduction are international human rights instruments, such as the 1989 UN Convention on the Rights of the Child (hereinafter: "CRC"), the European Convention on Human Rights (hereinafter: "ECHR")¹⁶, the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹⁷, and the European Convention on the Exercise of Children's Rights¹⁸. Their relevance to cross-border child abduction stems primarily from the principle of the best interest of the child, either directly recognized in the international documents or derived from the right to the protection of private and family life, as well as from the general need to include the children's rights dimension in the international child abduction cases.

The judicial cooperation mechanisms under private international law and the human rights instruments have been increasingly interacting in various ways¹⁹. Conflict-of-laws rules are currently expected not only to create a coherent system of procedural cooperation between contracting states, but also to grant protection to human rights, and in particular to children's rights and child's best interests²⁰. On the other hand, the adoption of uniform private international rules on matters concerning children is itself a way to facilitate the implementation of the principle of the best interest of the child²¹. This belief is shared equally by scholars and by international bodies. The Committee on the Rights of the Child encourages the states to ratify and implement the conventions adopted under the auspices of the Hague Conference on Private International Law, such as the 1980 Hague Convention, the 1993 Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption²², and the 1973 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations²³, as they facilitate the application

¹⁵ See Article 27 para. 3 of the Brussels II ter Regulation.

¹⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, ECHR), adopted under the auspices of Council of Europe in Rome on 4 November 1950, ETS No. 005.

¹⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000, Official Journal of the European Union C 326/391.

¹⁸ European Convention on the Exercise of Children's Rights, adopted in Strasbourg on 25 January 1996 under the auspices of the Council of Europe, ETS No. 160.

¹⁹ L. Carpaneto, *Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation*, [in:] *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, E. Bergamini, C. Ragni (eds.), Cambridge 2019, p. 266. See also: H. van Loon, *Protecting...*, [in:] *The United...*, pp. 31–46; L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague 2014.

²⁰ L. Carpaneto, *Impact...*, [in:] *Fundamental...*, p. 266. See also: M. Župan, *The Best Interests of the Child: A Guiding Principle in Administering Cross-border Child-related Matters?*, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, T. Liefwaard, J. Sloth-Nielsen (eds.), Leiden 2017, pp. 213–229.

²¹ L. Carpaneto, *Impact...*, [in:] *Fundamental...*, p. 266.

²² Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, adopted in the Hague on 29 May 1993, UN Treaty Series vol. 1870, registration No.: 31922.

²³ Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations, adopted in the Hague on 2 October 1973, UN Treaty Series vol. 1021, registration No.: 15001.

of the child's best interests and provide guarantees for its implementation when the parents live in different countries²⁴.

3. The notion of child's best interest in the international law

The best interest of the child is a fundamental, all-pervading principle underpinning the Convention on the Rights of the Child, expressed in its Article 3 para. 1, according to which "in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". Apart from the general context of Article 3, several other provisions of the CRC refer to the best interest of the child in specific situations, such as the situation of a child separated from his or her parents (Article 9), deprived of liberty (Article 37), or during adoption proceedings (Article 21). On the European level, the principle of the best interest of the child has been laid down in Article 24 of the EU Charter of Fundamental Rights, which is modelled on and inspired by the provisions of the Convention on the Rights of the Child, particularly Articles 3, 9, 12, and 13 thereof²⁵. The idea of protecting the child's best interests is also central to the European Convention on the Exercise of Children's Rights.

The concept of the child's best interests is aimed at ensuring both the full and effective enjoyment of all the rights recognized in the CRC and the holistic development of the child, understood as physical, mental, spiritual, moral, psychological, and social development, to secure the integrity of the child and promote his or her human dignity²⁶. According to the Committee on the Rights of the Child, the full application of the concept of the child's best interests requires the development of a rights-based approach, engaging all stakeholders²⁷. As such, the child's best interest is a threefold concept that should be understood as: (i) a substantive right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered, (ii) an interpretative legal principle, according to which if a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen, and (iii) a procedural rule requiring that if a decision

²⁴ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, para. 68, available at: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf [accessed on: 13 February 2023].

²⁵ According to Article 24 para. 2 of the EU Charter of Fundamental Rights, "in all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration". See also Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Official Journal of the European Union C 303/17.

²⁶ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, paras. 4–5. See also: J. Zajązkowska-Burtowy, *Dobro dziecka jako wartość podlegająca szczególnej ochronie w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, [in:] *Realizacja zasady dobra dziecka w mediacji w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów*, J. Mucha (ed.), Warszawa 2021, Parts 1 and 2, LEX/el. 2021.

²⁷ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, para. 5.

is to be made that will affect a specific child, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned²⁸.

Among the rights protected by the Convention on the Rights of the Child, four are particularly relevant to safeguarding the child's best interests within the context of international child abduction. They include, apart from the very right of the child to have their welfare protected, the right to maintain regular contact with both parents (which appears in three different forms in the CRC, i.e. in Articles 7 para. 1, 9 para. 3, and 10 para. 2)²⁹, as well as the child's right to be heard in judicial and administrative proceedings, protected under Article 12 para 2 of the CRC, and the right of the child to have their views respected, which stems from Article 12 para. 1 of the CRC³⁰. It should be noted that while generally the term "child" within the meaning of the CRC refers to every person below the age of 18 (Article 1 of the CRC), within the context of the 1980 Hague Convention only children below 16 years of age are so considered (Article 4 of the 1980 Hague Convention).

It is generally accepted that assessing the child's best interests should be conducted individually and on a case-by-case basis for each child or group of children. As the Committee on the Rights of the Child has explained, "determining what is in the best interest of the child should start with an assessment of the specific circumstances that make the child unique"³¹. The assessment should be made on the basis of several general elements and indications, such as: the child's views, the child's identity, preservation of the family environment and maintain relations, the care, protection, and safety of the child, the child's right to health, the right to education, and the situations of vulnerability³². The circumstances of the given case influence which of these elements are relevant for the child and how they are weighted against each other.

The European Court of Human Rights (hereinafter: "ECtHR") has several times addressed the principle of the best interest of the child, which is non-existent in explicit terms in the ECHR but is interpreted in the context of the right to protection of private and family life (Article 8 of the ECHR). According to the ECtHR, in matters of international child abduction, Article 8 of the ECHR should be interpreted

²⁸ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, para. 6.

²⁹ Article 7 para. 1 of the CRC guarantees the right of the child to know and be cared for by his or her parents; Article 9 para. 3 of the CRC requires that states parties respect the right of the child separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests, while Article 10 para. 2 of the CRC states that "a child whose parents reside in different states shall have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances, personal relations and direct contacts with both parents".

³⁰ According to Article 12 para. 1 of the CRC, "States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child". It has been argued that although the recognition of the child's right to participate in decision making is of fundamental importance, the provision is of limited value in practical terms, as it does not provide any guidance regarding the relative weight that should be attributed to the views of the child, leaving wide discretion to the judge, see: R. Schuz, *The Hague...*, p. 404.

³¹ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, para. 49.

³² Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, paras. 53–79.

in the light of the 1980 Hague Convention and the Convention on the Rights of the Child³³. In the ECtHR's opinion, "the child's interests" are primarily the following two: to have his or her ties with his or her family maintained, unless it is proved that such ties are undesirable, and to be able to develop in a sound environment³⁴. The ECtHR has consistently expressed the opinion that under the 1980 Hague Convention the return of an abducted child cannot be ordered automatically or mechanically³⁵. The ECtHR pays close attention to the principle of expeditious proceedings, which forms part of the states' obligation under the 1980 Hague Convention, but equally under Article 8 of the ECHR. In the light of the child's best interest, cases pertaining to the reunification of children with parents require urgent handling because the passage of time can have irremediable consequences for the relations between the child and the left-behind parent³⁶.

Similarly to the ECtHR, the Court of Justice of the European Union (hereinafter: "CJEU") has also consequently linked the best interest of the child to the urgency of ruling in cases of child removal, in particular where the separation of a child from the parent with custody rights would be likely to bring about a deterioration of the child's relationship with the parent or to cause psychological damage³⁷. While interpreting the provisions of the EU law relevant to cross-border child abduction, the CJEU consistently considers the best interest of the child³⁸. Such influence of the principle of the child's welfare and in general of children's rights on the judicial cooperation

³³ See e.g. ECtHR, Case *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, Judgement of 25 January 2000, Application No. 31679/96; ECtHR, Case *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Grand Chamber Judgement of 6 July 2010, Application No. 41615/07, para. 132.

³⁴ ECtHR, Case *Šneersone and Kampanella v. Italy*, Judgement of 12 July 2011, Application No. 14737/09, para. 85; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, para. 136.

³⁵ See e.g. *Šneersone and Kampanella v. Italy*, para. 85; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, para. 138. Although the Court of Strasbourg no longer requires from the judicial authorities an in-depth examination of the entire family situation of the child, a requirement expressed in *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, it nevertheless expects the Hague courts to carry out an effective examination of the possible grounds for refusal – a standpoint presented in the *X v. Latvia*, and recently reaffirmed e.g. in *Moga v. Poland* case, see: ECtHR, Case *X v. Latvia*, Grand Chamber Judgement of 26 November 2013, Application no. 27853/09; ECtHR, Case *Moga v. Poland*, Judgement of 17 March 2022, Application No. 80606/17.

³⁶ See e.g. ECtHR, Case *R.S. v. Poland*, Judgement of 21 July 2015, Application No. 63777/09, para. 70, ECtHR, Case *K.J. v. Poland*, Judgement of 1 March 2016, Application No. 30813/14, para. 72. Further reading on the ECtHR's case law in cross-border child abduction cases: L. Walker, *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger*, "Journal of Private International Law" 2010, Vol. 6, No 3, pp. 649–682, <https://doi.org/10.5235/174410410794046288>; P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holliday, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, "International and Comparative Law Quarterly" 2015, Vol. 64, Issue 1, pp. 39–63, <https://doi.org/10.1017/S0020589314000566>; P. McEleavy, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?*, "Netherlands International Law Review" 2015, Vol. 62, pp. 365–405, <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>; E. Wojtaszek-Mik, *Dobro dziecka a odmowa jego wydania na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, "Prawo w Działaniu" 2022, Vol. 50, pp. 55–59, <https://doi.org/10.32041/pwd.5002>.

³⁷ See e.g. CJEU, Case C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* [2010] ECR I-14247, para. 39; CJEU Case C-195/08 PPU *Rinau* [2008] ECR I-5271, para. 44; CJEU, Case C-211/10 PPU *Povse* [2010] ECR I-0000, para. 35.

³⁸ K. Lenaerts, *The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice*, "Jurisprudencija/Jurisprudence" 2013, Vol. 20(4), pp. 1325–1326, <https://doi.org/10.13165/JUR-13-20-4-02>.

in family matters within the EU is embedded in the very hierarchy of the EU norms: the Brussels II bis Regulation and its successor, the Brussels II ter Regulation, as secondary sources of EU law need to be interpreted in a way that is compliant with the EU Charter of Fundamental Rights, being primary EU law, which requires also compliance with its Article 24 on the rights of the child.

4. Child's welfare concerns relating to the application of the 1980 Hague Convention

As a rule, the practical outcome of the Hague mechanism entails the child's return to the place of habitual residence for the duration of any litigation on custody and contact rights, for which the court seized with a return application has no international jurisdiction³⁹. As mentioned earlier, the 1980 Hague Convention assumes that returning children to their home country where they lived before the abduction is in their best interests; therefore, it provides only limited grounds for a child's non-return. However, while the 1980 Hague Convention seeks to protect the collective interests of children by providing "zero tolerance" for abduction and deterring it in general, the interests of a particular child might not always be given sufficient consideration under the Hague mechanism⁴⁰. This opposition between the child's welfare *in abstracto* and the child's best interest *in concreto* became even more apparent and disputed in the years following the adoption of the 1980 Hague Convention, which saw a paradigm shift in the legal and social status of children. The international community has shifted away from the more traditional concepts of parental rights and child's welfare, still reflected in the 1980 Hague instrument, towards the children's right approach, landmarked by the adoption of the 1989 Convention on the Rights of the Child with its individual human rights focus⁴¹. Therefore, finding a proper balance between the technical approach – based on the private international law and the need to safeguard the best interest of the child in question – is a primary present-day concern and challenge related to the 1980 Hague Convention⁴².

³⁹ See Article 16 of the 1980 Hague Convention.

⁴⁰ S. Vigers, *Mediating...*, p. 63; R. Schuz, *The Hague...*, pp. 397–398.

⁴¹ The Convention on the Rights of the Child recognizes the child as a subject of rights, which is manifested in that the child holds rights which have an influence on her or his life (participatory rights under Article 12 of the CRC), and not only rights derived from her or his vulnerability (protection) or dependency on adults (provision), see: Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 12 (2009) on The right of the child to be heard*, 20 July 2009, CRC/C/GC/12, para. 18, available at: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf> [accessed on: 13 February 2023]. The children's right approach is not fully supportive towards deterring abduction in the public interest to protect children as a notional group, if it leads to violating individual child's rights. R. Schuz, *The Hague...*, pp. 397–398.

⁴² On the deterrence v. best interest of the child see e.g.: L. Heckendorn Urscheler, I. Pretelli, J. Curran, K.T. Druckman, S. De Dycker, J. Skala, H. Westermarck, J. Fournier, A. Parkes, A. Aronovitz, A. Cekanavicius, T. Dezso Ziegler, I. Curry-Sumner, A. Fötschl, K. Jagodzinska, A. Sebeni, *Cross-border Parental Child Abduction in the European Union. Study for the LIBE Committee*, Brussels 2015, p. 86, available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf [accessed on: 13 February 2023].

Even though the 1980 Hague Convention lays down the child's objection as possible grounds for non-return (in Article 13 para. 2), the children's rights approach missing from the Convention mechanism might nevertheless lead in practice to the domestic authorities ignoring the child's views, as Kotas-Turoboyska demonstrates in her study⁴³. In numerous cases, the courts adhere too literally to the general "zero tolerance" for abduction philosophy of the 1980 Hague Convention, without considering that the instrument was drafted four decades ago at a time when the need for the empowerment of the child in proceedings affecting them was not yet given legal recognition. As a consequence, children might still be wrongly treated as the objects and not the subjects of the return proceedings⁴⁴.

Finding the appropriate balance between the general assumptions of the 1980 Hague Convention and the well-being of an individual child becomes even more relevant once we consider that since the adoption of the Hague instrument, the phenomenon of cross-border child abduction has undergone a sea change demographically, followed by a major change in the practical outcome of the return mechanism. At the time of the drafting of the 1980 Hague Convention, the typical case of abduction (ca. 70% of cases) was that of a non-custodial father abducting a child (children) from the mother⁴⁵. Against this background, The Hague mechanism typically led to the obligatory return of the child to the mother, at least for the duration of the subsequent proceedings on custody rights. Currently, the typical case of cross-border child abduction is that of a mother abducting the child: in 2003 and 2015, respectively, 68% and 73% of abducting parents were mothers (either the primary carer or a joint-primary carer)⁴⁶. This change in the demographics of abduction has resulted in the mandatory return of an abducted child engendering a risk of his or her separation from the mother, which raises major concerns in the context of the child's best interest⁴⁷.

In the context of these demographic changes, the practical outcome of the 1980 Hague Convention also carries a risk of a multiple relocations of the child. In the now-typical situation, the abducting parent is the mother with primary or joint-primary custody rights, and the left-behind parent either does not want or is unlikely to be granted primary care of the child⁴⁸. As a consequence, it cannot be ruled out that a child who was first abducted abroad by the mother will then be returned to the home country to the father, only to be allowed by the court deciding on custody rights to relocate abroad with the mother after she has been granted primary or joint custody

⁴³ S. Kotas-Turoboyska, *Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów*, Prawo w Działaniu 2021, Vol. 48, pp. 81–95, <https://doi.org/10.32041/pwd.4803>.

⁴⁴ On the EU level, the Brussels II ter Regulation attempts to remedy this situation by emphasizing in Article 26 the child's right to express his or her views in return proceedings.

⁴⁵ S. Vigers, *Mediating...*, pp. 62–63, 65–66.

⁴⁶ Statistics after N. Lowe and V. Stephens, *A statistical...*, paras. 10–11.

⁴⁷ S. Vigers, *Mediating...*, pp. 65–66.

⁴⁸ S. Vigers, *Mediating...*, p. 64.

rights. In this case, the child may suffer the trauma of three or more relocations in a short time⁴⁹.

5. Benefits of the international family mediation in cross-border child abduction cases

International instruments encourage alternative dispute resolution methods, especially mediation, to solve family disputes⁵⁰. Unlike other civil or commercial disputes, family conflicts arise in a context of distressing emotions and increase them; and furthermore, they involve persons who will have interdependent and continued relationships and affect all the members of the family, especially children⁵¹. The results of research on the use of family mediation has shown that it has the potential to: (i) improve communication between members of the family, (ii) reduce conflict between parties in dispute, (iii) produce amicable settlements and provide continuity of personal contacts between parents and children, (iv) lower the social and economic costs of separation and divorce for the parties themselves and states, and (v) reduce the length of time otherwise required to settle conflict⁵². Additionally, it leads to the empowerment of parents and might help them to better (re)focus on the child by making them aware that the child is also affected by their dispute⁵³.

In addition to the advantages of mediation inherent in the process of reaching an agreed solution, mediation in international child abduction has several additional values specific to the legal and social context of such disputes. The added value of mediation in cross-border child abduction cases lies in the possibility that it might offer a remedy to some of the child welfare concerns surrounding the implementation of the 1980 Hague Convention mechanism. As explained earlier, the general premises and technical approach of the 1980 Hague Convention make it challenging to pay

⁴⁹ S. Vigers, *Mediating...* Further child welfare concerns have been raised in the context of The Hague mechanism and its mandatory return where issues of family violence are present. It has been argued that the return mechanism does not provide victims of domestic violence with effective protection where a mother has abducted the child in an attempt to flee from an abusive father and the return mechanism may lead to their obligatory return to unsafe jurisdiction; see more: M.H. Weiner, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, "Fordham Law Review" 2000, Vol. 69, Issue 2, pp. 593–706.

⁵⁰ See e.g. Article 13 of the European Convention on the Exercise of Children's Rights; Article 31 of the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation No. R (98) on Family Mediation, adopted on 21 January 1998.

⁵¹ Recommendation No. R (98), para. 5.

⁵² Recommendation No. R (98), para. 7.

⁵³ M. Skibińska, *Procesowe i psychologiczne gwarancje realizacji zasady dobra dziecka w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów a mediacja*, [in:] *Realizacja zasady dobra dziecka w mediacji w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów*, J. Mucha (ed.), Warszawa 2021, Part 7, LEX/el. 2021. On the benefits of international family mediation, see also: S. Vigers, *Mediating...*, pp. 71–73; O. Łachacz, *Mediacja międzynarodowa w sprawach rodzicielskiego uprowadzenia dziecka za granicą – uwagi na tle skali zjawiska i rozwiązań prawnych stosowanych w państwach europejskich*, "Studia Prawnoustrojowe" 2016, No. 33, pp. 182–183.

sufficient attention to the individual situation and interests of a child involved in a return application. The domestic court proceedings carried out under the 1980 Hague Convention are supposed to be summary and expeditious, as the Convention requires a decision to be reached within six weeks from the date of commencement of the proceedings⁵⁴. Cross-border family mediation can play a helpful role by offering parents a less formal framework to discuss **their child's** welfare, and to agree upon such a solution that best suits the child's interests. The right of the child to have their interest taken as primary consideration, usually interpreted in the context of court proceedings, applies to the same extent to mediation and other ADR proceedings⁵⁵. In this context, the mediator's role cannot be overestimated. The mediator shall assist the parents to separate their child's interests from their own interests and place the child's welfare before their own well-being (child-focused mediation)⁵⁶. While the court oversees the implementation of the principle of the best interests of the child during judicial proceedings, in mediation the mediator and the parties undertake this duty⁵⁷. Nonetheless, in several legal orders a mediated agreement (memorandum of understanding) requires court validation to become enforceable, which provides the court with an opportunity to verify whether the child's welfare was given sufficient consideration in mediation⁵⁸. In some countries, e.g. France or Germany, agreements concerning the exercise of parental responsibilities need court approval verifying that they comply with "the best interests of the child" to obtain legal effect⁵⁹. In Poland, a mediated agreement also needs to be validated by the court, and once validated, it has the binding effect of a settlement reached before the court⁶⁰. The court refuses to validate the mediated agreement, in whole or in part, if it is contrary to the law or social norms, or intends to circumvent the law, or where it

⁵⁴ Article 11 of the 1980 Hague Convention.

⁵⁵ See: Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14*, para. 27; M. Skibińska, *Procesowe...*, [w:] *Realizacja...* (Part 2, in online access).

