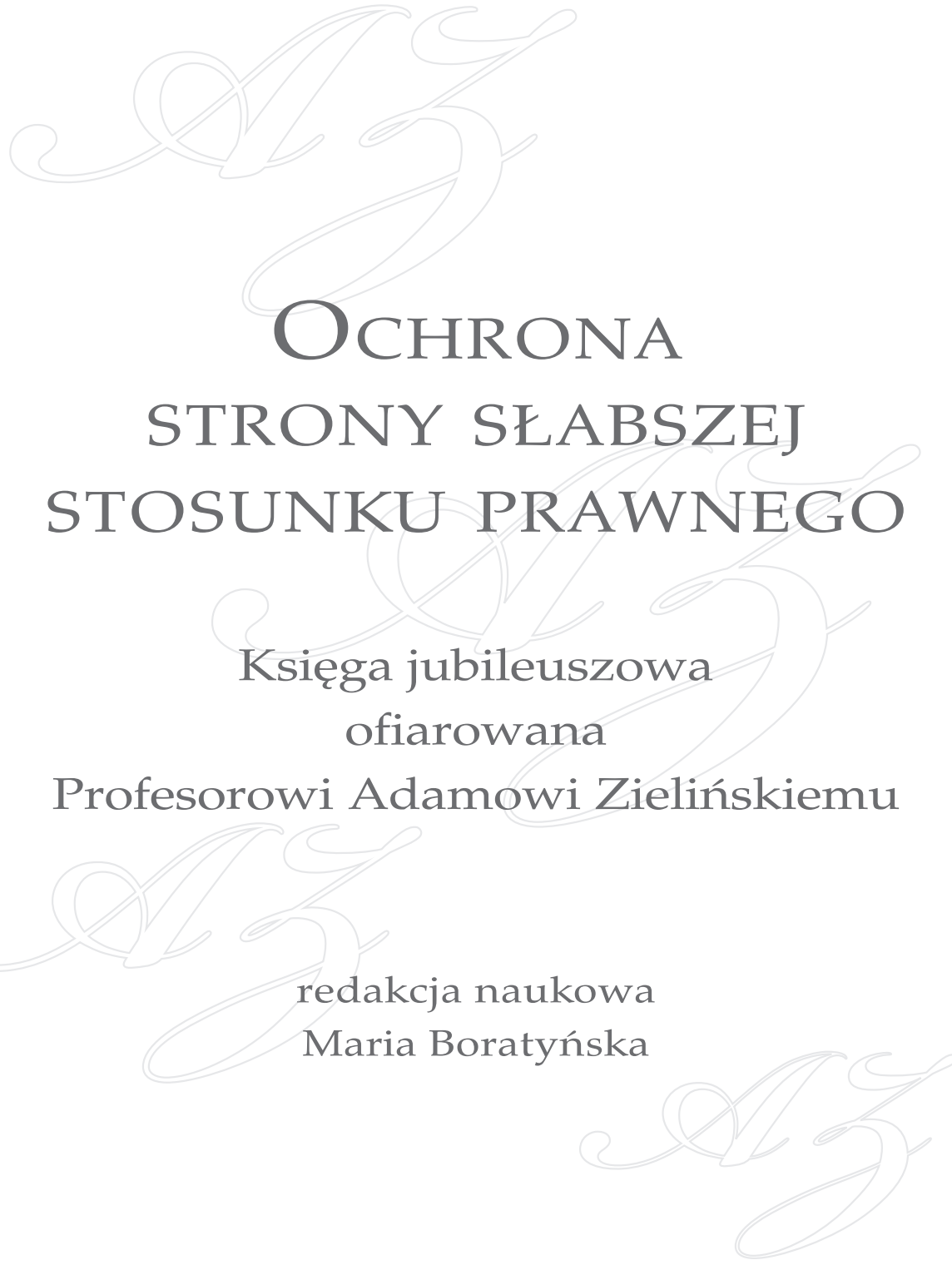


OCHRONA STRONY SŁABSZEJ STOSUNKU PRAWNEGO

Księga jubileuszowa
ofiarowana
Profesorowi Adamowi Zielińskiemu



OCHRONA STRONY SŁABSZEJ STOSUNKU PRAWNEGO

Księga jubileuszowa
ofiarowana

Profesorowi Adamowi Zielińskiemu

redakcja naukowa
Maria Boratyńska

Publikacja dofinansowana przez Naczelny Sąd Administracyjny oraz Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

Wydawca
Agata Jędrasik

Redaktor prowadzący
Ewa Fonkowicz

Opracowanie redakcyjne
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Projekt okładki i układ typograficzny
Marta Baranowska

Łamanie
„Littera” Maria Beata Wawrzyńczak-Jędryka

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-9353-9

Wydane przez:
Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl



Profesor Adam Zieliński

PRZEDMOWA

„– Jako rzecznik praw obywatelskich nauczyłem się jednej rzeczy: chronić słabszych.” – to zdanie wypowiedziane przez Profesora podczas Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie głęboko zapadło w pamięć niżej podpisanej i przypomniało o sobie przy planowaniu jubileuszu. Koncepcja książki pamiątkowej, jej temat przewodni, zostały nim właśnie zainspirowane. Dobre prawo powinno być właśnie takie, choć sposób określenia osób chronionych nie jest bezdyskusyjny.

Wszechstronny dorobek naukowy Jubilata oraz Jego bujna przeszłość w różnych organach zarówno stosowania, jak i tworzenia prawa, wśród których na pierwszym miejscu wymienia się słusznie funkcję Rzecznika Praw Obywatelskich, sprawiają, że na rzucone hasło odpowiadano zewsząd. Księga pamiątkowa złożona z powstałych opracowań nie jest przez to typową w swym rodzaju: „mieści w sobie najosobliwszą rozmaitość” (niczym Ukraina dla Seweryna Goszczyńskiego). Podejmowane tematy reprezentują najróżniejsze gałęzie prawa: karne, administracyjne i cywilne, materialne i procesowe, pracy i spółdzielcze. Ogromna popularność i powszechna sympatia, jaką cieszy się Czcigodny Jubilat, ogarnęły ciepłem i światłem całe przedsięwzięcie oraz (zupełnie niezасłużenie) nas, organizatorów, osobiście. Nigdy chyba nie słyszano jeszcze tylu głosów poparcia i entuzjazmu dla podjętej inicjatywy. Nie nasza w tym zasługa: to Profesor jest człowiekiem wyjątkowym, więc i dedykowana Mu księga musi taka być.

Zbiór rozpoczyna refleksja filozoficzna o czynniku ludzkim w tworzeniu i stosowaniu prawa (Sławomira Wronkowska, *Kilka uwag o odpowiedzialności za prawo*), z zaakcentowaniem szczególnego znaczenia kultury prawnej, która spełnia funkcję naprawczą wobec błędów ustawodawcy oraz zadań sądu konstytucyjnego we wspólnym staraniu o dobre prawo. Dalej Rzecznik Praw Obywatelskich niedawno ubiegłej kadencji wylicza administracyjnoprawne dysfunkcje, uchybienia oraz zaniechania odnoszące się do sytuacji osób niepełnosprawnych i postuluje sposoby ich usunięcia (Irena Lipowicz, *Prawo administracyjne – możliwości i potrzeby lepszej ochrony praw człowieka*). Następnie został przypomniany

historyczny przegląd konkretnych instytucji prawnych mających na celu ochronę osób uważanych podówczas za słabsze (Tomasz Giaro, *Pierwszy system prywatnoprawnej ochrony słabszego*). Kolejne opracowanie, autorstwa pierwszej Rzecznik Praw Obywatelskich, poświęcone jest przejawom nieefektywności w ochronie sądowej, której słabości i dysfunkcje działają jako bariera procesowa dla słabszego uczestnika obrotu (Ewa Łętowska, *Wirtualizacja sądowej ochrony słabszych*). To sprawność ochrony sądowej rzutuje na standard prawnej ochrony. Silniejszy przeciwnik, wklajając słabszego w oszukańczy biznes, liczy, że poszkodowany nie zdoła pokonać ryzyka procesowego ani innych wskazanych tutaj faktycznych przeszkód w dochodzeniu swych praw. W następnej kolejności Marek Safjan analizuje wartość tożsamości konstytucyjnej związanej z określonym systemem prawnym oraz jej wpływ na stosowanie standardu wynikającego z Karty Praw Podstawowych (M. Safjan, *Dylematy wyższego standardu ochrony praw podstawowych a tożsamość konstytucyjna*). Kamil Zaradkiewicz rozważa znaczenie norm konstytucyjnych, w szczególności art. 76 Konstytucji, dla ochrony wymienionych w nim podmiotów. W oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego formułuje wniosek, iż owa sfera ochronna stanowi podstawową wolność konstytucyjną, podstawowa zaś wolność słabszego do gospodarczego samookreślenia współkształtuje, a nie zacieśnia, granice wolności działalności gospodarczej (K. Zaradkiewicz, *Wolność „słabszego” do samookreślenia gospodarczego w świetle art. 76 Konstytucji RP*). Beata Janiszewska pisze o aksjologicznej ewolucji stosowania przez sądownictwo klauzuli zasad współżycia społecznego przy rozstrzyganiu o nadużyciu prawa (B. Janiszewska, *Tarcza – nie miecz. Refleksje o współczesnych uwarunkowaniach stosowania art. 5 kodeksu cywilnego*). Mateusz Grochowski przypomniał dawną paremię o ochronie oczekiwań, jakie mogło wywołać określone postępowanie, a któremu zaprzeczyły następnie późniejsze zachowania (M. Grochowski, *Venire contra factum proprium a zaufanie i „słabość sytuacyjna”*). Ujmowaną w ten sposób regułę ochrony uzasadnionego zaufania uważa za użyteczną dla organizowania wielu instytucji i rozumowań oraz jako wzorzec zarówno dla tworzenia, jak też dla stosowania prawa.

O konstrukcji prawnej jednostki organizacyjnej, różnorodnych sposobach rozumienia tego pojęcia oraz sensie zastosowania go w prawie prywatnym wypowiedział się Józef Frąckowiak (J. Frąckowiak, *Jednostka organizacyjna jako adresat norm prawa prywatnego*). Aleksander Chłopecki zakwestionował sens unormowań ustawowych co do cech charakteru u osób aspirujących do pewnych stanowisk na przykładzie m.in. „nieskazitelnego charakteru” wymaganego od adwokata (A. Chłopecki, *Charakter człowieka a przepisy prawa*). Katarzyna Grzybczyk zaś uznała za problematyczną pozycję słabszego, gdy konsument internetowy ma swój udział

w produkcji lub tworzeniu dóbr kultury, co w istocie czyni go *prosumentem* (K. Grzybczyk, *Nowy typ konsumenta w kulturze konwergencji*).

W części poświęconej prawu administracyjnemu Jan Paweł Tarno wskazuje na nadużywanie prawa do skargi kasacyjnej przez organy administracyjne (J.P. Tarno, *Nadużywanie prawa do skargi kasacyjnej przez organy administracji publicznej*). Przekonuje, że ani przymus adwokacko-radcowski, ani finansowa odpowiedzialność za wynik postępowania nie stanowią faktycznych barier przed zarzucaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego skargami oczywiście bezzasadnymi, niepotrzebnie wydłużającymi postępowanie. W związku z tym postuluje, dla wyrównania faktycznych szans, przedsądową wstępną kontrolę zasadności skarg, ale tylko dla tych wnoszonych przez organy administracyjne. Z kolei Zbigniew Kmiecik dokonuje przeglądu uprawnień strony w postępowaniu administracyjnym. Referując w szczególności szeroką formułę postępowania odwoławczego, dochodzi do nieoczekiwanego wniosku, że brak minimalnych wymagań co do treści odwołania oraz jego odformalizowanie działają w istocie na niekorzyść strony (Z. Kmiecik, *Skarżący w postępowaniu administracyjnym – słabsza strona stosunku prawnego?*). Charakter uprawnień strony i sposób ich wykorzystania stawiają pod tytułowym znakiem zapytania jej dotychczas niekwestionowaną słabszą pozycję. Remedium na to zjawisko Autor upatruje we wprowadzeniu merytorycznego charakteru kończących spór rozstrzygnięć administracyjnych.

Opracowania karnistyczne mają w dużej mierze charakter międzygałęziowy. Zbigniew Jędrzejewski poświęcił swoje zasadzie jedności porządku prawnego, tj. jednolitemu ujęciu bezprawności w całym systemie prawa (Z. Jędrzejewski, *Kilka uwag na temat relacji między prawem karnym a prawem cywilnym na płaszczyźnie bezprawności czynu*). Konsekwencje różnic między bezprawnością w prawie karnym i w prawie cywilnym zostały tu pokazane na przykładzie instytucji obrony koniecznej. Anna Zientara rozpatruje znamiona przestępstwa lichwy pod kątem różnic z wyzyskiem w prawie cywilnym oraz z oszustwem na gruncie prawa karnego (A. Zientara, *Prawnokarna ochrona przed wyzyskiem z art. 304 kodeksu karnego*). Postuluje, by regulacje te były stosowane szerzej w świetle coraz bardziej nagminnego wyzyskiwania niedołącznych obywateli, nachodzonych przez oszustów nawet we własnych domach, dobrze zatem, aby je silniej wyakcentować. Anna Walczak-Żochowska powraca do prawnorodzinnego problemu karcenia dzieci i zestawia cywilnoprawny zakaz stosowania kar fizycznych z pozaustawowym karnistycznym kontratypem karcenia (A. Walczak-Żochowska, *Czy nadal wolno bić dzieci?*). Na koniec Magdalena Błaszczuk wskazuje na penalno-cywilistyczny charakter odpowiedzialności posiłkowej osoby trzeciej za grzywnę wymierzoną sprawcy przestępstwa skarbowego, która jest odstępstwem

od zasady indywidualnej i osobistej odpowiedzialności sprawcy za czyn (M. Błaszczyk, *Ochrona interesów prawnych podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo*). Zwraca przy tym uwagę na brak przesłanki winy po stronie odpowiedzialnego posiłkowo, co w jej opinii stanowi istotny mankament regulacji.

Część cywilistyczną księgi zdominowały rozważania odszkodowawcze oraz odpowiedzialność przedsiębiorcy wobec konsumenta, nie zabrakło jednak też odniesień do nowych regulacji prawa rzeczowego i spadkowego. Dwoje Autorów omawia roszczenie o przeniesienie własności urządzeń przesyłowych, uznając przepis art. 49 kodeksu cywilnego za ochronny wobec strony słabszej, tj. tego, kto poniósł koszt budowy urządzeń – wszelako do pewnych granic (Zbigniew Kuniewicz, Katarzyna Malinowska-Woźniak, *Charakter roszczenia o przeniesienie własności urządzeń przesyłowych – uwagi na tle art. 49 kodeksu cywilnego*). Michał Warciński rozważa zagadnienie na styku prawa cywilnego i administracyjnego: przeszkodę, jaką dla ustanowienia służebności drogi koniecznej może stanowić istnienie na gruncie potencjalnie obciążonym zabudowy lub wydane już administracyjnoprawne pozwolenie na budowę; proponuje również sposób rozliczeń między stronami (M. Warciński, *Ustanowienie służebności drogi koniecznej na gruncie zabudowanym*). Maciej Kaliński odnosi się do nabierającej coraz większego rozgłosu kwestii repriwatyzacji gruntów warszawskich w ramach porządkowania uchybień spowodowanych tzw. dekretem Bieruta (M. Kaliński, *Meandry repriwatyzacji gruntów warszawskich*). Na styku prawa rzeczowego i prawa zobowiązań Krzysztof Pietrzykowski analizuje majątkowe relacje wewnątrzspółdzielcze. Spółdzielnia mieszkaniowa jest przedsiębiorcą, a jej członkowie są konsumentami w zakresie zawieranych ze spółdzielnią umów o budowę lokali, o ustanowienie spółdzielczych praw do lokali (prawa lokatorskiego i prawa odrębnej własności lokalu) i o przekształcenie prawa lokatorskiego albo własnościowego w prawo odrębnej własności lokalu [K. Pietrzykowski, *Stosunki majątkowe spółdzielni mieszkaniowej z jej członkami (zagadnienia wybrane)*]. Prawo spadkowe reprezentowane jest przede wszystkim przez omówienie ostatniej nowelizacji kodeksu cywilnego, redukującej odpowiedzialność za długi spadkowe na zasadach ogólnych do wartości stanu czynnego spadku (Maksymilian Pazdan, *Zmiany w ukształtowaniu zasad odpowiedzialności za długi spadkowe w prawie polskim*). Renata Świrgoń-Skok przypomina zaś historię odpowiedzialności za nadmierne zapisy (R. Świrgoń-Skok, *Ograniczenia odpowiedzialności spadkobiercy za nadmierne zapisy na tle historycznoprawnym*).

Trzy opracowania poświęcone zostały szczegółowym kwestiom odszkodowawczym: zadośćuczynieniu dla osoby najbliższej zmarłego (Konrad Osajda, *Zadośćuczynienia dla osoby najbliższej zmarłego – wątpliwości*

interpretacyjne już rozstrzygnięte i jeszcze do rozstrzygnięcia); interesom poszkodowanego niesłusznym skazaniem, tymczasowym aresztowaniem lub zatrzymaniem (Zbigniew Banaszczyk, *Model postępowania o odszkodowanie z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania w kodeksie postępowania karnego a ochrona interesów poszkodowanego*) oraz szkodzie wyrządzonej uczestnikowi eksperymentu medycznego (Leszek Bosek, *Podstawy i zasady odpowiedzialności cywilnej za szkodę wyrządzoną uczestnikowi eksperymentu medycznego – de lege lata i de lege ferenda*).

Na płaszczyźnie części ogólnej prawa umów Joanna Kornas dowodzi ważkiej tezy, iż zasada lojalności – jako element treści zobowiązania kontraktowego, pozwalający na zrealizowanie celu społeczno-gospodarczego umowy i w zgodzie z dobrymi obyczajami – jest nie tylko koncepcją, ale przede wszystkim faktem orzeczniczym [J. Kornas, *Zasada i obowiązki lojalności kontraktowej jako standard wykonania zobowiązania (art. 354 Kodeksu cywilnego) w orzecznictwie Sądu Najwyższego*]. Wojciech Kocot, przyjmując założenie wyjściowe, że konieczność udzielenia konsumentowi szczególnej ochrony w umowach zawieranych bez fizycznej obecności stron, w szczególności w obrocie elektronicznym, jest następstwem niedozwolonych praktyk handlowych wywołanych deficytem informacji, sformułował katalog przedkontraktowych obowiązków informacyjnych wobec konsumenta przy umowach zawieranych przez internet (W.J. Kocot, *Przedkontraktowe obowiązki informacyjne przedsiębiorcy w umowach zawieranych z konsumentem przez internet*). Wejście w życie ustawy o prawach konsumentów zainspirowało również Monikę Jagielską do przybliżenia środków ochrony słabszego w umowach zawieranych na odległość [M. Jagielska, *Środki ochrony słabszej strony umowy w umowach zawieranych na odległość (uwagi na tle ustawy z 30 maja 2014 r. o prawach konsumentów)*]. Ich przegląd prowadzi Autorkę do końcowego postulatu zastąpienia pojęcia „konsument” wyrażeniem „strona słabsza” – dla rozciągnięcia owej wzmożonej ochrony także na ubezpieczających, najemców, pracowników, twórców, „małych” akcjonariuszy, „małych” przedsiębiorców, których wspólną cechą jest pozostawanie w słabszej pozycji względem drugiej strony umowy. Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak podejmuje nieunikniony w kontekście ochrony słabszych temat rękojmi konsumentckiej (K. Kopaczyńska-Pieczniak, *„Rękojmia konsumentcka” według znowelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego*), dokonując szczegółowego porównania dawnych przepisów z nowymi. Dalej Katarzyna Górecka pisze o ochronie konsumenta usług bankowych (Katarzyna Górecka, *Ochrona konsumenta usług bankowych jako słabszej strony stosunku prawnego na przykładzie wybranych uprawnień*). Marcin Krajewski rozważa przykłady klauzul abuzywnych, których skutek działania może po jakimś czasie okazać się korzystny dla konsumenta. Konsekwentne przyjęcie założenia

o ich nieważności czy bezskuteczności prowadziłoby do wniosku, że konsument nie mógłby wywodzić z nich żadnych skutków prawnych. Z tych pozycji Autor broni rozwiązania odchodzącego od powszechnie przyjmowanych poglądów, a mianowicie przyjęcia sankcji bezskuteczności zawieszanej dla klauzul abuzywnych w stosunku do konsumenta (M. Krajewski, *Nowe spojrzenie na niektóre sankcje w prawie umów konsumenckich*). Dział klasycznej cywilistyki kończą prawnoporównacze uwagi Karoliny Pasko o ochronie dłużnika w razie wykonania prawa odstąpienia od umowy wzajemnej (K. Pasko, *Ochrona interesu dłużnika w kontekście prawa odstąpienia od umowy wzajemnej – uwagi prawnoporównawcze*) oraz postulowane przez Jacka Jastrzębskiego kwalifikowanie umowy jako gry lub zakładu nie według kryterium ryzyka generowanego dla kontrahentów, lecz realizowania bądź nierealizowania rzeczywistego celu gospodarczego, np. pokrycia określonych ryzyk związanych z działalnością gospodarczą (J. Jastrzębski, *Zarzut gry lub zakładu w prawie umów*). Dotyczyłoby to w szczególności wykazujących pewne podobieństwa do gry lub zakładu umów gwarancyjnych i uchylało ryzyko niezaskarżalności wynikających z nich roszczeń.

Nadużywanie pozycji dominującej przez hipermarketowych gigantów referują w oparciu o dorobek orzecznictwa Magdalena Bławat i Alicja Sieczych. Jako pole do rozważań posłużył im delikt nieuczciwej konkurencji polegający na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży [M. Bławat i A. Sieczych, *Opłaty półkowe, czyli jak judykatura chroni słabszego przedsiębiorcę (przegląd orzecznictwa)*]. Wątek przedsiębiorcy jako strony słabszej wobec innego przedsiębiorcy podjęła także Ewa Rott-Pietrzyk (E. Rott-Pietrzyk, *Ochrona przedsiębiorcy jako strony słabszej na przykładzie agenta handlowego*). Pozycję słabszych w prawie handlowym rozważa również Jarosław Turłukowski [J. Turłukowski *Ochrona praw akcjonariuszy mniejszościowych a prawa większościowych akcjonariuszy w prawie rosyjskim na tle prawa polskiego – wybrane zagadnienia (w świetle reformy kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej)*].

W rozważaniach nad treścią prawa autorskiego Jan Błęszyński wskazuje, iż poszczególne uprawnienia nie stanowią w stosunku do siebie zakresów całkowicie odrębnych: często eksponują różne aspekty tych samych interesów. Prawa osobiste i majątkowe przenikają się nawzajem, a obok nich daje się także wyobrzeźnić prawa o charakterze mieszanym (J. Błęszyński, *Koncepcja treści polskiego prawa autorskiego*). Wojciech Machała kwestionuje ze swej strony skuteczność ochrony twórcy jako strony słabszej w prawie autorskim (W. Machała, *Ograniczenia swobody umów z art. 41 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Realna ochrona twórcy czy jej iluzja?*). Dowodzi, że zbyt rygorystyczne unormowania próbuje się łagodzić w drodze wykładni, co pociąga za sobą

niepewność sytuacji prawnej zarówno twórcy, jak i jego kontrahenta, a niektóre normy okazują się nawet przeciwnie skuteczne w zabezpieczeniu interesu twórcy.

W dziale poświęconym procedurze cywilnej Karol Weitz analizuje pod kątem ochrony słabszej strony postępowania rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (K. Weitz, *Nowe rozwiązania dotyczące ochrony słabszej strony stosunku prawnego w rozporządzeniu Bruksela Ia*). Aleksandra Klich zwraca uwagę na szansę, jaką niesie za sobą proces informatyzacji wymiaru sprawiedliwości w zakresie poszerzania granic prawa do sądu (A. Klich, *Prawo dostępu do sądu – rozważania na tle informatyzacji postępowania cywilnego*). Podkreśla przy tym, iż proces ów nie stanowi ograniczenia, ale otwiera szerokie możliwości i wyznacza nowe standardy w prawie dostępu do sądu. Joanna Studzińska przekonuje następnie o konieczności udziału w postępowaniu cywilnym profesjonalnego pełnomocnika jako o instrumencie ochrony strony słabszej (J. Studzińska, *Prawo czy konieczność posiadania pełnomocnika profesjonalnego dla ochrony strony słabszej w postępowaniu cywilnym. Kilka uwag praktycznych*). Tadeusz Zembrzusi analizuje przepisy służące realizacji tzw. kierownictwa sędziowskiego oraz prawa do informacji i pouczeń co do czynności procesowych, które z założenia mają gwarantować równouprawnienie stron, rozumiane jako powinność jednakowego traktowania (T. Zembrzusi, *Pouczanie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia*). Uwagi swe kończy refleksją, iż w społeczeństwie obywatelskim powinien być zachowany balans między modelem sądu pozbawionego cech nadopiekuńczości a prawem strony procesu do uzyskania od sądu niezbędnych informacji. Andrzej Harla rozpatruje z punktu widzenia ochrony strony słabszej różne modele protokolowania cywilnych posiedzeń sądowych (A.G. Harla, *Normatywne modele protokolowania cywilnych posiedzeń sądowych – uwagi de lege lata i de lege ferenda*), krytykując wprowadzenie protokołu hybrydowego z nazbyt dominującą pozycją jego części elektronicznej i niesłusznym wyeliminowaniem zasady odczytywania złożonych zeznań w celu ich ewentualnego sprostowania lub uzupełnienia. Agnieszka Laskowska-Hulisz roztrząsa kognicję sądu spadku w sprawie wydania wykonawcy testamentu stosownego zaświadczenia (A. Laskowska-Hulisz, *Zakres kognicji sądu spadku w postępowaniu o wydanie zaświadczenia wykonawcy testamentu*) m.in. z punktu widzenia udziału i ochrony interesów spadkobierców.

Następne cztery opracowania procesowe odnoszą się do strony słabszej określonej kategorialnie. Kinga Flaga-Gieruszyńska podejmuje odwieczny temat dobra dziecka w postępowaniu w sprawach małżeńskich

(K. Flaga-Gieruszyńska, *Ochrona dobra dziecka w postępowaniu odrębnym w sprawach małżeńskich*). Ostatecznie dochodzi do wniosku, że decydujące znaczenie praktyczne (jak zwykle w sprawach rodzinnych) ma ludzki czynnik sędziowski: postawa sędziów w kluczowych kwestiach, zwłaszcza prawa dziecka do wysłuchania. Józef Jagieła zajął się prawami procesowymi osób ubezwłasnowolnionych, w szczególności zakresem możliwości samodzielnego dokonywania czynności procesowych [J. Jagieła, *Ochrona praw osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie i ubezwłasnowolnionej w sprawach o ubezwłasnowolnienie i o uchylenie albo zmianę ubezwłasnowolnienia (zagadnienia wybrane)*]. Andrzej Wach wskazał jako stronę słabszą zawodnika sportowego, zwłaszcza niebędącego zawodowcem (A. Wach, *Ochrona „słabszej strony” w postępowaniu w sprawach sportowych*) i sformułował wniosek, iż skuteczność ochrony słabszej strony w postępowaniu w sprawach sportowych zależy przede wszystkim od kształtu sportowego sądownictwa polubownego oraz sposobu ochrony w jego ramach praw zawodnika czy innego podmiotu ruchu sportowego. Mocnym akcentem tej części tomu jest omówienie przez Kazimierza Lubińskiego środków służących uwolnieniu się spod egzekucji sądowej skierowanej przez pomyłkę, z uwzględnieniem gwarancji procesowych zapobiegania takim wypadkom – w tym najnowszych zmian kodeksu postępowania cywilnego – jak również usuwania skutków takich naruszeń (K. Lubiński, *Środki prawne dla osoby posiadającej z dłużnikiem takie same cechy identyfikacyjne, przeciwko której omyłkowo skierowano egzekucję sądową*).

Do klasyki gatunku w prawie pracy należy ochrona pracownika (Ludwik Florek, *Ochrona pracowników jako słabszej strony stosunku pracy*), tutaj ujęta przekrojowo. Joanna May zmierza zaś do wyjaśnienia szczegółowej kwestii: czy z punktu widzenia interesów pracownika, któremu została narzucona umowa prorogacyjna o właściwość miejscową sądu, zawarcie takiej umowy nie stanowi utrudnienia dla przyszłego dochodzenia roszczeń, a tym samym – ograniczenia dostępu do sądu (J. May, *Umowy prorogacyjne w sprawach z zakresu prawa pracy*).

Tom kończy tekst z pogranicza prawa medycznego i bioetyki, który stanowi porównanie wybranych rozwiązań prawnych nadających lekarzom w stosunkach z pacjentem swego rodzaju prymat decyzyjny, z odpowiednimi normami etyki lekarskiej (Maria Boratyńska, *Działanie przywilejów lekarskich na niekorzyść pacjenta: gdy etyka zawodowa rozmija się z prawem*).

Maria Boratyńska

ŻYCIORYS JUBILATA

Profesor Adam Zieliński urodził się dnia 28 czerwca 1931 r. w Pruszkowie.

Maturę uzyskał w 1950 r. w Liceum Ogólnokształcącym im. T. Zana w Pruszkowie. Studia prawnicze pierwszego stopnia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego ukończył w 1953 r., a drugiego stopnia – w 1959 r.

W 1968 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego obronił pracę doktorską pt. *Ochrona roszczeń pracowników w postępowaniu*.

W 1975 r. na podstawie pracy pt. *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich* uzyskał stopień doktora habilitowanego.

Tytuł naukowy profesora uzyskał w 1975 r.

Po ukończeniu studiów podjął pracę w sądownictwie, zajmując kolejno stanowisko asesora, sędziego sądu powiatowego oraz sędziego sądu wojewódzkiego i orzekając w sprawach cywilnych.

Od 1 stycznia 1961 r. został oddelegowany do pracy w Ministerstwie Sprawiedliwości, gdzie pełnił kolejno obowiązki starszego radcy, naczelnika i wicedyrektora, specjalizując się w problematyce cywilistycznej. W 1966 r. został Dyrektorem Departamentu Spraw Nieletnich, a w 1970 r. dyrektorem Departamentu Prawnego.

W latach 1982–1992 był sędzią i Prezesem Naczelnego Sądu Administracyjnego.

W latach 1994–1995 pełnił funkcję sekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości.

Następnie w latach 1996–2000 był Rzecznikiem Praw Obywatelskich, a w 1999 r. został wiceprezydentem European Ombudsman Institute.

Jest członkiem Komitetu Nauk Prawnych PAN oraz Rady Naukowej Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Wcześniej był członkiem zespołów redakcyjnych miesięcznika „Państwo i Prawo” oraz „The International Ombudsmen Yearbook”.

Pracę na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego Adam Zieliński rozpoczął 15 lutego 1977 r. na stanowisku docenta

kontraktowego. Od 1 października 1989 r. do dnia dzisiejszego jest zatrudniony na stanowisku profesora. Wypromował dwóch doktorów, a w stosunku do wielu młodszych kolegów spełniał znaczącą rolę *invisible tutor*. Jego uwagi były zawsze celne i wysoce inspirujące.

Profesor Adam Zieliński ma ogromny dorobek naukowy. Jest uznawany za wybitnego przedstawiciela nauki prawa. Jego istotną pozycję w naszej literaturze prawniczej dokumentuje wykaz ponad 150 publikacji zamieszczony w niniejszym tomie. Znaczenie tego dorobku wyraża się w jego istotnej wartości, której miarą jest znaczny wkład w rozwój nauki prawa i ustawodawstwa.

Dominującą cechą twórczości naukowej profesora Adama Zielińskiego jest charakter prezentowanych tez naukowych przyczyniających się do rozwoju prawa i doskonalenia praktyki sądowej.

Szeroka jest problematyka badawcza Profesora: obok prac poświęconych teorii i zagadnieniom ogólnym prawa cywilnego znajdują się opracowania z zakresu różnych dziedzin prawa cywilnego i rodzinnego, postępowania cywilnego oraz postępowania administracyjnego.

Głęboka wiedza, znajomość praktyki sądowej sprawiają, że opracowania w każdej z tych dziedzin prezentują wysoki poziom i rzetelność merytoryczną.

Profesor włącza się także w nurt ważnych spraw życia publicznego. Świadczą o tym m.in. liczne wypowiedzi prasowe, wymienione również w wykazie publikacji.

Jest Profesorem znakomitym mówcą. Zarówno wykłady akademickie, jak i wystąpienia podczas konferencji i innych spotkań oraz wydarzeń publicznych wyróżniają się precyzją argumentacji oraz najwyższej klasy formą.

Profesor Adam Zieliński w uznaniu swych zasług został dwukrotnie odznaczony Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski (w latach 1978 i 1984). Otrzymał także Krzyż Kawalerski Orderu Odrodzenia Polski (1970) oraz Złoty Krzyż Zasługi (1964).

Niniejsza księga, dar przyjaciół i kolegów, jest wyrazem szacunku i uznania dla osoby i dzieła Profesora.

Opracował: Jerzy Rajski

BIBLIOGRAFIA PRAC PROFESORA ADAMA ZIELIŃSKIEGO

Prawo administracyjne materialne i formalne

- J. Borkowski, J. Jendrońska, R. Orzechowski, A. Zieliński, *Kodeks postępowania administracyjnego*, red. J. Borkowski (komentarz do art. 190–216 k.p.a. i do przepisów ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego), wyd. I, Warszawa 1985; wyd. II, Warszawa 1989; aneks do wyd. II, Warszawa 1991
- Postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, PiP 1980, z. 4, s. 33
- Reforma postępowania administracyjnego*, NP 1980, nr 5, s. 9
- Problematyka sądowej kontroli decyzji administracyjnych*, Seminarium kodeksu postępowania administracyjnego 1981, nr 4, s. 3
- U źródeł koncepcji ustrojowej Naczelnego Sądu Administracyjnego*, PiP 1983, z. 6, s. 5
- Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, PiP 1984, z. 3, s. 26
- Zakres przedmiotowy kompetencji Naczelnego Sądu Administracyjnego*, NP 1984, nr 4, s. 3
- Charakter postępowania przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, ZNIBPS 1984, nr 21–22, s. 11
- Udział Naczelnego Sądu Administracyjnego w umacnianiu praworządności w stosunkach rolnych PRL*, Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prace z zakresu administracji i zarządzania 1985, nr 8–9, s. 187
- Pięć lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego*, NP 1985, nr 9, s. 3
- Les tendances actuelles d'évolution de la juridiction administrative en Pologne*, Journées de la Société de Legislation Comparée, Paris 1986, s. 73
- Rola przepisów kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, ZNIBPS 1987, nr 25, s. 206
- Współdziałanie Naczelnego Sądu Administracyjnego z Trybunałem Konstytucyjnym*, PiP 1989, z. 5, s. 17

- Pojęcie strony w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym (w:) *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci prof. J. Jodłowskiego*, Ossolineum 1989, s. 543
- Z perspektywy dziesięciolecia Naczelnego Sądu Administracyjnego, PiP 1990, z. 9, s. 3
- Die verwaltungsgerichtliche Ermessenprüfung in Polen: Mythos oder Wirklichkeit* (w:) *Verwaltungsgerichtsbarkeit – Umweltschutz – Kommunale Selbstverwaltung*, red. M. Siedentopf, Speyer 1991, s. 39
- Postępowanie przed NSA w świetle „prawa do sprawiedliwego procesu sądowego”, PiP 1992, z. 7, s. 15
- Les statut de juges administratifs* (w:) *Académie internationale de droit comparé. Rapports généraux XIIIe Congrès international Montreal 1990*, Cowansville 1992, s. 775

Prawo cywilne – zagadnienia ogólne, prawa rzeczowe

- Ochrona praw podmiotowych (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, wyd. I, Warszawa 2002; wyd. II, Warszawa 2008
- Funkcje prawa cywilnego, ZNIBPS 1979, nr 12, s. 3
- Civil law* (w:) *General Principles of Law of the Polish People's Republic*, red. L. Kurowski, Warszawa 1984, s. 161–185
- Zagadnienia prawa własności w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, KPP 1993, z. 4, s. 411
- Zbycie nieruchomości budowlanej a skarga z art. 101 ustawy o samorządzie terytorialnym, PiP 1994, z. 2, s. 12
- Podmiotowość prawna (w:) *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004, s. 421
- Aktualne problemy wykładni prawa cywilnego (w:) *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, s. 313
- Ochrona przed szkodami wyrządzonymi przez organy władzy publicznej wadliwą wykładnią prawa cywilnego (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1545
- Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym (w:) *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, Warszawa 2006, s. 99
- Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przewlekłością postępowania sądowego (w:) *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 51
- Prawo cywilne i metoda cywilistyczna w systemie prawa (w:) *Dziedziny prawa, dyscypliny i metody prawnicze*, red. T. Giaro, Warszawa 2013, s. 65

Prawo karne procesowe

- O projekcie ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu demoralizacji i przestępczości nieletnich*, NP 1969, nr 5, s. 679
[wspólnie z K. Grześkowiakiem] *Sądownictwo dla nieletnich (w:) XXV lat Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 1969, s. 89
Postępowanie z nieletnimi po dniu 1 I 1970 r., NP 1970, nr 3, s. 319
Środki poprawcze de lege ferenda, NP 1970, nr 5, s. 643
Zapobieganie i zwalczanie pasożytnictwa społecznego, NP 1971, nr 5, s. 651

Prawo konstytucyjne i publiczne, ochrona praw obywatelskich

- Reforma struktury organizacyjnej sądownictwa*, NP 1975, nr 9, s. 1127
[wspólnie z W. Berutowiczem i W. Michalskim] *Rola prawników w procesie prawotwórczym (w:) Prawotwórstwo socjalistyczne*, red. A. Łopatka, A. Bałaban, Warszawa 1979, s. 429
L'influence de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en Pologne (w:) Les Droits de l'Homme: Universalité et Renouveau 1789–1989, red. G. Braibant, G. Marcou, Paris 1990, s. 160
[wspólnie z A. Murzynowskim] *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, PiP 1992, z. 9, s. 3
Sprzeczność aktu normatywnego niższego rzędu z ustawą w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, PS 1993, nr 11–12, s. 46
The structure of organs of administration of justice in Poland, Polish Contemporary Law 1995, nr 1–4, s. 59
La stabilité du droit – Élément essentiel de l'Etat de droit (w:) L'Etat de droit et la sécurité juridique, Paryż–Warszawa 1996, s. 83
Pewność prawa (w:) Jakość prawa, Warszawa 1996, s. 43
Środki ochrony wolności i praw według nowej Konstytucji, PiP 1997, z. 11–12, s. 19
Rzecznik Praw Obywatelskich – przeszłość, teraźniejszość, przyszłość (w:) Obywatel – jego wolności i prawa, Warszawa 1998, s. 7
Wystąpienie RPO przed Sejmem RP na posiedzeniu 28 VIII 1998, PiP 1998, z. 11, s. 3
Rzecznik Praw Obywatelskich a sądy (w:) Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo, Warszawa 1999, s. 131
Instytucja sądu w państwie prawnym – model konstytucyjny (w:) Rozważania o prawie karnym, Poznań 1999, s. 333
Nietolerancja i ksenofobia z perspektywy urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich (w:) Nietolerancja – Rasizm – Ksenofobia, Ośrodek Informacji Rady

- Europy. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego. Biuletyn 1999, nr 1, s. 53
- Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich prof. Adama Zielińskiego przed Sejmem RP, PiP 1999, z. 10, s. 3
- L'application des standards européens de protection des droits de l'Homme – expériences polonaises* (w:) *Contrôle de l'administration en France et en Pologne*, Warszawa 1999, s. 153
- Stosowanie technik operacyjno-dochodzeniowych a prawa człowieka (w:) *Przeciwdziałanie korupcji i zorganizowanej przestępczości*, Ośrodek Informacji Rady Europy. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego. Biuletyn 1999, nr 3–4, s. 110
- Realizacja konstytucyjnej zasady równości kobiet i mężczyzn – Rola Rzecznika Praw Obywatelskich (w:) *Równość kobiet i mężczyzn w europejskich systemach emerytalnych*, Ośrodek Informacji Rady Europy. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego. Biuletyn 2000, nr 2, s. 117
- Prawa człowieka – ideał i rzeczywistość, Pal. 2000, nr 11–12
- Rzecznik Praw Obywatelskich (w:) *Dziesięciolecie Polski Niepodległej 1989–1999*, Warszawa 2001, s. 159
- Představitel po Právm Graždan Respubliki Polša (w:) *Ombudsman w Uzbekistanie*, Taszkient 2001, s. 179
- Sądowe i pozasądowe środki ochrony praw obywatelskich (w:) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, R. Preisner, Warszawa 2002, s. 711
- Rola Rzecznika Praw Obywatelskich w realizacji przepisów konstytucji (w:) *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – Prawo – Praktyka. Księga Pamiątkowa prof. Wojciecha Sokolewicza*, Warszawa 2002, s. 117
- Koncepcje urzędu ombudsmana w Polsce i w Argentynie (w:) *Europa Wschodnia – Ameryka Łacińska. Pozycja jednostki i system rządu*, Wrocław 2002, s. 411
- Międzynarodowi ombudsmeni na Bałkanach (w:) *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga Pamiątkowa prof. Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002, s. 69
- [wspólnie z M.T. Zubikiem] *Przyszłość polskiego wymiaru sprawiedliwości* (w:) *Przyszłość polskiego wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2002, s. 13
- Wpływ Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka na przemiany prawno-ustrojowe w Polsce (w:) *Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka. Standard prawa i jego realizacja a przyszłe wyzwania*, Poznań 2002, s. 15
- Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych (w:) *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne*, Warszawa 2003, s. 47–57
- Prawo do sądu a struktura sądownictwa, PiP 2003, z. 4, s. 20

- Changes in Court Decision-Making in Poland after 1989* (w:) *System of Justice in Transition. Central European Experiences since 1989*, Hampshire 2003, s. 109
- Ratifikacja Międzynarodowego Pakta o Gwarantach i Politycznych Prawach i Pierwotnego Fakultatywnego Protokołu. Polskiej opinii* (w:) *UN International Covenants: system, methodology and practice of human rights protection in the Republic of Kazakhstan*, Astana 2003, s. 1
- Sędzia a standardy ochrony praw człowieka* (w:) *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 519
- Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, PiP 2005, z. 11, s. 3
- Wkład Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowanie zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy* (w:) *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 461
- Prawo do sądu i organizacja władzy sądowniczej* (w:) *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 483
- Wpływ praw człowieka na kodeks cywilny* (w:) *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego*, red. R. Sawczuk, Kraków 2006, s. 35
- Rzecznik Praw Obywatelskich – refleksje na temat III kadencji. Księga jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich. Księga XX-lecia Rzecznika Praw Obywatelskich w Polsce*, t. IX, red. M.T. Zubik, Warszawa 2008, s. 53
- Instytucja Rzecznika Praw Dziecka w świetle Konstytucji* (w:) *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008, s. 617
- Wokół reformy polskiego sądownictwa*, PiP 2009, z. 2, s. 3
- Efektywność sądowej ochrony wolności i praw jednostki w Polsce* (w:) *Księga Jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 1389
- Uczestnictwo Rzecznika Praw Obywatelskich w postępowaniu cywilnym* (w:) *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 811
- Budzące wątpliwości przepisy Konstytucji o ochronie sądowej i ich interpretacja* (w:) *Proces cywilny. Nauka–Kodyfikacja–Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 57
- Rzecznikowski sposób patrzenia na prawo* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 455
- Zakaz zamykania drogi sądowej (art. 77 ust. 2 Konstytucji) a postępowanie cywilne*, PPC 2012, nr 3, s. 377

Skarga indywidualna do międzynarodowego organu konwencyjnego na naruszenie praw człowieka (w:) Oblicza prawa cywilnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Błeszyńskiemu, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2013, s. 662

Prawo postępowania cywilnego

Zmiana przepisów postępowania w sprawach cywilnych, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1962, nr 4, s. 39

Nakładanie grzywien przez komorników sądowych, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1962, nr 9–10, s. 38

Zestawienie ważniejszych zmian wprowadzonych przez nowy KPC, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1965, nr 1, s. 1

Sądowa egzekucja świadczeń pieniężnych od rolników, NP 1966, nr 11, s. 1390

Ochrona roszczeń pracowników w sądowym postępowaniu cywilnym, Warszawa 1969

Stosowanie przepisów KPC przed sądami pracy i ubezpieczeń społecznych, NP 1976, nr 6, s. 870

Uprzywilejowanie niektórych rodzajów roszczeń w postępowaniu cywilnym (w:) Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Z. Resicha, Warszawa 1985, s. 307

T. Ereciński, M. Jędrzejewska, J. Jodłowski, J. Krajewski, Z. Krzemiński, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, E. Wengerek, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, red. J. Jodłowski, K. Piasecki, Warszawa 1989 r. (t. II: komentarz do art. 459–477; t. III: komentarz do art. 561–565 i 568–605)

Projekt konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, Radca Prawny 1994, nr 2, s. 3

Kształtowanie się prawa do rzetelnego procesu sądowego w sprawach cywilnych w polskim systemie prawnym (w:) Pro bono Reipublicae. Księga Jubileuszowa Profesora Michała Pietrzaka, Warszawa 2009, s. 151

Prawo pracy

J. Rusek, A. Zieliński, *Ustawa o okręgowych sądach pracy i ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, Warszawa 1977 [komentarz do art. 32–98]

Egzekucja sądowa z uposażenia osób wojskowych, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1960, nr 7, s. 29

Postępowanie sądowe w sprawach o roszczenia pracowników w świetle zasady rozporządzalności, Pal. 1967, nr 5, s. 39

Prawo rodzinne

- O nowym kodeksie rodzinnym i opiekuńczym*, Warszawa 1965
Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich, Warszawa 1975
Postępowanie w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi (w:) *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. II, red. Z. Resich, Ossolineum 1987
Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1964, nr 2, s. 1
Niektóre zagadnienia związane ze stosowaniem nowego KRO, Biuletyn Sądownictwa dla Nieletnich 1965, nr IV–VI, s. 9
Wybrane zagadnienia z zakresu KRO, Biuletyn Generalnej Prokuratury 1966, nr 7–8, s. 12
O sądzie opiekuńczym, NP 1968, nr 7–8, s. 1108
Z rozważań nad prawnymi kryteriami określenia młodzieży, NP 1973, nr 3, s. 307
Les tribunaux de la famille en Pologne, Journées de la Société de Legislation Comparée 1979, s. 375
Opieka nad małoletnim po noweli do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, NP 1979, nr 11, s. 3
Nowa konwencja haska w sprawie przysposobienia międzynarodowego, PiP 1993, z. 9, s. 3
Przysposobienie międzynarodowe (w:) *Księga pamiątkowa prof. T. Dybowskiego*, *Studia Iuridica* 1993, nr XXI, s. 225

Miscellanea

- [wspólnie z Z. Knyplem] *La crisi dell'impresa: ricerca per una tutela degli interessi della collettività*, Perugia 1971
Międzynarodowy obrót prawny w sprawach cywilnych i karnych, NP 1979, nr 12, s. 18
Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego, PiP 1982, z. 11, s. 61
Obrót prawny z zagranicą w sprawach cywilnych i karnych. Umowy międzynarodowe PRL, Warszawa 1983 [zbiór przepisów z omówieniem]
Grenzüberschreitender Umweltschutz (w:) *Dokumentation zum 9. Deutschen Verwaltungsrichtertag* 1989, Stuttgart–München–Hannover 1989, s. 270
100-lecie Konferencji Haskiej Międzynarodowego Prawa Prywatnego, PS 1994, nr 1, s. 60
Wielkość prawa budujemy wszyscy. Felietony i wywiady 1996–2000, Warszawa 2000

- Polskie środowisko prawnicze u progu XXI wieku (w:) XX Lat Samorządu Radców Prawnych 1982–2001. Księga pamiątkowa*, red. J. Żuławski, Warszawa 2002, s. 79
- Procesy standaryzacji prawa – konieczność czy wyzwanie? (w:) Prawo a polityka*, red. M.T. Zubik, Warszawa 2007, s. 117
- Prawo a globalizacja (w:) Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 901