⁵⁶ For this reason, it is crucial that cross-border family mediators have appropriate socio-psychological training or that they mediate in teams of two, where at least one of the mediators has qualifications in that field. On the qualifications and training necessary for cross-border family mediators, see e.g.: HCCH, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: Part V – Mediation*, The Hague 2012, paras. 90–105. On the possible conflict between the best interests of the child and the interests of the parents, see e.g.: W. Stojanowska, *Dobro dziecka a dobro rodziców*, [in:] *Granice prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, P. Ostaszewski, K. Buczkowski (eds.), Warszawa 2020, pp. 799–818.

⁵⁷ M. Skibińska, *Procesowe...*, [w:] *Realizacja...*, Part 7 (in online access). On the role of mediator in the assessment of the best interests of the child in mediation, in relation to different techniques of mediation, see e.g.: K. Salminen, *Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective*, [in:] *Nordic Mediation Research*, A. Nylund, K. Ervasti, L. Adrian (eds.), Cham 2018, pp. 214–219.

⁵⁸ M. Skibińska, *Procesowe...*, [w:] *Realizacja...*, Part 7 (in online access); S. Vigers, *Mediating...*, p. 70. See also: Rendering the agreement legally binding and enforceable, in HCCH, *Guide to Good Practice...*, p. 79.

⁵⁹ M. Lloyd, *The Status of Mediated Agreements and their Implementation*, [in:] *Family Mediation in Europe – Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1–2 October 1998*, Strasbourg 2000, pp. 87–96.

⁶⁰ Article 183¹⁵ § 1 of the Act of 17 November 1964 on the Code of Civil Procedure (ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego), consolidated text: Journal of Laws [Dz.U.] of 2021 Item 1805, as amended.

is incomprehensible or contains contradictions⁶¹. The Polish regulation on validating a mediated agreement does not refer to the best interests of the child; however, from the point of view of safeguarding the child's welfare in international child abduction proceedings (and generally in proceedings in family matters), introducing a premise allowing the court to check whether the mediated agreement secures the best interest of the child concerned would be worth considering for the Polish legislator.

Cross-border family mediation could be a valuable remedy to the risk of multiple relocations of the child, who could face first the abduction abroad, then mandatory return to the home country upon the return order, and possibly a new relocation abroad after the litigation on custody rights (see above). During mediation, parents might already discuss the "final" destination of the child and consider the best ultimate arrangement. Having the parents agree to the child remaining in the state of abduction with the abducting parent, the child can avoid a return order and being temporarily relocated to the left-behind parent. In such a case the mediation goes beyond the issue of return or non-return to focus also on further issues such as visitation rights and contact arrangements⁶². If parents nevertheless agree on the return of the child, which, in several cases, equals the return of the abducting mother as well, mediation can provide a forum to discuss the modalities and conditions of their return⁶³. Providing a "soft landing" could minimize the stress connected with the return to the place from before the abduction, and help to prevent new family conflicts from arising.

Additionally, international family mediation can also be helpful in securing the child's right to maintain personal relations with both parents, guaranteed in the CRC and in the EU Charter of Fundamental Rights. The win-win philosophy of mediation, as opposed to the adversarial nature of court proceedings, is more favourable to preserving an ongoing relationship between both parents and the child after the family breakup. As some studies report, continuity of contacts between a child and the non-resident parent has proven to be better when parents have resorted to

⁶¹ Article 183¹⁴ § 3 of the Code of Civil Procedure. For more on validating the agreement reached before a mediator in civil cases in Poland, see: K. Flaga-Gieruszyńska, *Kryteria kontroli sądowej ugody zawartej przed mediatorem*, [in:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak (eds.), Warszawa 2017, pp. 131–143.

⁶² S. Vigers, *Mediating...*, p. 65. It is accepted that the court examining a return application under the 1980 Hague Convention is competent to deal only with the issue of return, for which it has international jurisdiction. Mediation in Hague cases is not limited in the same way, and it can also cover, apart from the issue of return or non-return of the child, long-term issues related to parental responsibility, such as custody and contact rights or child maintenance, other financial arrangements, or the decision on the child's permanent relocation. Although concluding such "package agreements" in mediation is not contrary to the 1980 Hague Convention, obtaining legal effect and enforceability of such agreements may nevertheless give rise to certain difficulties due to jurisdictional issues. The court seized with a return application has jurisdiction to approve the mediated agreement in the part relating to the decision on return or non-return of the child, but will not be competent to validate the agreement relating to e.g. custody rights or long-term visitation arrangements. See more: E. Carl, M. Erb-Klünemann, *Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-border Family Cases*, [in:] *Cross-border Family Mediation*, C. Paul, S. Kiesewetter (eds.), Frankfurt am Main 2014, pp. 58–60; HCCH, *Guide to Good Practice...*, paras. 186–187.

⁶³ S. Vigers, *Mediating...*, p. 67.

mediation rather than litigating custody⁶⁴. It has also been demonstrated that a significant connection exists between the child's long-term well-being and the fairness of the solution obtained in the course of dealing with a cross-border family dispute, as perceived by the child's parents⁶⁵. Children might develop emotional-behavioural problems if the solution attained in the family conflict was unfair, or at least it was not perceived as such by one parent. Mediation more than formal judicial proceedings is capable of restoring healthy relationships within the family and of empowering the parties to come to a mutually acceptable agreement⁶⁶.

Unquestionably, one of the elements of a child's right to the protection of his or her best interests is the right to freely express her or his views in all matters affecting her or him and the subsequent right for those views to be given due weight, stemming from Article 12 of the CRC⁶⁷. The Guide to Good Practice in the field of mediation, published by the Hague Conference on Private International Law with relation to the 1980 Hague Convention, identifies three important aspects of listening to the child in family disputes: (i) it provides insight into the child's feelings and wishes, which may be important when determining whether a solution is in the child's best interests, (ii) it may open the parents' eyes to their child's views and help them to distance themselves from their own positions for the sake of an acceptable common solution, and (iii) it respects the child's right to be heard while providing the child an opportunity to be informed about what is happening⁶⁸. Moreover, it may give the child the feeling that he or she is participating in decision-making, which reduces feelings of frustration and powerlessness⁶⁹. Nonetheless, active participation of the

⁶⁴ See e.g. R.E. Emery, L. Laumann-Billings, M.C. Waldron, D.A. Sbarra, P. Dillon, *Child Custody Mediation and Litigation: Custody, Contact, and Coparenting 12 Years after Initial Dispute Resolution*, "Journal of Consulting and Clinical Psychology" 2001, Vol. 69, Issue 2, pp. 323–332, <https://doi.org/10.1037/0022-006X.69.2.323>. In this study, long-term follow-up data were obtained that show that after 12 years after the initial dispute resolution, in families who had mediated, non-residential parents maintained more contact with their children and had a greater influence in co-parenting than in families where custody had been litigated, without increasing co-parenting conflict. See also: E.G. Montorsi, *Psychological Aspects of the Family Mediation*, [in:] *Mediation to Foster European Wide Settlement of Disputes*, F. Pesce, D. Rone (eds.), Rome 2016, p. 332; T. Buck, *An Evaluation of the Long-term Effectiveness of Mediation in Cases of International Parental Child Abduction*, Leicester 2012; S. Vigers, *Mediating...*, pp. 69–70.

⁶⁵ K. Van Hoorde, M. Putters, G. Buser, S. Lembrechts, K. Ponnet, T. Kruger, W. Vandenhoe, H. Demarré, N. Broodhaerts, C. Coruz, A. Larcher, D. Moralis, C. Hilpert, N. Chretiennot, *Bouncing Back: The Wellbeing of Children in International Child Abduction Cases*, 2017, p. 32, available at: http://missingchildreneurope.eu/Portals/1/Docs/Compiled_research_report_final.pdf [accessed on: 13 February 2023].

⁶⁶ K. Van Hoorde, M. Putters, G. Buser, S. Lembrechts, K. Ponnet, T. Kruger, W. Vandenhoe, H. Demarré, N. Broodhaerts, C. Coruz, A. Larcher, D. Moralis, C. Hilpert, N. Chretiennot, *Bouncing ...*, pp. 5–6.

⁶⁷ According to the Committee on the Rights of the Child, Article 3 para. 1 of the CRC (principle of best interest of the child) and Article 12 of the CRC (the child's right to be heard) have complementary roles: the first aims to realize the child's best interests, and the second provides the methodology for hearing the views of the child or children and their inclusion in all matters affecting the child, including the assessment of his or her best interests. Article 3 para. 1 cannot be correctly applied if the requirements of Article 12 are not met. Similarly, Article 3 para. 1 reinforces the functionality of Article 12 by facilitating the essential role of children in all decisions affecting their lives, see: Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 14*, para. 43.

⁶⁸ HCCH, *Guide to Good Practice...*, para. 237.

⁶⁹ R. Schuz, *The Hague...*, pp. 404–405.

child should not be confused with self-determination, and it should be conducted in such a manner that it avoids placing the burden of decision-making on the child⁷⁰.

Arguably, mediation may contribute to the implementation of a child's rights under Article 12 of the CRC equally well as or even better than judicial proceedings⁷¹. Involving the child in the mediation can be regarded as a way of implementing the child's participatory rights and the right to stay informed, but it can equally be helpful in discovering whether there might be grounds for the refusal of return, e.g. under Article 13 para. 1 (b) of the 1980 Hague Convention (the exception of a grave risk of harm), or under Article 13 para. 2 of the 1980 Hague Convention (the child's objection to return)⁷².

Notably, "the voice of the child" can be brought into international family mediation in different ways. Children can be involved in the proceedings either directly, when they participate in mediation sessions (child-inclusive mediation), or indirectly, when a separate interview with the child is arranged for and the child's views are reported back to the parents⁷³. Child-inclusive mediation, which actively promotes the actual hearing of the child, more formally fulfils the requirements of Article 12 of the CRC. However, practice thus far has demonstrated that international family mediation has favoured child-focused mediation over child-inclusive mediation⁷⁴. However, the adoption of the Brussels II ter Regulation, which strengthens the right of the child to express his or her views in return proceedings⁷⁵, may have the effect that children will be interviewed more frequently in return cases, both in judicial and in mediation proceedings.

6. Conclusions

The 1980 Hague Convention was the first binding international instrument to address the phenomenon of cross-border child abduction which appeared as a side-effect of ongoing globalisation in the second half of the 20th century. With its 103 contracting parties⁷⁶, the 1980 Hague Convention remains the most successful

⁷⁰ R. Schuz, *The Hague...*; J. McIntosh, *Child Inclusion as a Principle and as Evidence-based Practice: Applications to Family Law Services and Related Sectors*, "Australian Family Relationships Clearinghouse" 2007, No. 1, p. 5.

⁷¹ M. Skibińska, *Procesowe...*, [w:] *Realizacja...*, Part 5 (in online access).

⁷² The exception grounded on the objections of the child under Article 13 para 2 is strictly connected to children's participation in court proceedings; however, the application of this exception is also left to the discretion of the court. The child's objections to the return can be considered depending on her or his age and the degree of maturity. Such individual assessment of the child's capacity is a requirement set forth both in Article 12 para. 1 of the CRC and Article 13 para. 2 of the 1980 Hague Convention.

⁷³ HCCH, *Guide to Good Practice...*, para. 250. See also S. Vigers, *Mediating...*, pp. 76–77.

⁷⁴ S. Vigers, *Mediating...*, p. 86. Through a child-focused mediation, the mediator may draw the parents' attention to the importance of introducing "the voice of the child" into mediation and continuously direct their attention to their child's views and best interest, so that the mediated agreement best suits the child's well-being and possibly considers the child's opinion. Further reading: J. McIntosh, C. Long, L. Moloney, *Child-focused and Child-inclusive Mediation: A Comparative Study of Outcomes*, "Journal of Family Studies" 2014, Vol. 10, Issue 1, pp. 87–95, <https://doi.org/10.5172/jfs.327.10.1.87>. See also, S. Vigers, *Mediating...*, pp. 76–91.

⁷⁵ See Articles 21 and 26 of Brussels II ter Regulation.

⁷⁶ In November 2022.

and widespread instrument of direct cross-border cooperation between states to deal with this legally very complex, yet in terms of human relations even more challenging situations of the wrongful removal and wrongful retention of children. The practical significance of the 1980 Hague Convention is a direct consequence of the fact that its drafters focused on establishing procedural cooperation and jurisdiction, successfully addressing the legal complexity of international child abduction. Today's concerns surrounding the functioning of the 1980 Hague Convention revolve around the fact that it does not address properly the human face of the cross-border child abduction. This 40-year-old instrument allows only for a **limited** consideration of the specific situation of an individual child, whose **careful** consideration the present-day children's rights approach otherwise dictates.

International family mediation, carried out by a qualified cross-border family mediator, can nevertheless address some of the major downsides of the mandatory return mechanism. It can lead to de-escalating a family conflict, but most importantly, as demonstrated in this article, cross-border family mediation provides means of empowering the parents to come to a mutually acceptable agreement that considers their child's welfare. It could prevent the risk of multiple relocations of the child, while in the long run, it helps to preserve an ongoing relationship between both parents and the child after the family breakup. Equally, international family mediation may contribute to a better implementation of the child's right to be heard and to have their views respected (Article 12 of the CRC). This translates into the recognition that the child is a subject of rights – a rare approach under the 1980 Hague Convention.

The return mechanism regulated in the 1980 Hague Convention and international family mediation are not mutually exclusive. On the contrary, the combination of a widely supported, internationally recognized cooperation mechanism with the benefits of mediation allows the legal problem and its human face to be addressed in parallel. The child's best interest is first considered in mediation by the child's own parents with the assistance of a mediator, subsequently overseen by the Hague court or the court validating the mediated agreement. If properly introduced into the legal and temporal framework of the 1980 Hague Convention, international family mediation can be an optimal solution for safeguarding the child's best interest in cross-border child abduction⁷⁷.

⁷⁷ Further reading on international family mediation in cross-border child abduction, see e.g.: C. Paul, S. Kiesewetter (eds.), *Cross-border Family Mediation*, Frankfurt am Main 2014; S. Dominelli, *International and EU Perspective on Mediation: Common Principles in Cross-border Family Mediation*, [in:] *Mediation to Foster European Wide Settlement of Disputes*, F. Pesce, D. Rone (eds.), Rome 2016; N. Gonzales Martín, *International Parental Child Abduction and Mediation*, "Anuario Mexicano de Derecho Internacional" 2015, Vol. 15, Issue 1, pp. 353–412, <https://doi.org/10.1016/j.amdi.2014.09.007>; M. Białecki, *Praktyczne aspekty mediacji transgranicznej w sprawach z udziałem dziecka*, [in:] *Arbitraż i mediacja – perspektywy prawnoprawna i publicznoprawna: między teorią a praktyką: księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Łukasiewicza*, Ł. Błaszczak, R. Morek, J. Olszewski (eds.), Rzeszów 2018; K. Zagórska, *Mediacje transgraniczne w sprawach rodzinnych*, [in:] *Mediacje ponad podziałami*, M. Tabernacka (ed.), Wrocław 2013; A. Napieralska, *Mediacja transgraniczna – charakterystyka postępowania na przykładzie sporów rodzinnych i gospodarczych*, [in:] *Mediacja: od rozmowy do porozumienia*, M. Romanowski (ed.), Warszawa 2022.

References

1. Beaumont P., Trimmings K., Walker L., Holliday J., *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, International and Comparative Law Quarterly 2015, Vol. 64, Issue 1, <https://doi.org/10.1017/S0020589314000566>.
2. Bialecki M., *Praktyczne aspekty mediacji transgranicznej w sprawach z udziałem dziecka*, [in:] *Arbitraż i mediacja – perspektywy prywatnoprawna i publicznoprawna: między teorią a praktyką: księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Łukasiewicza*, Ł. Błaszczak, R. Morek, J. Olszewski (eds.), Rzeszów 2018.
3. Buck T., *An Evaluation of the Long-term Effectiveness of Mediation in Cases of International Parental Child Abduction*, Leicester 2012.
4. Carl E., Erb-Klünemann M., *Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-border Family Cases*, [in:] *Cross-border Family Mediation*, C. Paul, S. Kiesewetter (eds.), Frankfurt am Mein 2014.
5. Carpaneto L., *Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation*, [in:] *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, E. Bergamini, C. Ragni (eds.), Cambridge 2019.
6. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12 (2009) on The right of the child to be heard*, 1 July 2009, CRC/C/GC/12, available at: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>.
7. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29 May 2013, CRC/C/GC/14, available at: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf.
8. Defence for Children International Italy, *Improving the Situation of Children in International Child Abduction cases through Judicial Cooperation and Family Mediation – iCare*, available at: <https://project-icare.eu/wp-content/uploads/2022/09/D2.3-Recommendation-List-Analysis-report.pdf>.
9. Dominelli S., *International and EU Perspective on Mediation: Common Principles in Cross-Border Family Mediation*, [in:] *Mediation to Foster European Wide Settlement of Disputes*, F. Pesce, D. Rone (eds.), Rome 2016.
10. Emery R.E., Laumann-Billings L., Waldron M.C., Sbarra D.A., Dillon P., *Child custody mediation and litigation: Custody, contact, and coparenting 12 years after initial dispute resolution*, Journal of Consulting and Clinical Psychology 2001, Vol. 69, Issue 2, <https://doi.org/10.1037/0022-006X.69.2.323>.
11. Flaga-Gieruszyńska K., *Kryteria kontroli sądowej ugody zawartej przed mediatorem*, [in:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak (eds.), Warszawa 2017.
12. Freeman M., *The Effects and Consequences of International Child Abduction*, Family Law Quarterly 1998, Vol. 32.

13. Gonzales Martín N., *International Parental Child Abduction and Mediation*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2015, Vol. 15, Issue 1, <https://doi.org/10.1016/j.amdi.2014.09.007>.
14. Greif G.L., *The Long-Term Aftermath of Child Abduction: Two Case Studies and Implications for Family Therapy*, The American Journal of Family Therapy 2009, Vol. 37, <https://doi.org/10.1080/01926180902754711>.
15. Heckendorn Urscheler L., Pretelli I., Curran J., Druckman K.T., De Dycker S., Skala J., Westermarck H., Fournier J., Parkes A., Aronovitz A., Cekanavicius A., Dezso Ziegler T., Curry-Sumner I., Fötschl A., Jagodzinska K., Sebeni A., *Cross-border parental child abduction in the European Union. Study for the LIBE Committee*, Brussels 2015, available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf.
16. Kiestra L.R., *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague 2014.
17. Kotas-Turoboyska S., Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów, Prawo w Działaniu 2021, Vol. 48, <https://doi.org/10.32041/pwd.4803>.
18. Łachacz O., *Mediacja międzynarodowa w sprawach rodzicielskiego uprowadzenia dziecka za granicę – uwagi na tle skali zjawiska i rozwiązań prawnych stosowanych w państwach europejskich*, Studia Prawnoustrojowe 2016, No. 33.
19. Lenaerts K., *The Best Interests of the Child Always Come First: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice*, Jurisprudencija/Jurisprudence 2013, Vol. 20(4), <https://doi.org/10.13165/JUR-13-20-4-02>.
20. Lloyd M., *The Status of mediated agreements and their implementation*, [in:] *Family mediation in Europe – proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1–2 October 1998*, Strasbourg 2000.
21. Lowe N., Stephens V., *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, The Hague 2018.
22. McEleavy P., *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?*, Netherlands International Law Review 2015, Vol. 62, <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>.
23. McIntosh J., *Child inclusion as a principle and as evidence-based practice: Applications to family law services and related sectors*, Australian Family Relationships Clearinghouse, 2007, No. 1.
24. McIntosh J., Long C., Moloney L., *Child-Focused and Child-Inclusive Mediation: A Comparative Study of Outcomes*, Journal of Family Studies 2014, Vol. 10, Issue 1, <https://doi.org/10.5172/jfs.327.10.1.87>.
25. Montorsi E.G., *Psychological Aspects of the Family Mediation*, [in:] *Mediation to Foster European Wide Settlement of Disputes*, F. Pesce, D. Rone (eds.), Rome 2016.

26. Napieralska A., *Mediacja transgraniczna – charakterystyka postępowania na przykładzie sporów rodzinnych i gospodarczych*, [in:] *Mediacja: od rozmowy do porozumienia*, M. Romanowski (ed.), Warszawa 2022.
27. Paul C., Kiesewetter S. (eds.), *Cross-border Family Mediation*, Frankfurt am Mein 2014.
28. Paul C., Kiesewetter S., *Foreword*, [in:] *Cross-Border Family Mediation*, C. Paul, S. Kiesewetter (eds.), Frankfurt am Mein 2014.
29. Pérez-Vera E., *Explanatory Report to Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, [in:] *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, tome 3, *Child abduction*, The Hague 1982.
30. Salminen K., *Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective*, [in:] *Nordic Mediation Research*, A. Nylund, K. Ervasti, L. Adrian (eds.), Cham 2018.
31. Schuz R., *The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 2002, Vol. 12, No. 2.
32. Skibińska M., *Procesowe i psychologiczne gwarancje realizacji zasady dobra dziecka w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów a mediacja*, [in:] *Realizacja zasady dobra dziecka w mediacji w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów*, J. Mucha (ed.), Warszawa 2021.
33. Stojanowska W., *Dobro dziecka a dobro rodziców*, [in:] *Granice prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, P. Ostaszewski, K. Buczkowski (eds.), Warszawa 2020.
34. Van Hoorde K., Putters M., Buser G., Lembrechts S., Ponnet K., Kruger T., Vandenhole W., Demarré H., Broodhaerts N., Coruz C., Larcher A., Moralis D., Hilpert C., Chretiennot N., *Bouncing Back: The wellbeing of children in international child abduction cases*, 2017, available at: http://missingchildreneurope.eu/Portals/1/Docs/Compiled_research_report_final.pdf.
35. van Loon H., *Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions*, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, T. Liefwaard, J. Sloth-Nielsen (eds.), Leiden 2017, https://doi.org/10.1163/9789004295056_004.
36. Vigers S., *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, Oxford-Portland 2011.
37. Walker L., *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger*, *Journal of Private International Law* 2010, Vol. 6, Issue 3, <https://doi.org/10.5235/174410410794046288>.
38. Weiner M.H., *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, *Fordham Law Review* 2000, Vol. 69, Issue 2.
39. Wojtaszek-Mik E., *Dobro dziecka a odmowa jego wydania na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, *Prawo w Działaniu* 2022, Vol. 50, <https://doi.org/10.32041/pwd.5002>.
40. Zagórska K., *Mediacje transgraniczne w sprawach rodzinnych*, [in:] *Mediacje ponad podziałami*, M. Tabernacka (ed.), Wrocław 2013.

41. Zajączkowska-Burtowy J., *Dobro dziecka jako wartość podlegająca szczególnej ochronie w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, [in:] *Realizacja zasady dobra dziecka w mediacji w sprawach dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów*, J. Mucha (ed.), Warszawa 2021.
42. Župan M., *The Best Interests of the Child: A Guiding Principle in Administering Cross-Border Child-Related Matters?*, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, T. Liefwaard, J. Sloth-Nielsen (eds.), Leiden 2017.

Agnieszka Tomczewska

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości
Unii Europejskiej w sprawie C-644/20
z 12.05.2022 r. – zmiana miejsca zwykłego
pobytu małoletniego wierzyciela świadczeń
alimentacyjnych w sytuacji wydania wyroku
nakazującego jego powrót w trybie Konwencji
haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów
uprowadzenia dziecka za granicę

*Gloss to the judgment of the Court of Justice of the
European Union in case C-644/20 of 12 May 2022
– change of habitual residence of a minor maintenance
creditor in the event of a judgment ordering his return
under The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of
International Child Abduction*

Mgr Agnieszka Tomczewska, doktorant na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie; sędzia delegowany do Ministerstwa Sprawiedliwości; zastępca dyrektora Departamentu Spraw Rodzinnych i Nieletnich w Ministerstwie Sprawiedliwości; przedstawiciel Polski w pracach grupy roboczej Rady Unii Europejskiej nad rozporządzeniem Rady (UE) 2019/1111 z 25.06.2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (przekształcenie); autorka ustawy wdrażającej przedmiotowe rozporządzenie, jak też unijnych rozwiązań wprowadzających mechanizm zapewniający poszanowanie tożsamości dziecka w sytuacji, gdy jest ono umieszczane w pieczy zastępczej w innym państwie członkowskim; wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury; autorka publikacji z zakresu prawa międzynarodowego rodzinnego, w tym spraw dotyczących uprowadzenia dziecka za granicę; prelegent konferencji krajowych i zagranicznych z zakresu międzynarodowych praw dziecka; Polska, e-mail: agnieszka.tomczewska@ms.gov.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 6.06.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 22.07.2022 r.

Abstract

The gloss endorses the position of the Court of Justice of the European Union presented in the judgment issued in case C-644/20, in which the CJEU recognized – for the purposes of determining the law applicable in a cross-border maintenance case – the habitual residence of the child (pursuant to Article 3 of the Protocol Hague of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations) the country to which the child has been abducted despite a judgment ordering the return of the child under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. The Court, bearing in mind the best interests of the child, recognized the need to take into account the current environment in which the child currently resides in the context of assessing the real needs of the maintenance creditor. Thus, the CJEU did not adopt the concept contained in Regulation 2201/2003, according to which the jurisdictional connecting factor based on the child's habitual residence, in principle, cannot be linked to the country to which the child was wrongfully removed or retained.

Keywords: child abduction, habitual residence, alimony, applicable law, Hague Convention

Streszczenie

Glosa wyraża aprobatę do stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedstawionego w wyroku wydanym w sprawie C-644/20, w którym TSUE uznał – na potrzeby ustalenia prawa właściwego w sprawie alimentacyjnej o charakterze transgranicznym – za miejsce zwykłego pobytu dziecka (na podstawie art. 3 Protokołu haskiego z 23.11.2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych) państwo, do którego dziecko zostało uprowadzone, pomimo wydania wyroku nakazującego powrót dziecka na podstawie Konwencji haskiej z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Trybunał, mając na uwadze dobro dziecka, uznał konieczność uwzględnienia aktualnego środowiska, w którym dziecko aktualnie przebywa w kontekście oceny realnych potrzeb wierzyciela alimentacyjnego. Tym samym TSUE nie przejął koncepcji zawartej w rozporządzeniu 2201/2003, zgodnie z którą łącznik jurysdykcyjny oparty na miejscu zwykłego pobytu dziecka co do zasady nie może być powiązany z państwem, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane.

Słowa kluczowe: uprowadzenie dziecka, miejsce zwykłego pobytu, alimenty, prawo właściwe, Konwencja haska

W wyroku z 12.05.2022 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE, Trybunał)¹ uznał, że dla celów ustalenia prawa właściwego dla roszczenia alimentacyjnego miejscem zwykłego pobytu wierzyciela alimentacyjnego jest miejsce, w którym faktycznie znajduje się ośrodek jego życia, tym bardziej gdy chodzi o małe dziecko. Okoliczność, że sąd państwa, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone, nakazał w ramach odrębnego postępowania powrót dziecka do państwa, w którym dziecko miało miejsce zwykłego pobytu przed jego uprowadzeniem, nie wystarcza, aby uniemożliwić uzyskanie przez dziecko miejsca zwykłego pobytu na terytorium tego państwa.

Przypomnijmy, że wyrok stanowi odpowiedź na pytanie prejudycjalne polskiego sądu – Sądu Okręgowego w Poznaniu, który powziął wątpliwości co do możliwości ustalenia miejsca zwykłego pobytu w państwie, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone, a następnie zatrzymane. Wyrok zapadł bowiem na kanwie stanu faktycznego, w którym to matka dzieci – posiadających obywatelstwo polskie oraz brytyjskie – opuściła Zjednoczone Królestwo (dalej ZK), które dotychczas było państwem zwykłego pobytu dzieci, i wraz z nimi udała się do Polski. Przed polskim sądem matka dzieci wytoczyła powództwo alimentacyjne, domagając się zasądzenia comiesięcznych świadczeń alimentacyjnych na rzecz małoletnich. Wyrok sądu pierwszej instancji zasądzający alimenty został zaskarżony. Natomiast w międzyczasie Sąd Okręgowy w Poznaniu na wniosek ojca dzieci – w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę² – nakazał ich powrót do ZK.

W przedmiotowej sprawie ustalenie miejsca zwykłego pobytu w Polsce miało znaczenie dla określenia prawa właściwego w sprawie o alimenty na rzecz dziecka. Zgodnie bowiem z art. 3 Protokołu haskiego z 23.11.2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych³, zatwierdzonym w imieniu Wspólnoty Europejskiej decyzją Rady UE 2009/941/WE z 30.11.2009 r., łącznik miejsca zwykłego pobytu dziecka (wierzyciela alimentacyjnego) wskazuje prawo właściwe w sprawie o świadczenia alimentacyjne. Należy jednak wskazać, że łącznik miejsca zwykłego pobytu dziecka ma także istotne znaczenie dla ustalenia jurysdykcji w sprawach o świadczenia alimentacyjne. Stanowi o tym art. 3 lit. b rozporządzenia Rady (WE) 4/2009 z 18.12.2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych⁴. Podkreślmy, że w przedmiotowej sprawie kwestia ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka nie miała istotnego znaczenia dla określenia jurysdykcji sądu polskiego, albowiem ta została ustalona w trybie art. 5 rozporządzenia 4/2009, czyli na podstawie przesłanki wdania się w spór przez pozwanego i niepodniesienia przez niego zarzutu braku jurysdykcji sądu polskiego. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na to, że dokonana przez TSUE wykładnia umożliwiająca ustalenie zwykłego pobytu

¹ C-644/20 (Dz.Urz. UE C 257 z 2022 r., s. 8).

² Konwencja sporządzona w Hadze 25.10.1980 r. (Dz.U. z 1995 r., Nr 108 poz. 528) – dalej Konwencja haska.

³ Dz.Urz. UE L 331 z 16.12.2009 r., s. 19 – dalej Protokół haski.

⁴ Dz.Urz. UE L 7 z 10.01.2009 r., s. 1 – dalej rozporządzenie 4/2009.

w państwie, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, pozwala jednocześnie na określenie jurysdykcji sądów polskich w tego typu sprawach. Brak jest bowiem racjonalnych podstaw do uznania, że wykładnia pojęcia „zwykłego pobytu wierzyciela alimentacyjnego” w rozumieniu art. 3 Protokołu haskiego powinna się różnić od wykładni tego pojęcia na potrzeby ustalenia łącznika jurysdykcyjnego w myśl art. 3 lit. b rozporządzenia 4/2009. Jak bowiem wielokrotnie wskazywał TSUE, jednolite stosowanie prawa Unii Europejskiej, jak i zasady równości wskazują na to, że znaczenie i zakres tego pojęcia powinny zwykle podlegać autonomicznej i jednolitej wykładni, uwzględniającej kontekst przepisów i cele danego uregulowania⁵.

Ustalenie miejsca zwykłego pobytu w państwie, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, oznacza więc możliwość uzyskania przez małoletniego wierzyciela orzeczenia w sprawie alimentacyjnej w tym państwie. Orzeczenie to, zgodnie z zasadami dotyczącymi uznawania i wykonywania orzeczeń przewidzianymi w rozporządzeniu 4/2009 (rozdział IV), może być automatycznie wykonane w każdym z państw członkowskich, co jest istotne z perspektywy ewentualnego przemieszczania się pozwanego. Nadto wierzyciel alimentacyjny uzyskuje dodatkową gwarancję, że postępowanie w sprawie zmiany orzeczenia wydanego w sprawie zobowiązań alimentacyjnych nie będzie mogło zostać wszczęte przez dłużnika w państwie innym niż to, w którym wierzyciel miał miejsce zwykłego pobytu w momencie wydania orzeczenia i w którym nadal je posiada (art. 8 rozporządzenia 4/2009).

Należy wskazać, że argumentacja i wyrokowanie TSUE mogło pójść w zupełnie odmiennym kierunku. Kontrowersje w tej sprawie mogło bowiem budzić to, że rodzic, pod którego faktyczną opieką pozostaje wierzyciel alimentacyjny i który w jego imieniu wniósł pozew o świadczenia alimentacyjne, jest jednocześnie obowiązany do wydania dziecka na podstawie wyroku zarządzającego jego powrót do ZK, jako państwa dotychczasowego miejsca zwykłego pobytu dziecka, które na tej podstawie utrzymuje jurysdykcję w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej w sytuacji bezprawnego uprowadzenia dziecka⁶. Dodajmy, że pozew o alimenty rodzic ten wniósł przed sądem państwa, w którym dziecko przebywa bezprawnie w rozumieniu Konwencji haskiej. W tym zatem kontekście wniesienie powództwa alimentacyjnego na rzecz dziecka, a następnie zasądzenie alimentów przez sąd państwa jego bezprawnego pobytu może powodować, że dziecko

⁵ Zob. też wyrok TSUE z 13.10.2016 r., C-294/15, ZOTSIS 2016/10, poz. I-772, pkt 26.

⁶ Jest to konsekwencją przyjęcia rozwiązania, zgodnie z którym zwyczajny pobyt przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem występuje dopóty, dopóki dziecko nie uzyska zwyczajnego pobytu w innym państwie członkowskim i spełnione zostaną pozostałe przesłanki z art. 10 rozporządzenia Rady (WE) 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) 1347/2000 (Dz.Urz. UE L 338 z 23.12.2003 r., s. 1; dalej rozporządzenie 2201/2003), czyli gdy każda uprawniona do opieki osoba, organ lub inna jednostka zgodziła się na uprowadzenie lub zatrzymanie (lit. a) albo jeżeli dziecko przebywało w tym innym państwie członkowskim co najmniej rok, a uprawniona do opieki osoba, organ lub inna jednostka znali miejsce pobytu albo musieli je znać, a dziecko żyło się w swoim nowym otoczeniu, o ile spełniony jest jeden z warunków określonych

w jeszcze większym stopniu wiąże się z państwem, do którego zostało uprowadzone, i *de facto* wskazywać na „legalizację” tego pobytu – gdyż daje rodzicowi, który dziecko uprowadził, możliwość podejmowania legalnych działań w sferze alimentacyjnej. Mając zatem na względzie perspektywę wydanego na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r. orzeczenia polskiego sądu w przedmiocie nakazania powrotu dziecka do ZK (finalnie wyrok ten został częściowo uchylony przez Sąd Najwyższy), zgodnie z którym matka dziecka jest osobą obowiązana do jego wydania w celu wykonania tego orzeczenia, można byłoby argumentować, że nie powinna mieć możliwości podejmowania działań prawnych w odniesieniu do alimentów na rzecz dziecka przed sądem państwa, do którego zostało ono bezprawnie przemieszczone. Podążając tym tokiem rozumowania i przenosząc go na grunt praktycznego zastosowania, należałoby stwierdzić, że brak możliwości uzyskania przez rodzica, który uprowadził dziecko, orzeczenia zasądzającego świadczenia alimentacyjne przez sąd państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone, ma spowodować wykonanie orzeczenia zarządzającego powrót dziecka i skłonić tego rodzica do oddania dziecka – w przeciwnym razie zostanie ono pozbawione alimentów od drugiego z rodziców. Bez wątpienia w sytuacji powrotu dziecka do państwa jego dotychczasowego miejsca zwykłego pobytu roszczenie alimentacyjne może okazać się niezasadne. Istotnie jest to zatem argument, którego nie można pomijać w trakcie rozpoznawania tego typu spraw, tym bardziej że bezprawność pobytu dziecka w danym państwie powinna podlegać ocenie w kontekście trwałości jego pobytu w tym państwie. Z drugiej jednak strony pozbawienie małoletniego wierzyciela możliwości uzyskania świadczenia alimentacyjnego nie może być czynnikiem samym w sobie decydującym o braku możliwości ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka i stanowić metody wywierania nacisku na rodzica, pod którego faktyczną opieką przebywa małoletni, w celu jego oddania i wymuszenia szybkiego wykonania orzeczenia nakazującego powrót dziecka.

Trafnie zatem TSUE uznał, że ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w państwie, do którego zostało bezprawnie uprowadzone, jest możliwe i powinno odbywać się na podstawie całokształtu okoliczności sprawy w kierunku ustalenia, które państwo stanowi centrum aktywności życiowej dziecka. Zwykle miejsce pobytu dziecka zatem zostało uznane przez TSUE jako element stanu faktycznego, okoliczność

w lit. b tiret i-iv. Z tego skomplikowanego unormowania wynika więc, że „odpada” pierwotna jurysdykcja związana ze „zwyczajnym pobytem” wówczas, gdy dziecko uzyskuje zwyczajny pobyt w innym państwie członkowskim przy zaistnieniu jeszcze dalszych okoliczności (lit. a, b tiret i-iv). K. Piasecki, *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie WE nr 1347/2000*, [w:] *Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Sąd polubowny (arbitrażowy). Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, red. K. Piasecki, t. 4, Warszawa 2013, Legalis, komentarz do art. 10 rozporządzenia 2201/2003. Tak też: J. Gudowski [red.], *Komentarz do rozporządzenia Rady UE 2019/1111 – Jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę*, Warszawa 2022, komentarz do art. 9 – „w sytuacji uprowadzenia dziecka jurysdykcja należy do sądów, państwa członkowskiego, w którym miało ono zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem. Utrzymują one swoją właściwość do momentu, w którym dane państwo nie stanie się miejscem zwykłego pobytu dziecka, (...) a wszystkie podmioty posiadające prawo do opieki muszą zaakceptować bezprawne zabranie lub zatrzymanie”.

faktyczną⁷, podlegającą ustaleniu na podstawie ogólnych reguł dowodowych, tj. w szczególności więzi rodzinnych, środowiskowych, uczęszczania do szkoły czy przedszkola, znajomości języków. Trybunał nie przychylił się natomiast do poglądu, że ustalenie zwykłego miejsca zwykłego pobytu dziecka w sprawie alimentacyjnej ma zależeć od innej sprawy i jej wyniku (nakazania powrotu), czyli *de facto* stać się kategorią prawną, a nie okolicznością faktyczną, która podlega stwierdzeniu ze względu na określone, dające się ustalić, okoliczności.

Wyrok w tej sprawie bez wątpienia jest krokiem w kierunku ochrony małoletniego wierzyciela, która według TSUE nie podlega ograniczeniu z uwagi na bezprawny (w rozumieniu Konwencji haskiej z 1980 r.) pobyt małoletniego w innym państwie członkowskim. Z aprobatą należy odnieść się do tego kierunku wykładni, a także traktowania interesu małoletniego wierzyciela i zapewnienia mu odpowiedniego do warunków środowiskowych utrzymania jako kwestii nadrzędnej. Trybunał słusznie wskazał, że prawo właściwe, jako określone poprzez łącznik miejsca zwykłego pobytu dziecka, wyznacza również zakres jego uzasadnionych potrzeb w kontekście środowiska rodzinnego oraz prawnych i faktycznych warunków środowiska społecznego państwa, w którym dziecko przebywa. Prawo miejsca zwykłego pobytu wierzyciela jest zatem najściślej związane z sytuacją dziecka i wydaje się być najistotniejsze dla uregulowania rozwiązań odnoszących się do konkretnych problemów, jakie ten małoletni wierzyciel może napotkać.

Wskazać należy, że wątpliwość co do możliwości uznania państwa, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone i w którym zostało zatrzymane, za miejsce zwykłego pobytu w sprawie o świadczenia alimentacyjne miała również wymiar prawny, gdyż zrodziła się z tego, że rozporządzenie 2201/2003, co do zasady wyłącza możliwość uznania państwa, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, za miejsce jego zwykłego pobytu (art. 10 rozporządzenia 2201/2003). Muszą zaistnieć określone przesłanki procesowe wskazujące na brak woli rodzica opuszczonego do wszczęcia postępowania w trybie Konwencji haskiej z 1980 r. w celu uzyskania orzeczenia zarządzającego powrót dziecka do państwa jego dotychczasowego pobytu. Tym samym sąd państwa, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone, zasadniczo nie ma jurysdykcji do rozpoznawania spraw dotyczących władzy rodzicielskiej w stosunku do tego dziecka. Sprawy te pozostają nadal w jurysdykcji sądu państwa, z którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone i które dotychczas stanowiło miejsce jego zwykłego pobytu. Celem takiego rozwiązania jest niechęć unijnego prawodawcy do legalizowania pobytu dziecka w państwie, do którego zostało uprowadzone, i tym samym zapewnienie efektywności postępowania prowadzonego w trybie Konwencji haskiej z 1980 r., a także zapewnienie sądom państwa dotychczasowego zwykłego pobytu dziecka

⁷ Pojęcie „zwykłego pobytu” odzwierciedla w istocie kwestię faktyczną (por. wyrok TSUE z 8.06.2017 r., C-111/17 PPU, ZOTSiS 2017/6, poz. I-436, pkt 51) i do sądu odsyłającego należy jego zweryfikowanie na podstawie całokształtu okoliczności faktycznych danej sprawy (zob. wyroki TSUE: z 2.04.2009 r., C-523/07, ZOTSiS 2009/4A, poz. I-2805, pkt 42; z 28.06.2018 r., C-512/17, ZOTSiSPI 2018/6, poz. I-513, pkt 41; z 25.11.2021 r., C-289/20, Dz.Urz. UE C 51 z 2022 r., s. 10, pkt 51).

realnego wpływu na władzę rodzicielską⁸. Tym samym – przenosząc powyższe rozwiązania na grunt spraw alimentacyjnych – należałoby wskazać, że brak możliwości uznania państwa, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, za miejsce jego zwykłego pobytu wyklucza możliwość wytoczenia przed sądem tego państwa powództwa o świadczenia alimentacyjne opartego na łączniku zwykłego pobytu wierzyciela alimentacyjnego.