Glosy

- Glosa do orzeczenia SW dla m.st., Warszawy z 16 IX 1965 r. II CZ 107/65*, PiP 1966, z. 11, s. 1390
- Glosa do postanowienia NSA z 27 I 1983 r. SAO/Kr 392/82*, OSPiKA 1984, z. 2, poz. 23
- Glosa do wyroku SN z 28 XI 1990 r. III ARN 28/90*, PS 1992, nr 3, s. 85
- Glosa do uchwały SN z 26 VI 1991 r. I PZP 9/91*, PiP 1992, z. 6, s. 112
- Glosa do uchwały SN z 16 II 1993 r. III CZP 68/92*, OSP 1994, z. 2, s. 70
- Glosa do wyroku SN z dnia 26 września 2000 r. III CKN 1089/00*, OSP 2001, z. 4, poz. 65
- Glosa do wyroku TK z dnia 15 grudnia 1999 r. P. 6/99*, PS 2001, nr 2(43), s. 78
- Glosa do wyroku NSA z dnia 29 czerwca 2001 r. I S.A. 220/00 i I SA 221/00*. OSA 2002, z. 1, poz. 12
- Glosa do postanowienia NSA z dnia 14 grudnia 2001 r. V S.A. 1991/01*, PiP 2002, z. 3, s. 111
- Glosa do wyroku NSA z 14.XII.2001 r. II S.A./Lu 71/00*, OSP 2002, z. 4, poz. 51
- Glosa do postanowienia SN z dnia 18 stycznia 2002 r. III RN 199/00*, PiP 2002, z. 6, s. 99
- Glosa do wyroku NSA z dnia 26 października 2001 r. II S.A./Kr 786/01*, OSP 2002, z. 9, poz. 119
- Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2002 r. SK 39/01*, PiP 2003, z. 5, s. 125
- Glosa do wyroku NSA z dnia 12 grudnia 2005 r. II OPS 4/05*, PiP 2006, z. 8, s. 122

Recenzje, polemiki, sprawozdania

- Konferencja ministrów sprawiedliwości krajów socjalistycznych*, NP 1972, nr 12, s. 1763
- Recenzja pracy H. Rota: Problemy kodyfikacyjne prawa PRL*, PiP 1979, z. 3, s. 141

- Recenzja pracy: J.-F. Lachaume, *Les Grandes Décisions de la Jurisprudence. Droit Administratif*, NP 1984, nr 5, s. 121
- O „rażącym” naruszeniu prawa w rozumieniu art. 156 KPA (polemika), PiP 1986, z. 2, s. 104
- [wspólnie z W. Czachórskim] XIII Międzynarodowy Kongres Prawa Porównawczego (Montreal, 19–24 VIII 1990), PiP 1991, z. 1, s. 99
- Recenzja pracy: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, PiP 1993, z. 2, s. 94
- Recenzja pracy A. Michalskiej: *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje–funkcjonowanie–orzecznictwo*, PiP 1995, z. 7, s. 80
- W sprawie polemiki prof. Tadeusza Zielińskiego na temat państwa prawnego, PiP 1996, z. 11, s. 81
- Recenzja pracy J. Broła: *Depozyty sądowe. Praktyka sądowa. Wnioski de lege ferenda*, PiP 2004, z. 4, s. 106

*Niektóre inne publikacje (krótsze wypowiedzi,
felietony, wywiady)*

- Projekt kodeksu rodzinnego w ČSRS, *Prawo i Życie* z 4 VIII 1963 r.
- Przepisy wykonawcze do kodeksu cywilnego, *Prawo i Życie* z 6 VI 1965 r.
- Sądownictwo dla nieletnich, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* z 15 III 1968 r.
- Odpowiedzialność nieletnich i młodocianych, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* z 15 VIII 1968 r.
- Pierworodny, *Kobieta i Życie* z 2 III 1969 r.
- Zakład zamknięty – środek ostateczny, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* z 15 IV 1969 r.
- Sądownictwo dla nieletnich w Polsce Ludowej, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* z 15 VII 1969 r.
- Wszystko o Funduszu Alimentacyjnym, *Trybuna Ludu* z 29 VI 1974 r.
- Pakty praw człowieka, *Gazeta Prawnicza* z 16 IV 1977 r.
- La creation de bon droit*, *La Pologne Contemporaine* 1977, nr 17
- Na początek: rejestr, *Prawo i Życie* z 25 IX 1977 r.
- W interesie obywatela i społeczeństwa, *Trybuna Ludu* z 9 XI 1979 r.
- Na forum Komitetu Praw Człowieka, *Gazeta Prawnicza* z 16 XII 1979 r.
- Polska – Związek Radziecki. Wzajemna pomoc prawna, *Przyjaźń* z 13 VI 1980 r.
- Realizacja porozumień gdańskich. Nad ustawą o cenzurze, *Trybuna Ludu* z 19 XI 1980 r.
- Gwarancje dla wszystkich, *Gazeta Robotnicza* z 11 XI 1981 r.
- Bez wielkich hałasów, *Życie Warszawy* z 6 IX 1982 r.
- Kontrola legalności decyzji, *Życie Warszawy* z 3 III 1983 r.
- Sąd społecznej potrzeby, *Gazeta Prawnicza* z 16 IV 1983 r.

- Szkola prawa*, Prawo i Życie z 25 VI 1983 r.
NSA na straży praworządności, Kurier Polski z 2–4 IX 1983 r.
Treść czy forma?, Perspektywy z 14 X 1983 r.
Racjonalnie do prawa, Prawo i Życie z 7 I 1984 r.
Dodatkowe gwarancje, Fundamenty z 23 II 1984 r.
Nie jesteśmy dekoracją, Odrodzenie z 6 III 1984 r.
Przeprowadzić wybory zgodnie z prawem, Rzeczpospolita z 29 III 1984 r.
Czuwamy nad zgodnością prac wyborczych z ordynacją, Dziennik Bałtycki z 19 IV 1984 r.
Czujemy ciężar odpowiedzialności, Nowa Wieś z 29 IV 1984 r.
Zgodnie z ordynacją wyborczą, Rada Narodowa, Gospodarka, Administracja 1984, nr 9
Technika głosowania, Rzeczpospolita z 13 VI 1984 r.
Rzeczywistość wyborcza, Tak i Nie z 15 VI 1984 r.
Z korzyścią dla obywatela, Dziennik Ludowy z 22 VI 1984 r.
Urząd wobec obywatela. Praworządnie i sprawiedliwie, Trybuna Ludu z 22/23 IX 1984 r.
Więcej prawa dla administracji, Życie Warszawy z 25 IX 1984 r.
Jedna miara prawa, Gazeta Prawnicza z 1 XII 1984 r.
Zaskarżyć administrację przed sądem, Zielony Sztandar z 14 III 1985 r.
Nade wszystko liczyć się z wyborcą, Fundamenty z 29 VIII 1985 r.
Ochrona obywatelskich praw i obowiązków, Rzeczpospolita z 31 VIII/1 IX 1985 r.
Nie tylko czekamy, Prawo i Życie z 7 IX 1985 r.
Ten sąd istnieje!, Express Wieczorny z 3 IV 1986 r.
Wprowadzamy reguły uczciwej gry, Dziennik Zachodni z 10 IV 1986 r.
Salmonella resortiensis i inne, Prawo i Życie z 20 VI 1987 r.
Polska szansa, Stolica z 9 VIII 1987 r.
Sprawy wielkie realizują ludzie, Rzeczpospolita z 22 X 1987 r.
Racje obywatelskie, Życie Warszawy z 9 XI 1987 r.
Wspólny mianownik: prawa człowieka, Kurier Polski z 24 XI 1987 r.
Jakie prawo w dobie przemian, Rzeczpospolita z 28/29 XI 1987 r.
Co się zdarzy, Przegląd Tygodniowy z 10 I 1988 r.
O Naczelnym Sądzie Administracyjnym (po chińsku), Żenmin Żypao z 28 I 1988 r.
Egzamin z praworządności, Życie Warszawy z 22 IV 1988 r.
Zimny wychów reformatorów, Prawo i Życie z 17 XII 1988 r.
Wypowiedź na 75-tym niemieckim Juristentagu (w:) Verhandlungen des sieben- undfünfzigsten Deutschen Juristentages Mainz 1988, Band II, München 1988, s. O 26.
Prawo i prawnicy – reformatorzy, Gazeta Prawnicza z 16 I 1989 r.
Jak to będzie „naprawdę” w roku 1989?, Prawo i Życie z 21 I 1989 r.

- Nadzieja i okazja*, Prawo i Życie z 18 II 1989 r.
Regulować prawem tylko to, co niezbędne, Rzeczpospolita z 29 V 1989 r.
Stróżowanie praworządności, Życie Warszawy z 31 V 1989 r.
Ochrona praw człowieka. „Czy można lepiej?”, Słowo Ludu z 2 VI 1989 r.
Mniej prawa, za to mądrzejszego, Prawo i Życie z 3 VI 1989 r.
Rola prawa w kształtowaniu Polski rządnej, Trybuna Ludu z 15/15 VII 1989 r.
Musimy podnosić poprzeczkę wymagań, Prawo i Życie z 23 IX 1989 r.
Spróbuję być trochę staroświecki, Prawo i Życie z 28 IV 1990 r.
Zanim pójdziemy do sądu, Gazeta Samorządowa z 2 XII 1990 r.
Na rozżarzonych węglach, Rzeczpospolita z 16 IV 1992 r.
Nasz drogi wymiar, Gazeta Bankowa z 16 IV 1994 r.
Pogoda dla prawników, Prawo i Życie z 9 III 1996 r.
Reagirame koga ke dobijeme signal (Reagujemy kiedy otrzymamy informację),
Nova Makedonija z 1 XII 1998 r.
Buwaje, szczo włada niedolubluje nas... (Bywa, że władza nas nie lubi...), Nasze
Słowo z 8 VIII 1999 r.
*Pierwszą instancję sądownictwa administracyjnego powinno się tworzyć na bazie
kolegów*, Casus 1999, nr 11, s. 3
Sekty u bram, Gazeta Krakowska z 7 I 2000 r.
Prawa pacjentów to fikcja, Życie Warszawy z 12–13 II 2000 r.
Nie mam poczucia tryumfu, Życie z 8/9 IV 2000 r.
Władzę trzeba kontrolować, Obserwator Zachodniopomorski z 28 IV –
11 V 2000 r.
„Cywilizowaliśmy” prawo administracyjne (w:) XX lat Naczelnego Sądu Admi-
nistracyjnego, Warszawa 2000, s. 111
To już 10 lat! (w:) Edukacja i Konstytucjonalizm, Lublin 2000, s. 103
*Wypowiedź na konferencji zorganizowanej przez Senat RP w dniach 20–21 paź-
dziernika 2000 r.* (w:) Probacyjne środki polityki karnej – stan i perspektywy,
Warszawa 2001, s. 152
*Wypowiedź na konferencji na Zamku Królewskim w Warszawie 17 października
2002 r.* (w:) Pięć lat konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2002,
s. 115
*Wypowiedź na konferencji na temat „Funkcje nauk społecznych i humanistycz-
nych w studiach prawniczych”* (w:) Humanizacja zawodów prawniczych
a nauczanie akademickie, Warszawa 2002, s. 159
Wypowiedź na konferencji na temat „Nadużycia prawa” (w:) Nadużycie prawa,
Warszawa 2003, s. 175
*Wypowiedź na spotkaniu posłów lewicy Sejmu X kadencji w 15. rocznicę czerw-
cowych wyborów parlamentarnych* (w:) Piętnaście lat demokracji w Polsce.
Warszawa 2004, s. 30
Czy polski sędzia to sędzia europejski?, Prawo Europejskie w Praktyce 2010,
nr 5, s. 3

Sędzia nie może się chować za głupim prawem, Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa 2011, nr 3, s. 16

W razie wątpliwości – na rzecz obywatela, Lexus 2011, nr 1(25), s. 28

Refleksje na temat zmian Kodeksu postępowania karnego (w:) Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty, Warszawa 2014, s. 37

Opracował: Wojciech Kocot

ROZWAŻANIA OGÓLNOSYSTEMOWE

KILKA UWAG O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA PRAWO

Sławomira Wronkowska

Adama Zielińskiego zbiór felietonów i wywiadów z lat 1996–2000, a więc okresu, kiedy pełnił jedną z wielu swoich ról społecznych – funkcję Rzecznika Praw Obywatelskich, nosi tytuł *Wielkość prawa budujemy wszyscy*¹. Ów tytuł-hasło poddaje się wielu interpretacjom: filozoficzno-prawnej, teoretycznoprawnej, instytucjonalnej (konstytucyjnej), obywatelskiej.

Z filozoficznoprawnej perspektywy je ujmując, zdaje się zakładać taką oto z pozoru nader oczywistą koncepcję prawa, według której jest ono dziełem ludzkich starań, daje się przez ludzi kształtować. Nie trzeba przy tym rozstrzygać, czy tworząc je, wychodzi się z przekonań prawnonaturalistycznych, czy też nie przyjmuje się założeń jusnaturalizmu. W każdej bowiem wizji prawa jest ono dziełem człowieka; tej zakładającej, że obok prawa stanowionego istnieje jakiś porządek praw natury oraz tej zakładającej, że prawo stanowione przez człowieka to jedyne istniejące prawo. W jednej człowiek jest kreatorem jego treści i formy, w drugiej – odpoznającym wskazania prawa natury i dającym temu wyraz w normach przez siebie stanowionych. W każdej z tych wizji człowiek jest za swoje starania oraz ich rezultaty odpowiedzialny. Nawet bowiem w woluntarystycznych koncepcjach prawa, zakładających, że jego treść może być kształtowana nieskrępowanym aktem woli prawodawcy, jeśli przyjrzeć się im bliżej, a nie ich skrajnym konsekwencjom, znaleźć można elementarne wymagania dotyczące treści lub formy prawa, co najmniej wymagania efektywności i niesprzeczności stanowionych norm oraz tego, by dały się realizować i egzekwować. Nie znaczy to oczywiście, że każde staranie może doprowadzić do „wielkości” prawa. Niewątpliwe jest wszakże, że bez starań dobrego prawa osiągnąć się nie da, a także że jego wadliwość, miałość czy wręcz niegodziwość jest następstwem działań lub zaniechań człowieka. Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko Hansa Kelsena, a więc tego, którego w myśli

¹ A. Zieliński, *Wielkość prawa budujemy wszyscy. Felietony i wywiady 1996–2000*, Warszawa 2000.

prawniczej uważa się za klasycznego przedstawiciela tezy głoszącej, iż treść prawa może być dowolna. Otóż podczas jednego z powojennych wykładów Kelsena w Europie słuchający go student zapytał, czy nie uważa, że reprezentowana przez niego teoria prawa może doprowadzić do kolejnej dyktatury, takiej, jaka miała miejsce w niedawnej przeszłości. Odpowiedź Hansa Kelsena brzmiała: „To, czy znowu pojawi się taka dyktatura, nie zależy od żadnej koncepcji teoretycznoprawnej, od tego, czy jest ona pozytywistyczna, czy nie. Zależy tylko od tego, czy ludzie, tym razem z Pana pokolenia, na czas powiedzą «stop»”². Aby jednak mieć zdolność powiedzenia „stop”, trzeba, by na gruncie określonych koncepcji teoretyczno – czy filozoficznoprawnych nie wytworzyła się praktyka społeczna utrwalana ideologią zakładającą i usprawiedliwiającą woluntarystyczny model tworzenia prawa oraz sugerującą stosującym je podmiotom bezwzględne wobec tego prawa posłuszeństwo. Taka praktyka i ideologia ukształtowały się na gruncie założeń pozytywizmu prawniczego jako określonej filozofii prawa i sprzyjały wytworzeniu się i utrwaleniu bezkrytycznych wobec niego postaw.

Z kolei w normatywnych koncepcjach prawa natury, w których jest ono nie tylko wzorcem dla prawa stanowionego, lecz pełni w stosunku do prawa tworzonego przez władzę społeczną funkcję walidacyjną, niezbędna jest zdolność odczytania nakazów prawa naturalnego oraz – co konieczne wobec jego jedynie ogólnych wskazań – uzupełnienie ich normami stanowionymi przez człowieka, a to także oznacza ludzki wysiłek.

Z perspektywy teorii prawa, niedającej się skądinąd oddzielić od perspektywy filozoficznoprawnej, „budowanie prawa” (i jego wielkości) nasuwa przede wszystkim pytanie, z jakich elementów złożony jest twór, który określamy jako prawo, oraz czy jego tworzenie jest prostym kreowaniem owych elementów przez prawodawcę. Odpowiadając na nie, można odwołać się do utrwalonego w polskim prawoznawstwie rozróżnienia normy prawnej i przepisu prawnego. Biorąc je pod uwagę, stanowczo trzeba zaprzeczyć utożsamianiu prawa z aktami normatywnymi (zbiorami przepisów prawnych) jako wytworami aktów stanowienia³. Ich zbiór to bowiem „surowy” materiał poddawany dopiero procesowi interpretacji. Elementami prawa byłyby natomiast normy postępowania odtworzone z przepisów ustanowionych przez prawodawcę przy zastosowaniu przyjętych w danej kulturze dyrektyw interpretacyjnych. Współczesna teoria prawa odrzuca więc naiwne przekonanie, że

² Podaję za L. Philips, *Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen. Rechtslogische Aufsätze*, Bern 2012, s. 102.

³ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, rozdział 5.

prawodawca tworzy dzieło kompletne i precyzyjne, zawierające gotowe, niebudzące wątpliwości rozwiązania dla stosującego prawo. Dodać trzeba, że mimo iż tworzenie prawa jawi się jako stanowienie kolejnych aktów normatywnych (także dokonywanie aktów nowelizujących i derogujących), a następnie odtwarzanie z nich kolejnych norm postępowania, to jednak „uzyskiwanie” owych poszczególnych elementów jest dokonywane w perspektywie takiego włączenia ich do całości (zbioru) lub takiego ich z owego zbioru wyeliminowania, aby nie naruszać jego spójności. Inaczej mówiąc, dokonywane jest z punktu widzenia systemu, tego, by nie występowały w nim niezgodności formalne i rażące niezgodności prakseologiczne oraz by składające się nań normy były możliwie silnie treściowo zharmonizowane (spojone wiedzą, na gruncie której są tworzone i systemem wartości, jaki mają realizować).

Twórcą prawa rozumianego jako system norm połączonych rozmaitymi relacjami jest więc nie tylko prawodawca. Poza stanowiącym akty normatywne na to, czym jest prawo, wpływają także podmioty dokonujące egzegezy tekstów prawnych, a instrumentarium, z którego korzystają, jest wspólnym wytworem judykatury, doktryny prawniczej, a także samego prawodawcy. Bywa bowiem, że prawodawca formułuje w tekstach prawnych reguły ich interpretowania oraz – co częstsze – że reaguje na ukształtowany w praktyce sposób interpretowania prawa przez stosowne akty nowelizujące, które wykluczają interpretację niepożądaną z punktu widzenia prawodawcy. I dzieje się tak niezależnie od tego, czy kolejne ideologie głoszą hasło, że „każdy sędzia nie jest czym innym, tylko machiną, słowa prawa gadającą [i] ... nie powinien inaczej brać prawa, tylko podług słowa”⁴, że sędzia „jest jedynie ustami ustawy”, czy ustawodawca wprost zakazuje dokonywania aktów interpretacji stanowiących przez siebie przepisów, owych „sztuczek interpretacyjnych”, bo interpretacja „zdusza głos ustawodawcy”. Oczywiście jest przy tym, że zależnie od rozpowszechnionej ideologii aktywność egzegetów tekstów prawnych bywa różna, mniej lub bardziej intensywna, po rozważeniu współcześnie z ożywieniem tzw. aktywizm sędziowski.

Dokonując instytucjonalnej interpretacji rozważanego hasła, dostrzega się, że o prawie decyduje sposób ukształtowania ustroju jego tworzenia oraz ustroju jego szeroko rozumianego stosowania. Słowo „ustrój” określa tu zespół instytucji, którym powierza się rozmaite role: stanowienia aktów normatywnych, ich interpretowania, rozstrzygania konkretnych przypadków na podstawie obowiązujących norm, egzekwowania wydawanych rozstrzygnięć. Jako swoistą instytucję

⁴ S. Staszic, *Uwagi nad życiem Jana Zamoyskiego*, oprac. C. Czarnkowski, Wrocław 2005, s. 82.

pojmować można także naukę prawa (doktrynę prawniczą) w bardzo różnorodny sposób oddziaływającą na praktykę prawniczą. Obok wskazanych instytucji, na ustroj, o którym mowa, składa się zespół reguł, według których mają one działać oraz reguł wyznaczających relacje między nimi. Owa struktura ustrojowa stanowienia oraz stosowania prawa jest zazwyczaj wyznaczana przez normy ustawy zasadniczej i to, jak jest ukształtowana, sprzyja lub nie temu, co jest niezbędne dla zachowania społecznego ładu: legitymizacji działań podmiotów stanowiących i stosujących prawo, należytemu wypełnianiu nałożonych na nie zadań, co – najogólniej rzecz ujmując – znaczy, że podejmowane decyzje są merytorycznie trafne i znajdują uzasadnienie w powszechnie akceptowanym systemie wartości, budowaniu autorytetu prawa, zaufania do niego oraz owych instytucji.

I w tym więc ujęciu prawo jest tworzone najpierw przez ustrojodawcę (twórcę ustroju jego tworzenia i stosowania), a następnie przez różne wykreowane przez niego instytucje, z których każda ma do spełnienia określone zadania i której sposób wywiązywania się z tych zadań wpływa na sposób i efekty działania pozostałych instytucji.

Role przypisane poszczególnym instytucjom wypełniają ludzie je tworzący. W interpretacji, którą nazwałam obywatelską, kondycja prawa zależy od ich merytorycznego przygotowania do realizowania wyznaczonych im zadań i gotowości ich wypełniania, a w szczególności od dwóch czynników, które zwracają uwagę. Pierwszym z nich jest zrozumienie społecznego sensu przyjętego na siebie zadania i dostrzeżenie, że ma ono charakter częściowy, bo powiązane jest z innymi zadaniami innych podmiotów. Idzie więc o to, by uświadomić sobie, że każdy rezultat jest zawsze zależny od aktywności wielu podmiotów, a więc by postrzegać swoją rolę w rozległej perspektywie, ale także o to, że ów rezultat to stałe, niekończące się działanie prawa. Drugi z nich to dostrzeżenie pożytku ze współpracy z tymi, którym przychodzi w procesie stanowienia i stosowania prawa pełnić inne role. Ażeby posłużyć się najprostszym, wręcz szkolnym przykładem, wskażę, że szczegółowe nauki o prawie spełniają nie tylko zadania polegające na ustalaniu treści obowiązujących norm i opisywaniu sytuacji prawnych, jakie one wyznaczają, lecz wypełniając to zadanie, mają na uwadze, by odtwarzane z przepisów normy dobrze służyły osiągnięciu złożonych celów, co w wielu przypadkach wymaga „ulepszenia” prawodawcy: eliminowania wieloznaczności, usuwania niezgodności między możliwymi do wyinterpretowania normami oraz korygowania rezultatów wykładni językowej wykładnią funkcjonalną i systemową. To samo zadanie „ulepszania” czy „korygowania” prawodawcy spełniać może orzecznictwo sądowe, wspierane przy tym przez zasygnalizowane powyżej zabiegi doktryny prawniczej.

Drugi czynnik to dbałość o kulturę prawną, która jako zespół normatywnych przekonań co do tego, jakie prawo być powinno, mających cechę trwałości i ciągłości, jest niezawodnym sprzymierzeńcem w trudzie dbania o dobre prawo.

Realizując zadania częściowe, nie zawsze trzeba wzbogacać kulturę prawną, nie zawsze jest to zresztą możliwe, ale zawsze dbać trzeba o to, by tej kultury nie burzyć i zachowywać ją jako rodzaj dziedzictwa wspólnoty prawniczej. Spełnia ona bowiem funkcję naprawczą wobec błędów prawodawcy oraz funkcję ochronną wobec politycznych aktów instrumentalizacji prawa, a wyznaczając standardy, których nie wolno naruszyć bez sprzeniewierzenia się podzielanemu wzorcowi (ideałowi) prawa, dostarcza kryteriów krytycznego osądu treści prawa oraz sposobu w jaki jest stanowione i stosowane.

Kultura prawna ma, jak zaznaczono, walor trwałości i ciągłości. Nawet więc jeśli jest niszczona lub ograniczona aktami lekceważącej ją władzy, to jej skuteczne oddziaływanie w znacznym stopniu zależy od siły wspólnoty prawniczej, w tym także od tego, czy jest ona zdolna przekazywać zasady kultury prawnej w procesie prawniczej edukacji i we wzorcach osobowych wybitnych prawników.

Wartość kultury prawnej polega w znacznym stopniu na tym, że jest ona autonomiczna wobec instytucji tworzących oraz stosujących prawo i upomina się o autonomię samego prawa. A siła jej oddziaływania na praktykę prawniczą, aby powtórzyć wcześniejszą myśl, zależy od sukcesów procesu edukacyjnego; od tego, na ile jej zasady przyswoi sobie wspólnota obywatelska i przejawia gotowość kierowania się nimi oraz ich egzekwowania. Owemu „przechowaniu” kultury prawnej w istotnym stopniu zawdzięczamy w Polsce sukcesy transformacji ustrojowej i to, że stosunkowo szybko i zgodnie ze standardami państwa prawa zaczęły działać lub kontynuowały działania różne instytucje państwowe, także te powołane przed transformacją, jak Naczelny Sąd Administracyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny⁵.