Rozpoznając sprawę w tym kontekście, TSUE wskazał jednak na brak podstaw do stosowania mechanizmów z rozporządzenia 2201/2003 w sprawach alimentacyjnych. Odejście od tego schematu w przypadku spraw alimentacyjnych o charakterze transgranicznym jest niewątpliwie podyktowane dobrem małoletniego i potrzebą zabezpieczenia mu środków utrzymania. Dobrze się stało, że materialny interes dziecka nie będzie stanowił przedmiotu pertraktacji pomiędzy rodzicami. Jak wskazał TSUE, sprzeczne z celem art. 3 Protokołu haskiego i zasadą uwzględnienia najlepszego interesu dziecka byłoby uznanie, że istnienie orzeczenia sądu państwa członkowskiego stwierdzającego bezprawność uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego dziecka i nakazującego powrót tego dziecka do rodzica zamieszkującego w innym państwie w zasadzie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że dziecko to ma na terytorium tego państwa miejsce zwykłego pobytu dla celów ustalenia prawa właściwego dla roszczeń alimentacyjnych.

Warto wskazać, że w tej sprawie polski rząd – kierując się dobrem dziecka i potrzebą zapewnienia mu należytego utrzymania – przedstawił stanowisko i argumentację przemawiającą za możliwością uznania państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone, za miejsce zwykłego pobytu dziecka w sprawach alimentacyjnych. Jak widać, opinia ta została podzielona przez TSUE i przyjęta w niniejszym wyroku.

Bibliografia

1. Gudowski J. [red.], *Komentarz do rozporządzenia Rady UE 2019/1111 – Jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę*, Warszawa 2022.
2. Magnus U., Mankowski P. [red.], *European Commentaries on Private International Law ECPIL, Commentary*, t. 4, *Brussels IIbis Regulation*, Köln–München 2017.
3. Piasecki K., *Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie WE nr 1347/2000, [w:] Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Sąd polubowny (arbitrażowy). Regulacje prawne Unii Europejskiej w sprawach transgranicznych. Komentarz*, t. 4, red. K. Piasecki, Warszawa 2013, Legalis.

⁸ U. Magnus, P. Mankowski [red.], *European Commentaries on Private International Law ECPIL, Commentary*, t. 4, *Brussels IIbis Regulation*, Köln–München 2017, komentarz do art. 10 pkt 7.

Wojciech Lis

Recenzja książki autorstwa Grzegorza Tylca
pt. „Ochrona uczuć religijnych w prawie cywilnym”,
Wydawnictwo Academicon, Lublin 2022,
s. 1–214

*Review of the book by Grzegorz Tylec entitled
“Protection of religious feelings in civil law”,
Academicon Publishing House, Lublin 2022, pp. 1–214*

Abstract

Man is identified by both material and immaterial factors, including religious feelings, determining his individual attitude to the object of worship, but also determining his way of life. Religious feelings relating to a special relationship with the object of worship, which deserves reverence and respect, are very often violated by words, gestures or behavior of other people, especially in recent times. This is done in an ostentatious way, when values that are valuable for the followers of a given religion, mainly Catholic, are directly contested or ridiculed, or under the pretext of freedom of artistic expression. Therefore, it is extremely important to indicate the provisions on the basis of which it would be possible to protect religious feelings against such manifestations of overt or camouflaged contempt. In the context of civil law, this task was undertaken by the author of the reviewed book, rightly emphasizing that religious feelings, like any personal interest, are subject to civil law protection.

Keywords: *freedom of conscience, religious feelings, personal rights, legal security, new morality*

Dr hab. Wojciech Lis, prof. uczelni, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Polska, ORCID: 0000-0002-9014-0749, e-mail: wlis@kul.lublin.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 25.11.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 15.12.2022 r.

Streszczenie

Człowieka identyfikują zarówno czynniki materialne, jak i niematerialne, wśród nich uczucia religijne, określające jego indywidualny stosunek do przedmiotu kultu, ale także determinujące sposób jego życia. Uczucia religijne, odnoszące się do szczególnej relacji z przedmiotem kultu, któremu należy się cześć i szacunek, bardzo często są jednak naruszane przez słowa, gesty czy zachowania innych osób, nasilone zwłaszcza ostatnimi czasy. Odbywa się to w sposób ostentacyjny, kiedy wprost kontestuje się lub ośmiesza wartości cenne dla wyznawców danej religii, głównie katolickiej, albo pod pretekstem wolności artystycznego wyrazu. Wobec tego niezwykle ważne jest wskazanie przepisów, na podstawie których możliwa byłaby ochrona uczuć religijnych przed tego rodzaju przejawami jawnej bądź zakamuflowanej pogardy. W kontekście przepisów prawa cywilnego zadania tego podjął się autor recenzowanej książki, podkreślając słusznie, że uczucia religijne, jak każde dobro osobiste, podlegają cywilnoprawnej ochronie.

Słowa kluczowe: wolność sumienia, uczucia religijne, dobra osobiste, bezpieczeństwo prawne, nowa moralność

Na rynku wydawniczym pojawiła się książka „Ochrona uczuć religijnych w prawie cywilnym”, która dotyczy niezwykle złożonego, ale często naruszanego dobra o wybitnie osobistym charakterze, jakim są uczucia religijne. Zagadnienie cywilnoprawnej ochrony uczuć religijnych stosunkowo rzadko jest przedmiotem namysłu. Recenzowana książka przywraca to zagadnienie cywilistyce, chociaż z uwzględnieniem dyskusji toczącej się w innych obszarach nauk prawnych.

Autorem książki jest znany środowisku prawniczemu Grzegorz Tylec, profesor prawa, radca prawny, specjalizujący się w prawie cywilnym oraz w zakresie ochrony własności intelektualnej. Struktura wewnętrzna książki została ujęta w 6 rozdziałów, w których autor poddaje kolejno analizie uczucia religijne jako: 1) dobro prawne chronione na gruncie różnych gałęzi prawa, 2) element dobra osobistego w postaci swobody sumienia, 3) przedmiot ingerencji naruszającej spójność psychiczną człowieka, 4) przyczynę dyskryminacji, 5) podstawę legitymacji procesowej do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia uczuć religijnych, 6) punkt odniesienia roszczeń w sprawach o naruszenie uczuć religijnych. W ramach poszczególnych rozdziałów został pomieszczony szereg bardziej szczegółowych rozważań odnoszących się do różnych aspektów związanych z ochroną uczuć religijnych. Książka została wydana przez Wydawnictwo Academicon, zajmujące się wydawaniem książek i czasopism naukowych, popularnonaukowych i dydaktycznych.

Recenzowana książka jest bardzo mocnym głosem w dyskusji publicznej nad wąskim zagadnieniem, które odnosi się do bardzo delikatnej sfery ludzkiego życia, dotyczącej religijności człowieka, ściślej mówiąc: do uczuć religijnych. Autor postawił sobie ambitne zadanie – zdiagnozowanie problemów związanych z naruszaniem uczuć religijnych oraz udzieleniem odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu prawo cywilne może być wykorzystane do ich ochrony i jaka jest skuteczność gwarancji cywilnoprawnych. Stąd zagadnienie będące tematem książki jest stale aktualne i na wskroś praktyczne. W założeniu autora opracowanie tego zagadnienia ma stanowić przyczynek do debaty naukowej dotyczącej konstrukcji dóbr osobistych, a jednocześnie zakreślenia granic wolności religijnej oraz wskazania jej aktualnych zagrożeń. Przystępując do analizy przedmiotowego zagadnienia, autor postawił dwie tezy badawcze. Po pierwsze, że przepisy prawa cywilnego nie gwarantują zadowalającej ochrony uczuć religijnych, dlatego ochronę uczuć religijnych musi wspomagać prawo karne. Po drugie, mimo tego, że dobrostan psychiczny człowieka jako taki nie jest dobrem osobistym, to jednak ingerencja w sferę uczuć religijnych zawsze wiąże się ze spowodowaniem dyskomfortu psychicznego, co może w pewnych sytuacjach stanowić podstawę zasługującej na zadośćuczynienie krzywdy (przy założeniu, że ochrona uczuć religijnych stanowi warunek dobrostanu psychicznego człowieka).

Kluczowy z punktu widzenia prowadzonych rozważań jest art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹, gwarantujący wolność sumienia i religii oraz wyznaczające jej relacje pojęć: sumienie – religia, sumienie – uczucia religijne, religia – uczucia

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

religijne oraz prywatność – uczucia religijne. Szczegółowe omówienie tych relacji pozwoliłoby na sprecyzowanie punktu odniesienia i zakreślenie właściwej perspektywy badawczej. Szkoda, że autor nie poświęcił większej uwagi powyższym relacjom, tym bardziej że wyznawanie religii zawsze jest uwarunkowane posiadaniem uczuć religijnych oraz wolnością sumienia. Uczucia religijne, które mają charakter niematerialny, mieszczą się w pojęciu wolności sumienia i wobec tego objęte są ochroną prawną jako jedno z przejawów wolności sumienia. Z kolei wolność sumienia gwarantuje zachowanie tożsamości każdego człowieka oraz systemu wartości, z którymi się on identyfikuje i chce być identyfikowany². Mając powyższe na uwadze każda ingerencja w sferę uczuć religijnych oznacza naruszenie wolności sumienia, ale nie każde naruszenie wolności sumienia musi być kwalifikowane jako ingerencja w sferę uczuć religijnych w przypadku ateistów obojętnych religijnie.

Jak słusznie zauważa autor recenzowanej pozycji, uczucia religijne ściśle wiążą się ze sferą emocji, ze stanem psychicznym człowieka, którego istotę stanowi jego wewnętrzna relacja do zdarzeń bezpośrednio lub pośrednio dotyczących religii³. Ingerencja w sferę uczuć religijnych zawsze powoduje naruszenie komfortu psychicznego człowieka. Uczucia religijne przejawiane wobec przedmiotu czci religijnej mają charakter wewnętrzny, ściśle osobisty, natomiast gwarantująca ich ekspresję wolność religijna, obejmująca uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie, nauczanie, posiadanie świątyń i innych miejsc kultu, ma już charakter zewnętrzny. Wobec tego wolność religijna może stanowić przedmiot oddziaływania prawa, w odróżnieniu od uczuć religijnych, mieszczących się w najbardziej intymnej sferze relacji człowieka z przedmiotem czci. Nie sposób więc skutecznie ingerować w sferę uczuć, jednakże można i należy interweniować w będące ich przejawami wszelkie formy manifestowania, wyrażające się w konkretnych wypowiedziach i zachowaniach. Słusznie zatem autor podkreślił, że „Kiedy wypowiedzi wykraczają poza dopuszczalne granice dezaprobaty czy negacji przekonań religijnych innych osób i stanowią nawoływanie do nietolerancji religijnej, np. w przypadku niewłaściwego lub obelżywego ataku na przedmiot kultu religijnego, państwo może zasadnie uznać je za niezgodne z poszanowaniem wolności myśli, sumienia i wyznania oraz podjąć proporcjonalne środki ograniczające”⁴.

Należy dodać, że wszelkie próby oddziaływania przez państwo na sferę uczuciową człowieka skazane są na niepowodzenie, ponieważ niepodobna wymusić na człowieku zmiany sposobu odczuwania. Co prawda, można podejmować próby ingerencji w sferę związaną z posiadaniem uczuć, zmierzające do ich modyfikacji, jednakże bez woli ich zmiany przez samego zainteresowanego rezultaty tych prób co najwyżej mogą doprowadzić do zachowań pozorowanych, bez zmiany stosunku do przedmiotu uczuć. Zresztą takie przypadki wielokrotnie pojawiały się w różnych okresach historii ludzkości i zawsze kończyły się niepowodzeniem. Obecnie próby dotyczące kształtowania systemu wartości człowieka podejmowane

² Wyrok Sądu Najwyższego z 20.09.2013 r., II CSK 1/13, LEX nr 1388592.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6.10.2015 r., SK 54/13, LEX nr 1809388.

⁴ G. Tylec, *Ochrona uczuć religijnych w prawie cywilnym*, Lublin 2022, s. 22.

są przez różnego rodzaju ośrodki władzy zarówno krajowe, jak i międzynarodowe. Tego rodzaju działania mają na celu narzucenie lub co najmniej ustandaryzowanie wartości i ukształtowanie człowieka wyznającego oficjalnie promowane sposoby myślenia, postrzegania i odczuwania. Poczynania takie, przejawiające się m.in. rugowaniem symboli religijnych z przestrzeni publicznej czy ograniczeniami w zakresie wolności uzewnętrzniania przekonań religijnych w miejscu pracy, noszą znamiona dyskryminacji ze względu na wyznawaną religię i nie mają nic wspólnego ani z polityką neutralności wyznaniowej, ani z celami Unii Europejskiej jako przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w zakresie poszanowania praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych państw członkowskich. Co więcej, siłą rzeczy szerzą bezideowość, godząc w wartości chrześcijańskie będące duchowym fundamentem, na którym zorganizowano Unię Europejską. Trudno więc nie podzielić obaw autora co do kierunku, w którym będzie rozwijać się podejście do religii w życiu publicznym nie tylko w Polsce, lecz także we wszystkich państwach tworzących Unię Europejską.

Nie sposób natomiast zgodzić się z wyrażonym w doktrynie poglądem – jak się wydaje, podzielanym przez autora – zrównującym uczucia religijne z obojętnością religijną, który uznaje ją za uczucia religijne, ściślej areligijne, czy antyreligijne⁵. Źródłem uczuć religijnych jest przedmiot kultu, stanowiący punkt odniesienia dla oceny wszelkich podejmowanych przez człowieka działań bądź zaniechań, które pozwalają mu je wartościować jako dobre bądź złe, godziwe bądź niegodziwe. W przypadku braku takiego punktu odniesienia trudno mówić o możliwości ukształtowania się uczuć religijnych. Te bowiem zawsze wiążą daną osobę z przedmiotem kultu jako adresatem uczuć. Jeżeli brak jest takiego punktu odniesienia (adresata uczuć), nie ma możliwości wytworzenia się uczuć religijnych. Inaczej mówiąc, nie sposób jest darzyć uczuciem coś, czego nie ma. W konsekwencji stawianie na jednym poziomie uczuć religijnych i obojętności religijnej rozumianej jako uczucia areligijne czy antyreligijne stanowi błąd logiczny. Tego rodzaju postawy są wyrazem przekonań – nie uczuć – i korzystają z ochrony prawnej właściwej uczuciom religijnym, co nie oznacza jednak, że przez to stają się uczuciami religijnymi. Krótko mówiąc, chociaż obojętność religijna jako taka jest uczuciem, to jednak nie jest uczuciem religijnym. Czym innym są bowiem uczucia religijne wobec przedmiotu kultu, czym innym – obojętność religijna ze względu na brak adresata uczuć.

Stwierdzenie naruszenia dobra osobistego w postaci uczuć religijnych zależy od przyjęcia jednej z dwóch konkurujących ze sobą koncepcji pojmowania dóbr osobistych, które autor określił mianem koncepcji zindywidualizowania dóbr osobistych oraz koncepcji dóbr osobistych jako wartości. Traktowanie uczuć religijnych jako wartości niewątpliwie przełamuje tradycyjne rozumienie dóbr osobistych, ale za to pozwala na objęcie ochroną szerszego spektrum przypadków, co ma szczególne znaczenie w kontekście zapewnienia uczuciom religijnym ochrony. Pozwala bowiem objąć ochroną wszystkich, których uczucia religijne wobec

⁵ G. Tylec, *Ochrona...*, s. 35.

przedmiotu kultu – adresata uczuć – zostały zagrożone lub naruszone cudzym działaniem. Klasyczna koncepcja zindywidualizowania dóbr osobistych opiera się na założeniu, że ma ono zawsze charakter osobisty, ściśle związany ze sferą interesu osobistego. Jednakże objęcie dóbr osobistych ochroną prawną uwarunkowane jest ich zobiektywizowaniem i rozważeniem, czy mają one znaczenie także dla innych osób, co wzbudza szereg kontrowersji. Przyjęcie takiego założenia w gruncie rzeczy nierzadko pozbawia ochrony człowieka, którego dobra osobiste zostały zagrożone lub naruszone, zwłaszcza gdy przedmiotem naruszenia są uczucia religijne. Inaczej mówiąc, objęcie ochroną uczuć religijnych osoby, która czuje się dotknięta cudzym działaniem, zależy od ustalenia tego, czy inna osoba dzielająca te same uczucia względem przedmiotu kultu w podobnych okolicznościach także poczułaby się tym działaniem dotknięta. Wobec tego, poszukując podstaw ochrony uczuć religijnych na gruncie cywilnoprawnym, autor słusznie stawia pod znakiem zapytania wymóg obiektywizowania dóbr osobistych. Z istoty konstrukcji dóbr osobistych wynika, że chronią one poszczególne, zindywidualizowane interesy osobiste jednostek, nie zaś kolektywne interesy grup lub całego społeczeństwa⁶. Stąd do objęcia ochroną dobra osobistego jako dobra indywidualnego nierozdzielnie związanego z konkretną osobą konieczne jest stwierdzenie bezprawnego zachowania się podmiotu, który dobro to narusza, przy czym zachowanie to da się zindywidualizować jako skierowane przeciwko określonej osobie. W konsekwencji ochrona prawna będzie zależała wyłącznie od inicjatywy konkretnego poszkodowanego, nadającego się do wyodrębnienia z grupy osób, do której przynależy, i zindywidualizowania go.

Przyjęte rozwiązanie nie rozstrzyga jednak problemu zagrożenia lub naruszenia uczuć religijnych wypowiedziami lub zachowaniami, które nie są wprost adresowane przeciwko konkretnej osobie, tylko grupie, do której ona przynależy. Przyjęcie takiego założenia pozostawiałoby poza ochroną prawną wiele przejawów działań, które godzą w przedmiot kultu, ważny dla wszystkich wyznawców danej religii, a w konsekwencji w ich uczucia religijne. Niewątpliwie działanie skierowane przeciwko grupie osób, którą łączą uczucia religijne wobec tego samego przedmiotu kultu, godzi w dobro każdego, kto tę grupę tworzy, kto się z tą grupą utożsamia. Ze względu na charakter uczuć religijnych brak jest przekonujących racji, według których działania godzące w uczucia religijne członków danej grupy wyznaniowej bardziej dotyczą tego, kto był bezpośrednim adresatem tych działań, niż tego, kto się o nich dowiedział chociażby z przekazów medialnych. Działania godzące w uczucia religijne będą tak samo dotkliwe dla każdego, kto również je żywi, niezależnie od tego, czy był świadkiem tych działań, czy tylko się o nich dowiedział.

Wydaje się, że niedostatki koncepcji zindywidualizowania dóbr osobistych w zakresie ochrony uczuć religijnych brutalnie weryfikują niepokoje w świecie muzułmańskim, do jakich dochodzi za każdym razem, kiedy podejmowane są działania, które ośmieszają lub podważają ważne dla wyznawców islamu wartości, czego najlepszym przykładem jest sprawa karykatur Mahometa we francuskim tygodniku satyrycz-

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 31.03.2016 r., I ACa 971/15, LEX nr 2041824.

nym „Charlie Hebdo” w 2015 r.⁷ Oczywiście jest, że publikacji tej nie skierowano do konkretnej osoby lub osób dających się wyodrębnić spośród wyznawców islamu i zindywidualizować, a pomimo to publikacja spowodowała oburzenie muzułmanów na całym świecie i stała się przyczyną ataku bombowego na siedzibę redakcji w dniu 7.01.2015 r. Wobec powyższego można stwierdzić, że utrzymywanie fikcji indywidualizacji adresata dobra osobistego nie przystaje do aktualnych stosunków społecznych i prowadzi do bardzo poważnego rozdzwiewu pomiędzy prawem a społecznym poczuciem sprawiedliwości, co ostatecznie prowadzi do osłabienia znaczenia prawa i stojącego na jego straży autorytetu państwa.