Wśród podmiotów współodpowiedzialnych za ów – jak powiedziano – niekończący się proces starań o dobre prawo a przejawiający się w jego stanowieniu i stosowaniu, dwa zajmują pozycję szczególną. Od dłuższego czasu są to prawodawca oraz sąd konstytucyjny. Temu pierwszemu powierza się funkcję kreatora prawa, które ma stwarzać podstawy ładu społecznego, zapobiegać powstawaniu konfliktów, a istniejące łagodzić i rozstrzygać. Temu drugiemu wyznaczono swego czasu rolę zaledwie „techniczną”, instrumentalną: kontrolowania norm prawnych

⁵ S. Wronkowska, *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz o kulturze prawnej*, PiP 2007, z. 4, s. 11.

z punktu widzenia ich zgodności z wzorcem, jakim jest konstytucja, i w razie negatywnego wyniku kontroli – spowodowania wyeliminowania niekonstytucyjnych norm z systemu (określaną skrótowo jako rola „negatywnego ustawodawcy”).

W swym tradycyjnym ujęciu wyznaczonym przez myśl Hansa Kelsena parlament tworzący prawo „jest związany konstytucją jedynie w zakresie procedury, natomiast co się tyczy treści uchwalanych ustaw, to związany jest jedynie wyjątkowo i tylko ogólnymi zasadami, wytycznymi itp.”⁶. Dysponuje więc ogromnym obszarem swobody. W konsekwencji kontrola konstytucyjności norm prawnych jest, jak twierdził H. Kelsen, stosunkowo prosta.

Sprawa skomplikowała się jednak istotnie odkąd zmienił się zakres i treść poddanego interpretacji tekstu konstytucji. W kelsenowskiej koncepcji kontrola konstytucyjności prawa była ujęta rygorystycznie wąsko, bo organ kontroli stosował precyzyjną w swej treści normę konstytucyjną. Współcześnie, wobec tego, iż konstytucje zawierają obszerne katalogi praw jednostki, nasycone są zasadami prawa i klauzulami generalnymi oraz różnego rodzaju zwrotami ocennymi odtworzenie wzorca kontroli stało się zabiegiem nader skomplikowanym, a przy tym pozostawiającym interpretatorowi znaczny zakres swobody. Zmieniła się też rola sądów konstytucyjnych, które ze strażników procedury prawodawczej i wąsko określonej kontroli treści norm stanowionych przez ustawodawcę stały się strażnikami praw człowieka. Kontrola konstytucyjności przestała więc być aktem prostym, a uwzględniając jeszcze, że sądy konstytucyjne są organami „ostatniego słowa”, niepodlegającymi instytucjonalnej kontroli, nietrudno dostrzec, że nastąpiło przesunięcie władzy z demokratycznie wyłonionego parlamentu na organ, który takiej legitymacji nie ma, co prowadzi do uszczuplenia władzy prawodawczej.

Zauważyć przy tym należy, że ograniczanie władzy prawodawczej jest następstwem trwającej od dziesięcioleci debaty pomiędzy zwolennikami poglądu, że „Reprezentacja całego narodu... ona jedynie jest zdolna urzeczywistnić ideę prawdziwej woli ogółu i zmienić państwo despotyczne w państwo prawa”⁷, a dobitniej – „Najwyższa legislatura jest wszechwładna... Dla jej władzy nie ma żadnych granic”⁸, a tymi,

⁶ H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przekł. B. Banaszkiewicz, Warszawa 2009, s. 53–54.

⁷ K. Rottech, *Rozprawa o Konstytucji*, Lwów 1848, s. 17 – cytuję za M. Zmierczak, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie myśli niemieckiej myśli polityczno-prawnej)* (w:) *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 12.

⁸ J. Bentham, *Constitutional Court* (w:) *The works of Jeremy Bentham*, vol. IX – cyt. za T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Bentham*, Łódź 2004, s. 215–216.

którzy utrzymują, że demokratycznie wyłaniana władza ustawodawcza popełnia błędy i powinna podlegać ograniczeniom oraz sukcesów odnoszonych przez tych ostatnich. Wyrazem owych sukcesów są kolejne ograniczenia władzy prawodawczej, a środkiem wprowadzającym te ograniczenia – samo prawo. Określa ono nie tylko instytucje powołane do stanowienia aktów normatywnych, ale także stosunkowo szczegółowo procedurę ich tworzenia, określa formę i treść przyszłego prawa, a nadto wyznacza reguły, których przestrzeganie decyduje o jakości prawa. I respektowanie przez prawodawcę wszystkich tych reguł, łącznie z regułami rzetelnej legislacji, stało się z czasem przedmiotem kontroli sądów konstytucyjnych.

Charakterystyczną cechą współczesnego układu prawodawca – sąd konstytucyjny jest więc rozszerzenie zakresu władzy sądownictwa konstytucyjnego oraz ograniczanie władzy prawodawczej i stan ten jest nie tylko, nawet nie przede wszystkim następstwem aktywizmu samych sędziów.

W takim stanie rzeczy utrwalona tradycją prosta relacja: podmiot tworzący prawo oraz podmiot kontrolujący jego konstytucyjność według – dodajmy – złożoności i niejednoznaczności wzorców kontroli i wobec potężnego, ale mało subtelnego narzędzia, jakim dysponuje sąd konstytucyjny, może się okazać wysoce dysfunkcjonalna dla systemu. Znacznie więcej pożytku może natomiast przynieść postrzeganie relacji między tymi instytucjami w perspektywie ich współdziałania w realizacji zadania, jakim jest dobre prawo.

Najpierw więc do uniknięcia napięć o charakterze prestiżowym między prawodawcą a sądem konstytucyjnym może się przyczynić uświadomienie sobie przez obie strony, że każda z nich ma za zadanie osiągnięcie dobrego prawa, a nie wykonywanie w izolacji swojego zadania cząstkowego (choćby, jak w przypadku prawodawcy, było to zadanie o ogromnej doniosłości społecznej).

Ze strony sądu konstytucyjnego niezbędna jest postawa szacunku dla prawodawcy i powściągliwości przy dokonywaniu aktów kontroli. Przejawiać się ona może w przyjmowaniu w procesie kontroli tzw. domniemania konstytucyjności kontrolowanej normy, co w praktyce oznaczać powinno, że orzeczenie o jej niekonstytucyjności wymaga nader silnych argumentów. Postawa powściągliwości wymaga również powstrzymywania się od kontroli celowości ustanawiania kontrolowanych norm, a więc kontroli prowadzonej przez prawodawcę polityki prawa. Sąd konstytucyjny powinien powstrzymywać się także od kontrolowania wiedzy, na podstawie której przyjęto określone rozwiązania legislacyjne, i ze znaczną ostrożnością stosować reguły rzetelnej legislacji jako wzorca kontroli zgodności prawa z konstytucją.

Te bardzo elementarne wskazówki czerpią swe uzasadnienie z silnej demokratycznej legitymizacji prawodawcy, ale są też uzasadnione względami pragmatycznymi, takimi jak wartość konserwatyzmu w tworzeniu i zmianach prawa (orzeczenie o niekonstytucyjności oznacza wszak zmianę prawa) czy niepewność wiedzy, na gruncie której przychodzi rozstrzygać sprawy społeczne.

Z punktu widzenia współpracy sądu konstytucyjnego z prawodawcą ważne jest oczywiście wykorzystywanie dwóch instrumentów charakterystycznych dla polskiego systemu prawa: sygnalizacji oraz tzw. odraczania utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnej normy. Ten pierwszy instrument, będący apelem do prawodawcy, swoistą podpowiedzią, co uczynić dla naprawy systemu, może być skuteczny jedynie wtedy, gdy ustawodawca potrafi obok tworzenia prawa dla realizacji wyznaczonych sobie celów politycznych wypełniać rolę twórcy systemu i wykorzystać impulsy, które rzadko sam jest w stanie wygenerować. Brak reakcji na ten instrument może jednak zniechęcać do korzystania z niego, m.in. ze względu na autorytet sygnalizującego sądu. Natomiast instytucja tzw. odroczenia, abstrahując od tego, jak korzysta z niej sam Trybunał Konstytucyjny, powinna być odbierana jako stanowcze zobowiązanie do podjęcia działań naprawczych. Stanowcze dlatego, że odroczenie wyeliminowania normy z systemu oznacza tak niebezpieczną dla jego funkcjonowania lukę, iż nieodzowna jest prawodawcza ingerencja we wskazany w orzeczeniu sądu konstytucyjnego czas.

Pomoc sądu konstytucyjnego w działalności prawodawczej może przejawiać się w formach, które nie mają charakteru zinstytucjonalizowanego. Formą taką jest w szczególności uzasadnienie orzeczenia zawierające argumenty przemawiające za rozstrzygnięciem i będące dla prawodawcy rodzajem ekspertyzy legislacyjnej. Zawiera się w niej, a przynajmniej zawierać się powinno, dwojakiego rodzaju informacje: opis sposobu przeprowadzania wykładni zaskarżonych przepisów i przepisów wyrażających wzorce kontroli oraz konkluzje interpretacyjne, a w miarę możliwości także wskazówki dla prawodawcy co do jego ingerencji mającej doprowadzić do osiągnięcia stanu konstytucyjności.

Informacja o treści norm konstytucyjnych będących w danej sprawie wzorcami kontroli, to wiedza pozwalająca prawodawcy ustalać zakres jego swobody regulacyjnej na przyszłość. Opis sposobu dokonania wykładni dostarcza z kolei wiedzy pozwalającej prognozować, jak mogą być rozumiane nowo ustanawiane przepisy. Wreszcie wskazówki dla prawodawcy skądinąd niezbyt częste i niekiedy ryzykowne, mogą być pożyteczną podpowiedzią, jak unikać w przyszłości błędów zwłaszcza natury formalnej. Staranne uzasadnienie orzeczenia tworzy z czasem jawne standardy postępowania zarówno dla tworzącego przepisy, jak

i interpretatora, które w razie ich konsekwentnego stosowania stabilizują cały system i czynią jego funkcjonowanie bardziej przewidywalnym. I chodzi tu właśnie o standardy, a więc typowe rozstrzygnięcia w typowych sytuacjach podejmowane w warunkach pewnego zakresu swobody decyzyjnej, a nie o sytuacje, w których norma jednoznacznie wyznacza konsekwencje jej realizowania bądź przekroczenia. Istotną wartością uzasadnienia jest także wskazanie przesłanek ocennych, na jakich oparto orzeczenie. Uzyskanie choćby elementarnej zgody co do systemu wartości, z jakich czerpią prawodawca oraz sąd konstytucyjny, rozumienie idei, na jakich oparte są rozwiązania ustrojodawcy, jest bowiem koniecznym warunkiem wypełniania przez te podmioty wyznaczonych im ról społecznych i unikania politycznych sporów.

Powściągliwość sądu konstytucyjnego, o której wspomniano, formalnie znajduje silne uzasadnienie w zakresie kompetencji przyznanych sądom konstytucyjnym. Z punktu widzenia wzajemnych funkcjonalnych relacji między władzą prawodawczą a sądownictwem konstytucyjnym jej odpowiednikiem powinno być wypełnianie przez parlament jego podstawowej roli, jaką jest tworzenie prawa, co oznacza także bezwzględne reagowanie na orzeczenia sądu konstytucyjnego.

W okresach szczególnych, takich jak transformacje ustrojowe, sądy konstytucyjne wypełniają funkcje dalece wykraczające poza kontrolę konstytucyjności prawa. Wobec braku nowych rozstrzygnięć konstytucyjnych przejmują wtedy zadanie bycia współustrojodawcą; tworzą standardy ustrojowe oraz stosują je przy rozstrzyganiu konkretnych spraw. Można wówczas pytać o legitymizację tego rodzaju postępowania, ale z punktu widzenia funkcjonowania państwa nie są to działania, które jednoznacznie oceniać można jako dysfunkcjonalne.

Zarysowane zaledwie uwagi prowadzą do wniosku, że rola sądu konstytucyjnego wykracza daleko poza rolę kontrolera konstytucyjności zakwestionowanych przed nim norm. Z punktu widzenia tworzenia dobrego prawa jest on nie tylko negatywnym prawodawcą. Pełni raczej rolę podmiotu wspomagającego prawodawcę i kulturę prawną, która jest otoczeniem wszelkich aktów stanowienia i stosowania prawa.

PRAWO ADMINISTRACYJNE – MOŻLIWOŚCI I POTRZEBY LEPSZEJ OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Irena Lipowicz

I

Prawo administracyjne działa władczo w wielu sferach życia i aktywności współczesnego człowieka. Jego ewolucję, ku większemu otwarciu na prawa człowieka, postrzegano zwykle w literaturze jako proces odchodzenia od aktów jednostronnych ku dwustronnym, władczym ku nie władczym, dopuszczanie ugody czy umowy administracyjnej lub innego wzbogacania katalogu prawnych form działania administracji¹. Oczywiście wydawało się, także w tym duchu, wzmacnianie pozycji prawnej strony w postępowaniu administracyjnym w myśl przekonania, że „demokracja to procedura”². To właśnie w postępowaniu administracyjnym umacniało się bowiem, od wskrzeszenia Naczelnego Sądu Administracyjnego w 1980 r., podmiotowe traktowanie obywatela, oczekiwanie głębszych przemian ustrojowych. W mniejszym stopniu postrzegano ustrój administracji jako gwaranta praw podstawowych.

Czy jednak prawo administracyjne może samo w sobie naruszać prawa człowieka przy pełnych gwarancjach proceduralnych, poszanowaniu materii ustawowej i subtelnych (często niewładczych) formach działania? Kiedy *summum ius* staje się w naszych oczach *summa iniuria*?

Prawo – uczono kiedyś – powstało w dwóch celach: odwracania od jednostki i wspólnoty państwowej niebezpieczeństwa oraz wspólnej ochrony „słabszego” w różnorodnych relacjach społecznych oraz gospodarczych. W czasach nowożytnych dodaliśmy do tego ochronę naszych praw i wolności, wchodząc w tak długo oczekiwaną „epokę praw człowieka”. Zawsze jednak dobrze jest okresowo powtarzać fundamentalne pytania: Czy (dla dobra całej wspólnoty) nasze prawo na początku XXI w. rzeczywiście dobrze służy tym celom? Czy dzisiejsze prawo

¹ Zob. L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczycza (red.), *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, Warszawa 2008, a także J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008.

² Zob. E. Łętowska, *Prawo w „płynnej nowoczesności”*, PiP 2014, z. 3.

administracyjne właściwie reguluje odwracanie indywidualnych i zbiorowych niebezpieczeństw w zakresie klęsk żywiołowych, chorób, ale także np. ochrony nieporadnych, a więc „słabszego”, przed brutalnością wielkich korporacji? Czy dobrze chroni „słabszego” nie tylko jako osobę korzystającą z domu opieki, bezrobotnego, seniora, niepełnosprawnego, ale także np. użytkownika portalu społecznościowego należącego do międzynarodowych podmiotów gospodarczych profilujących jego dane, konsumenta, podatnika czy przedsiębiorcę.

Jak postrzegamy w związku z tym interes państwa? To właśnie ze strzeżeniem tego interesu utożsamiano przecież długo prawo administracyjne, będące pierwotnie „prawem administracji” – i tylko do niej skierowanym. Czy struktura administracji ma ścisły związek z ochroną praw podstawowych?

II

Prawo administracyjne, absolutyzując interes państwa lub partii – jak wiemy – może stać się, i stawało się, w państwie totalitarnym narzędziem ucisku i instrumentem zbrodni³. Ale czy nawet w państwie demokratycznym prawodawca może zapomnieć o ochronie „słabszego” jako głównym celu prawa? Jeśli prawo podatkowe tak nisko umieszcza kwotę wolną od podatku, że podatnik znajduje się poniżej ustawowej granicy ubóstwa, to zatracą w moim przekonaniu ten cel⁴. Uprawnia co prawda równocześnie takiego płatnika do uzyskania pomocy społecznej; ale niejednokrotnie to właśnie konieczność zapłacenia podatku wtrąca ostatecznie w ubóstwo. Jeżeli Sąd Rzeczypospolitej Polskiej wyraża pogląd, że strona dysponująca dochodem w wysokości 300 zł miesięcznie powinna zapobiegliwie oszczędzić środki na ewentualne koszty sądowe w ubieganiu się o kompensatę państwową⁵, to jest to przykład takiej właśnie „amnezji” ustawodawcy w odniesieniu do sytuacji najsłabszych.

Wzmacnia to argument, że konieczny jest system przedsądowej, bezpłatnej pomocy prawnej, który przez wiele lat nie powstał⁶.

³ J. Nowacki, *Dwa studia o rozumieniu praworządności*, Katowice 1980.

⁴ Zob. wniosek RPO do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie wysokości kwoty wolnej od podatku: http://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws_wysokosci_kwoty_wolnej_od_podatku.pdf.

⁵ Zob. L. Mazowiecka (red.), *Kompensata państwowa dla ofiar przestępstw w Polsce. Terazniejszość i przyszłość*, Warszawa 2013.

⁶ Zob. A. Klich, *Idea pomocy prawnej w sprawach cywilnych a działalność klinik prawa* (w:) *Aequitas sequitur legem. Księga Jubileuszowa z okazji 75. Urodzin Profesora Andrzeja Zielińskiego*, Warszawa 2014.

Ustawodawca może naruszać prawa obywatelskie poprzez zaniechanie legislacyjne (np. brak ustawy o reprzywatyzacji – co narusza zarówno prawa dawnych właścicieli, jak i lokatorów) – i takie zaniechanie daje się ustalić. O wiele trudniej zakwestionować regulacje powstające tylko pozornie w zgodzie z aktami wyższego rzędu i interesem państwa.

Z ustawowego obowiązku pieczy publicznej można wywiązać się, tworząc ramy prawne dla budowania domów opieki dla 500–700 ludzi, podporządkowując je ścisłemu reżimowi regulaminu zakładu administracyjnego – co konieczne przy takiej skali, odbierając dowody osobiste (co zdarzało się jeszcze kilka lat temu) osobom w pełni sprawnym intelektualnie, kładąc nacisk na edukację sprawnego, bezstronnego personelu w stylu szwedzkim, gdzie ukarano opiekunkę za towarzyszenie przez całą noc umierającej pacjentce (gdyż nierówno potraktowała pozostałych podopiecznych), a kontrolę koncentrować na kwestiach higieny i efektywności ekonomicznej, tak opłacalnej dla państwa. Można jednak prawo administracyjne w tych samych ramach konstytucyjnych ukształtować inaczej: wypłacać dodatki mieszkaniowe, zadbać o regulacje chroniące lokalny transport publiczny i małe placówki handlowe – bo to pozwala osobom starszym i niepełnosprawnym pozostać długo w miejscu zamieszkania, finansować ze środków publicznych budowę mieszkań chronionych oraz tanich mieszkań na wynajem „w pakiecie” – większego dla rodzin i mniejszego dla seniora tej samej rodziny (na tym samym piętrze) jak zrobiono w niebogatym Stargardzie Szczecińskim⁷. Tam również udowodniono, że w ramach obowiązującego prawa można zapewnić zatrudnienie ok. 60% osób niepełnosprawnych intelektualnie. Po treningu pracy i pod opieką personelu, który ma doświadczenie gastronomiczne oraz studia pedagogiki osób niepełnosprawnych, przygotowują oni ponad 1600 posiłków dziennie dla szkół, przedszkoli, ale także – ze względu na świetną renomę – dla osób prywatnych i firm zamawiających catering. Dzięki temu, iż osoby z zespołem Downa pracują, mogą otrzymać od gminy chronione mieszkanie komunalne z „dochodzącym” opiekunem. Pracują, mają samodzielne życie, kolegów z pracy i przyjaciół – w miejsce bycia wiecznym dzieckiem na zasiłku i opiece rodziców żyjących w lęku o ich przyszłość po własnej śmierci. W innych gminach szczytem osiągnięć jest dom opieki, gdzie takie same osoby trwają w bierności bez szans na usamodzielnienie. Nie można jednak, np. jako opiekun osoby niepełnosprawnej, wymusić prawnie takiej polityki administracyjnej ani

⁷ O modelu stargardzkim zob. więcej w: *Życie w integracji. Stargardzki model lokalnego systemu rehabilitacji i wsparcia społeczno-zawodowego osób z niepełnosprawnością intelektualną*, Warszawa 2012.

w przypadku samorządu (ze względu na jego samodzielność), ani administracji centralnej.

Gdy szukamy „strony słabszej” stosunku prawnego, bardzo często – paradoksalnie – nie myślimy w pierwszym rzędzie o osobach niepełnosprawnych. Są one przecież pełnoprawnymi obywatelami, wyposażonymi ponadto w szereg ulg i dodatkowych uprawnień. Państwo poświęca im specjalne regulacje, próbuje wyrównać deficyty ich sytuacji faktycznej dodatkowymi świadczeniami. Takie jest jednak formalne spojrzenie prawnika. W badaniach socjologicznych i badaniach opinii publicznej na pytanie o najsłabszą grupę społeczną znajdujemy jednoznaczную odpowiedź – są to właśnie osoby niepełnosprawne⁸. Urodzenie się dziecka niepełnosprawnego w rodzinie, mimo wszelkich gwarancji formalnych, w większości przypadków wtrąca tę rodzinę w ubóstwo⁹. Zwracał na to uwagę Profesor Adam Zieliński w podsumowaniu swojej kadencji, pisząc, że szczególną bolączką polskiego systemu prawnego i działań administracji jest brak poszanowania dla praw osób z niepełnosprawnością. Jak podkreślał ówczesny Rzecznik, Polska miała w tym zakresie do nadrobienia ogromne zaległości. Poszanowanie prawa osoby z niepełnosprawnością, tak oczywiste w krajach Zachodu, u nas sprawia problem – zarówno na poziomie uzupełniania niezbędnej regulacji – pisał A. Zieliński – jak i dostosowywania jej do norm europejskich w zakresie stosowania prawa – w tym lekceważenia tych norm, które już są wydane¹⁰.

III

Spójrzmy na inny przykład. Dziecko niepełnosprawne otrzymuje, na podstawie ustawy, nie tylko konkretne zwolnienia czy dodatkowe uprawnienia, ale również określone dofinansowanie do edukacji¹¹. Są to sumy znaczące, które stanowiły reakcję ustawodawcy na postulaty samorządu dotyczące braku dodatkowych środków na kształcenie.

⁸ E.B. Abramowska, *Osoby niepełnosprawne w mediach i odbiorze społecznym* (w:) D. Grajewski (red.), *Spółczesność równych szans*, Warszawa 2005.

⁹ Zob. A. Waszkielewicz, *Zabezpieczenie społeczne osób niepełnosprawnych* (w:) *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Warszawa 2013.

¹⁰ A. Zieliński, *Wielkość prawa budujemy wszyscy. Felietony i wywiady 1996–2000*, Warszawa 2000.

¹¹ Zob. więcej: P. Kubicki, *Równy dostęp do edukacji osób z niepełnosprawnością* (w:) *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Warszawa 2013, a także *Zasada równego traktowania – prawo i praktyka*, nr 3. *Równe szanse w dostępie do edukacji osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2012.

Co dzieję się z tą sumą w praktyce? Samorząd terytorialny co prawda ją otrzymuje, ale równocześnie nie otrzymuje wystarczających środków na utrzymanie szkół na swoim terenie. Jedyne, pozornie „wolne” środki, którymi może dysponować, to właśnie środki na edukację osób niepełnosprawnych. Środki te, jak tłumaczy samorząd dla „ratowania szkół”, są zawłaszczane przez gminy. Na ucznia z orzeczoną przez poradnię pedagogiczno-psychologiczną niepełnosprawnością samorząd otrzymuje więc wyższą subwencję, ale nie trafia ona do adresata lub trafia z opóźnieniem bardzo znaczącym dla terapii dziecka, np. z autyzmem. Nadzór pedagogiczny prowadzony przez kuratoria oświaty nie obejmuje natomiast wprost edukacji uczniów niepełnosprawnych. Jeśli więc rodzice poskarżą się na takie „zawłaszczanie” subwencji – trafią do kuratorium i zostaną odesłani do organu prowadzącego (czyli gminy), bowiem realizacja zobowiązań wynikających z orzeczeń o niepełnosprawności to kompetencja organu prowadzącego szkołę. Prawdziwą przyczyną owego zawłaszczania jest pat w parlamencie blokujący konieczną – z powodu niżu demograficznego – zmianę Karty Nauczyciela. Wydawałoby się, że takie naruszenie praw osób rzeczywiście najslabszych, czyli niepełnosprawnych dzieci, spowoduje ogromny oddźwięk społeczny. Tymczasem zjawisko to jest traktowane z pewną społeczną obojętnością i nie staje się powodem przykładowo do referendum w sprawie odwołania organu gminy.

Przejdźmy następnie do kwestii zatrudnienia¹². Również tutaj państwo przeznacza, zgodnie z europejskimi standardami, znaczące środki na zatrudnienie osób z niepełnosprawnością. Wprowadzone mechanizmy na początku lat 90. były istotnie rewolucyjne. Po 25 latach są jednak już przestarzałe i niewydolne. Pieniądze adresowane są przede wszystkim do pracodawców, bo to oni stworzyli wpływową, ważną grupę, świadomą społecznego znaczenia swoich działań. Działają jednak ciągle według systemu, w którym to osoba niepełnosprawna pozostaje pod pieczę publiczną i tylko w ograniczonym zakresie bierze się pod uwagę jej wolę i preferencje. Tymczasem środowisko osób niepełnosprawnych poczyniło przez 25 lat ogromne postępy. Chce być przede wszystkim traktowane podmiotowo, jako partner administracji, a nie tylko osoba poddana jej pieczy (dotyczy to także m.in. osób chorych psychicznie czy osób z zespołem Downa i postulatu *self advocacy*).

Nie chodzi o to, aby likwidować zakłady pracy chronionej, ale wiele osób niepełnosprawnych, np. niepełnosprawnych ruchowo, przy

¹² Więcej o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych: K. Roszewska, *Zatrudnienie i aktywizacja zawodowa osób z niepełnosprawnościami* (w:) *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Warszawa 2013.

ułamku środków finansowych obecnie adresowanych do pracodawców znalazłoby pracę na wolnym rynku, doprowadzając też do potrzebnej dyferencjacji zatrudnienia. Takie rozwiązania sprzyjają poszanowaniu godności człowieka, a także znakomicie racjonalizują wydatki publiczne. O ile jednak pracodawcy osób niepełnosprawnych są otaczani uznaniem i aprobatą, o tyle rozsądne oczekiwania np. osób z chorobami rzadkimi, osób z chorobami nowotworowymi, z niepełnosprawnością ruchową, a zwłaszcza osób niepełnosprawnych intelektualnie, są często traktowane jako postawa roszczeniowa. Brak jest, w systemie prawa, udogodnień dla osób przewlekle chorych, np. okresowych urlopów na chemioterapię lub okresowe przyjmowanie kroplówek. Jak wiele trzeba zmienić w tej kwestii, widzimy szczególnie na przykrym przykładzie odrzucenia przez prokuraturę możliwości zatrudnienia asesora, która uległa wypadkowi już w trakcie odbywania asesury. Znajdując się na wózku inwalidzkim, po chlubnym okresie asesury, gotowa była podjąć pracę. Prokurator Generalny nie dopuścił jednak takiej możliwości¹³. Skoro organy ochrony prawnej łamią w ten sposób prawa osób niepełnosprawnych, tym bardziej wiele pracy jest do wykonania w pozostałych resortach. Istotny jest jednak wniosek dalej idący. W świetle prawa można było zatrudnić jako prokuratora osobę dotkniętą niepełnosprawnością. Jej prawo do równości w zatrudnieniu wynika także z ratyfikowanej ostatnio Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych. Skoro jednak obecna regulacja okazuje się niewystarczająca, istnieje konieczność nowelizacji w zakresie ułatwienia osobie niepełnosprawnej wyegzekwowania równego traktowania w szeroko rozumianym sektorze administracji publicznej.

IV

Największą jednak lukę w zakresie istniejących regulacji znajdujemy w kwestii projektowania uniwersalnego. Jest to taki sposób projektowania, który czyni dostępną sferę publiczną nie tylko dla osób z niepełnosprawnością, ale także ogólnie dla osób starszych czy rodziców z wózkami dla dzieci. To powszechny już w innych krajach kierunek myślenia. Usuwanie barier architektonicznych, rozumiane u nas wyłącznie jako świadczenie pod adresem osób niepełnosprawnych, staje się w tym podejściu cechą uniwersalną projektowania i warunkiem powszechnej dostępności. Osiągnięcie takiego wyniku wymaga jednak

¹³ <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/niepelnosprawna-asesor-nie-wroci-do-prokuratury>, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/prokurator-generalny-niepelnosprawna-asesor-zwolniono-zgodnie-z-prawem>

swoistej „wiązki” działań administracji publicznej: zarówno w zakresie kształcenia architektów, szkoleń dla samorządów i ich związków, jak i kampanii społecznych czy oczywiście odpowiednich regulacji prawnych z obszaru prawa budowlanego, zagospodarowania przestrzennego i ogólnie urbanizacji¹⁴. Wiele skarg obywateli wskazuje na bierność i nieefektywność organów administracji architektoniczno-budowlanej i nadzoru budowlanego w zakresie kontroli realizowania przez inwestorów obowiązków nałożonych przez normy prawne¹⁵. Wydaje się, że konieczne jest określenie odpowiedniego terminu na obowiązkowe dostosowanie obiektów użyteczności publicznej do potrzeb osób niepełnosprawnych. W przytaczanej już publikacji podsumowującej kadencję Profesora Adama Zielińskiego (lata 1996–2000) pojawia się kwestia projektowania uniwersalnego¹⁶, która już wtedy była ważkim problemem.

Od tego czasu w sferze prawnej nastąpił znaczący postęp. Stało się nim, również w tym obszarze, ratyfikowanie Konwencji ONZ dotyczącej Praw Osób Niepełnosprawnych¹⁷. Do tej pory działania organów administracji publicznej w praktyce trudno było zebrać w jedną całość¹⁸. Rozproszone w prawie materialnym przepisy o szczególnych uprawnieniach osób niepełnosprawnych powodowały chaos interpretacyjny. Konwencja natomiast „spina je” poprzez danie ogólnej podstawy aksjologicznej, ogólnych zasad oraz jasnego sformułowania podstawowych praw osób niepełnosprawnych. Na poziomie prawa krajowego istnieją co prawda jednolite teksty aktów normatywnych, brak jednak tak fundamentalnego opracowania jak zbiór przepisów lub *vademecum*, adresowanych do urzędników np. pod tytułem *Prawa osób niepełnosprawnych* i opatrzonych komentarzem. Od 2000 r. wydano szereg potrzebnych

¹⁴ Zob. więcej: M. Wysocki, *Projektowanie uniwersalne – równość praw poprzez dostępność*, (w:) *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Warszawa 2013, a także *Zasada równego traktowania – prawo i praktyka. Dostępność infrastruktury publicznej dla osób z niepełnosprawnością. Analiza i zalecenia*, Warszawa 2011.

¹⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 z późn. zm. oraz rozporządzenie z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1422.

¹⁶ Zob. A. Zieliński, *Wielkość prawa budujemy wszyscy...*

¹⁷ Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006 r., Dz. U. z 2012 r. poz. 1169, podpisana przez Polskę 30 marca 2007 r., a ratyfikowana 25 września 2012 r., zob. również: *Polska Mapa Międzynarodowych Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013.

¹⁸ Na temat działalności RPO w celu popierania, ochrony i monitorowania wdrażania postanowień Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność zob. *Informację o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w Obszarze Równego Traktowania 2013*, Warszawa 2014, s. 41 i n.

i ważnych aktów normatywnych. Konflikty czasowo przeniosły się więc na kwestie stosowania, a nie stanowienia prawa; ewentualnie na kwestie samej wysokości świadczeń. Ostatnie lata to jednak powrót do fundamentalnych pytań o model stosowanych rozwiązań, o politykę administracyjną, o wielkie opóźnienia w deinstytucjonalizacji opieki nad osobami niepełnosprawnymi, w tym z największym stopniem niepełnosprawności.

Należy zauważyć koncentrowanie się dyskusji prawniczej na stosowaniu prawa i wysokości zasiłków, bowiem może to prowadzić także do swoistego regresu, jak stało się to po konflikcie osób z niepełnosprawnością z władzą publiczną. To interesujący proces: z jednej strony rodzice dzieci niepełnosprawnych (w nieformalny sposób) poprzez bezpośrednią demonstrację w gmachu Sejmu bezprecedensowo przyspieszyli działania ustawodawcy w zakresie podwyższenia kwoty zasiłku. Z drugiej jednak strony doprowadzili w ten sposób do swoistej petryfikacji systemu, w której cała rola opiekunów czy wszystkie zadania opiekuńcze są przerzucone na rodzica (w ogromnej większości przypadków na matkę), szybko wypalającego się w wyłącznym sprawowaniu tej roli. Spetryfikowano również związanie świadczenia nie tyle z samą osobą niepełnosprawną i stopniem jej niepełnosprawności, lecz – w sposób anachroniczny – wyłącznie z osobą opiekuna i jego rezygnacją z wykonywania pracy, w zamian za to świadczenie¹⁹. Należy tu zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny przyjął w orzecznictwie, iż celem przyznania świadczenia pielęgnacyjnego jest materialne wsparcie osób, które nie zarabkują z powodu opieki nad osobą niepełnosprawną, jeśli osoba niepełnosprawna wymaga osobistej i bezpośredniej pielęgnacji polegającej na systematycznym współdziałaniu w postaci leczniczej, rehabilitacyjnej czy edukacyjnej. Sprawujący opiekę lub niosący długotrwałą pomoc niepełnosprawnemu, właśnie przez niepełnosprawność tej osoby, jest zmuszony do rezygnacji z pracy zarobkowej, mimo zdolności i gotowości do podjęcia zatrudnienia. Osobą uprawnioną do świadczenia jest zatem „bezrobotny z własnego wyboru”. Chodzi więc o zapewnienie swoistej

¹⁹ Trybunał Konstytucyjny już raz kwestionował treść przepisów ustawy świadczeniowej w zakresie, w jakim świadczenie było przeznaczone głównie dla rodziców niepełnosprawnego dziecka, którzy nie podejmowali lub zrezygnowali z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w związku z koniecznością sprawowania opieki nad swoim niepełnosprawnym dzieckiem. W orzeczeniach P 27/07 i P 41/07 Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z Konstytucją sposobu adresowania ww. świadczenia. Skutkiem tych wyroków było rozszerzenie katalogu osób uprawnionych do otrzymywania takiego świadczenia, na osoby zobowiązane do alimentacji na rzecz osoby niepełnosprawnej.

rekompensaty finansowej osobie, która z własnej woli nie podejmuje zatrudnienia²⁰.

Równocześnie pod znakiem zapytania stała skuteczna, cierpliwa i legalna droga przez instytucje, w tym przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich i Trybunał Konstytucyjny, którą wybrali inni rodzice dorosłych osób niepełnosprawnych. I oni osiągnęli sukces: w związku z wygraną przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich sprawą przed Trybunałem Konstytucyjnym, w dniu 5 grudnia 2013 r. przywrócono setkom tysięcy opiekunów zasiłek w wysokości 520 zł. Jednakże równoległa „akcja bezpośrednia” rodziców dzieci niepełnosprawnych oraz opieszałość parlamentu we wprowadzeniu w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego zdecydowanie zrelatywizowały ten sukces. Przypomnijmy w skrócie cały tok postępowania w tej sprawie, gdyż stanowi on znakomity przykład podstawowych problemów stanowienia i stosowania prawa dotyczącego tych często najsłabszych – osób niepełnosprawnych.

Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich otrzymywało liczne skargi od osób, które na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych²¹ pobierały świadczenia pielęgnacyjne. Skarżący podnosili problem, który powstał na skutek nowelizacji ustawy o świadczeniach rodzinnych²², a który od dnia 30 czerwca 2013 r. pozbawiał ich prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w dotychczasowej wysokości. Prawo to skarżący nabyli na podstawie ostatecznych, bezterminowych decyzji administracyjnych. Ustawodawca, wprowadzając zmiany, chciał zracjonalizować zasady przyznawania świadczenia poprzez ograniczenie kręgu świadczeniobiorców, który w 2013 r. wynosił 191,5 tys. osób, a w prognozie na rok 2014 miał wynosić 125,7 tys. osób (koszt świadczeń w 2009 r. to 437,6 mln zł, natomiast w 2012 r. 1672,3 mln zł), a poprzez to zachować środki w budżecie państwa.

W ocenie Rzecznika na skutek zmian w ustawie świadczeniowej, dotyczących w szczególności modyfikacji warunków nabywania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, doszło do ingerencji w prawa nabyte z decyzji administracyjnej, a także do naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez to państwo prawa. Trwałość czy też moc wiążąca w czasie decyzji administracyjnych ostatecznych w administracyjnym toku instancji jest jedną z podstawowych zasad polskiego postępowania administracyjnego²³. Z tego względu ingeren-

²⁰ Wyrok TK z dnia 5 grudnia 2013 r., K 27/13.

²¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 114 z późn. zm.

²² Ustawa z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1548).

²³ Zob. komentarz do art. 16 § 1 k.p.a. (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014.

cja w prawomocne decyzje może nastąpić wyłącznie na gruncie kodeksu postępowania administracyjnego dla wzruszenia decyzji ostatecznych lub na mocy niebudzącego wątpliwości przepisu rangi ustawowej. „Pułapka prawna” polegała w niniejszej sprawie na tym, że obywatel, opierając się na dokonanej przez organ władzy publicznej ocenie przesłanek nabycia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego i działając w zaufaniu do dokonanej oceny, podejmował w ostatnich latach istotne decyzje życiowe (np. rezygnacja z zatrudnienia lub niepodjęcie zatrudnienia), a następnie – gdy w świetle nowego stanu prawnego utraci prawo do tego świadczenia – ponieść wszelkie konsekwencje zmiany ustawy²⁴. Jest to przykład, w którym widać, jak ustawodawca błędnie wykonuje normy wzorca konstytucyjnego zawarte w art. 69 Konstytucji RP, który mówi, iż osobom niepełnosprawnym władze publiczne udzielają pomocy nie tylko w zabezpieczeniu egzystencji, ale też przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej. Mechanizm przez niego przyjęty ewidentnie nie zdaje tu egzaminu.

Ostatecznie, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z listopada 2014 r. uznał, iż oboje rodziców powinno otrzymywać świadczenie pielęgnacyjne, jeśli mają więcej niż jedno dziecko z orzeczeniem o niepełnosprawności. Trybunał podkreślił, że rodziny w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony państwa, z tym że taka pomoc ma być rzeczywista i skuteczna, a także dostosowana do sytuacji tych rodzin²⁵.

V

Jaką wspólną cechę możemy wyabstrahować z podejścia administracji publicznej do osób niepełnosprawnych w tych trzech obszarach (do których dodać należy także obszar świadczeń socjalnych, a więc zasiłków związanych z niepełnosprawnością)? Podejście to jest obecnie skrajnie nieefektywne i nie spełnia stawianych przed nim celów²⁶. Obecny system błędnie bowiem alokuje środki pieniężne przeznaczone na rzecz osób z niepełnosprawnościami, opiera się na błędnym założeniu, iż osoby niepełnosprawne są z założenia niezdolne do pracy, co więcej,

²⁴ Wniosek do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zmiany warunków nabywania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, RPO/723319-III/13 z 24.06.2013 r.

²⁵ Wyrok TK z dnia 18 listopada 2014 r., SK 7/11.

²⁶ Zob. szerzej: *Zasada równego traktowania – prawo i praktyka. Dostępność witryn internetowych instytucji publicznych dla osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2013, a także *Zasada równego traktowania – prawo i praktyka. Obsługa osób głuchych i głuchoniewidomych w urzędach administracji publicznej*, Warszawa 2014.

dopiero bierność zawodową „nagradza” rentą. Powoduje to wypychanie takich osób z rynku pracy i spychanie ich na margines. Dodatkowo duży chaos i niepewność prawno-ekonomiczna wprowadza nieprzewidywalność orzecznictwa o stopniu niepełnosprawności orzekanym przez różne organy administracji publicznej. Obecne regulacje powodują często występującą groźną przerwę w możliwości korzystania ze świadczeń przysługujących na podstawie orzeczenia o niepełnosprawności i stopniu niepełnosprawności. Taka przerwa w otrzymywaniu środków pozostawia osoby niepełnosprawne bez środków do życia. Obowiązująca procedura wydawania orzeczeń o niepełnosprawności budzi więc poważne wątpliwości i z pewnością godzi w standardy konstytucyjne²⁷.

Jest to także archaiczne podejście do pełnowartościowego partnera administracji, jakim jest osoba niepełnosprawna. Zasadniczo świadczenia (co najbardziej jaskrawe jest w przypadku zasiłków) adresowane są nie do samej osoby niepełnosprawnej lub jej rodziny, ale do podmiotów sprawujących nad nią swoją pieczę – niezależnie, czy jest to pracodawca, opiekun, czy nauczyciel. Tłumaczy to tak mały postęp Polski w zakresie deinstytucjonalizacji opieki²⁸, stanowiący już standard w Unii Europejskiej. Możemy przeanalizować to na przykładzie zasiłków dla dorosłych osób niepełnosprawnych i to tych niepełnosprawnych, których nie dotyczy niepełnosprawność intelektualna. Cały charakter świadczenia i struktura pomocy jest adresowana do opiekuna i jego decyzji, zarobków oraz miejsca na rynku pracy – zamiast uzależnienia od stopnia niepełnosprawności dorosłej przecież osoby, z której stanem związany jest zasiłek. To niemal XIX-wieczne podejście do osoby, którą trzeba się opiekować, ale niekoniecznie traktować podmiotowo. Widać to wyraźnie w samym charakterze aktu normatywnego określającego pieczę publiczną. Jest to, niestety, podejście, w którym szukamy zewnętrznych czynników determinujących sytuację danej osoby, zamiast skupić się na tym jej potencjale, który pozostał i który powinien być wsparty przez państwo w celu osiągnięcia maksymalnego stopnia możliwego udziału w życiu zawodowym i społecznym.

VI

Czy istniejący stan prawny może szybko ulec korzystnej zmianie? Wydaje się, że kluczem do takiej zmiany może być całościowe podejście

²⁷ Zob. *Informacja roczna RPO 2013*, Warszawa 2014, s. 143.

²⁸ Zob. konferencja dotycząca deinstytucjonalizacji, która odbyła się w BRPO, <http://brpo.gov.pl/pl/content/konferencja-dot-deinstytucjonalizacji-opieki>.

do legislacji w danym obszarze, przez odpowiednie dowartościowanie strategii i polityk publicznych²⁹. Obecnie są one uchwalane, dotyczą sytuacji osób najsłabszych – ale często, jak w przypadku np. osób chorych psychicznie, programowe normy pozostają na papierze³⁰. Ważne jest także stałe monitorowanie sytuacji osób najsłabszych – jak w przypadku najbiedniejszych podatników – i okresowa rewizja ustawodawstwa ich dotyczącego. Coraz większą rolę w literaturze przedmiotu przypisuje się znaczeniu zagadnień struktury administracji dla ochrony praw podstawowych. Jest to trend europejski³¹. Sytuacja, w której istnieje odrębny podmiot administrujący koncentrujący swoje działania na danej kategorii partnerów administracji, znacząco poprawia ich docelową sytuację prawną. Można byłoby twierdzić, że to „zaopatrzenie strukturalne” w Polsce funkcjonuje bez zarzutu. Możemy bowiem bez trudu zidentyfikować struktury administracyjne odpowiedzialne za pomoc społeczną, zwalczanie uzależnień czy wspieranie zatrudnienia i łagodzenie trudnej sytuacji osób bezrobotnych czy niepełnosprawnych. Równocześnie w każdym z tych obszarów strukturalnych znajdujemy – dzięki badaniom nauki prawa administracyjnego – szereg uwag krytycznych identyfikujących dysfunkcje. Wskazuje się przykładowo na stałe rozbudowywanie struktur z zakresu pomocy społecznej bez zasadniczej poprawy ich efektywności³². Podkreśla się, że istniejąca organizacja w zakresie izb wytrzeźwień³³ czy zapobiegania narkomanii daleka jest od doskonałości. Zaznacza się wreszcie, że system finansowy zajmujący się dyslokacją środków z tak zwanego „korkowego” jest niezadowolający³⁴. Również struktury administracyjne zajmujące się pomocą osobom bezdomnym nie doprowadzają w swoim działaniu do zmniejszenia ich liczby, a raczej do stabilizacji *status quo*, w tym również do stagnacji liczby bezdomnych

²⁹ Zob. M. Tabernacka, *Prawidłowość kształtowania struktur i procedur w świetle standardów demokratycznego państwa prawnego* (w:) *Plaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, Warszawa 2010.

³⁰ Zob. *Ochrona zdrowia psychicznego w Polsce: wyzwania, plany, bariery, dobre praktyki. Raport RPO*, Warszawa 2014.

³¹ Zob. M. Dombert, K. Räuker, *Am Beispiel der deutschen Sicherheitsarchitektur: Zum Grundrechtsschutz durch Organisation* (w:) *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 10, s. 414 i n., a także Ch. Schwab, P. Richter, S. Kuhlmann, H. Wollmann, *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis: National Trajectories and International Comparisons (Bericht)* (w:) *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 19, s. 839 i n.

³² Zob. M. Konopczyński, B.M. Nowak (red.), *Resocjalizacja. Ciągłość i zmiana*, Warszawa 2008.

³³ T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Izby wytrzeźwień a prawa człowieka*, Toruń 2013.

³⁴ R. Mędrzycki, *Bezdomność w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych – wybrane aspekty*, KPP 2013, nr 1.

w Polsce (ok. 30 tys. osób), mimo przejścia już fazy kryzysu i powrotu wzrostu gospodarczego.

Wszystko to wskazuje na konieczność całościowej refleksji nad administracją centralną właśnie z punktu widzenia strukturalnych aspektów realizacji praw człowieka, a konkretnie – ochrony najsłabszych podmiotów w procesie administrowania. Mimo głębokich zmian ustrojowych, które zostały dokonane po 1989 r. zaskakująco niewielkiej zmianie jakościowej podlegała struktura administracji rządowej, zwłaszcza administracji centralnej³⁵. Te zmiany, które dają się ustalić, pochodziły przede wszystkim z dwóch źródeł. Prywatyzacji niektórych zadań administracji publicznej³⁶ i następującej w związku z tym zmiany, w której administracja z roli bezpośredniego wykonawcy stawiała się organem regulacyjnym lub nadzorującym, przede wszystkim świadczenie usług publicznych. Z drugiej strony pod wpływem europeizacji, zgodnie ze swoistą „strategią domina”, dostawiano do istniejących struktur resorty lub ich części zajmujące się integracją europejską³⁷. Jednakże podstawową zmianą w zakresie wartości administrowania i jej celów, której doświadczyła Polska w okresie ostatnich 25 lat, była przecież swoista „rewolucja praw człowieka” charakterystyczna dla demokratycznego państwa prawnego. Prawa obywateli, mieszkańców, migrantów realizowane są dzięki działaniu administracji centralnej i terenowej, rządowej i samorządowej. Dzięki nowym strukturom samorządu z silną demokratyczną legitymacją samorząd terytorialny potrafi uczynić użytek zarówno z zasady pomocniczości³⁸, jak i z nowych możliwości zaspokojenia potrzeb mieszkańców³⁹. Istniejące w zakresie praw człowieka dysfunkcje mają – jak wskazuje się w literaturze – raczej charakter stosowania prawa, niż kwestii strukturalnych. Dobrym przykładem jest scharakteryzowany w niniejszym opracowaniu problem subwencji

³⁵ A. Błaś, *Przeobrażenia administracji publicznej we współczesnym demokratycznym państwie prawnym* (w:) *Jednostka, państwo, administracja. Nowy wymiar*, Rzeszów 2004.

³⁶ Zob. P. Lissoń, *Formy oraz instrumenty prawne działania organu regulacyjnego na przykładzie Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki* (w:) *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, Poznań 2009, s. 323 i n.

³⁷ Zob. I. Lipowicz (red.), *Europeizacja administracji publicznej. Zbiór studiów*, Warszawa 2008.

³⁸ Zob. T. Bąkowski, *Regulacja i deregulacja administracyjnoprawnej sytuacji jednostki w świetle zasady pomocniczości* (w:) *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Kraków 2007, s. 83 i n.

³⁹ Por. J. Kowalczyk-Grzenkowicz, *Przeciwdziałanie bezrobociu: administracja samorządowa, programy unijne, organizacje pozarządowe*, S. Michalska, *Samorząd gminny, lokalne organizacje pozarządowej polityka państwa w przeciwdziałaniu biedzie na obszarach wiejskich* (w:) H. Kisilowska, E. Malak, *Dwudziestolecie funkcjonowania samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2010, a także R. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 243 i n.

oświatowej oraz dofinansowania specjalnych potrzeb edukacyjnych dla dzieci niepełnosprawnych. Jak wskazano, źródło tej dysfunkcji leży w prawie materialnym, a nie w samych problemach strukturalnych szkolnictwa. Trudniejsza jest sytuacja w administracji rządowej, w istocie niezreformowanej od wielu lat. Trudno bowiem za jakością reformę struktur administracyjnych uznać wprowadzenie ustawy o działach administracji rządowej⁴⁰. Petryfikacja struktur administracji rządowej oznacza, że przez długie lata trwają departamenty, których podstawowe działania są już często realizowane przez inne podmioty, podległy prywatyzacji albo są w większości realizowane przez organy pozarządowe w trybie zadań zleconych administracji publicznej⁴¹.