Wydaje się, że problem ten został dostrzeżony przez orzecznictwo, czego wyrazem jest stanowisko, że „Sfera przekonań, poglądów i wyobrażeń jednostki na temat wspólnoty, z którą się utożsamia, zaliczana do integralności psychicznej człowieka, wchodzi w zakres jego dobra osobistego”⁸. Otwiera to drogę do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem uczuć religijnych przez osobę należącą do danej społeczności – w sytuacji, kiedy zarzut postawiony grupie jako całości godzi bezpośrednio w dobra osobiste każdego, kto się z tą grupą utożsamia. Przyjęcie odmiennego założenia pozostawiałoby poza sferą ochrony dóbr osobistych wszelkiego rodzaju działania wymierzone przeciwko ogólnie cenionym wartościom religijnym, które są ważne dla wielu osób, a które nie zostały skierowane do ściśle określonej zindywidualizowanej osoby. Inaczej mówiąc, prowadziłyby do aprobowania działań godzących w uczucia religijne tylko dlatego, że zostały skierowane do bliżej niezindywidualizowanego adresata. Pozbawienie możliwości ochrony przed takimi rodzajami wypowiedzi i zachowań oznaczałoby przyznanie większych praw osobom godzącym w sferę uczuć religijnych niż adresatom takich działań. Wymóg indywidualizacji osoby poszkodowanej pozostawiałby poza zakresem ochrony wszelkie, wywołujące zazwyczaj głęboki dyskomfort psychiczny wyznawców danej religii, bluźniercze i znieważające wypowiedzi na temat przedmiotu kultu oraz znaków i symboli go reprezentujących, czyli wszystkie zachowania, które można nazwać profanacją (zbezczeszczeniem). Nie chodzi tu zatem o ochronę interesu społeczności wiernych, tylko o ochronę uczuć religijnych każdego z członków takiej społeczności, tzn. uczuć religijnych mieszczących się w ramach interesu prywatnego, chociaż wspólnych dla wszystkich wyznawców danej religii. Niewątpliwie przecież uczucia żywione względem przedmiotu kultu przez każdego z członków takiej społeczności odnoszą się do każdego z nich w sposób indywidualny. Wobec tego autor słusznie podkreśla, że zachowując tradycyjne podejście do ochrony dóbr osobistych, nie sposób pozbyć się prawnokarnej ochrony obrazy uczuć religijnych zagwarantowanej przez art. 196 Kodeksu karnego⁹.

⁷ Zob. m.in. J. Irish, A. Sage, *Police hunt three Frenchmen after 12 killed in Paris attack*, <https://www.reuters.com/article/idUSKBN0KG0Y120150107> (dostęp: 22.11.2022 r.); *Francja: „Charlie Hebdo” ponownie publikuje karykatury Mahometa*, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1489787.charlie-hebdo-mahomet-karykaturo.html> (dostęp: 22.11.2022 r.).

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 31.03.2016 r., I ACa 971/15, LEX nr 2041824.

⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, szkoda, że autor nie odniósł tych uwag do protestów ulicznych, jakie miały miejsce po ogłoszeniu przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z 22.10.2020 r.¹⁰, które stanowiły przykład pogardy dla Boga (Absolutu), wartości życia, godności człowieka, gwarancji wolności sumienia i religii, uczuć religijnych, prawa własności, państwa i prawa, i które *de facto* ukazały słabość państwa i brak odwagi w podejmowaniu decyzji dotyczących stosowania prawa przez jego funkcjonariuszy. Powstaje zatem pytanie retoryczne: czy tego rodzaju bulwersujące wypowiedzi i zachowania godziły w uczucia religijne osób wierzących? W przypadku zastosowania w podejściu do oceny takich działań koncepcji zindywidualizowania dóbr osobistych pozostałyby one poza ochroną wynikającą z gwarancji cywilnoprawnych, co niestety miało miejsce. Tymczasem prawo cywilne za pomocą konstrukcji dóbr osobistych powinno chronić przed wszelkiego rodzaju działaniami, które wkraczając w swobodę sumienia, naruszają sferę uczuć religijnych.

Autor poddał analizie możliwości dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych z tytułu naruszenia dóbr osobistych, wskazując podstawę legitymacji procesowej i treść wydawanych rozstrzygnięć. Pewien niedosyt budzi jednak pominięcie zbiegu odpowiedzialności, który istnieje wówczas, gdy ten sam czyn może stanowić źródło odpowiedzialności cywilnoprawnej i karnoprawnej, tym bardziej że autor dostrzega ów problem, poświęcając prawnokarnej ochronie uczuć religijnych dość dużo uwagi jak na pracę, która ma dotyczyć rozważań cywilnoprawnych. Trudno zresztą traktować to jako zarzut, zważywszy na tożsamość przedmiotu ochrony oraz zgłaszane w doktrynie pomysły depenalizacji przestępstwa obrazy uczuć religijnych i oparcie ochrony wyłącznie na cywilnoprawnej konstrukcji dóbr osobistych. Już samo to potwierdza trafność wyboru tematu opracowania oraz podkreśla jego niezwykle aktualność w kontekście poszukiwania odpowiedzi na pytanie o charakter prawny i przesłanki ochrony uczuć religijnych na gruncie koncepcji ochrony dóbr osobistych. Wracając jednak do zagadnienia zbiegu odpowiedzialności, należy podkreślić, że nierzadko wypowiedzi i zachowania godzące w uczucia religijne stanowią przejaw naruszenia dobra osobistego i jednocześnie przestępstwo obrazy uczuć religijnych. Odpowiedzialność prawnokarna jest oczywiście różna od odpowiedzialności cywilnej, niemniej jednak we wskazanej wyżej sytuacji podstawy odpowiedzialności z obydwu tych reżimów się zbiegają. Istotny problem praktyczny to również wskazanie, czy ów zbieg ma charakter kumulatywny, czy alternatywny.

Wyjątkowo smutna, chociaż prawdziwa, jest ocena aktualnego stanu prawnego dotyczącego sposobu urzeczywistniania ochrony dóbr osobistych na gruncie gwarancji cywilnoprawnych. Orzecznictwo polskich sądów cywilnych, oparte na dualizmie koncepcji pojmowania dóbr osobistych, jest niespójne. Prowadzi to do skrajnego braku pewności prawa, co godzi w bezpieczeństwo prawne. Dualizm

¹⁰ K 1/20, Dz.U. z 2021 r. poz. 175; zob. m.in. *Obrażliwe hasła i blokowanie dostępu do kościołów. Trwają protesty proaborcjonistów*, <https://polskieradio24.pl/5/1222/artukul/2608283,obrazliwe-hasla-i-blokowanie-dostepu-do-koosciolow-trwaja-protesty-proaborcjonistow> (dostęp: 22.11.2022 r.); M. Giryń-Boudy, *Mowa nienawiści w dialogu publicznym na przykładzie: „Strajku kobiet 2020” – rząd PiS, „Cywilizacja i Polityka” 2021/19, s. 254–264.*

koncepcji pojmowania dóbr osobistych w praktyce oznacza, że wyroki sądów są nieprzewidywalne, ponieważ ostatecznie nie wiadomo, na której z tych koncepcji sąd oprze swoje rozstrzygnięcie i czy w konsekwencji stwierdzi, że doszło do ingerencji w sferę dóbr osobistych. Taka sytuacja dowolności interpretacyjnej w demokratycznym państwie prawnym, którym deklaruje się być Rzeczpospolita Polska, powinna zostać jak najszybciej wyeliminowana z obiegu prawnego. Celem pracy nie było jednak przesądzanie, której ze wskazanych koncepcji ochrony dóbr osobistych – koncepcji zindywidualizowania dóbr osobistych czy koncepcji dóbr osobistych jako wartości – przyznać pierwszeństwo, tylko zwrócenie uwagi na chaos w obrębie cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych, niewątpliwie wymagający pilnej interwencji ze strony prawodawcy.

Konieczne jest również podjęcie dyskusji na temat zmiany dotychczasowej praktyki stosowania prawa oraz poszukiwania argumentów takiej wykładni chroniącego dobra osobiste przepisu art. 23 Kodeksu cywilnego¹¹, która pozwoli skonstruować ochronę komfortu psychicznego każdego człowieka w każdej sytuacji, w której doszło do ingerencji w jego dobra osobiste. Prawo ma odpowiadać aktualnym potrzebom społecznym. Wobec tego ochrona dóbr osobistych musi podlegać ciągłej kreatywnej wykładni, która będzie te potrzeby zaspokajać. Należy podzielić pogląd autora, że czas wypracować taką wykładnię prawa przepisu art. 23 k.c., która pozwoli dopasować praktykę stosowania prawa do obecnego społecznego poczucia sprawiedliwości. Pewnym rozwiązaniem może być uznanie dobra osobistego za zasadę prawa podlegającą ogólnym zasadom wykładni, co pozwoliłoby na pominięcie obowiązku indywidualizacji na rzecz ważenia kolidujących ze sobą dóbr. Dopóki to nie nastąpi, to – ze względu na niepewność związaną z rozbieżnym podejściem do ochrony dóbr osobistych na gruncie cywilnoprawnym – uchylenie przepisów karnoprawnych chroniących uczucia religijne spowodowałoby lukę w systemie ochrony prawnej.

Wszystkie te uwagi i spostrzeżenia pozwalają uznać, że cel opracowania został osiągnięty, a postawione przez autora tezy zostały obronione. Wskazują one również na doskonale rozeznanie w zakresie omawianego zagadnienia oraz problemów związanych z ochroną dóbr osobistych. Mogą i powinny stanowić asumpt do działań legislacyjnych zmierzających do tego, by prawo mogło spełnić swoje zadanie polegające na zapewnieniu ochrony prawnej dóbr osobistych stosownie do aktualnych stosunków społecznych i w zgodzie ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Na zakończenie trzeba podkreślić, że książka została solidnie przygotowana, z wielką dbałością o szatę graficzną i stronę formalną. Jest wolna od niepoprawnych językowo czy stylistycznie sformułowań. Niemniej jednak należy zauważyć, że język opracowania – zdeterminowany tematem i charakterem prowadzonych rozważań – nie należy do łatwych, gdyż jest typowo branżowy, co odbiorcom nieobytym z językiem prawniczym może sprawiać trudności ze zrozumieniem omawianych zagadnień. Oczywiście to ani nie podważa wartości książki, ani nie zmniejsza jej waloru edukacyjnego, czy – szerzej mówiąc – naukowego, zwłaszcza że analizy i wywody

¹¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) – dalej k.c.

prowadzone są z wielką wprawą, bardzo kompetentnie. W końcu sposób przedstawienia omawianego zagadnienia pozostaje kwestią wyboru określonej konwencji i jest prawem autora. Warto zwrócić uwagę na bogaty materiał źródłowy stanowiący podstawę recenzowanego opracowania, obejmujący literaturę przedmiotu, także obcojęzyczną (co niewątpliwie poszerza zakres rozważań), oraz przede wszystkim orzecznictwo sądów polskich i trybunałów międzynarodowych (co nadaje całości praktycznego wymiaru).

Bibliografia

1. Francja: „Charlie Hebdo” ponownie publikuje karykatury Mahometa, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1489787,charlie-hebdo-mahomet-karykatura.html>.
2. Giryn-Boudy M., *Mowa nienawiści w dialogu publicznym na przykładzie: „Strajku kobiet 2020” – rząd PiS*, Cywilizacja i Polityka 2021, nr 19.
3. Irish J., Sage A., *Police hunt three Frenchmen after 12 killed in Paris attack*, <https://www.reuters.com/article/idUSKBN0KG0Y120150107>.
4. *Obrażliwe hasła i blokowanie dostępu do kościołów. Trwają protesty proaborcjonistów*, <https://polskieradio24.pl/5/1222/artukul/2608283,obrazliwe-hasla-i-blokowanie-dostepu-do-kosciolow-trwaja-protesty-proaborcjonistow>.
5. Tylec G., *Ochrona uczuć religijnych w prawie cywilnym*, Lublin 2022.

Judita Juharová

Report on the International Scientific Conference on “The Right to Privacy in the Digital Age – in Specific Terms” held by the Central European Professors’ Network on the 1 December 2022 in Budapest, Hungary

*Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
pt. „Prawo do prywatności w erze cyfrowej – w określonych
warunkach” zorganizowanej przez Central European
Professors’ Network 1.12.2022 r. w Budapeszcie, Węgry*

Abstract

On 1 December 2022, an international conference titled “The right to privacy in the digital age – in specific terms” was held at the Hungarian Academy of Sciences. The conference marked the completion of a year-long collaboration between several researchers from seven Central European countries (namely: Croatia, the Czech Republic, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia, and Slovenia), who had been working under the guidance of Marcin Wielec to conduct research on the subject of the right to privacy in the digital age with an emphasis on specific terms. The book titled “The Right to Privacy in the Digital Age. Perspective of Analysis on Certain Central European Countries” is one of the above-mentioned research’s most important results. Other results of the research group’s significant work include an international conference, and various scholarly publications, as well as dissemination events. The research group on the right to privacy is one of the five research teams presently operating under the guidance of the Central European Professors’ Network. This contribution summarizes the conference presentations and the work of the research group.

Keywords: Central European Academy, right to privacy, digital age, children’s rights

Judita Juharová, Ph.D. candidate at the Deák Ferenc Doctoral School of Law of the University of Miskolc in cooperation with the Central European Academy in Budapest, Hungary, ORCID: 0009-0008-2011-1521, e-mail: judita.juharova@student.uni-miskolc.hu

The manuscript was submitted by the author on: 14 April 2023; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 25 April 2023.

Streszczenie

W dniu 1.12.2022 r. w Węgierskiej Akademii Nauk odbyła się międzynarodowa konferencja zatytułowana „The right to privacy in the digital age – in specific terms” („Prawo do prywatności w erze cyfrowej – w określonych warunkach”). Konferencja stanowiła uwieńczenie rocznej współpracy badaczy z siedmiu krajów Europy Środkowej (tj. Chorwacji, Czech, Węgier, Polski, Serbii, Słowacji i Słowenii), którzy pod kierunkiem Marcina Wielca prowadzili badania na temat prawa do prywatności w epoce cyfrowej, zwracając szczególną uwagę na określone pojęcia. Książka „The Right to Privacy in the Digital Age. Perspective of Analysis on Certain Central European Countries” („Prawo do prywatności w epoce cyfrowej. Perspektywa analizy niektórych krajów Europy Środkowej”) to jeden z najważniejszych owoców wspomnianych badań. Do innych efektów pracy grupy badawczej należą międzynarodowa konferencja i różne publikacje naukowe, a także wydarzenia upowszechniające ten temat. Grupa, której przedmiotem badań jest prawo do prywatności, stanowi jeden z pięciu zespołów badawczych działających obecnie pod kierunkiem Central European Professors’ Network. Niniejsze sprawozdanie podsumowuje prezentacje konferencyjne i prace grupy badawczej.

Słowa kluczowe: Akademia Środkowoeuropejska, prawo do prywatności, era cyfrowa, prawa dziecka

1. Introduction

The right to privacy can be defined as a crucial aspect of human existence. However, as more and more data is digitized and further information is shared online, this topic is becoming increasingly important. To shine a light on this significant issue, an international scientific conference on the topic "The right to privacy in the digital age – in specific terms" was organized by the Central European Academy in Budapest and the Central European Professors' Network in cooperation with the Institute of Justice in Warsaw on the 1 December 2022 at the Hungarian Academy of Sciences. The partners of this conference also include the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, the Central-European Association for Comparative Law, the Hungarian Association for Comparative Law, the Slovak Association for Comparative Law, the Scientific Association for Comparative Law Poland, the Association for the Advancement of Comparative Law Researches in Serbia, the Romanian Association for Comparative Law and the University of Opole.

This conference also served as an introduction to the research group on the right to privacy ("Right to Privacy") and its notable work in this field, consisting of comparative analysis on the named subject in seven Central European countries, namely the Czech Republic, Croatia, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia, and Slovenia. The research group is led by Marcin Wielec (Poland). It consists of eight other recognized professionals from the countries mentioned above: Marta Dragičević Prtenjača from the University of Zagreb (Croatia), Vanja-Ivan Savić from the University of Zagreb (Croatia), David Sehnálek from the Masaryk University in Brno (Czech Republic), András Koltay from the University of Public Service in Budapest (Hungary), Bartłomiej Oręziak from the Cardinal Wyszyński University in Warsaw and the Institute of Justice in Warsaw (Poland), Dušan Popović from the University of Belgrade in Belgrade (Serbia), Katarína Šmigová from the Pan-European University in Bratislava (Slovakia) and Matija Damjan from the University of Ljubljana in Ljubljana (Slovenia). Another critical purpose of this conference was to introduce us to the international monograph compiled by this research team of distinguished scholars, that the Central European Academy Publishing will publish in cooperation with the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law under the title "The Right to Privacy in the Digital Age". It will contain nine chapters dealing with the significant issue of the right to privacy in the digital era.

2. The course of the conference

The conference was organized into an opening panel and three sections. The opening panel, presided and moderated by János Ede Szilágyi, was to open the conference and present the prosperous work of the Central European Academy to the audience. During this panel, the audience was also introduced to the new book completed by the recognized professionals of the research group on the right to privacy.

Thanks to the presentation of Tímea Barzó (University of Miskolc Central European Academy, Hungary), we got an insight into the work and achievements of the Central

European Academy. The Central European Academy was established on 1 January 2022. Its work includes managing large-scale research and training projects in Central European countries dedicated to legal professionals and young researchers. The projects coordinated by the Central European Academy focus on four primary areas. Firstly, the Central European Professors' Network focuses on creating and supporting a largely acknowledged expert network involving Central European countries. Currently, 47 researchers from seven countries (Croatia, the Czech Republic, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia, and Slovenia) cooperate in this network. As of 2022, the Central European Professors' Network consists of five research groups: 1. Constitutional protection of national symbols; 2. Right to privacy; 3. Content of the right to parental responsibility; 4. Constitutional framework for the protection of future generations and the environment; 5. Constitutional Identity and Relations between the EU Law and the Domestic Law of Member States. The Central European Academy provides a platform for cooperation not only for senior researchers but also for junior researchers through the Central European Junior Programme. The work of the Central European Academy also includes publishing scholarly books, journals, and articles in English, as well as organizing high-profile conferences, webinars, and other events.

In the second presentation of this panel, Marcin Wielec (Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice Warsaw, Poland) introduced the audience to the members and the research group's work. Thanks to his presentation, we got an insight into the process of cooperation between the professionals of the research group "Right to Privacy". The fruit of the collaboration is a monograph titled "The Right to Privacy in the Digital Age. Perspective of Analysis on Certain Central European Countries", containing nine chapters written by the researchers. The research group was also successful in other areas, as it has prepared nine articles yet to be published and organized 18 dissemination events and held two international scientific conferences.

The third presentation of the panel was by Paweł Sobczyk, and it was an introduction to the book titled "The Right to Privacy in the Digital Age. Perspective of Analysis on Certain Central European Countries". The book will soon be published thanks to the cooperation between the Central European Academic Publishing and the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law in Hungary. Professor Sobczyk thanked the conference organizers and the cooperating team for their fruitful work.

The opening panel was followed by Section 1, presided and moderated by János Ede Szilágyi. In this panel, we could hear out three exciting presentations.

Firstly, "Protection of the Child's Privacy in Croatia from a Criminal Law Perspective" was presented to the audience by Marta Dragičević Prtenjača (University of Zagreb, Croatia). Professor Dragičević Prtenjača let us understand how the right of children's privacy is regulated in Croatia's legislation and how prosperous this country is in implementing The United Nations Convention on the Rights of the Child (1989). The Professor stressed that even though, in many cases, children express their opinion about their parents posting them on social media, the parents often do

not consider their sentiments. According to the Professor, Croatia has reasonable regulations for protecting the child's privacy, but it is poorly implemented. The ultimate resolution would be if parents considered their children's best interest, although defining the "best interest" exactly is complex and depends on individual situations.

The second presentation of this panel was carried out by David Sehnálek (Vice-dean at the Faculty of Law of Masaryk University in Brno, the Czech Republic). The interesting title "Sharenting from the Perspective of the Right to Privacy" (Kids, be careful what your parents do on the Internet) uncovered a thought-provoking presentation. Professor Sehnálek explained what sharenting (a portmanteau of the words "sharing" and "parenting") means. Sharenting is sharing information about one's children online, which can have dangerous consequences, such as bullying. The Czech Republic does not have a children's ombudsman, and civil and family law regulations protect children's rights. According to the Professor, there are two justifications for "sharenting". Firstly, it can directly benefit the child (for example, children can get motivated if their achievements are broadcasted); secondly, parents can benefit from it, so their children indirectly benefit from it.

The last presentation of this panel was by Marcin Wielec (Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice Warsaw, Poland) on the topic "The Dilemma of a Positive Invention Regarding the Foundations of the Right to Privacy". Professor Wielec introduced us to the Polish legislation on this critical issue, shining light on the structural problem of the right to privacy, as its heterogeneity leads to diversity in use and protection in the public and private law field. The Professor also shared his thoughts on the relationship between the right to privacy and positive invention. This relationship raises a dilemma, where the creation of anything determines the benefits and risks.

The second section of the conference was presided and moderated by Katarzyna Zombory (the University of Miskolc, Central European Academy, Hungary) and consisted of three presentations.

The first presentation, "The Protection of Privacy in the Hungarian Legal System, with Special Regard to Freedom of Expression" by András Koltay (University of Public Service, Hungary). In the first part of his presentation, Professor Koltay focused on the case law of the European Court of Human Rights, especially the case *von Hannover v. Germany*, which concerned the issue of child protection. The Professor further elaborated on the subject of the right to privacy in the public sphere compared to the right to privacy at home. He concluded that under certain circumstances, people have the right to privacy in public places and places open to the public, as privacy is not linked to a physical location, although it can be relevant. According to Professor Koltay, some perceptions suggest that activities at home are protected, but actions in the street are not. At the same time, there are activities carried out at home that are not considered part of private life, such as a discussion related to public affairs at the dinner table. He later stressed that the privacy claim might not be as vital in public places as it is at home, which comes from the nature of the public sphere.