Dobrym przykładem ogólnych problemów jest resort zdrowia. Wydawało by się, że jest to ta część struktury administracji publicznej, w której strukturalne odzwierciedlenie ochrony praw człowieka, w tym przypadku pacjenta, musi znaleźć swój szczególny wyraz. Tymczasem resort ten, skupiony na problemach prawnych i finansowych służby zdrowia, wykonywaniu budżetu oraz prawach lekarzy i pielęgniarek, a także kwestiach infrastruktury szpitali i przychodni, zepchnął na margines właśnie prawa pacjenta. Doszło wręcz do charakterystycznego „outsourcingu” tej problematyki. W roku 2008 utworzono odrębny urząd Rzecznika Praw Pacjenta – strukturę „wyprowadzoną” z resortu zdrowia. Już w całkowitej izolacji od Ministerstwa miała zapewnić ochronę praw pacjenta. Wybrano tu strukturę podobną do Rzecznika Praw Obywatelskich, ale bez samodzielności ustawowej i konstytucyjnej, powielając równocześnie część kompetencji RPO. Pozornie wyposażenie etatowe i liczba skarg jest imponująca, jednakże prawa pacjenta są przecież komponentą wszystkich procesów decyzyjnych resortu zdrowia. Tymczasem, w ścisłym kierownictwie tego resortu, nie ma już podmiotu, który skupiony byłby na realizacji praw pacjenta. Rzecznik Praw Pacjenta został ukształtowany w gruncie rzeczy jako organ odpowiedzialności zawodowej za błędy w sztuce lekarskiej i bezprawne działania personelu lekarskiego. Efektywność takich działań nie jest jednak wysoka⁴². Wydaje się, że sam sposób ukształtowania urzędu niezwykle utrudnia sprawowanie efektywnej kontroli z punktu widzenia praw pacjenta, osłabiając równocześnie istniejącą strukturę resortu z punktu widzenia

⁴⁰ Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 812 z późn. zm., zob. również: T. Rabska, *Skąd ta wiara*, Rzeczpospolita z 26.02.1999 r.

⁴¹ Zob. również: L. Żukowski, *„Zła administracja” – zagadnienia wybrane*, Administracja. Teoria–Dydaktyka–Praktyka 2010, nr 3.

⁴² Zob. Sprawozdanie roczne za działalność Rzecznika Praw Pacjenta: http://www.bpp.gov.pl/gfx/bpp/userfiles/_public/bip/sprawozdania_roczne/sprawozdanie2012.pdf.

wrażliwości na realizację takich praw. To tylko jeden z przykładów wskazujący na dysfunkcję istniejących struktur.

Z trzech rewolucyjnych zmian, które wstrząsnęły polską administracją publiczną od lat 80., najmniejszy, na razie, wpływ na jej strukturę wywarła, w moim przekonaniu, właśnie swoista „rewolucja praw człowieka”. Nie zmienia tego silna pozycja prawna i duża liczba skarg skierowanych do Rzecznika Praw Obywatelskich, utworzonego tuż przed zmianą ustroju w 1987 r.⁴³ Przeciwnie, widoczna jest tendencja, by wszelkie nowe zobowiązania podejmowane w kolejnych konwencjach przez Polskę, a dotyczące praw człowieka, przekazywać właśnie Rzecznikowi Praw Obywatelskich. Słusznie jesteśmy dumni w skali międzynarodowej z bardzo silnej pozycji RPO. Do budowy tej pozycji przyczynili się wszyscy kolejni Rzecznicy Praw Obywatelskich⁴⁴, w tym w istotny sposób Profesor Adam Zieliński. Pozycja konstytucyjna i ukształtowanie kompetencyjne Urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich⁴⁵ staje się wzorem do naśladowania dla innych krajów. Nie może jednak przyczynić się do ignorowania szerszych problemów strukturalnych, które mogą być usunięte tylko w drodze całościowej, głębokiej reformy centralnej administracji publicznej, stanowiącej dopełnienie dokonanej przed 25 laty, a tak pozytywnie ocenianej, reformy samorządowej.

⁴³ J. Emilewicz, A. Wołek, *Reformatory i politycy*, Opole 2000.

⁴⁴ E. Łętowska (I kadencja – 1987–1992), T. Zieliński (II kadencja – 1992–1996), A. Zieliński (III kadencja – 1996–2000), A. Zoll (IV kadencja – 2000–2006), J. Kochanowski (2006–2010).

⁴⁵ M.K. Drab, *Administracyjnoprawne aspekty działalności Rzecznika Praw Obywatelskich jako organu ochrony praw i wolności jednostki (w:) Jednostka, państwo, administracja. Nowy wymiar*, Rzeszów 2004.

NAJSTARSZY SYSTEM PRYWATNOPRAWNEJ OCHRONY SŁABSZEGO

Tomasz Giaro

1. WSTĘP

Dobrze znana reguła równego traktowania równych przypadków wymaga nierównego traktowania przypadków nierównych. Sytuacja prawna małoletniego nie powinna być identyczna jak pełnoletniego, a sytuacja działającego pod przymusem – jak działającego dowolnie. Jest to zasada wyrównania szans, która bez wątpienia leży u podstaw zachodniej racjonalności prawniczej. W swoim komentarzu do edyktu karboniańskiego prawnik rzymski, Ulpian, wspomina po prostu o wzmożonej ochronie podmiotów narażonych na większe niebezpieczeństwo (D. 37,10,1,5 *magis consulendum est his, quibus maior periculum intenditur*).

Ze szczególną wzmianką o wdowach i sierotach wymieniają ochronę słabszego już mezopotamskie ustawy Urukaginy i Hammurabiego¹. Brak takich programów legislacyjnych w Grecji klasycznej i w republice rzymskiej tłumaczy się demokratyzmem tamtejszego ustawodawstwa, które pozwalała socjalnie słabszym wywalczyć lepszą ochronę przez zorganizowany udział w procesie prawotwórczym. Wystarczy wspomnieć rzymskich plebejuszy, którzy stworzyli w ten sposób nawet tzw. państwo podwójne. Tendencje paternalistyczne wschodniego pochodzenia nawiedzają Rzym dopiero w okresie Cesarstwa: nieśmiało za czasów pryncypatu, a silniej za dominatu.

Zwłaszcza w epoce rewolucji burżuazyjnych nowożytni apologeti zachwalali rzymskie prawo klasyczne jako prawo równości². Ówczesny indywidualistyczny liberalizm wierzył w samosterowność wolności i równości wyłącznie dzięki rynkowi regulowanemu przez – tak jak on moralnie neutralne – prawo prywatne. W przeciwieństwie do feudalizmu, postrzegającego jednostkę tylko jako człon całości społeczeństwa, a zatem i jako beneficjenta swego rodzaju pomocy socjalnej *avant la lettre*,

¹ W. Waldstein, *Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit* (w:) *Festschrift Werner Flume*, t. I, Köln 1978, s. 218.

² R. Villers, *Le droit romain, droit d'inégalité*, *Revue des Etudes Latines* 47 (1969) s. 462–481.

szukano wówczas legitymacji historycznej dla modelu czystego prawa prywatnego, opartego w zupełności na zasadzie autonomii prywatnej.

W ten sposób przeprowadzony na podstawie kryterium interesu (*utilitas*) ulpiański podział prawa na prywatne i publiczne przyczynił się w ideologii burżuazyjnej XIX w. do rozdzielenia społeczeństwa od państwa. Zdaniem Fryderyka Karola von Savigny prawo publiczne ma na uwadze całość społeczeństwa, podczas gdy prawo prywatne – tylko jednostkę. Bogaty może zatem „zniszczyć biednego przez odmowę pomocy lub surowe wykorzystanie prawa zobowiązań”, gdyż o remedium zadba prawo publiczne³. Taki model rzymskiego prawa prywatnego funkcjonuje w nauce do dziś: przykładowo, francuski historyk starożytności Paul Veyne gani je jako „zbyt rygorystyczne w stosunku do słabych i dłużników”⁴.

Zwłaszcza w obecnych dyskusjach o przyszłym kształcie europejskiego prawa umów zwolennicy tzw. modelu socjalnego nierzadko wymieniają jako jego przeciwieństwo model pandektystyczny, romanistyczny czy wręcz rzymski⁵. Jest jednak nader wątpliwe, czy antyczne prawo rzymskie rzeczywiście może odegrać w tym zakresie bezpośrednią funkcję epistemologiczną. Prawo to dysponowało bowiem bardzo rozbudowanym systemem wyrównywania szans. Było ono prawem dążącym do równości, które przez interwencje ustawodawcze i wykładnię prawniczą chroniło słabszych od przypadku do przypadku.

Inaczej niż w religii chrześcijańskiej pomoc słabszym nie jest w antyku rzymskim kwestią charytatywną, lecz kwestią sprawiedliwości, i to nie socjalnej, lecz indywidualnej. Ta zabrania wprowadzić wykorzystywania przymusowej sytuacji kontrahenta, jednak tylko wyjątkowo rodzi pozytywny obowiązek pomocy. Wiąże on zwłaszcza mędrca (*sapiens*). Zdaniem Seneki (ep. 9,8) nie oczekuje on wzajemności, gdyż – inaczej niż zakładała doktryna Epikura – kultywuje przyjaźnię dla nich samych. Podobnie urzędnicy ludu rzymskiego winni wymierzać sprawiedliwość w sposób przyjazny i pomocny obywatelom (Caesar, *civ.* 3,20).

Prawo rzymskie nie znało więc pozytywnego obowiązku pomocy współobywatelom, którego zresztą do dziś trudno się doszukać zarówno w kontynentalnym *civil law*, jak i w brytyjskim *common law*. Jednak usiłowało ono poprawić sytuację osoby o słabszej pozycji prawnej. Wystarczy wspomnieć obecne już w najstarszym *ius civile* przepisy ochronne

³ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 371.

⁴ P. Veyne, *Humanitas: romani e no* (w:) A. Giardina (red.), *Uomo romano*, Roma-Bari 1993, s. 412–413.

⁵ A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *Rivista Critica del Diritto Privato* 23 (2005) s. 92.

na rzecz dłużników, zwłaszcza ograniczające wysokość odsetek. Mimo to wzajemne podchodzenie się (*circumvenire*), a nawet wykorzystywanie sytuacji przymusowej strony przeciwnej, uchodziło za dozwolone. Idea ochrony słabszego pojawiała się *ex post*, często jako uzasadnienie norm wprowadzonych z innych powodów.

W ten sposób prawnik wczesnoklasyczny Proculus wspomina jako przyczynę zakazu darowizn między małżonkami ochronę darczyńcy przed zubożeniem (D. 24,1,31,7 *maiores donanti succurrisse ... ne amore alterius alter despoliaretur*), a więc ten sam motyw, którym późni klasycy, Paulus i Tryfoninus, uzasadniają przywilej ograniczonego zasądzenia każdego darczyńcy (D. 42,1,49-50 *donatori succurrere ... ne liberalitate sua inops fieri periclitetur*). Pomponiusz rozumie zwrócenie zwierchnikowi agnacyjnemu ustanowionego przezeń posagu (*dos profecticia*) jako swoiste zadośćuczynienie materialne za szkodę moralną (D. 23,3,6pr. *iure succursum est patri ... ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*).

Z biegiem czasu na stare *ius civile* nałożyły się stopniowo młodsze warstwy prawa. Ochrony słabszego podjął się zwłaszcza pretor jako twórca rzymskiego *ius honorarium*. Stąd terminologia pomocowa w postaci czasowników *succurri*, *subveniri*, *adiuvare* i rzeczowników *auxilium* i *remedium* odnosi się przeważnie do środków pretorskich, takich jak *actio in factum*, *ficticia* i *utilis*, *cautio* i *denegatio actionis*. Co więcej, użyte bez dalszego uściślenia terminy *succurri*, *adiuvare*, *auxilium* i *remedium* oznaczają właśnie zarzut procesowy (Ulp. D. 4,4,6,1; Paul. D. 44,1,7,1; Pap. D. 46,3,94,3) czy tzw. przywrócenie do stanu poprzedniego (*in integrum restitutio* Iul. D. 4,4,41; Ulp. D. 4,6,26,9).

Ulpian (D. 4,4,16pr.) określa te remedia jako stosowane w braku zwyczajnych środków prawnych (*commune auxilium et merum ius*) środki szczególne (*extraordinarium auxilium*), podczas gdy Paulus (D. 13,5,30) przeciwstawia *strictum ius* i *per exceptionem adiuvare*, Papinian (D. 46,1,51,4) *ius commune* i *auxilium aetatis*, a Ulpian (D. 15,1,32pr.) wręcz *ius* i *aequitas*. Oczywiście również te środki szczególne podlegają procesowi stopniowej typizacji, w związku z czym późni klasycy wspominają po prostu fakt ich przysługiwania (Ulp. D. 4,6,15,1 *competere*) lub zwyczajowe wnioski o ich przyznanie (Pap. D. 40,4,50,1 *auxilium ... more solito desiderantibus*).

W okresie pryncypatu to cesarz stał się obrońcą niewolników, wyzwolenców i podmiotów słabych gospodarczo, jak np. dzierżawcy w jego domenach. Zwłaszcza od panowania Hadriana, gdy kodyfikacja edyktu sprowadziła pretora do roli organu wykonawczego i adresata cesarskich reskryptów (D. 4,1,7pr.; D. 43,30,1,3), innowacyjną funkcję ochronną przejęły uchwały senatu, a szczególnie konstytucje cesarskie. To z nimi łączą teraz Gaius (G. 3,121a), Ulpian (D. 25,4,1,1; D. 26,5,12,2;

D. 29,2,30pr.) i Paulus (D. 4,6,8; D. 27,7,8,1) czasowniki *subvenire*, *succurrere* i *adiuvare*. To od pryncypsa oczekuje się obecnie prawnych środków ochrony i pomocy: *remedium* i *auxilium*.

Zdaniem Ulpiana prynceps może chronić określone osoby w drodze indywidualnych decyzji (D. 1,4,1,2 *quaedam sunt personales ... si cui sine exemplo subvenit*). Reskrypt Antoninusa Piusa (D. 1,6,2 *ne auxilium ... denegetur his qui iuste deprecantur*) wspomaga pozbawionych zwykłej ochrony. Inny jego reskrypt (D. 26,5,12,2) zatwierdza mianowanie kuratora dla marnotrawców nie dotkniętych zakazem pretorskim, którzy w przeciwnym razie (*nisi subveniatur is*) doznają zubożenia. *Divi fratres* (D. 25,4,1pr.-1) autoryzują ustanowienie nadzorców dla rozwódki w pominiętym przez *senatus consultum Plancianum* przypadku, w którym zaprzecza ona, że jest w ciąży – tę innowację chwali Ulpian jako konieczność: *extra ordinem ... in causa necessaria subvenire*.

Wbrew tradycyjnej zasadzie *ius civile* cesarz Septymiusz Sewer i jego syn Karakalla (D. 28,5,93) przyjmują suplikę spadkobierczyni, którą w pierwszym testamencie wprowadzić uwzględniono, w następnym jednak – w wyniku wyrażonego w testamencie błędnego przeświadczenia spadkodawcy o jej śmierci – pominięto: *ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum*. Wcześniejsze określenia nadzwyczajnych środków pretorskich *auxilium* i *remedium*, odnoszone obecnie do prawa cesarskiego (Pap. D. 38,2,41; Ulp. D. 40,5,26pr.), już w czasach Papiniana używane są na oznaczenie ochrony zwyczajnej (D. 46,8,3,1 *auxilium commune*).

O ile pisarze niefachowi rozumieją *succurri* jako funkcję ochronną prawa (Sen. contr. 9,3,9 *lex*; Quint. decl. 5,7 *iura*) i organów wymiaru sprawiedliwości (Sen. contr. 3,9 *tribuni*; Quint. decl. 13,10 *iudices*) zawsze w sensie mniej lub bardziej dosłownym, wręcz materialnym, o tyle u prawników czasownik ten stopniowo błędnie treściowo, spadając od znaczenia przyznawania pomocy nadzwyczajnej do zwykłego uruchamiania standardowych środków prawnych. W prawie klasycznym, które nie rozróżnia między materialnoprawnym roszczeniem i prawem do skargi (*actio*), każdy szukający ochrony potrzebuje pomocy pretora, co utrudnia rozróżnienie między ochroną normalną i specjalną.

W tym sensie kojarzące się z ideą pomocy pojęcia *succurri*, *iuvare* i *auxilium* obejmują również środki ofensywne (Iul. D. 8,5,16; Paul. D. 4,3,25; Ulp. D. 14,1,1,18; D. 37,9,1,15). W zakresie obowiązywania *senatus consultum Macedonianum*, które za panowania Wespazjana zabroniło udzielania pożyczek pieniężnych synom rodziny, *succurri* oznacza zwykłe stosowanie prawa. Mimo że senat chciał w ten sposób chronić ojca przed zgubną dla niego pożyczką (Ulp. D. 14,6,3,3), Ulpian używa zwrotu *filio subveniri* (D. 14,6,7pr.-1; D. 14,6,7,3; D. 14,6,9,3), gdyż to synowi przysługuje zarzut procesowy. W ostatnim z tych tekstów wyrażenie

succurrere filio et patri znaczy tylko tyle, że również ojca chroni się przed skargą, wytaczaną z tytułu ustanowienia przez niego *pekulium*.

2. POMOC OSOBOWA

Wyrównanie strat przez pretora uzasadnia się albo osobistymi cechami podmiotu chronionego, albo jego uczestnictwem w sytuacjach, w których może znaleźć się każdy. Za godne ochrony kategorie osób uważano przede wszystkim niezdolnych do czynności prawnych, jak niedojrzali i kobiety, następnie małoletnich, czyli osoby poniżej 25 lat życia, niewolników i wyzwolenców, wreszcie niezdolnych majątkowo synów rodziny i w końcu żołnierzy. Paulus zaznacza, że ochrona polegająca na właściwościach osoby (D. 50,17,68 *personae condicio*) jest – w przeciwieństwie do ochrony opartej na rodzaju skargi (*genus actionis*) – niezbywalna i niedziedziczna.

(a) Niedojrzałego chroni już sama instytucja opieki, uznana przez Gaiusa (G. 1,189) – przeciwnie do opieki nad kobietami – za zgodną z prawem natury. Po osiągnięciu dojrzałości ułatwia się niedojrzałemu realizację jego roszczeń w stosunku do byłego opiekuna za pomocą *actio tutelae*. Natomiast służące podopiecznemu środki specjalne to edyktalny (E. 219.3) przywilej egzekucyjny przeciw byłemu opiekunowi (Pap. D. 26,7,42 *personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem*) i przyznana uchwałą senatu z czasów Trajana skarga posiłkowa (*actio subsidiaria*) przeciw urzędnikom municypalnym, którzy mianowali nie dość majątnego opiekuna (Ulp. D. 27,8,2).

Septymiusz Sewer urzeczywistnia swój program pomocy podopiecznym (*subvenire pupillis*), pozbawiając beztestamentowego posiadania dóbr spadkowych matkę, która zaniedbała postawienia wniosku o opiekuna dla swych dzieci (D. 26,6,2,2). Wbrew regułom ogólnym jurysci faworyzowali nabycie praw dokonane przez pupila. Jeśli jest on jeszcze dzieckiem (*infans*), można za zgodą opiekuna wydać mu spadek *ex Trebelliano* (Maec. D. 36,1,67,3 *omnimodo subveniendum*). Szczególnie korzystne było dobrodziejstwo wstrzymania się od spadku (*beneficium abstinendi*) przysługujące niedojrzałemu jako dziedzicowi domowemu. Może on z niego skorzystać nawet wtedy, gdy wmieszał się już w sprawy spadkowe; pomaga się wtedy tak jego poręczycielom, jak i osobom, które nabyły od niego rzeczy spadkowe w dobrej wierze (Scaev. D. 29,2,89; Iul. D. 29,2,44).

(b) Jakiegokolwiek były cele późno-republikańskiej *lex Laetoria*, ulpiański komentarz (D. 4,4,1pr.) do wprowadzonego jej śladem zapewne w I w. przed Chr. edyktu o przywróceniu do stanu poprzedniego

z powodu młodego wieku (*propter aetatem*) podkreśla jego cel ochronny (*tutela minorum*): pretor obiecał bowiem małoletnim *auxilium* i wsparcie (*opitulatio*) przeciw nieoczekiwanym stratom (*captiones*). Jak w innych przypadkach *restitutio*, która nigdy nie służy osiągnięciu zysku lub ukaraniu osób trzecich (Tryph. D. 4,4,37pr.; Paul. D. 4,6,18), małoletniemu pomaga się tylko wtedy, gdy poniósł stratę, a więc był *deceptus* lub *captus* (Gai. D. 29,2,57,1; G. 2,163; Ulp. D. 3,1,1,10; D. 4,4,7,5; D. 4,4,11,3), *lapsus* lub *circumventus* (G. 4,57; Al. C. 2,24,2; C. 2,41pr.).

Podobnie jak w zakresie ochrony podopiecznych rzymscy prawnicy klasyczni zwykli byli podkreślać, że z ochrony małoletnich powinni korzystać wyłącznie oni sami, a nie – by tak rzec: przy okazji – również inne osoby. Zdaniem tak Paulusa (D. 4,4,23pr. *cum eo modo maiori potius consuleretur*; D. 4,4,38,1 *cum patri adquirere possunt*), jak i Ulpiana (D. 4,4,3,4 *efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur*) nie przywraca się zatem do stanu poprzedniego małoletniego syna rodziny, gdyby – jak ma to miejsce zwłaszcza przy skardze *de peculio* – jako piastun władzy korzystał na tym jego ojciec.

(c) Kobięca słabość osądu (*infirmitas consilii*) jest według Cycero-na (Mur. 27) motywem tak starostoickim, jak i starorzymskim. Jednak jeszcze w okresie pryncypatu kobieta, która cieszy się w prawie prywatnym przywilejami *favor dotis*, *favor uxoris* i *favor matrimonii*, nadal podlega ochronie. Najwyraźniej przejawia się ona w zakazie tzw. intercesji, wprowadzonym ok. 54 r. po Chr. przez *senatus consultum Velleianum*. Ów zakaz umacniania cudzych długów, a więc „podejmowania zadań męskich”, uzasadniają prawnicy wskazaniem na *imperitia* (Paul. D. 2,8,8,2), *imbecillitas* oraz *infirmitas* (Ulp. D. 16,1,2,2-3) kobiet, narażonych w związku z tym szczególnie na ryzyko majątkowe (Paul. D. 16,1,1,1).

Zgodnie z jej brzmieniem uchwała senatu nie chroni kobiety przed dokonaniem przez nią darowizn (Ulp. D. 16,1,4,1 *senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti*; Call. D. 16,1,21,1), ani przed zaciągnięciem zobowiązań tylko pozornie w cudzym, lecz faktycznie w swoim własnym interesie (Gai. D. 16,1,13pr.; Pomp. D. 16,1,32pr.). W uzasadnieniu Papinian wskazuje na niedorzeczność pomagania kobiecie świadomie ryzykującej we własnym imieniu (D. 46,3,95,2 *inconditum est subvenire sexui mulieris, quae suo nomine periclitetur*). Przy ustanowieniu posagu – podobnie jak przy *in integrum restitutio* małoletnich – wystarczy według Pomponiusza samo „podejście” przez drugą stronę, nawet jeśli nie dopuściła się ona podstępu i oszustwa (D. 23,3,6,2).

(d) Za pośrednictwem dobrodziejstwa wstrzymania się od spadku (E. 209-10 *beneficium abstinendi*), określonego przez Tryfoninusa (D. 23,2,67,6) jako *auxilium* jurysdykcji pretorskiej, pretor chroni syna rodziny, który w zasadzie z mocy prawa staje się automatycznie

dziedzicem ojca. Paulus (D. 11,1,12pr.) wspomina pretorską pomoc dla syna, który wprawdzie wstrzymał się od spadku, lecz nie udzielił odpowiedzi na procesowe zapytanie, czy jest dziedzicem. Mimo że milczenie uznawano w takich razach za krnąbrność (*contumacia*), należy synowi pomóc (*succurrendum*); nie musi on przecież wyraźnie zaprzeczać, gdyż z racji udzielenia mu wspomnianego *beneficium* pretor nie uznaje go już za dziedzica (*heredis loco*).

Dla syna rodziny, który nie dziedziczy po ojcu, edykt przewiduje (E.104.1, s. 278) przywilej zasądzenia ograniczonego do sumy, którą „może on zapłacić” (*condemnatio in id quod facere potest*). Przywilej ten przysługuje mu przeciw skardze z tytułu długu zaciągniętego wobec osób trzecich w czasie podległości władzy ojcowskiej. W razie dokonania niekorzystnego rozporządzenia w wyniku pochodzącej od ojca rodziny groźby ten niedziedziczny przywilej (Ulp. D. 14,5,4,3-4) przyznaje się synowi tylko wyjątkowo, a mianowicie wtedy, gdy następnie wstrzymał się on od spadku po ojcu (D. 44,4,4,34). W końcu należy wspomnieć rekskrypt cesarza Dioklecjana, który w chwili śmierci darczyńcy konwaliduje z mocy prawa nieważną darowiznę dokonaną przez ojca na rzecz syna (FV. 292 *benigne subvenitur filio*).

(e) Potrzebującymi pomocy, którzy nie są w stanie sami załatwić własnych spraw, są w świadomości społecznej Rzymian również niewolnicy. Gaius wspomina starsze wyzwolenia nieformalne, w wyniku których zachowywali oni wolność z pomocą pretora (G. 3,56 *auxilio praetoris*). W pierwszej połowie II w. po Chr. wydano na temat wyzwoleń fideikomisarnych, a więc takich, o których wykonanie spadkodawca prosił spadkobiercę, liczne uchwały senatu, których skutek prawnicy określali jako *fideicommissis libertatibus subvenire* i *succurrere*. W tak przychylnym dla wyzwoleń klimacie uchwały senatu były wspomagane przez konstytucje cesarzy i prawniczą wykładnię rozszerzającą (Ulp. D. 40,5,24,1; D. 40,5,30,8).

Ten rozwój reżimu prawnego wyzwoleń opiera się przede wszystkim na zasadzie uprzywilejowania wolności (*favor libertatis*), jednak również na respekcie dla ostatniej woli testatora (*favor testamenti*), której wyraz stanowi wyzwolenie fideikomisarne (Ulp. D. 40,5,24,21 *succurri ... oportet, ne contra voluntatem defuncti...*), a także na interesie dziedzica w zachowaniu tzw. prawa patronatu (Maec. D. 40,5,36pr.). W ramach *favor libertatis* uchwały senatu przychodzą z pomocą niewolnikom, którym w wytoczeniu skargi o wolność przeszkadza (Ulp. D. 40,5,26,1) ich lenistwo (*ignavia*), nieśmiałość (*timiditas*) i nieświadomość swego prawa (*ignorantia*), jak też *auctoritas* i *dignitas* osoby obciążonej powinnością wyzwolenia.

(f) Za podmiot słabszy i godzien szczególnej ochrony uznaje pretor także wyzwolenca w jego stosunkach z patronem. Z jednej strony

edykt dezaprobuje czynności dokonane przez wyzwolenca z pokrzywdzeniem (E. 151 *in fraudem*) patrona, chroniąc w ten sposób jego roszczenie do zachowku (*portio legitima*), lecz z drugiej strony chroni też wyzwolenca przed narzuconymi przez patrona, a wyzwolenca nadmiernie obciążającym umowami (E. 140 *onerandae libertatis causa imposita*). W razie wykorzystania przez patrona sytuacji podporządkowania, w której znalazł się zależny odeń wyzwoleniec, pretor wspomaga go zatem (Ulp. D. 44,5,1,6-8 *succurrere*) zarzutem procesowym.

(g) Wspomnieć też trzeba o wzmożonej ochronie prawnej, z której korzystało w prawie rzymskim dziecko poczęte, uznawane zdaniem Juliana za już urodzone w niemal całym prawie prywatnym (D. 1,5,26 *in toto paene iure civili*). Ulpian przyznaje mu *Carboniana bonorum possessio*, interpretując jego pozycję *a maiore* jako bardziej uprzywilejowaną niż pozycja urodzonego już chłopca (D. 37,9,1,15 *ventri quoque subvenire praetorem debere ... eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri*). Tenże prawnik zauważa, że dziecko poczęte, którego ciężarna matka popadła w niewolę wojenną, dysponuje niezależnie od matki samodzielnym prawem powrotu (D. 4,6,15,1 *postliminium*).

(h) Testamenty żołnierzy już Juliusz Cezar zwolnił z ogólnych przesłanek ważności. Tę innowację uzasadniały konstytucje Trajana (D. 29,1,1pr.) i Karakalli (C. 6,21,3pr.) brakiem wykształcenia (*simplicitas*) lub niedoświadczeniem (*imperitia*) uprzywilejowanych. Specjalny reżim testamentu żołnierskiego doprowadził również do złagodzeń prawa powszechnego, szczególnie do rozluźnienia zależności poszczególnych rozporządzeń testamentarnych od skuteczności ustanowienia dziedzica (Pius-Maec. D. 40,5,42; D. 29,1,14). Dalszym ułatwieniem było zwolnienie dziedzica ustanowionego w takim testamencie (Paul. D. 4,6,35,6; Pap. D. 49,17,14pr.) od obowiązujących z mocy ustaw małżeńskich Augusta (*lex Iulia et Papia*) ograniczeń w zdolności do dziedziczenia testamentowego (*capacitas*).

3. POMOC SYTUACYJNA

Pomocy sytuacyjnej udziela pretor na ogół w drodze przywrócenia do stanu poprzedniego (*in integrum restitutio*). Poza przypadkami przymusu psychicznego i nieobecności w sprawach publicznych jej przesłankami są okazana przez partnera w obrocie nieuczciwość, a także błąd poszkodowanego i zmiana jego prawnego statusu (Ulp. Paul. D. 4,1,1-2). Interwencja pretora zmierza do odwrócenia nieusprawiedliwionej straty (*captio*), co dla strony przeciwnej oznacza zarazem wykluczenie odniesionych przez nią nieuzasadnionych korzyści. Jednak edykt nie zmierza

do zapewnienia sprawiedliwości umownej w sensie równowagi gospodarczej świadczeń, z osiągnięcia której prawnicy rzymscy od Pomponiusza (D. 4,4,16,4) do Paulusa (D. 19,2,22,3) wyraźnie rezygnują.

(a) Podobnie jak Seneka starszy (contr. 9,3,9 *lex vim passo succurrit*) jako *succurri* określają prawnicy Ulpian i Paulus (D. 4,2,7,1; 21,6) pretorską pomoc przeciw przymusowi. Również i ona motywowana jest etycznie, gdyż przymus odrzuca się z perspektywy *boni mores* (Ulp. D. 50,17,116). Niemoralną istotę przymusu wspominają jako przesłankę Ulpian (D. 4,2,3,1; D. 4,2,16,2; D. 4,2,23,3) i Paulus (D. 4,2,8pr.). Pomoc ofiarom szeroko rozumianego przymusu tematyzują – poza pretorską regulacją *onerandae libertatis causa imposita* – na obszarze pozakontraktowym interdykty *unde vi* (D. 43,16,1,1), *ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit* (D. 43,4,4pr.), *de migrando* (D. 43,32,1,2) i *de hominis armatis coactisve* (D. 47,8,2,1).

(b) Również *in integrum restitutio* z powodu nieobecności (*propter absentiam*) pojmują prawnicy późnego pryncypatu, Paulus (D. 4,6,16 *non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rebus impeditis*) i Ulpian (D. 4,6,26,9 *quotienscumque quis ex necessitate ... afuit ... subveniendum*), jako pomoc w typowej sytuacji konieczności, zwłaszcza w razie służby wojkowej. Zdaniem ich rówieśnika Callistratusa pomoc przysługuje również temu, kto znalazł się w więzach i w niewoli, czy to prywatnej, czy wojennej (D. 4,6,9). Podobnie komentuje Ulpian niemożność dotrzymania terminu sądowego z powodu choroby (D. 2,11,2,2-3 *subveniendum i exceptione adiuvatur*).

(c) Nieuczciwości w obrocie przeciwdziała przede wszystkim edykt o podstępie (E. 40 *dolus*). Jego ulpiańska laudacja (D. 4,3,1pr.) uwypukla cel przywrócenia równowagi, zakłóconej przez chytrość (*calliditas*) partnera umownego: *adversus varios et dolosos ... subvenit*. Poza pomocą oszukanym (Ulp. D. 4,1,1 *circumventis subvenire*) wyklucza się też nieuczciwe zyski, co Ulpian postuluje również w innych kontekstach (D. 10,4,11,1; D. 15,1,30,5; D. 15,3,3,9; D. 15,3,10,7). Poszkodowanego przez nieuczciwość wspomagają zdaniem Ulpiana ponadto edykty o sprzedaży człowieka wolnego jako niewolnika (D. 40,12,14pr.), o fałszywym opiece (D. 27,6,1pr. *ne contrahentes decipiantur*) i edykt edylski, który zapobiega machinacjom sprzedawców, chroniąc zarazem nabywców (D. 21,1,1,2 *ut ... emptoribus succurratur*; D. 21,1,37 *ne emptores ... circumveniantur*).

Ulpian podkreśla również w laudacji edyktu o *actio institoria*, że przedsiębiorca, który zakazał wprowadzić zawierania umów ze swoim kierownikiem sklepu, ale uczynił to w sposób nieprzejrzysty, odpowiada wobec wszystkich klientów (D. 14,3,11,5 *neque enim decipi debent contrahentes*). Użyteczność (*utilitas*) skargi armatorskiej Ulpian (D. 14,1,1pr.) uzasadnia w drodze prawnopolitycznego wniosku porównawczego,

gdyż z racji konieczności żeglugi przymus kontraktowania z kapitanem jest większy niż z kierownikiem sklepu. Jednak niewiele później prawnik argumentuje (D. 14,1,1,5) *ad absurdum*, domagając się – podobnie jak przy *falsus tutor*, *actio institoria* i *receptum nautarum* – wyeliminowania z obrotu oszustwa: *alioquin contrahentes decipientur*.

Zdaniem Ulpiana chytrłość zwalczałą też edykt o *fraus creditorum* (E. 225), który wspomógł (D. 42,8,1,1 *consuluit*) wierzycieli przeciw pokrzywdzeniu, i edykt rozpoczynający się od słów „Jeśli ktoś pominąwszy testament...” (E. 168). Ten ostatni przyznaje zapisobiercom przeciw chytremu dziedzicowi testamentowemu, który posiada spadek beztestamentowo, skargę z fikcją, że nabył on jednak spadek z testamentu (D. 29,4,1pr.). W edyktach o pokrzywdzeniu patrona (E. 151) pomoc pretorska, wspomniana tak przez Juliana (D. 38,2,20,4; D. 42,6,6,1), jak i przez Ulpiana (D. 38,2,8pr.-1; D. 38,5,1,19), przywraca równowagę, zakłóconą przez *ignorantia* patrona i *fraus* wyzwoleńca. Na obszarze pozakontraktowym represjonuje chytrłość interdykt *quod vi aut clam* (Ulp. D. 43,24,1,1).

(d) O remediach przeciw błędowi wspominają w kategoriach środków pomocy Gaius (G. 4,57), Paulus (D. 2,8,8,2) i Ulpian (D. 11,1,11,8; D. 27,6,1,6; D. 44,2,11pr.; D. 49,1,1,3). Reskrypt wydany przez *divi fratres* pomaga przy apelacji skierowanej błędnie do niewłaściwego urzędu jurysdykcyjnego (D. 49,1,1,3 *errori subventum*). Niemniej jednak według reskryptu Septymiusza Sewera i Karakalli (D. 22,6,9,5) w razie zasadniczo niewybaczalnego błędu co do prawa w myśl zasady samoodповідzialności nie wspiera się głupich (*stulti*), lecz tylko błędzących. Pomaga się więc wyłącznie pewnym kategoriom osób, zwłaszcza małoletnim, którym wyjątkowo dozwolono nie znać prawa (Paul. D. 22,6,9pr. *minoribus ... ius ignorare permissum est*).

(e) Jako *succurri* określa się również – nie zawsze przewidziany w edykcie – przywilej ograniczonego zasądzenia (*condemnatio in id quod facere potest*), przysługujący wyłącznie pewnym kategoriom dłużników. W przypadku współnika Ulpian wspomina jego osobisty przywilej (D. 17,2,63,1 *personale beneficium*), podczas gdy Pomponiusz – zwykłą pomoc prawną (D. 42,1,22pr.-1 *succurri*), natomiast w odniesieniu do zobowiązanego do zwrotu posagu Paulus wymienia zarówno osobisty przywilej męża (D. 24,3,13 *personale beneficium*), jak i przysługującą mu ochronę zwyczajną (D. 42,1,49 *succurri*). Przywilej męża nie sięga jednak tak daleko jak przywilej darczyńcy (*pinguius enim donatori succurrere debemus*), którego nie obciąża przecież „prawdziwy dług”.

(f) Odnosnie do zobowiązań solidarnych w funkcji poręczenia już ustawy republikańskie starały się pomóc gorzej postawionym poręczycielom przeciw ich uprzywilejowanym kolegom, co Gaius (G. 3,122-4)

określa jako *beneficium legis Apuleiae* i *beneficium legis Corneliae*. Tenże prawnik (G. 3,121a) wspomina też pomoc (*adiuvare*) z mocy listu (*epistula*) Hadriana, pozwalającą poręczycielowi wnosić, by wierzyciel podzielił swą skargę między wszystkich wypłacalnych poręczycieli. O pomocy pretorskiej świadczonej w drodze zarzutu podstępny poręczycielowi, gotowemu zapłacić cały dług, wspominają Julian i Papinian, przyznając mu cesję skarg wierzycielskich przeciw pozostałym poręczycielom (D. 46,1,17; D. 46,1,51,1 *succurri*).

4. ZASADY

Podobnie jak rzymska filozofia moralna, która dezaprobuje wszechobecność taniego miłosierdzia i zaleca pomagać wybiórczo tylko tym, którzy na to zasługują, również rzymskie prawo klasyczne nie zna ogólnego nakazu świadczenia pomocy wszystkim zainteresowanym. Wzmoczonej ochrony prawnej udziela się na podstawie przewidzianej w edyktie klauzuli generalnej „słusznej przyczyny” (*iusta causa* E. 40; E. 44; E. 285) tylko w uzasadnionych przypadkach. Poza tym pretor może na podstawie częstego zastrzeżenia „zbadania sprawy” (*causae cognitio* E. 28; E. 104.1; E. 109.3; E. 118; E. 168; E. 194; E. 249) albo rozszerzyć pomoc na przypadki pominięte w edyktie, albo jej nawet – mimo edyktalnej obietnicy udzielenia – odmówić.

(a) Stąd Cerwidiusz Scewola, Ulpian (D. 4,4,47pr.; D. 4,4,13pr.) i Modestyn (D. 4,1,3) wspominają pretorską obietnicę przyznania ochrony po zbadaniu sprawy (*causa cognita*). Wykładnię słusznościową propaguje zwłaszcza Ulpian (D. 4,4,13pr. *non est aequum subveniri*; D. 5,2,26; D. 11,1,11,8 *aequum* lub *aequissimum est succurri*; D. 43,18,1,5; D. 47,10,7,2 *aequissimum erit subvenire*), lecz także Paulus (D. 13,5,17 *aequum est succurri*). Nic dziwnego, że prawnicy nie powołują się przy tym na tekst edyktu, lecz raczej na praktykę jurysdykcyjną organów wymiaru sprawiedliwości, opisaną w zwrotach *solet succurri* (PS. 5,12,4; Iul. D. 46,1,17; Ulp. D. 42,1,12) czy *subveniri* (Ulp. D. 39,2,15,22), *plerumque subvenitur* (D. 39,2,15,32), *solent praefecti iuvare* (D. 14,1,1,18) lub *adiuvare ... solet* (Paul. D. 49,14,45,9).

Praktyka *causae cognitio* łamie tradycyjne zasady rzymskiego procesu cywilnego. Mimo niezdolności procesowej kobiet wolno im z konieczności wytoczyć proces o wolność jednego z krewnych, i to nawet wbrew jego woli (Ulp. D. 40,12,1pr.; D. 40,12,3,2 *ut ... succurratur*). Od epoki Antoninów prawo cesarskie koryguje skostniałe w międzyczasie prawo pretorskie. W ramach przysługującemu ojcu rodziny interdyktu o okazywaniu dzieci (E. 262), który wykluczał wszelką odmowę, poczynając od

Antoninusa Piusa, cesarze przyznają matce zarzut procesowy *ex iustissima causa* (D. 43,30,1,3 *subveniendum*). Na wzór „zażalenia na testament sprzeczny z powinnością” (*querela inofficiosi testamenti*) cesarz Aleksander Sewer przyznaje dzieciom uprawnionym do zachowku *querela inofficiosae donationis* przeciw obdarowanemu (Paul. D. 31,87,4 *subveniendum*).

(b) Zasady przewodnie prawnej ochrony słabszego odpowiadają przeważnie moralnym nakazom sprawiedliwości. Odmawia się zatem pomocy z jednej strony tym, którzy doznali uszczerbku z własnej winy, zwłaszcza umyślnej (*dolus*), z drugiej zaś tym, którzy żądają specjalnej ochrony kosztem osób trzecich. W ten sposób sam tekst edyktu ogranicza zastosowanie *in integrum restitutio* z powodu nieobecności (*propter absentiam*), zastrzegając, że tak nieobecność w sprawach publicznych (Call. D. 4,6,4), jak i pozbawienie kogoś skargi przez urzędnika winny zaistnieć bez podstępu ze strony wnioskodawcy, gdyż pretor nie zwykł wspierać przestępców (Ulp. D. 4,6,26,6 *delinquentibus praetor non subvenit*).

Inne przypadki wykluczenia ochrony w razie podstępu ze strony zainteresowanego są wynikiem wykładni prawniczej: dotyczy to *cautio legis Falcidia* (Ulp. D. 35,3,1,15; D. 35,3,3pr.), zapytania, czy ktoś jest dziedzicem (Ulp. D. 11,1,11,8 *an heres sit*), edyktalnego zasądzenia *in id, quod facere potest* współnika (Pomp. D. 42,1,22,1) i ustanawiającego posag (Paul. D. 26,7,43,1), następnie odpowiedzialności osoby, przez którą kto inny nie stawiał się w procesie (Iul. D. 2,10,3,3), jak i poręczenia za małoletniego dłużnika (PS. 1,9,6; Pap. D. 46,1,48,1). Już na przełomie republiki i pryncypatu prawnik Labeon odmawiał przywrócenia do stanu poprzedniego posiadacza z tytułu *damnum infectum*, który był w stanie nieruchomości naprawić, lecz wolał ją opuścić (Ulp. D. 39,2,15,35 *neque, si postea succurri sibi velit, audiendum*).

Późnoklasykresne reskrypty (Al. C. 4,29,5) odmawiają ochrony *senatus consultum Velleianum* kobiecie działającej podstępnie (*callide*), co Ulpian D. 16,1,2,3 rozumie w sensie pomocy *deceptis, non decipientibus*, gdyż na pomoc (*auxilium*) zasługuje kobieca słabość, a nie przebiegłość. Podobnie uogólnia Paulus, że trzeba pomagać kobietom w obronie przeciw atakom, a nie ułatwiać im szykanowanie innych (D. 50,17,110,4 *tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumniantur*). W słynnym reskrypcie Dioklecjana „złośliwość uzupełnia wiek” (C. 2,42,3pr.), więc podstęp poszkodowanego odbiera mu możliwość obrony w oparciu o małoletność. Podobnie edykt o fałszywym opiecekunie zakłada niewiedzę po stronie kontrahenta, a zatem kto miał wiedzę, ten w końcu oszukał się sam (Ulp. D. 27,6,1,6 *scienti non subvenit ... quoniam ipse se decepit*).

(c) Edykt wyklucza przywrócenie do stanu poprzedniego *propter absentiam* na koszt osoby trzeciej, gdyż działa on nie tylko na korzyść, lecz także na niekorzyść nieobecnego, jeśli z jego powodu inni doznali

strat (Ulp. D. 4,6,1pr.). Cel pretora jest bowiem, co podkreśla Ulpian, symetryczny (D. 4,6,21pr.-1 *ut, quemadmodum succurrit supra scriptis personis... ita et adversus ipsas succurrat*). Nieobecnemu nie tylko wynagradza się więc poniesione przezeń straty (*damnum*), lecz także odbiera się mu osiągnięte przezeń nieuzasadnione zyski (Paul. D. 4,6,22,1; D. 4,6,30,1 *lucrum*). Również to *remedium* przyznaje pretor na zasadzie samoodpowiedzialności, a zatem tylko wtedy, gdy nieobecny nie pozostawił na miejscu zastępcy, którego osoba poszkodowana mogłaby pozwać (Ulp. D. 4,6,21,2).

Zasada samoodpowiedzialności traci swoją skuteczność w razie popełnienia przez stronę przeciwną ciężkiej winy umyślnej w postaci *calliditas* lub *fraus*. Na tej podstawie wierzycielom przebiegłego spadkobiercy, który z ich pokrzywdzeniem nabył zadłużony spadek, Ulpian odmawia dobrodziejstwa rozdziału majątków (*separatio bonorum*), przysługującego w zasadzie tylko wierzycielom spadkowym. Wierzycielom spadkobiercy nie pozostaje zatem nic innego, niż mieć pretensje do siebie samych (D. 42,6,1,5 *sibi imputent*), że weszli w stosunki umowne z osobą tego pokroju, chyba że przeciw jej chytrości (*adversus calliditatem*) wyjątkowo otrzymają od pretora pomoc nadzwyczajną (*extra ordinem subvenire*).

Rozszerzenie pomocy przeciw osobom trzecim dopuszcza się zasadniczo tylko przy nabyciu przez nie korzyści pod tytułem darmym. Ulpian przyznaje patronowi *actio Fabiana* jedynie przeciw dłużnikowi, któremu wyzwoleniec udzielił – osobistego lub rzeczowego – zabezpieczenia, lecz już nie przeciw wierzycielowi, któremu wyzwoleniec przecież nic nie podarował (D. 38,5,1,19 *neque enim donavit*). Przeciw osobom trzecim pomaga się jednak również żołnierzowi, małoletniemu i – z mocy przywileju posagowego (*favor dotis*) – kobiecie. Papinian (D. 35,1,71,3) przyznaje jej skargę fikcyjną przeciw dziedzicowi jej ojca, od którego mąż ze swej winy nie wyprocesował zapisanego mu testamentarnie posagu, a teraz jest po rozwodzie niewypłacalny: *numquid adversus heredem mulieri, quae nihil deliquit, succurri debeat...*?

5. ROLA WYKŁADNI

Jak wspomniano, klauzule generalne edyktu wymagają wykładni, czyli prawa jurysprudenckiego. Dość obszerną ochronę małoletnich jurysprudenca rzymska rozszerzyła jeszcze poza tradycyjne kryterium straty (*captio*). Z jednej strony chroniono ich nie tylko przed szkodą majątkową, lecz także przed innymi niedogodnościami, np. związanymi z objęciem funkcji arbitra (Ulp. D. 4,4,6 *cum intersit ipsorum litibus et*

sumptibus non vexari), z drugiej strony wbrew zasadzie ogólnej pomaga im również w razie utraty zysku (Ulp. D. 4,4,7,6 *certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur*; Paul. D. 22,1,17,3 *placuit minoribus etiam in his succurri, quae non adquisierunt*). Ulpian dopuszcza małoletniego posiadacza nieruchomości do świadczenia *cautio damni infecti* już po zasadniczo kończącym sprawę drugim wprowadzeniu sąsiada w posiadanie (D. 39,2,15,33).

(a) Ochrona małoletnich łamie zresztą większość zasad prawa rzymskiego. Paulus uchyla regułę samoodpowiedzialności w stosunku do małoletniego, który wiedział, że zawarł umowę z fałszywym opiekunem (D. 27,6,4 *succurretur*), lub który popełnił błąd co do prawa (D. 22,6,9pr. *minoribus ... ius ignorare permissum est*). Wprawdzie Ulpian odmawia małoletniemu pomocy przeciw wyzwoleńcom (D. 4,4,9,6 *adversus libertatem*), jednak zdaniem Paulusa z ważnej przyczyny (D. 4,4,10 *magna causa*) pomoc taką można uzyskać od pryncypsa, zwłaszcza wtedy – tak Ulpian (D. 4,4,11,1) – gdy wolność jeszcze nie przysługuje. Już według Juliana ochrona małoletnich przeważa nad ochroną syna rodziny z mocy *senatus consultum Macedonianum* (D. 4,4,11,7; D. 22,6,9pr.).