In the following presentation, “Range of the Right to Privacy in the light of selected Polish Constitutional Court Cases”, Bartłomiej Oręziak (Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice, Warsaw, Poland) provided us with an insight into the case law of the Polish Constitutional Court. The basis for the legislation on the right to privacy lies in Article 47, Article 48, Article 49, and Article 51 of the Constitution of the Republic of Poland. The right to privacy is constitutional, but it is not absolute – it can be limited. Through some selected, interesting cases, the Presenter explained how Polish courts interpret the right to privacy.

The last presentation of Section 2, titled “The Role of Data Protection Authorities (DPAs) in digital privacy protection: Serbian experience”, was brought to the audience by Dušan Popović (University of Belgrade, Serbia). In his interesting presentation, Professor Popović gave an overview of the historical background of the current legislation regarding the right to privacy. As the Professor mentioned, the first international text, including a necessity for independent Data Protection Authorities, was the non-binding resolution of the United Nations General Assembly in 1991. Furthermore, he drew attention to the fact that Serbia as a member of the Council of Europe, has ratified two documents dealing with the right to privacy, namely the Convention for the Protection of Individuals about Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), and also the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals about Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows. Later, Professor Popović concluded that the procedure before the Serbian data protection authority represents an efficient mechanism for terminating offline and online breaches of data protection rules.

The third and last section of the conference was presided and moderated by János Ede Szilágyi. This section consisted of three presentations.

Firstly, Katarína Šmigová (Dean of the Pan-European University in Bratislava, Slovakia) presented the topic “Right to Privacy and Freedom of Speech in Digital Era in relation to Public Figures”. Professor Šmigová stated that individuals’ personal autonomy and identity deserve protection from the state (outside interference). The Professor also introduced us to numerous interesting cases from the European Court of Human Rights and provided us with a Slovak case study about a case involving the Slovak Republic president and a Slovak National Council member. Furthermore, Professor Šmigová stated that to decide if an expression is a breach of privacy, we must study four (six) main aspects: what was said about who by whom (sometimes when and how).

Secondly, Matija Damjan (University of Ljubljana, Slovenia) presented “The Protection of Privacy of IP Addresses in Slovenia”. Professor Damjan stressed that IP Addresses are personal data, so they fall under the protection of the Slovenian Constitution, the European Charter of Human Rights, and the European Court of Human Rights. Besides protecting personal data, IP addresses can be covered under the right to communication privacy. According to Professor Damjan, breaching privacy could be prevented by more strict protection of dynamic IP addresses under communication privacy and static IP addresses under data protection rules.

The third presentation of Section 3 was on the topic “Privacy and Religious Freedoms: Friends of Foes, or Both?” by Vanja-Ivan Savić (University of Zagreb, Croatia). In his presentation, Professor Savić dealt with the issue of the right to privacy about religion. The Professor expressed his opinion that in some cases, it is allowed for some personal data to be made accessible to the Church, as they are essential for certain religious ceremonies, such as baptism or the conclusion of a marriage.

3. Summary and impression of the conference

The high-profile and excellently organized conference on “The right to privacy in the digital age – in specific terms” provided an excellent platform for recognized professionals from seven Central European countries to present their research findings, opinions, and suggestions for future legislation on the right to privacy. Many interesting topics were presented during this conference, each from a different perspective and viewpoint of a different country. One common thing in all presentations was the emphasis on the importance of the right to privacy, especially in today’s digital age. The significance of the right to privacy is even more stressed when it comes to protecting children, who many times are not aware of the dangers of the digital age and social media, especially when they start broadcasting on social media at a very young age, without being fully aware of their rights.

The fruitful discussion at the end of the conference further confirmed the success of the conference and the importance of this issue.

Tomasz Miroślawski

Report on the International Scientific Conference “Theoretical and practical aspects of constitutional identity”, 13 December 2021

*Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
„Teoretyczne i praktyczne aspekty tożsamości konstytucyjnej”,
13.12.2021 r.*

1. General Concept of the Conference

On 13 December 2021, the Central European Academy (University of Miskolc), in cooperation with Pázmány Péter Catholic University, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central-European Association for Comparative Law organised the International Scientific Conference “Theoretical and practical aspects of constitutional identity”, which took place in Pázmány Péter Catholic University in Budapest.

Central European Academy is an institution within the structure of the University of Miskolc that began its work on 1 January 2022. It conducts a wide range of research and internship projects in Central Europe, involving senior and young researchers interested in the various fields of law. Its main aim is to create and support a broad and recognisable network of legal scholars and professionals from Central European countries. Currently, the network is called the Central European Professor’s Network. It was founded on 1 January 2021 and was initially coordinated by the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

The Professor’s Network includes 47 participants from 7 countries (Czech Republic, Croatia, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia, and Slovenia) organised into five research groups. The issues covered by each group are: 1) constitutional protection of national symbols; 2) right to privacy; 3) content of the right to parental responsibility;

LL.M. Tomasz Miroślawski, University of Miskolc, Central European Academy, Hungary, ORCID: 0000-0002-7758-7415, e-mail: miroslawskitomasz@gmail.com

The manuscript was submitted by the author on: 19 April 2023; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 25 April 2023.

4) constitutional framework for the protection of future generations and the environment; 5) constitutional identity and relations between the European Union (hereinafter: the "EU") law and the domestic law of member states.

The conference aimed to present the research results and summarise the annual activity of the group working on constitutional identity and relations between the EU law and the domestic law of the member states. The leader of the group is Prof. Dr András Zs. Varga, and the other members are Dr Lilla Berkes; Prof. Dr Alexander Graser; Dr Alena Krunková; Prof. Dr Tudorel Toader; Prof. Marieta Safta; Dr Michal Petr; Prof. dr hab. Aleksander Stępkowski; Prof. Giacinto della Cananea; Prof. Dr. Bertrand Mathieu; Prof. Dr. sc. Petar Bačić.

2. The course of the conference

The main focus of the conference was on analysing the constitutional identity of individual European states. In their presentations, the speakers discussed such topics as the relations between the EU law and the domestic law of the Member States; the practice and the jurisprudence of the national constitutional courts and its influence on the concept of constitutional identity; separation and integration of the EU and tried to answer the question whether, at the current stage of development of the European community, it is still possible to maintain the autonomous constitutional identity of the Member States and by what actions and means this may be achieved.

The conference was opened by Prof. Dr János Ede Szilágyi – head of the Ferenc Mádl Institute. He welcomed the attendees and briefly presented the outcomes and results of the Central European Academy's work and its strategy for the future. He also mentioned the publishing updates prepared by the CEA in cooperation with the Ferenc Mádl Institute – Studies of the Central European Professor's Network, a series of course books for PhD programme and scientific journals ("Central European Journal of Comparative Law" and "Law, Identity and Values"). In the last part of his speech, Prof. Szilágyi introduced a new institutional framework – Central-European Association for Comparative Law that was set up to carry out comparative legal research, prepare studies in the field of private law, public law, EU and international law, focusing on the Central European region and provide suggestions and opinions for the scientific community, international organisations and state bodies of the countries of the Central European region in particular with regard to the encouragement and development of the domestic and foreign application of certain legal institutions.

The scientific part of the conference was opened by Prof. Dr András Zs. Varga – pro-dean at the Faculty of Law and Political Sciences of Pázmány Péter Catholic University and current President of the Curia of Hungary. He introduced the research group members and gave an overview of its activities. The Professor pointed out that, through research, it is easier to understand the direction and trends in the evolution of the EU institutions and law, as well as issues of national sovereignty, identity, and constitutional development in the member states, and to explain current phenomena taking place within the EU, such as the expansions of the community, economic crisis,

war, and pandemic. As part of the research, the members of the group examine the roots of the legal systems, legal rules, and customs of the individual states and then, on this basis prepare country reports, which they compare and create joint summary publications.

The next scheduled speaker was Prof. Dr Bertrand Mathieu, but unfortunately, he was unable to appear in Budapest due to other obligations and his paper entitled "Constitutional identity and relations between the EU law and the domestic Law of the Member States" was delivered by Dr Lilla Berkes. Discussing the title topic, Prof. Mathieu highlighted the existence of a dualistic system consisting of common European values on the one hand and specific national values on the other. Furthermore, he pointed out that, in this system, values considered generally European are more and more often created by arbitrary decisions of EU bodies. Their universality is imposed without dialogue and without considering the position and heritage of all the Member States, which may pose the danger of authoritative judgements and disavowal of the promoted values.

The third presenter during this part of the conference was Prof. Dr Alexander Graser. In his presentation entitled "Quite entrenched, but still generic: The concept of constitutional identity in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court", he outlined the practice of the German Federal Constitutional Court in checking the compliance of actions taken by the EU with Germany's constitution. He also discussed how the GFCC understands German constitutional identity and pointed out that this concept is not currently related to any element specific only to the Federal Republic of Germany, but rather concerns minima of democratic legitimacy, vertical division of competencies, and judicial control of executive action.

The following paper entitled "Constitutional identity in Czech jurisprudence" was given by Dr Michal Petr. With an emphasis on jurisprudential practice, Dr Petr outlined the way in which, beginning with fundamental constitutionally protected values such as democracy and a law-abiding state, the notion of constitutional identity in the Czech Republic was shaped and how Czech legal doctrine influenced this process.

The closing paper of the first part of the conference was the paper entitled "Croatian constitutional identity and European integration" presented by Prof. Dr Petar Bačić. He addressed his keynote lecture to the question of how the development of Croatian constitutional identity has been influenced by the recent history of the Croatian state, i.e., its accession to the EU and the related need for constitutional changes, as well as socially significant events such as the citizens' constitutional referendum on the definition of marriage or the decision of the Constitutional Court on the constitutionality of the referendum on the minority language rights and the monetisation of motorways.

After a lunch break, the second section began with Prof. Varga and Dr Berkes delivering a joint paper entitled "The Constitutional Court's uneven road from EU accession to sovereignty control". In the presentation, they focused on how the practice of the Hungarian Constitutional Court has evolved concerning checking the compatibility of the EU law with the Hungarian fundamental law, and what role

the concept of constitutional identity has played in this process. The speakers pointed out that initially, the court shied away from ruling on the constitutionality of the EU law, but after time the notion of Hungary's constitutional identity expanded, and the practice of the court changed. Increasingly, it started to test the constitutionality of the EU law, defining, and referring to the aforementioned constitutional identity.

Another presentation entitled "Determining and reclaiming of the constitutional identity in the case-law of the Polish Constitutional Tribunal" was given by Prof. dr hab. Aleksander Stępkowski. Relying on the judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 7 October 2021, which establishes the primacy of the Polish constitution over EU law, he discussed the shape of Poland's constitutional identity and explained in detail the background and course of the current dispute between Poland and the EU concerning the hierarchy of source of law and the scope of national and the EU competences.

The next speaker was Professor Marieta Safta, who presented a joint paper with Prof. Dr Tudorel Toader entitled "Romanian constitutional identity – theoretical and practical aspects". Her presentation explored in detail the notion of Romanian constitutional identity and the impact on it of the incorporation of the EU law into the Romanian legal system. She also discussed the source and shape of the conflict between Romania and the EU over constitutional identity and the separation of competencies.

The subsequent presentation "EU law and domestic law in Italy: from separation to integration" was given by Prof. Giacinto della Cananea. He discussed the process of European integration, focusing in detail on the role played in it by the Italian state after 1945. He also presented the development of Italy's national identity within the European identity and pointed out that, at present, there is no possibility of separating the two. However, he pointed out that specific differences could appear. Therefore, we should emphasise developing mutual tolerance, while at the same time insisting on respecting the constitutional identity of each Member State.

The final paper "Identity and authority of the Constitution of the Slovak Republic" concluding the conference was delivered by Professor Alena Krunková. She outlined the concept of constitutional identity and constitutional authority in the Slovak legal system. She also discussed the issue of how Slovakia's accession to the EU has influenced its development.

3. Conclusion

After all the speeches were delivered, a short discussion took place. Its main topic was how to deal with and prevent conflicts between the EU community and individual states that can appear on the ground of identity. Following the discussion, the conference was summed up by Prof. András Zs. Varga, noting the importance of the discussed conference subject due to its topicality. He also pointed out that currently one of the critical tasks for the European community is to find a balance between a federal union and national states union approach.

Tomasz Bojanowski, Łukasz Sitkowski, Julia Sarybrat
Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji
Naukowej „Rzetelny proces i prawo do sądu”.
Warszawa, 13.01.2023 r.

*Report on the National Scientific Conference
“Fair trial and the right to a trial”. Warsaw, 13 January 2023*

1. Wprowadzenie

Dnia 13.01.2023 r. odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Rzetelny proces i prawo do sądu”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Koło Naukowe Prawa Karnego Procesowego oraz Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego działające przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego (WPiA UKSW) w Warszawie. Patronami wydarzenia zostali: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Ministerstwo Edukacji i Nauki, Rządowe Centrum Legislacji oraz Wydawnictwo C.H.Beck. Konferencja odbyła się w ramach projektu **#25latKonstytucjiRP**, którego pomysłodawcami są członkowie Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Prawo do rzetelnego procesu jest fundamentalnym prawem każdej osoby w demokratycznym państwie prawa. Pod tą zwięzłą formułą kryje się katalog zasad, jakie winny być nie tylko deklarowane przez państwo, ale przede wszystkim urzeczywistniane w codziennej praktyce wymiaru sprawiedliwości. Rzetelność postępowania sądowego jest bowiem gwarantem praworządności państwa i ochrony wszelkich praw i wolności jednostki. Prawo do sądu jest prawem samoistnym, które pełni

Mgr Tomasz Bojanowski jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

Łukasz Sitkowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-4659-3652, e-mail: lukassitkowski@interia.pl

Julia Sarybrat jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 1.03.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 15.03.2023 r.

funkcję gwarancyjną względem innych praw i wolności. Jest ono podstawowym środkiem ochrony uprawnień, który podlega bezpośredniemu stosowaniu, chyba że przepisy Konstytucji stanowią inaczej. Składa się na nie zespół mechanizmów gwarancyjnych urzeczywistnionych poprzez określone instytucje prawnoprocesowe i standardy prawne. Instytucja prawa do sądu lokuje się na styku różnych dziedzin prawa, w szczególności prawa procesowego i prawa konstytucyjnego.

Konferencja została poświęcona szerokiemu ujęciu rzetelnego procesu oraz prawa do sądu. W rolę prelegentów wcielili się studenci, doktoranci, praktycy oraz nauczyciele akademicy. Umożliwiło to spojrzenie na przedmiotowe zagadnienie z różnych perspektyw – międzynarodowej, konstytucyjnej, administracyjnej, cywilnej i karnej, a także interdyscyplinarnej.

2. Pierwszy panel

Pierwszy panel konferencji otworzył swoim przemówieniem **Prezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego Karol Rogala** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który powitał gości oraz podkreślił wagę zagadnień poruszanych na konferencji w funkcjonowaniu współczesnego państwa.

Następnie jako pierwszy prelegent wystąpił **dr Jakub Czepek** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który wygłosił referat pt. „Przewlekłość postępowania jako problem systemowy i strukturalny w orzecznictwie ETPC”. Zwrócił uwagę na to, że przewlekłość postępowania była, jest i będzie głównym zarzutem w skargach strasburskich. Nie ma bowiem określonego limitu czasowego, po którego upływie należy mówić o przewlekłości postępowania. Dr Jakub Czepek w trakcie swego przemówienia przeprowadził analizę konkretnych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wskazał, że największym problemem systemowym jest istniejąca luka prawna.

Następnie głos zabrał **dr Piotr Chybalski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który w ramach swojego wystąpienia pt. „Sądy powszechne w Polsce jako sądy konstytucyjne” odpowiedział na pytanie: Czy organy władzy sądowniczej inne niż Trybunał Konstytucyjny mogą w pewnym stopniu funkcjonować tak jak Trybunał Konstytucyjny? Wyjaśnił, czy sądy powinny koncentrować się na materii stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w linii orzeczniczej, czy też działać samodzielnie, uznając, że norma o randze niższej niż Konstytucja RP jest w ich mniemaniu niekonstytucyjna. Sądy są zobowiązane bowiem do poszanowania zasady supremacji Konstytucji RP oraz dokonywania wykładni prokonstytucyjnej. Istota problemu polega na określeniu należytego zachowania sędziego w przypadku, gdy w sprawie istotny jest przepis ustawy, a zdaniem sądu przedmiotowa ustawa jest wadliwa konstytucyjnie.

Jako następny referat wygłosił **dr Bartłomiej Oreziak** (Instytut Wymiaru Sprawiedliwości), który w swoim wystąpieniu szczególną uwagę poświęcił kwestii wpływu postępu cywilizacyjnego, technicznego czy technologicznego na postrzeganie rzetelnego procesu karnego. Rozpoczął od zdefiniowania pojęcia „rzetelnego

procesu”, powołując się na art. 45 Konstytucji RP oraz art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Następnie omówił wartości autoteliczne (takie jak godność, praworządność, sprawiedliwość i prawda) oraz wartości prakseologiczne (jak zaufanie, bezpieczeństwo, uczciwość i moralność). Istota rzetelnego procesu nie może ulegać zmianie pod wpływem pojawiania się nowych technologii. Natomiast nie stanowi to przeszkody w wykorzystaniu nowych technologii w procesie, np. w formie dowodów elektronicznych.

Przed krótką przerwą przewidziany został panel dyskusyjny. Pozwoliło to na aktywny udział publiczności oraz udzielenie przez ekspertów odpowiedzi na nurtujące uczestników pytania.

3. Drugi panel

Drugi panel, moderowany przez **Wiceprezesa Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego Łukasza Sitkowskiego** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), rozpoczął się wystąpieniem **mgr Michała Celińskiego** (Ministerstwo Sprawiedliwości), który ukazał problematykę pojęcia „sądu” w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Sądy krajowe mogą występować do Trybunału tylko wtedy, gdy orzekają w ramach postępowania prowadzącego do rozstrzygnięcia o charakterze sądowym. Tym samym z jednej strony TSUE nie obejmuje pojęciem „sądu” każdego organu nazwanego w ten sposób przez ustawodawstwo krajowe, a z drugiej strony nawet jeśli dany organ nie został tak nazwany, to nie wyklucza to uznania go za sąd w postępowaniu prejudycjalnym. Podczas wystąpienia wyjaśnione zostało to pojęcie w ujęciu teoretycznym, jak również *ad casum* na podstawie orzecznictwa TSUE.

Następnym prelegentem był **mgr Oskar Kida** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który przedstawił referat „Legitymacja osób prawnych do korzystania z instytucji skargi konstytucyjnej”. Skarga konstytucyjna to jeden z podstawowych instrumentów, za pomocą których obywatele mogą bronić swoich konstytucyjnych praw i wolności. Wydawać by się mogło, że od wejścia w życie obecnej Konstytucji RP orzecznictwo dotyczące skargi konstytucyjnej zostało usystematyzowane i praktyka orzecznicza nie będzie budzić zastrzeżeń. Jednakże do dziś istnieje wiele wątpliwości interpretacyjnych w postępowaniach zainicjowanych skargą konstytucyjną. Sporą część z nich stanowią uwagi odnoszące się do skarg konstytucyjnych wnoszonych przez osoby prawne. Podczas wystąpienia omówiono zagadnienia związane ze skargami konstytucyjnymi wnoszonymi przez osoby prawne, legitymację osób prawnych do wnoszenia skarg konstytucyjnych, różnice w prawie do udziału w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym zależnie od charakteru danej osoby prawnej (publicznego lub prywatnego), a także słuszności kwalifikacji w praktyce orzeczniczej niektórych osób prawnych do poszczególnych kategorii.

Jako kolejna wystąpiła **Aleksandra Krzysiak** (Uniwersytet Warszawski), która zaprezentowała referat pt. „Sądy polubowne a sądy powszechne, czyli

o urzeczywistnieniu konstytucyjnego prawa do sądu w alternatywnych metodach rozwiązania sporów”. Alternatywne metody rozwiązywania sporów pozwalają uniknąć zawilej i niekiedy długotrwałej ścieżki postępowania przed sądami powszechnymi i jednocześnie uzyskać wyrok, który może mieć moc wyroku sądu państwowego, dlatego w ostatnich latach zauważalny jest wzrost ich zastosowania. Ze względu na zachodzące zmiany stało się istotne określenie relacji między sądami polubownymi a sądami powszechnymi oraz umiejscowienie sądownictwa polubownego w wymiarze sprawiedliwości. Wystąpienie rozpoczęło się od ukazania konstytucyjnej zasady wymiaru sprawiedliwości oraz jej związku z sądownictwem polubownym. Zwrócono uwagę na istotę prawa do sądu oraz przedstawiono jego charakterystykę. Podkreślono, że do ukształtowania poglądu niezbędna jest analiza zastosowania konstytucyjnych zasad wymiaru sprawiedliwości w postępowaniach przed sądami polubownymi.

W dalszej części konferencji głos zabrał **adw. Przemysław Wierzbicki** (Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie), który wygłosił przemówienie pt. „Formalizm procedury cywilnej jako zagrożenia dla rzetelnego procesu”. W ostatnich latach szereg nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego doprowadził do nakładania coraz większych obowiązków formalnych na strony reprezentowane przez tzw. fachowych pełnomocników oraz na strony postępowania, które są przedsiębiorcami. Też wystąpienia był zakres obowiązków formalnych nałożonych na te kategorie podmiotów oraz to, że skutki naruszenia tych obowiązków stawiają wymienione podmioty w gorszej sytuacji w stosunku do innych stron postępowania. To zaś budzi wątpliwości, czy nie mamy tutaj do czynienia z naruszeniem prawa do uczciwego procesu.

Jako ostatnie w tym panelu głos zabrały **Jagoda Marcinkowska i Aleksandra Mizerska** (Uniwersytet Warszawski). W swoim wystąpieniu omówiły zagadnienie prawa do sądu w perspektywie potencjalnych działań umożliwiających przeciwdziałanie powództwom typu SLAPP (strategiczne pozwy przeciwko udziałowi społecznemu). Poruszyły również kwestie podważania konstytucyjnych wartości przez przedmiotowe pozwy. Ponadto tezę, która wybrzmiała w referacie, był problem niechęci obywateli do korzystania z prawa do sądu. Zasadniczą przyczyną okazała się obawa obywateli przed grozącymi konsekwencjami prawnymi, tzw. efektem mrożącym.

4. Trzeci panel

Po krótkiej przerwie rozpoczął się kolejny panel konferencji moderowany przez **Skarbnik Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego Paulinę Pożarycką-Juchimiuk** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), podczas którego pierwsze wystąpienie pt. „Rzetelny proces i prawo do sądu w perspektywie praw człowieka” należało do **Moniki Długosz** (Uniwersytet Warszawski). Rzetelny proces oraz prawo do sądu wiążą się z pojęciem sprawiedliwości, które jest fundamentem całego systemu prawnego. Te dwa prawa są również warunkami *sine qua non* istnienia prawa formalnego. Należą one do kategorii praw człowieka, przez co mają niezwykle

znaczenie, ponieważ ich celem jest gwarancja nie tylko sprawiedliwości, ale przede wszystkim ochrona samej godności ludzkiej. Wyrażone w wielu ustawach zasadniczych, a także w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz w art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej stanowią gwarancje sprawiedliwego procesu, który jest podstawą efektywnej i skutecznej ochrony prawnej. Jest to niezwykle ważne zagadnienie, ponieważ ma fundamentalne znaczenie w każdej dziedzinie prawa. Bez prawa do sądu i rzetelnego procesu nie mogłoby istnieć demokratyczne państwo urzeczywistniające zasady państwa prawa. Na prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do sądu składa się szereg gwarancji prawnych, takich jak prawo do obrony, prawo do wysłuchania, prawo do równego traktowania uczestników postępowania, prawo do rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym czasie, a także z odpowiednim uzasadnieniem decyzji. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka znacznie przyczyniło się do rozwoju tego prawa.

W dalszej części konferencji głos zabrała **Katarzyna Zaborek** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Podczas swojego wystąpienia poruszyła temat realizacji prawa do rzetelnego procesu sądowego w kontekście przewlekłości postępowania z perspektywy orzecznictwa ETPC. Rzetelność postępowania oceniana jest na podstawie funkcjonujących standardów międzynarodowych, które – implementowane do krajowych porządków prawnych – stanowiąc mają minimalne gwarancje w zakresie ochrony praw człowieka oraz zapewniać poszanowanie najistotniejszych zasad i wartości, za które uważa się m.in. prawo do sprawiedliwego procesu. Jedną z jego emanacji jest prawo do rozpatrzenia sprawy bez zbędnej zwłoki, albowiem – jak powszechnie wiadomo – szybkość, sprawność i efektywność są jednymi z podstawowych wartości sądowego stosowania prawa, jak też warunkami skuteczności prawa w ogólności. Swoistym pogwałceniem tego prawa jest przewlekłość postępowań będąca zjawiskiem nader częstym w rzeczywistości procesowej i mająca miejsce w sytuacji, gdy postępowanie zmierzające do wydania rozstrzygnięcia kończącego sprawę trwa dłużej niż to konieczne dla wyjaśnienia istotnych okoliczności.

Jako następny wystąpił **Łukasz Sitkowski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który swój referat rozpoczął od podkreślenia, że prawo do obrony stanowi jedno z praw procesowych zagwarantowanych nieletniemu przed sądem rodzinnym. Jest ono silnie akcentowane we wszystkich standardach prawa międzynarodowego dotyczących praw nieletnich. Wywodzi się, jak pozostałe prawa procesowe, z prawa do rzetelnego procesu. W dalszej części metodą prawnoporównawczą wskazał podstawy prawa do obrony nieletniego w kontekście regulacji prawnomiędzynarodowych i konstytucyjnych. Ponadto zwrócił uwagę na instytucję obligATORYJNEJ obrony nieletniego oraz przedstawił swoje rozważania na ten temat w związku z brakiem jej przyjęcia przez ustawodawcę w kontekście art. 79 Kodeksu postępowania karnego (dalej k.p.k.) podnoszonym przez doktrynę w celu zastosowania tej instytucji w postępowaniu w sprawach nieletnich.

Kolejnym prelegentem był **dr Patryk Gutierrez** (Komisja Praw Człowieka i Praworządności przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych we Wrocławiu). W swoim

wystąpieniu poświęcił szczególną uwagę na omówienie prawa do sądu na przykładzie cudzoziemców starających się o uzyskanie ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Analizę przeprowadził z uwzględnieniem orzecznictwa oraz obowiązujących uregulowań prawnych w tym zakresie. Podkreślił także praktyczną stronę przedmiotowego zagadnienia, mianowicie że cudzoziemcy starający się o udzielenie ochrony na podstawie ustawy z 13.06.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej *de facto* pozbawieni są możliwości kontroli działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne.

5. Czwarty panel

Moderatorem czwartego panelu była **Sekretarz Koła Naukowego Prawa Karnego Procesowego Agata Wróbel** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Po krótkim wprowadzeniu głos zabrała **mgr Adrianna Betlińska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która wygłosiła referat pt. „Realizacja prawa do sądu w świetle instytucji oskarżenia subsydiarnego, czyli fakty i mity na temat konstytucyjnej gwarancji pokrzywdzonego”. Celem jej referatu była próba odnalezienia racjonalnych motywów, którymi kierował się ustawodawca, czyniąc wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego. Prelegentka w swoim wystąpieniu podjęła próbę scharakteryzowania procedury pod kątem skuteczności zagwarantowania pokrzywdzonemu konstytucyjnego prawa do sądu i rzetelnego procesu. Wskazała na to, że procedura wyrażona przez ustawodawcę w art. 55 k.p.k. i 330 k.p.k. przewiduje szereg utrudnień, takich jak wymóg wielorazowego zaskarżania postanowienia o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia oraz przymus adwokacko-radcowski.

Drugi referat w ramach czwartego panelu zatytułowany „Rzetelny proces kar-ny w kontekście funkcjonowania europejskiego nakazu aresztowania w świetle art. 47 Karty Praw Podstawowych UE oraz orzecznictwa TSUE – Czy potrzebny jest nowy efektywny środek zaskarżenia?” wygłosili **Aneta Fraser i Adrian Kaczmarek** (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu). Prelegenci dokonali analizy standardu ochrony prawa do rzetelnego procesu karnego, jaki ukształtowało orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec stosowania Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA). Podkreślili, że decyzja ramowa nie konstytuuje konkretnego środka zaskarżenia przysługującego od decyzji o ENA. Uprawnienie do zaskarżenia decyzji o ENA uzupełnia zatem w większym lub mniejszym stopniu ustawodawstwo krajowe. Kluczowym punktem rozważań była próba odpowiedzi na pytania: Czy przy obecnym standardzie funkcjonowania ENA potrzebny jest nowy efektywny środek zaskarżenia w regulacjach krajowych? Czy obowiązek ustanowienia takiego środka powinien zostać wyraźnie wskazany w decyzji ramowej? Prelegenci odpowiadając na te pytania, podjęli tezę o wprowadzaniu w polskim ustawodawstwie – na wzór rozwiązania greckiego – możliwości zaskarżenia przed wydaniem postanowienia o przekazaniu osoby podejrzanej lub oskarżonej, co zapewni, zdaniem autorów referatu, gwarancję efektywności stosowania tej instytucji prawa.

Ostatnią prelegentką tego panelu była **Nina Kurpios** (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie), która wygłosiła referat pt. „O wartości «owoców zatrutego drzewa» w procesie karnym”. Przypomniała, że teoria „owoców zatrutego drzewa” wzięła swój początek w wykładni orzecznictwa Sądu Najwyższego USA. Miała ona na celu ochronę obywateli przed nieuzasadnionym przeszukaniem, zatrzymaniem, a także powstrzymywała organy ścigania przed podejmowaniem działań będących nadużyciem ich uprawnień. W myśl teorii „owocami zatrutego drzewa” nazywamy niedozwolone przez prawo czynności podejmowane przez służby ścigania. Nina Kurpios podkreśliła, że teoria znajduje też podstawę w art. 168a k.p.k., który wskazuje, że dowód można uznać za niedozwolony tylko wówczas, gdy został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, a ich celem jest zdobycie dowodów dających podstawę do wszczęcia postępowania karnego. Zdaniem prelegentki doktryna powinna być obowiązującym standardem rzetelnego procesu stosowanym przez sąd w procesie karnym, co podkreśla orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

6. Piąty panel

Ostatni panel konferencji moderowała **Wiceprezes Koła Naukowego Prawa Karnego Procesowego Julia Starybrat** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Po przywitaniu prelegentów głos zabrała **dr Monika Głuch** (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie), która przedstawiła referat pt. „Rzetelny proces a dowód z opinii biegłego w postępowaniu karnym”. Zwróciła uwagę, że w postępowaniu karnym często zachodzi konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu kryminalistyki. Z reguły opinia ta zawiera informacje, co do których organ prowadzący postępowanie nie posiada fachowej wiedzy. Prelegentka wyraziła wątpliwość co do tego, w jakim stopniu należy uznać za prawidłową ocenę treści merytorycznej opinii dokonywaną przez decydenta procesowego, który nie posiada specjalistycznej wiedzy w tym zakresie, opartą na własnych ekspertyzach sądowych o dowodach o charakterze fizyko-chemicznym i genetycznym. Wskazała, że pozytywnym rozwiązaniem byłoby uregulowanie tej kwestii w akcie prawnym dot. biegłych sądowych.

Drugą prelegentką była **Agata Wróbel** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która omówiła temat „Prawo do sądu administracyjnego jako rodzaj prawa do sądu”. Podkreśliła, że prawo do sądu administracyjnego wynika z egzekwowania prawa administracyjnego, i choć oba postępowania (administracyjne i sądowno-administracyjne) są ze sobą powiązane, to prawo do sądu uregulowane jest w obu z nich w odrębny sposób. Dokonując analizy porównawczej procesu karnego i cywilnego, zwróciła uwagę na zachowanie standardu rzetelnego procesu na drodze administracyjnej i sądowno-administracyjnej.

Kolejny prelegent, **mgr Kacper Sobolewski** (Uniwersytet Warszawski), wygłosił referat pt. „Sprawy administracyjne nieobjęte kognicją sądownictwa administracyjnego

a granice domniemania drogi sądowej przed sądem powszechnym”. Na wstępie nawiązał tematycznie do referatu przedstawionego przez Agatę Wróbel. Wyszedł z założenia, że zapewnienie w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP możliwie pełnej realizacji prawa do sądu, co podkreśla orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, wypracowuje koncepcję domniemania drogi sądowej przed sądem powszechnym. Zdaniem mgr. K. Sobolewskiego nie zawsze ma ona zastosowanie w praktyce, zwłaszcza w sprawach nieobjętych kognicją sądów administracyjnych. Jednocześnie podkreślił, że sposób ukształtowania kognicji sądownictwa administracyjnego, polegający zasadniczo na enumeratywnym wyliczeniu w art. 3 § 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi prawnych form działania administracji podlegających kontroli w drodze skargi do sądu administracyjnego nie spełnia swojej roli, co znajduje wyraz w orzecznictwie. Zwrócił uwagę, że zastosowanie domniemania drogi sądowej (a także art. 199¹ Kodeksu postępowania cywilnego) może w konsekwencji prowadzić do sytuacji, w których właściwy do rozpoznania spraw o administracyjnoprawnym charakterze okaże się sąd cywilny.

Ostatnim prelegentem był **Prezes Koła Naukowego Prawa Karnego Procesowego mgr Tomasz Bojanowski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), którego referat nosił tytuł: „Sędzia ds. postępowania przygotowawczego jako gwarant rzetelnego procesu”. Prelegent podkreślił charakter historycznoprawny sędziego śledczego w polskim procesie karnym i nawiązał do – obowiązujących na ziemiach polskich – regulacji państw zaborczych oraz do instytucji zawartej w Kodeksie postępowania karnego z 1928 r. Autor referatu wskazał na potrzebę wprowadzenia tej instytucji do postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym. Jego zdaniem wzmocni to praworządność oraz sądową ochronę praw człowieka w tym stadium postępowania karnego.

7. Podsumowanie

Po wygłoszonym referacie mgr Tomasz Bojanowski zakończył konferencję. Wyraził szczególne podziękowania organizatorom konferencji, tj. Kole Naukowemu Prawa Konstytucyjnego UKSW i Kole Naukowemu Prawa Karnego Procesowego WPiA UKSW oraz partnerom konferencji: Dyrektorowi Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości dr. hab. Marcinowi Wielcowi, prof. UKSW, Dyrektorowi Instytutu Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie dr. hab. Arturowi Kotowskiemu, prof. UKSW, Ministrowi Edukacji i Nauki dr. hab. Przemysławowi Czarnkowi, prof. KUL, Prezesowi Rządowego Centrum Legislacji dr. hab. Krzysztofowi Szczuckiemu, a także Wydawnictwu Naukowemu C.H.Beck.

Konferencja była okazją do skonfrontowania poglądów na temat prawa do sądu i rzetelnego procesu. Należy ją traktować jako przyczynek do dalszych badań w zakresie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Organizatorzy zapowiedzieli, że dołożą wszelkich starań, aby Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Rzetelny proces i prawo do sądu” stała się wydarzeniem cyklicznym.

Karol Rogala, Łukasz Sitkowski, Jakub Sychowiec
Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji
Naukowej pt. „Samorząd terytorialny w Polsce
– przeszłość, teraźniejszość i przyszłość”.
Warszawa, 14.04.2023 r.

*Report on the National Scientific Conference
“Local government in Poland – past, present and future”.
Warsaw, 14 April 2023*

Abstract

The academic conference “Local government in Poland – past, present, and future” was held on 14 April 2023 at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw and was organised by the Constitutional Law Academic Circle and the Warsaw Seminar on Axiology of Administration. The scope of the conference covered important, from the point of view of the functioning of the state, issues concerning the history, development and future of local government. It is worth emphasizing the fact of a multi-faceted view on the discussed issues. The report provides an overview of the papers presented by the speakers.

Keywords: *Polish Constitution, local government, the principle of independence of local government*

Karol Rogala jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0009-0001-9202-2500, e-mail: karol.rogala22@gmail.com
Łukasz Sitkowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-4659-3652, e-mail: lukassitkowski@interia.pl
Jakub Sychowiec jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0009-0008-4497-5869, e-mail: sychowiec-kuba@gmail.com

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 4.05.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 15.05.2023 r.

Streszczenie

Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Samorząd terytorialny w Polsce – przeszłość, teraźniejszość, przyszłość” odbyła się 14.04.2023 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Została zorganizowana przez Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego oraz Warszawskie Seminarium Aksjologii Administracji. Zakres konferencji obejmował istotne, z punktu widzenia funkcjonowania państwa, zagadnienia dotyczące historii, rozwoju oraz przyszłości samorządu terytorialnego. Warta podkreślenia jest wieloaspektowość spojrzenia na omawianą problematykę. Sprawozdanie w sposób przeglądowy przedstawia referaty wygłoszone przez prelegentów.

Słowa kluczowe: Konstytucja RP, samorząd terytorialny, zasada samodzielności samorządu

1. Wprowadzenie

W dniu 14.04.2023 r. na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Samorząd terytorialny w Polsce – przeszłość, teraźniejszość i przyszłość”. Organizatorami wydarzenia były Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego UKSW oraz Fundacja Warszawskie Seminarium Aksjologii Administracji. W tym miejscu należy nadmienić, że sama inicjatywa powstała na skutek zauważenia przez inicjatorów swoistej naukowej luki. Dyskurs naukowy, zwłaszcza ten studencki, choć coraz śmielej, to nadal zbyt rzadko pochyla się nad problematyką działań samorządu terytorialnego – instytucji niezwykle głęboko osadzonej w budującym się permanentnie społeczeństwie obywatelskim. Podstawy jego kształtu określone zostały w poświęconym mu rozdziale VII Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. Ustawa zasadnicza pozostawia jednak ustawodawcy zwykłemu uregulowanie większości kwestii związanych z funkcjonowaniem samorządu, co sprawia, że nie jest on w żadnym razie strukturą statyczną. Znajduje się w stanie ciągłego rozwoju, na co wskazują chociażby m.in. dokonane w 1998 r. reformy, polegające na modyfikacji jego struktury i wprowadzeniu trójstopniowości samorządu terytorialnego, a także zmiany ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o samorządzie powiatowym i ustawy o samorządzie województwa w 2001 czy 2018 r.

Wydarzenie otrzymało wsparcie merytoryczne w postaci Honorowego Patronatu Prezesa Rządowego Centrum Legislacji dr. hab. Krzysztofa Szczuckiego oraz Samorządu Doktorantów UKSW.

Konferencję otworzyli będący zarazem moderatorami panelu eksperckiego: **Karol Rogala – Prezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW, Przewodniczący Wydziałowej Rady Studentów Wydziału Prawa i Administracji UKSW oraz mgr Kacper Stoś – Menadżer ds. spotkań lokalnych Warszawskiego Seminarium Aksjologii Administracji**. Po powitaniu przybyłych gości i wprowadzeniu zgromadzonych w formułę obrad głos zabrał pierwszy z ekspertów – **dr hab. Bartosz Majchrzak, prof. UKSW**. W wystąpieniu „Aksjologia samorządu terytorialnego w Konstytucji RP” opisał niezwykle ważną kwestię zakwalifikowania wartości związanych bezpośrednio z ustanowieniem niezależnego samorządu terytorialnego jako dóbr prawnych – są to m.in. bezpieczeństwo obywateli, stan środowiska, edukacja. U podstaw działania jednostek samorządu terytorialnego (JST) należy dostrzec filary będące konstytucyjnymi wartościami, tj. zasada pomocniczości (subsydiarności) zawarta w preambule do Konstytucji RP oraz zasada decentralizacji władzy publicznej wyrażona bezpośrednio w art. 15 ustawy zasadniczej – zabezpieczająca samodzielność majątkową, finansową, ustrojowo-organizacyjną w zakresie władczego kształtowania stosunków społecznych. Profesor B. Majchrzak zwrócił również uwagę na ogromne znaczenie właściwego zastosowania wzorca rozstrzygania konfliktu wartości w działalności JST oraz ich współdziałaniu z organami władzy centralnej.

Następnie **dr hab. Radosław Mędrzycki** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) przedstawił referat: „Rola samorządu terytorialnego

w zakresie dostępności informacyjno-komunikacyjnej – uwarunkowania prawne”. Autor podkreślił niezwykle znaczenie pojęcia „jedności normatywno-aksjologicznej” „motywowanej w stosowaniu do ochrony godności człowieka”, jego prawa do współuczestnictwa w życiu publicznym, co w konsekwencji stanowi przejaw solidarności społecznej. Prelegent określił dostępność jako jeden z kluczowych wyrazów zmian prawnych, które dotyczą także jednostek samorządu terytorialnego. Jej celem jest ułatwienie życia osobom z niepełnosprawnościami, możliwość ich usamodzielnienia, a także zapobieganie zachowaniom paternalistycznym wobec tych osób. Dostępność pod względem prawnym jest nierozzerwalnie związana z pojęciem „bariery”, a także *a contrario* z wykluczeniem społecznym. Profesor R. Mędrzycki w syntetyczny sposób przedstawił obecne rozwiązania w polskim systemie prawnym, zwłaszcza w ustawie z 19.07.2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami.

2. Panel pierwszy „Kontrola i nadzór w jednostkach samorządu terytorialnego”

Pierwszy z paneli studencko-doktoranckich poprowadziła **Paulina Czarnynoga – Sekretarz Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Po krótkim wstępie głos zabrał **dr Paweł Śwital** (Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu). W referacie „Mechanizmy prawne zwiększające kontrolę mieszkańców nad działalnością samorządu terytorialnego w Polsce” potraktował zbiorczo zakres instrumentów zwiększających transparentność oraz ułatwiających współudział mieszkańców w życiu wspólnoty samorządowej, zwracając szczególną uwagę na jawność obrad organów stanowiących, zagadnienia obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej oraz budżetu obywatelskiego.

Następnie wystąpiła **mgr Emilia Gulińska** (Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu), która omówiła temat: „Społeczeństwo obywatelskie jako uczestnictwo w życiu publicznym”. Autorka poświęciła swój referat formom partycypacji społecznej i ich oddziaływaniu na wspólnoty samorządowe. Zaznaczyła, że podstawą jest tu zasada wolności zrzeszania zawarta w art. 58 Konstytucji RP. Daje ona wolność obywatelską w zakresie kształtowania tożsamości społecznej – poprzez oddziaływanie na organy państwa oraz władzy samorządowej, a także poprzez realizację celów statutowych.

„Wpływ nowych technologii na funkcjonowanie samorządu terytorialnego” to tytuł trzeciego wystąpienia w pierwszym panelu. **Mgr Karolina Wilamowska** (Uczelnia Łazarskiego) zaczęła swój referat od zwrócenia uwagi na szybkość postępu cyfrowego. Jest on nieporównywalny z dawnym rozwojem przemysłowym, co przysparza wielu problemów teoretykom i praktykom prawa muszącym permanentnie odnajdować się w nowej rzeczywistości. Zagadnienia te rzutują także bezpośrednio na wspólnoty samorządowe – choćby przez pojęcie „*smart cities*”, do których aspirują

nasze największe miasta. Według mgr K. Wilamowskiej powinniśmy zważać także na nowoczesne rozwiązania cyfrowe ze względu na zasadę zrównoważonego rozwoju – dostęp obywateli do elektronicznego załatwiania spraw administracyjnych i ich funkcjonowanie w organizmie miejskim (gminnym).

Mgr Ewelina Lis w wystąpieniu „Społeczna kontrola samorządów – czyli jak wnioskować o podjęcie działań kontrolnych przez Najwyższą Izbę Kontroli” przedstawiła podstawowe zagadnienia związane z uprawnieniami NIK oraz omówiła praktyczne aspekty działalności kontrolnej na poziomie organów samorządu terytorialnego oraz wskazówki dla obywateli, w jaki sposób zainicjować taki proces. Najwyższa Izba Kontroli, zgodnie z ustawą z 23.12.1994 r., przeprowadza kontrolę działalności jednostek samorządu pod względem legalności, gospodarności i rzetelności – autorka zwróciła uwagę na brak przymiotu „celowości”, który mógłby mieć kluczowe znaczenie w wielu wątpliwych sytuacjach.

Ostatni referat zatytułowany: „Odmowa udzielania informacji publicznej przez organy samorządu terytorialnego a ustawowy obowiązek jej udzielania” wygłosiły **Karolina Żmijewska** i **Aleksandra Bacik** (Uniwersytet Zielonogórski). Autorki w szczególny sposób odniosły się do obecnych rozwiązań w tym zakresie, tj. do ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Wskazały na uprawnienia przysługujące obywatelom i na obowiązek organów publicznych (w tym jednostek samorządu terytorialnego) w przedmiotowej kwestii. Odwołując się do problemów i bezprawnych działań organów, oparły swe wnioski na sentencjach wyroków sądów administracyjnych.

3. Panel drugi „Finanse jednostek samorządu terytorialnego”

Moderatorkami drugiego panelu były **Zofia Wielgórska** i **Faustyna Zabielska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Po krótkim wprowadzeniu głos zabrała **mgr Justyna Orlikowska**, który wygłosiła referat pt. „Zasada samodzielności finansowej a zasada adekwatności środków do zadań. O dochodach j.s.t. słów kilka”. Główny wątek wystąpienia to wskazanie pierwszeństwa zasady adekwatności środków do zadań jednostek samorządu terytorialnego nad zasadą samodzielności finansowej, co przedstawił w doktrynie prof. dr hab. Krzysztof Surówka. Prelegentka dokonała analizy powyższych zasad z punktu widzenia przepisów Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Podkreśliła, że zasada samodzielności finansowej jednostek samorządu terytorialnego wyraża się w prawie do posiadania własnych budżetów opartych na właściwym systemie dochodów i przychodów, zapewniającym możliwość samodzielnej realizacji zadań publicznych na podstawie obowiązujących norm prawnych i w zakresie przez nie wyznaczonym. Zasada adekwatności wyznacza zaś kryteria oceny systemu finansów samorządu terytorialnego oraz niezbędne jego modyfikacje.

Drugi referat w ramach drugiego panelu zatytułowany „Tam i z powrotem. Rzecz o samodzielności finansowej samorządu terytorialnego” wygłosił **mgr Jakub Dorosz-Kruczyński** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Prelegent

zawarł w swoim wystąpieniu historyczny aspekt rozumienia zasady samodzielności finansowej jednostek samorządu terytorialnego, ze szczególnym uwzględnieniem realizacji zasady przez rady narodowe w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Przyjął on tezę, że budżet jednostek samorządu terytorialnego zarówno w aspekcie historycznym, jak i współczesnym jest wtórny wobec budżetu państwa. W swoim referacie podniósł także problem ze składaniem przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach naborów przeprowadzanych na terenie każdego województwa wniosków o dofinansowanie w ramach Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg, Rządowego Funduszu Inwestycji Lokalnych oraz Programu Inwestycji Strategicznych oraz zaskarżania decyzji administracyjnych organów właściwych do rozpatrzenia powyższych wniosków.

Kolejnym prelegentem panelu był **Mikołaj Małecki** (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie), który wygłosił prelekcję pt. „Regionalna Izba Obrachunkowa – nadzór i kontrola kwestii finansowych w jednostkach samorządu terytorialnego”. Referent na początku swojego wystąpienia przedstawił strukturę organizacyjną oraz zadania regionalnych izb organizacyjnych, określone przez przepisy ustawy z 7.10.1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych. Objął również znaczenie podstawowych kompetencji regionalnej izby obrachunkowej w realizacji funkcji nadzorczej i kontrolnej sprawowanej przez te organy.

Następny referat, pt. „Szanse i zagrożenia dla gmin miejsko-wiejskich na przykładzie budżetu Gminy i Miasta Halinów”, wygłosiła **Weronika Zdzieborska** (Szkola Główna Handlowa w Warszawie, Urząd Miejski w Halinowie). Prelegentka przedstawiła od strony praktycznej realizację budżetu Gminy i Miasta Halinów w latach 2020–2022. Podkreśliła duże znaczenie współpracy pomiędzy organami stanowiącymi samorządu terytorialnego gminy, radą gminy a organem wykonawczym (burmistrzem), w procesie wydatkowania środków publicznych z budżetu gminy miejsko-wiejskiej.

Ostatnim prelegentem tego panelu był **Tomasz Kawa** (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie), który zaprezentował referat pt. „Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego”. Omówił instytucję kontroli zarządczej, uregulowanej w art. 68 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych. Podkreślił, że kontrola zarządcza porządkuje procesy i zapewnia standaryzację działań dzięki opisowi kluczowych obszarów zarządzania (cele, mierniki), dokumentowaniu, monitorowaniu, ocenie efektów oraz wspiera samodoskonalenie organizacji poprzez ciągłość diagnozowania, monitorowania i poprawiania realizowanych procesów w jednostce samorządu terytorialnego.

4. Panel trzeci „Historia i rozwój samorządu terytorialnego w Polsce”

Tematyka trzeciego panelu konferencji dotyczyła historii i rozwoju samorządu terytorialnego w Polsce. Moderatorką była **Maria Wyszynska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Jako pierwsza głos zabrała **mgr Izabela Wasik** (Uniwersytet Jagielloński), wygłaszając referat zatytułowany „Statut miasta Krakowa

z 1901 r. jako przykład rozwoju samorządności miasta na przełomie XIX i XX w.". W swoim wystąpieniu prelegentka zwróciła uwagę na najistotniejsze podstawy normatywne regulujące samorządność miasta Krakowa oraz zasady funkcjonowania i zakres kompetencji władz lokalnych.

Weronika Chmiel (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) przedstawiła słuchaczom prezentację pt. „Samorząd terytorialny w polskich konstytucjach. Rys historyczny oraz funkcjonujące zasady ustroju samorządu terytorialnego w Polsce”. Autorka omówiła sposób regulacji struktury władz lokalnych w Polsce, uwzględniając treść normatywną m.in. Konstytucji marcowej, Konstytucji kwietniowej, tzw. Małej Konstytucji z 1992 r., jak również obecnie obowiązującej Konstytucji RP. Zwróciła również uwagę na najważniejsze zasady funkcjonowania samorządu w poszczególnych okresach rozwoju ustroju państwa.

Jako kolejna głos zabrała **Zofia Navus-Wysocka** (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie), wygłaszając referat „Samorząd terytorialny i jego funkcje w II Rzeczypospolitej”. Prelegentka wskazała na – związany z różnorodnością regulacji na obszarach objętych dawnymi zaborami – problem odmienności struktur samorządowych na poszczególnych obszarach państwa. Omówiła również występujące w okresie istnienia II RP problemy wynikające z próby unifikacji samorządu oraz podstawowe akty normatywne, które regulowały sposób funkcjonowania władz lokalnych we wskazanym powyżej okresie.

Przedostatnie wystąpienie w ramach trzeciego panelu przygotował **Jakub Sychowiec** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który omówił zagadnienie sądowno-administracyjnej ochrony samodzielności samorządu terytorialnego. W swoim referacie zwrócił uwagę na podstawowe kwestie związane z dwoma szczególnymi środkami ochrony samodzielności samorządu, tj. ze skargą na akt nadzoru oraz z wnioskiem o rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego. Wskazał także na problematykę rozdrobnienia regulacji wskazanych środków ochrony na ustawę procesową i ustawy samorządowe oraz nakreślił wynikające z tego faktu trudności występujące na poziomie stosowania prawa.

Jako ostatni zabrał głos **Michał Szumski** (Uniwersytet Wrocławski), wygłaszając referat pt. „Znaczenie funkcji sołtysa w III Rzeczypospolitej oraz jego rola w procesie aktywizacji społeczności wiejskich”. Prelegent przybliżył słuchaczom problem marginalizacji znaczenia funkcji sołtysa, a także zasadnicze trudności związane ze sprawowaniem tego urzędu. Zwrócił też uwagę na brak osobowości prawnej sołectwa, na zagadnienie funduszu sołeckiego oraz na społeczne postrzeganie funkcji sołtysa.

5. Panel czwarty „Formy współpracy i integracji jednostek samorządu terytorialnego”

Moderatorką czwartego panelu konferencji była **Maria Szczekało** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która po krótkim wprowadzeniu zaprosiła do wystąpienia pierwszą prelegentkę. **Urszula Pacyga-Glanowska**

(Lokalna Organizacja Turystyczna Wielki Gościniec Litewski) przedstawiła referat zatytułowany „Współpraca jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi”. Ukazała praktyczny aspekt współpracy jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi na szczeblu wiejskim, zwłaszcza kół gospodyń wiejskich, klubów sportowych oraz stowarzyszeń o profilu rodzinnym lub historycznym. Omówiła system pozyskiwania środków na działalność organizacji NGO z budżetu gminy oraz jednocześnie podkreśliła realizację zadań własnych gminy w ramach działalności kulturalnej przez organizacje pozarządowe.

Kolejny odczyt, pt. „Komitet Regionów jako forum współpracy samorządu lokalnego i Unii Europejskiej”, wygłosił **mgr Michał Celiński** (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku). Referent w swojej prezentacji ukazał strukturę organizacyjną i zadania Komitetu Regionów w ramach współpracy samorządu lokalnego z organami Unii Europejskiej. Podkreślił, że Komitet Regionów ma duży wpływ na kształtowanie procesu legislacyjnego oraz polityki regionalnej i spójności Unii Europejskiej.

Trzecią prelegentką panelu była **mgr Joanna Karolina Kozłowska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która przedstawiła referat pt. „Związki oraz porozumienia międzygminne jako alternatywa dla funkcjonowania powiatów”. Zaprezentowała ona uregulowania konstytucyjne i ustawowe związków oraz porozumień międzygminnych. Wskazała, że członkostwo w związkach i porozumieniach międzygminnych umożliwia: obniżenie nakładów jednostkowych kosztów eksploatacyjnych, dzięki wykorzystaniu efektu dużej skali przedsięwzięcia, a tym samym utrzymanie relatywnie małych cen; łatwiejszy dostęp do zewnętrznych źródeł inwestycji; obniżenie nakładów finansowych na inwestycje ponoszonych przez poszczególne gminy tworzące strukturę związku lub porozumienia.

Prelekcję pt. „Zasada dobrego sąsiedztwa jako element ustalania warunków zabudowy przez organy wykonawcze gminy” przygotował **mgr Bartłomiej Małkiewicz** (Izba Adwokacka w Warszawie).. Referent podkreślił nadrzędny charakter zasady dobrego sąsiedztwa w ustalaniu warunków zabudowy przez organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego. Powołując się na orzecznictwo sądów administracyjnych i stanowisko doktryny, wskazał, że wymóg dobrego sąsiedztwa nie jest zachowany, gdy projektowana inwestycja jest sprzeczna z dotychczasową funkcją terenu i nie da się z nią w praktyce pogodzić. Nie wymaga ona natomiast – przy projektowaniu nowych inwestycji – prostego powielania celu i charakterystyki zabudowy istniejącej na terenie sąsiednim.

Piątym prelegentem panelu był **mgr Michał Malinowski**, który przedstawił referat pt. „Zadania związku metropolitalnego w województwie śląskim a zadania gmin wchodzących w jego skład”. Omówił on w swoim wystąpieniu zadania publiczne związku metropolitalnego w województwie śląskim, tworzące relacje pomiędzy metropolią a wchodzącymi w jej skład gminami. Podkreślił, że opiera się ona na 3 elementach (zawartych w art. 12 ustawy z 9.03.2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim): rozwoju społecznym i gospodarczym obszaru związku metropolitalnego; planowaniu, koordynacji, integracji oraz rozwoju publicznego

transportu zbiorowego; możliwości realizacji zadań publicznych należących do zakresu działania gminy.

Krzysztof Pikul (Uniwersytet Zielonogórski), jako szósty prelegent panelu, wygłosił referat pt. „Aglomeracje i metropolie w świetle konstytucji i obowiązujących przepisów na przykładzie Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii”. Przedstawił uregulowania prawne i społeczne utworzenia Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii. Wyraził pozytywną opinię o przyszłości zrzeszenia się gmin w związku metropolitalne, postulując *de lege ferenda* w sposób ogólny uregulowanie zrzeszenia związków metropolitalnych przez gminy.

Ostatnim referentem tego panelu był **Hubert Zarzycki** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który przedstawił prelekcję pt. „Szczególny charakter samorządu warszawskiego na tle ustawy o ustroju miasta stołecznego Warszawy”. Wyjaśnił słuchaczom genezę utworzenia dzielnic Warszawy oraz zaprezentował zalety i wady regulacji dotyczącej jednostek pomocniczych miasta.

6. Panel piąty „Samorząd terytorialny w Polsce – problemy wybrane”

Ostatni panel dotyczył trudności, które napotykają samorządy terytorialne w Polsce. Moderatorem tego panelu był **Prezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Karol Rogala**. Pierwszy referat, pt. „Jak chronić historyczne miasta? Postulaty zmian”, wygłosił **mgr Miłosz Pilarek** (SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny). Zwrócił on uwagę, że obecnie miasta historycznie nie są chronione w sposób odpowiedni, przede wszystkim z powodu ich wadliwego postrzegania jako przedmiot ochrony. Wskazał również na problemy definicyjne związane z pojęciami „miasto” i „miasto historyczne”, jak również na wieloaspektowość wymienionych nazw.

„Możliwość realizacji projektów jądrowych przez Jednostki Samorządu Terytorialnego” to wystąpienie przygotowane przez **mgr. Artura J. Tyńskiego** (Uniwersytet Śląski w Katowicach). Prelegent przedstawił, związane z samorządem, prawne uwarunkowania rozwoju energetyki jądrowej w Polsce, w szczególności zwrócił uwagę na wyrażenie „społeczności energetycznej” oraz omówił instytucje klastrów energetycznych i spółdzielni energetycznych. Wskazał także na możliwości zaangażowania inwestycyjnego samorządu w budowę i obsługę elektrowni jądrowych.

Następnie głos zabrali **Karolina Szakoła** i **Jacek Borycki** (Uniwersytet Zielonogórski), którzy przybliżyli słuchaczom problematykę braku powstawania nowych miast na prawach powiatu. Autorzy omówili kryteria, których spełnienie umożliwia miastu ubieganie się o nadanie statusu „miasta na prawach powiatu”. Jednocześnie zaznaczyli, że w aktualnym stanie prawnym są one niezwykle trudne do spełniania.

Czwarty referat, pt. „Kierownik urzędu stanu cywilnego w gminach poniżej 50 tys. mieszkańców – analiza praktyczna instytucji”, wygłosił **Łukasz Sitkowski**

(Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Prelegent dokonał analizy obecnej regulacji ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego w zakresie wskazanym w tytule wystąpienia. Podkreślił miejsce kierownika urzędu stanu cywilnego w strukturze organów władzy publicznej, a także występujący historycznie problem dwoistej natury wskazanego podmiotu oraz podstawowe założenia ustrojowe i kompetencje kierownika urzędu stanu cywilnego.

Kolejnym prelegentem był **Maciej Barmosz** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który przedstawił referat pt. „Nowelizacja przepisów dotyczących funkcjonowania młodzieżowych rad jednostek samorządu terytorialnego na przykładzie ustawy o samorządzie gminnym”. Autor poruszył zagadnienia związane z podstawami prawnymi oraz zasadami funkcjonowania młodzieżowych rad gmin. Omówił również nowe formy aktywizacji samorządowej młodzieży, wprowadzone w wyniku przyjęcia ustawy nowelizującej z 20.04.2021 r.

Przedostatnie wystąpienie w piątym panelu zostało zatytułowane „Regulacja prawna referendum lokalnego w Polsce”. **Mikołaj Hetzig** (Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu) przedstawił słuchaczom konstytucyjne i ustawowe zasady przeprowadzania referendum lokalnego w Polsce. W szczególności nakreślił: możliwy przedmiot głosowania, problematykę ważności referendum, obowiązek jego przeprowadzenia w sytuacji spełnienia przez podmiot inicjujący wszystkich warunków formalnych oraz zagadnienie zgodności instytucji referendum w sprawie samoopodatkowania z Konstytucją RP.

Jako ostatni zabrał głos **Mikołaj Wolanin** (Uniwersytet Warszawski), który wygłosił referat zatytułowany „Podpisy pod zgłoszeniem obywatela do debaty nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego a konstytucyjna definicja samorządu terytorialnego”. Prelegent wskazał na tryb zgłaszania się osoby zainteresowanej do wzięcia udziału w debacie o stanie jednostki samorządowej. Podkreślił jednocześnie problem braku wymogu, by zgłoszenie zostało poparte wyłącznie przez mieszkańców danej jednostki, oraz kwestię weryfikacji prawidłowości podpisów. Zauważył, że omawiane zagadnienie nie stanowi problemu praktycznego, jednakże budzi wątpliwości konstytucyjne.

7. Podsumowanie

Następnie Prezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Karol Rogala oraz Menadżer ds. spotkań lokalnych Warszawskiego Seminarium Aksjologii Administracji mgr Kacper Stoś zakończyli konferencję. Złożyli podziękowania organizatorom konferencji, tj. Fundacji Warszawskie Seminarium Aksjologii Administracji i Kole Naukowemu Prawa Konstytucyjnego UKSW, oraz partnerom konferencji: Prezesowi Rządowego Centrum Legislacji dr. hab. Krzysztofowi Szczuckiemu, Przewodniczącej Zarządu Samorządu Doktorantów UKSW mgr lic. Marioli Pirek, a także Wydziałowi Prawa i Administracji UKSW, Samorządowi Studentów UKSW oraz Wydziałowej Radzie Studentów Wydziału Prawa i Administracji UKSW.

Konferencja stworzyła możliwość wymiany poglądów na temat polskiego samorządu terytorialnego. Stanowiła bezprecedensową i w pełni obiektywną debatę o samorządzie terytorialnym – szansach i zagrożeniach w jego funkcjonowaniu. Organizatorzy zapewnili o dalszej współpracy dotyczącej dyskursu o stanie samorządu terytorialnego w Polsce.