Zdaniem Gaiusa (D. 4,4,12) małoletniego wierzyciela nie przywraca się natomiast w zasadzie do stanu poprzedniego przeciw poręczającej kobiecie, gdyż odzyskuje on na ogólnych zasadach skargę przeciw korzystającemu z poręczenia dłużnikowi. Pomaga się natomiast według Juliana (D. 38,5,8) małoletniemu synowi rodziny przeciw patronowi, który podważa pożyczkę, udzieloną małoletniemu przez wyzwoleńca. Niemniej jednak juryści rzymscy zdecydowanie odmawiają ochrony małoletnim przestępcom i oszczercom (Tryph. D. 4,4,37,1 *neque in delictis neque in calumniatoribus ... succurrere oportere certi iuris est*). Ulpian wyklucza kategorycznie przywrócenie ich do stanu poprzedniego (D. 4,4,9,2 *placet in delictis minoribus non subveniri*).

(b) Wykładnia prawnicza przebiega w myśl zasady wykluczenia pomocy w razie winy własnej wnioskodawcy, a także pomocy zarówno na rzecz, jak i na niekorzyść osób trzecich. Zapewne wzorem reskryptu Antoninusa Piusa (D. 4,1,7pr.) prawnik Marcellus wymaga dla przywrócenia do stanu poprzedniego braku winy po stronie poszkodowanego (D. 4,1,7,1 *deceptis sine culpa sua ... succurri oportebit*), a Paulus podkreśla, że nie chroni się niedbałych, lecz tych, którym przeszkodziła „konieczność rzeczy” (D. 4,6,16 *non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis*). Prawnicy zaostrzyli więc kryteria pretorskiej oceny *in integrum restitutio propter absentiam*, odmawiając nieobecnemu ochrony także w razie straty powstałej z jego winy nieumyślnej.

Według Labeona pozwany skargą *de peculio*, który podczas procesu zbył spornego niewolnika, odpowiada również za to, co ten nabył, będąc

już pod władzą nabywcy (D. 15,1,43 *nec succurrendum tibi: culpa enim tua id accidisse*). Zdaniem Paulusa kurator swojej bratanicy, który we własnym imieniu przyrzekł posag przekraczający jej możliwości majątkowe, nie zasługuje na pomoc pretora (D. 26,7,43,1 *non puto ... subveniri debere*). Tenże Paulus odmawia przyjęcia w sukurs temu, kto z własnej woli broił osoby małoletniej i przegrał proces (D. 4,4,46). Nieświadom uszczuplenia majątku przez wyzwolenca patron, który nabył spadek po nim z testamentu zamiast wnosić o jego posiadanie przeciwtestamentowe, winien mieć według Papiniana pretensje do samego siebie (D. 38,5,3pr. *sibi imputare*).

(c) Przy wellejańskiej ochronie kobiety, która zobowiązała się bezpośrednio wobec wierzyciela, Paulus chroni jego skargę przed wygaśnięciem. Pomoc udzielona kobiecie (D. 16,1,1,2 *succurri*) polega bowiem na odtworzeniu skargi wierzyciela przeciw dłużnikowi, gdyż to raczej on ją oszukał. Koszt ochrony ponosi więc ten, kto ostatecznie korzysta z intercesji. Podobna kwestia występuje przy poręczeniu, gdzie odróżnia się ochronę na podstawie typu skargi od ochrony pewnych kategorii osób (D. 50,17,68). Tylko w pierwszym przypadku chroni się również poręczyciela, np. – poza ochroną kobiet (Iul. D. 16,1,16,1) – przy *onerandae libertatis causa*, gdzie pretorska pomoc dla wyzwolenca (Ulp. D. 44,5,1,8) wymaga też ochrony osoby zobowiązanej na jego prośbę i poręczyciela.

Oczywiście rozciągnięcie ochrony na poręczyciela podminowuje siłą rzeczy także ochronę osoby uprzywilejowanej. Stąd poręczyciel uprawniony do regresu korzysta z identycznej pomocy jak dłużnik główny (Ulp. D. 14,6,9,3 *non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius*) lub ten, kto ustanowił zabezpieczenie rzeczowe (Gai. D. 20,3,2 *in eo ... facilius dicetur succurri*). Pomoc ustaje natomiast w braku regresu, np. w razie poręczenia za podopiecznego, który działał bez upoważnienia opiekuna, za marnotrawcę lub za szaleńca (Ulp. D. 46,1,25 *magis esse, ut ei non subveniatur*). Przysługuje ona natomiast poręczycielom podopiecznego, który korzysta z *beneficium abstinenti* (D. 26,7,2,1; D. 29,2,89).

Zwolnienie poręczycieli z odpowiedzialności uszczupla oczywiście tym samym prawa wierzyciela. Stąd zdaniem Ulpiana w ramach pretorskiej *causae cognitio* na temat przywrócenia do stanu poprzedniego małoletnich należy rozważyć – mimo zasadniczego rozciągnięcia ich ochrony na poręczycieli (Ulp. D. 3,3,51pr.) – ewentualność odmówienia tym ostatnim skargi z tytułu zlecenia (D. 4,4,13pr. *denegatio*). W każdym razie jeśli wierzyciel wiedział o małoletności dłużnika i właśnie dlatego zażądał poręczenia, udzielenie pomocy poręczycielowi ze szkodą wierzyciela będzie niesłuszne: *non est aequum fideiussori in necem meam subveniri*.

6. ZAKOŃCZENIE

Wzmóżona pomoc, świadczona osobom szczególnie chronionym w obrocie, znajduje swoją granicę w interesie publicznym. Stąd też pomoc przysługująca niedojrzałemu z mocy *edictum Carbonianum* ustaje zdaniem Papiniana po pięciu latach, gdyż od tej chwili wyklucza się spory o status zmarłych (D. 40,15,2 pr.-1 *nec in ea re, quae publicam tutelam meruit, pupillis ... auxilium tribuendum*). Interes publiczny w implementacji augustowskiej ustawy o cudzołóstwie (*lex Iulia de adulteriis*) ogranicza nawet zasadę uprzywilejowania wolności (*favor libertatis*): dlatego Ulpian przychodzi ustawie z pomocą (D. 40,9,12,6 *subveniendum*) nawet wbrew jej brzmieniu, proponując nie wyzwalać niewolników potrzebnych w śledztwie na temat zdrady małżeńskiej przed jego ukończeniem.

W sytuacji wymagającej pomocy może znaleźć się nie tylko dłużnik, lecz również wierzyciel. Może on być bowiem zdany na zawieranie określonych umów z kontrahentem, zajmującym na rynku w rzeczywistości pozycję mniej lub bardziej monopolistyczną. WzmóŜoną ochronę przyznają stronie objętej faktycznym przymusem kontraktowym późno-republikańskie edykty na temat depozytu koniecznego (*depositum necessarium*), gwarancji przewoźników morskich (*receptum nautarum*), skargi armatorskiej (*actio exercitoria*) i przywileju egzekucyjnego (*privilegium exigendi*), przewidzianego dla wierzycieli niewypłacalnych bankierów (E. 219).

W tym kontekście Ulpian chwali regulację depozytu koniecznego, która w imię pożytku publicznego (D. 16,3,1,4 *publica utilitas*) karze *perfidiae crimen* wiarołomnego przechowawcy. Podobnie podkreśla Ulpian najwyższą użyteczność (D. 4,9,1,1 *maxima utilitas*) edyktu o *receptum nautarum*, już zdaniem Pomponiusza niezbędnego dla wykorzenienia niegodziwości (D. 4,9,3,1 *improbilas*) żeglarzy, wyzyskujących faktyczny przymus kontraktowy: *quia necesse est plerumque eorum fidem sequi ...* Również przywilej egzekucyjny na całym majątku niewypłacalnego bankiera przyznano deponentom zdaniem Papiniana z powodu konieczności korzystania z usług bankowych i płynącego z nich publicznego pożytku (D. 16,3,8 *propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica*).

W powyższych wypadkach samoodповідzialność wierzyciela zostaje złagodzona z racji wyzyskania jego przymusowego położenia przez dłużnika, którego odpowiedzialność ulega z kolei zaostreniu. Jednak topos pomocy służy oczywiście przede wszystkim dłużnikowi. Topos ten przenosi różne treści, sprowadzalne do wspomnianych wielokrotnie przywilejów prawnych (*favores*) i pełniących podobną funkcję przejawów życzliwej wykładni (*benigna interpretatio*). Wystarczy porównać dwa teksty Gaiusa: jeden z komentarza do edyktu prowincjonalnego

(D. 50,17,125 *favorabiliores rei potius quam actores habentur*), a drugi z Instytucji (G. 4,57 *facilius reis praetor succurrit quam actoribus*). Papinian (D. 35,1,71,3) opisuje swoją decyzję opartą na *favor dotis* za pośrednictwem typowego wyrażenia o ochronie kobiety: *mulieri succurri*.

W zależności od ukształtowania przypadku pretor przychodzi więc w sukurs tak dziedzicowi (Pomp. D. 30,26,2; Pap. D. 35,2,11,3), jak i zapisobiercom (Ulp. D. 10,4,9,4; D. 36,3,1,17), rozstrzygając tak przeciw woli testatora (Paul. D. 31,87,4), jak i zgodnie z nią (D. 28,5,93). Przeniesienie fideikomisu uniwersalnego *ex Trebelliano* pomaga tak dziedzicom, jak i fideikomisariuszom (Ulp. D. 36,1,1,14 *in eo ... hereditibus subventum est: in eo vero ... consultum est fideicommissariis*). Również jursprudence szuka równowagi interesów, starannie wyważając korzyści i straty. Ulpian zaleca, by w postanowieniu o przyznaniu niedojrzałemu *possessio Carboniana* uwzględniać w drodze zabezpieczenia przyszłej należności (*cautio*) również interesy dalszych spadkobierców i przeciwników (D. 37,10,3,12-13).

Przedstawiony tu w zarysie najdawniejszy prywatnoprawny system ochrony słabszego jest w pewnym sensie paradoksalny, gdyż o słabszych nie ma w nim mowy. Wspomina się jednak wyraźnie osoby wymagające pomocy prawa i wzmożonej ochrony. Trafnie twierdzi więc Aldo Petrucci, że rzymskie prawo handlowe efektywnie chroniło klienta, chociaż w pismach jurystów klasycznych pojęcie słabszego jest nieobecne⁶. Zwolnienie z czynszu (*remissio mercedis*) wspomaga słabego gospodarzo-dzierżawcę, jednak reskrypt Karakalli, przyznający je z racji pożaru pól, podkreśla ich uprzednią należytą uprawę (Ulp. D. 19,2,15,3 *si praedium coluisti ... non immerito subveniendum*), a nie socjalną słabość dzierżawcy.

Wydaje się więc, że w przytoczonym na wstępie wywodzie o różnieniu prawa publicznego i prywatnego Savigny potwierdził swoją świetną znajomość klasycznego prawa rzymskiego. Wiązało ono istotnie ochronę słabszego raczej z naturalnymi właściwościami osoby i jej rolą prawną niż z pozycją społeczną. Niemniej jednak antyczne prawo rzymskie nie ucieleśniało abstrakcyjnej równości, lecz – jak podkreślał Erwin Seidl – uwzględniało często faktyczną możliwość działania stron⁷. Dostrzega się to zwłaszcza tak w edyktie edylskim, w analizie którego prawnicy podkreślali przewagę sprzedawcy, który najlepiej zna wady swojego towaru, jak i w edyktie pretorskim, który odciążał wyzwoleńca od narzuconych mu przez patrona nierównych umów.

⁶ A. Petrucci, *Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa* (w:) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica*, red. L. Garofalo, t. III, Padova 2003, s. 103.

⁷ E. Seidl, *Die Machtlage bei den römischen Juristen* (w:) *Festgabe Rudolf Müller-Erbach*, München 1954, s. 104–116.

Natomiast ochrona słabszego jako osoby przynależnej do upośledzonych społecznie klas niemających będzie dopiero owocem dyskusji nad pierwszym projektem niemieckiej kodyfikacji cywilnej. Po opublikowaniu go w 1888 r. rozgorzała w Niemczech ogólnonarodowa dyskusja. Główną rolę odegrały w niej ogłoszona drukiem już w 1889 broszura niemieckiego germanisty Ottona von Gierke (1841–1921) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* i wydana w 1890 r. książka cywilisty austriackiego Antona Menger (1841–1906) *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Zakładając konieczność uspołecznienia prawa prywatnego, oba dzieła odrzuciły – wbrew prawu rzymskiemu i jego nowożytnym wcieleniom, a zwłaszcza wbrew pandektystyce – dogmat ścisłego podziału prawa na prywatne i publiczne⁸.

⁸ T. Repgen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Tübingen 2001, *passim*; K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 294–297.

WIRTUALIZACJA SĄDOWEJ OCHRONY SŁABSZYCH

Ewa Łętowska

1. Tytuł książki nawiązuje do wątku aksjologicznego spajającego działalność naukową i publiczną prof. Adama Zielińskiego. Ochrona słabych – bo o ten wątek chodzi – wymaga, aby prawo odgrywało wobec nich rolę czynnika kompensującego słabość i przyczynę wykluczenia. Ale czy tak się stanie, zależy to w poważnej mierze od sprawności i siły władzy sądowniczej. Bo to sądy mają gwarantować udatność tego, co przyznaje prawo materialne. Gdy przyznaje ono jakieś uprawnienia lub tylko uznaje ich istnienie, zawsze autorytet sądu, uosabiającego władzę państwa, musi stać za podmiotem, który z nich korzysta i który bez tego wsparcia byłby na straconej pozycji. Nie mógłby sam obronić się przed kaprysem władzy czy egoizmem prawnie równych sobie, lecz od siebie silniejszych. Przecież można być „w prawie”, ale jednocześnie być bezsilnym i słabym, gdy chce się to prawo zrealizować, i to nawet wzywając na pomoc przymus państwowy, teoretycznie mający nas wspierać. Wsparcie (w postaci sądu i egzekucji) bywa bowiem pozorne i opieszale. Obie sytuacje z punktu widzenia standardu ochrony praw człowieka są dyskwalifikujące¹. I to właśnie staje się problemem społecznym, wiążącym się z upadkiem zaufania i dysfunkcjami prawa. Mieć bowiem prawo (teoretycznie) i nie móc go wyegzekwować jest znacznie dotkliwszą deprywacją (tortura nadziei wynikająca z bezsilności), niż brak prawa w ogóle². Tym sposobem pojawia się nam *legal harassment*

¹ Dlatego właśnie ETPCz uznaje, że naruszeniem prawa do sądu jest odmowa sporządzenia kasacji przez adwokata (sprawa *Staroszczyk, Siałkowska przeciw Polsce*, wyrok z 22.03.2007 r.), jakkolwiek adwokat nie jest funkcjonariuszem państwa, a prawo do sądu nie obejmuje sobą „prawa do kasacji”. Państwo jest zobowiązane natomiast do ukształtowania rzetelnych i sprawnych procedur, jeżeli się nimi posługuje, niezależnie od tego, czego dotyczą. Z tych samych względów naruszeniem prawa do sądu jest nieefektywność egzekucji (jeżeli wiąże się z systemowymi błędami ukształtowania reżimu, organizacji i nadzoru). W obu wypadkach chodzi o zaniedbania państwa, które we wspomnianych zakresach powinno wykazać się efektywnością prawnego reżimu i nadzoru nad jego realizacją.

² W Warszawie od miesiący ciągnie się spór między mieszkańcami Powiśla i Saskiej Kępy w związku z uciążliwym hałasem modnych klubów ulokowanych nad Wisłą.

jako określenie zjawiska, gdy prawo staje instrumentem wykluczenia, nękania czy – w łżejszej postaci – zamiast być orężem obronnym – temu celowi nie służy lub służy źle, stając się paradoksalnie i w niezamierzony sposób czynnikiem „słabości” w obrocie. *Quis custodes ipsos custodes?*

2. „Ochrona słabych” w prawie i poprzez prawo istniała i istnieje zawsze. Spór dotyczy natomiast tego, kogo, jakimi środkami i jak intensywnie należy chronić. W Polsce historycznie jednak samo dostrzeżenie przez prawoznawców i polityków problemu ochrony słabszego jako zadania dla legislatora było utrudnione. Na samym progu transformacji **wrogiem historycznym była bowiem konieczność przełamania holistycznej aksjologii prawa i dyskursu prawniczego, ukształtowanego w latach 1945–1988**. Transformacja wymagała bowiem zerwania z nastawieniem charakteryzującym myślenie polskich prawników wychowywanych w przekonaniu, że co dobre dla jednostki gospodarki społecznej, automatycznie musi być dobre dla ogółu, a przez to i dla pojedynczej jednostki-konsumenta. Łatwiej przy tym było ostatecznie stwierdzić, że *iunctim* tu nie występuje (i to zarówno w zakresie utożsamienia interesu jednostki gospodarczej z interesem wspólnym, jak i w zakresie znaku równości między tym, co dobre dla roju, i tym, co dobre dla pszczoły³), niż ów wreszcie dostrzeżony brak przekuć na umiejętność reagowania na czas i adekwatnie przez ustawodawcę i sędziego na zagrożenia konsumenta wymagające reakcji środkami prawnymi. Podjęcie ochrony słabszego jako problemu w prawodawstwie i prawoznawstwie wymusiły polityczno-gospodarcze (akcesja do UE) wymagająca posłuszeństwa prawu europejskiemu⁴. Ustawodawca nie potrafi jednak po dziś dzień sprawnie implementować konsumenckiego prawa unijnego. Problem stanowi złe zagospodarowanie (wykorzystanie) marginesów swobody pozostawionych dla ustawodawcy krajowego⁵. Najczęściej te

Miasto jest dumne z rewitalizacji tego zakątka, sporu nie można załatwić polubownie, mieszkańców cechuje brak gotowości do kompromisu. Ekspertyza socjologa (badania K. Martyniaka) wykazuje, że mieszkańców boli brak woli wysłuchania i zrozumienia; fakt, że na jednej szali kładzie się ich interesy vitalne i interesy ekonomiczne przedsiębiorców, a najbardziej to, że „nie może być tak, że jak komuś nie pasuje klub, który jest za głośny i w ten sposób łamie prawo, a policja jest nieskuteczna, to pozostaje mu tylko wyprowadzka. Po to są normy dotyczące natężenia dźwięku, normy zachowań, umowy i kodeksy, żeby ich przestrzegać”. Badania pokazują poczucie bezsilności mieszkańców (brak efektywności prawnej ochrony) jako główny czynnik deprywatyizacji. *Mieszkańcy i kluby dogadają się w sprawie hałasu? „Trzeba rozmawiać”*, Gazeta Stołeczna z 21.08.2014 r.

³ Marek Aureliusz, *Rozmyślania, Księga szósta*, nr 54, Warszawa 1988, s. 71.

⁴ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 3–5.

⁵ A. Wiewiórowska-Domagalska, *O celu i metodzie transpozycji dyrektyw unijnych – na przykładzie projektu ustawy o prawach konsumentów*, KPP 2014, z. 1, s. 127–158, 130, 133, 137 i n.

marginesy pozostają niewykorzystane (na skutek niewolniczego skopowania w tekście krajowym prawa unijnego), kreując przy okazji złudne przeświadczenie o rygorystycznym prawie europejskiego (tak np. w zakresie odpowiedzialności za wadliwość świadczenia przy sprzedaży⁶).

Co gorsza, sędziowie sami wychowani w posłuszeństwie wobec opresji, jakie ich spotykają jako konsumentów, nie potrafią zdobyć się na wysiłek interpretacyjny, sądząc, że przewaga organizacyjna, informacyjna, finansowa wspierająca profesjonalistę jest okolicznością faktyczną, prawnie nierelevantną. Charakterystyczne, że **to ciągle ta sama postawa** co przed transformacją, tyle że o różnej genezie. Bezpośrednio po zmianie ustrojowej, „dawniej”, korzenie tkwiły w sygnalizowanym wyżej przekonaniu o wyższości gospodarki społecznej nad interesem indywidualnym. Postępy transformacji, nie zmieniając postawy sądów, dokonały zmiany uzasadnienia tej samej postawy, charakteryzującej się negacją potrzeby ochrony słabszego.

3. Pisząc w swoim czasie o trudnościach „przebicia się” do świadomości prawników problematyki konsumenckiej jako kwestii ochrony słabszego w prawie, użyłam sformułowania, że kwestia ta jest „ofiara zamętu aksjologicznego”⁷, ponieważ ochrona słabszego w prawie i przez prawo bywa kwestią sporną, co do zasady, nawet dzisiaj. Nadmiar bezkrytycznej aprobaty dla działania niewidzialnej ręki rynku, ugruntował myśl (a właściwie spowodował przedtransformacyjny nawrót aksjologiczny), że słabszy (doświadczeniem, organizacją, brakiem informacji, przymusem terminowości świadczenia itd.) nie wymaga wsparcia, skoro tylko ma zapewnioną formalną równość w statusie prawnym. Strategie liberalne skłonne są bowiem kwestionować samą potrzebę działań wyrównawczych, jako problem genetycznie związany z marksizmem⁸, co oczywiście jest błędne. **Wrogiem aksjologicznym ochrony słabszego bywa zatem i dziś ta właśnie ideologia, przyjmująca jako punkt wyjścia ochronę wolności przeciw, jej zdaniem, wadliwie użytej władzy regulacyjnej prawa (akcje wyrównawcze).** Jest to ocena pochopna, ponieważ ochrona słabszego w prawie jest cechą immanentną prawa, niezależnie od jego historycznej genezy. Oczywiście na przestrzeni dziejów zmieniały się kryteria decydujące o uznaniu „słabości” jakiejś grupy podmiotów. Nadto, zgeneralizowana krytyka, nawet gdyby dotyczyć miała samego prawa umów (do czego przecież prawa w ogólności i ochrony słabszego

⁶ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Uwagi na tle praktyki orzeczniczej w zakresie sprzedaży konsumenckiej*, raport z badań aktowych, 2014.

⁷ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 2 n.

⁸ Tak np. L. Balcerowicz (w:) *Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, wyboru tekstu dokonał i wstępem opatrzył Leszek Balcerowicz, Warszawa 2012, s. 26, 1027.

zredukować nie można), jest oparta na kilku nietrafnych założeniach. Dotyczą one:

- sposobów działania prawa, zredukowanego do stanowienia nakazów i zakazów materialnoprawnych (krytycy zapoznają np. istnienie przepisów dyspozytywnych, zawierających bezpośrednie normy postępowania stosowane subsydiarnie wobec treści umowy). Przepisy dyspozytywne, pozostając naganną (w oczach skrajnych liberalistów) „regulacją”, w rzeczywistości chronią wolność, bo zapewniają, że umowa niekompletna zamiast upaść, pozostanie w mocy, wspomożona dyspozytywną protezą;
- technik ochrony słabszego (obejmują one także np. obowiązki informacyjne czy różnego rodzaju gwarancje), wpływających na zrekompensowanie nierównej *bargaining power* i jej skutków. Bynajmniej nie sprowadzają się one zawsze – jak sądzą krytycy idei – do wprowadzenia automatycznie do treści umowy postanowień korzystnych dla konsumenta, zmieniających rozkład praw i obowiązków);
- zapoznania wreszcie faktu (co powinno być decydującym argumentem dla krytyków inspirowanych myślą liberalną), że ochrona słabszego jest ochroną jego wolności (wyboru i autonomii na rynku, gdy dotyczy ochrony konsumenta), a nie tylko protekcjonistycznie ujmowanych interesów ekonomicznych⁹. Ci, którzy mają nam sprzedać lub świadczyć to, czego akurat niezbędnie potrzebujemy – czy to będzie wypłata pieniędzy z bankomatu, czy pomoc medyczna – mają nad nami władzę, tu – ekonomiczną. Władza profesjonalisty nad konsumentem wynika z jego lepszego poinformowania, znajomości rynku i towaru, którym handluje, z lepszej organizacji, a także z tego, że ma więcej czasu i pieniędzy na przetrzymanie sporu. **Umowa z silniejszym tylko powiększa jego przewagę, bo słabszy nie ma jak i czym przekonać go w czasie pertraktacji do korzystniejszej treści umowy.** To godzi nie tylko w interesy, ale też wolność słabszego (do uczestnictwa na rynku, ale nie tylko – czasem w wolność w ogóle¹⁰). I mimo że umowa jako

⁹ E. Łętowska, J. Woleński, *Czy prawo zatruwa wolność*, Przegląd Filozoficzny 2013, nr 3.

¹⁰ W sprawie *Natsvlishvili i Tagonidze przeciw Gruzji* z 29.04.2014 r., 9043/05, RTPCz oceniał zgodność *plea bargaining* z 6 KE. *Plea bargaining* wymaga konsensu, umowy. Zwraca uwagę odrębne zdanie s. Gyuluman z Armenii, kwestionującej zgodność umowy w ramach procedury karnej w warunkach panujących w Gruzji, z racji braku warunków do istnienia rzeczywistego konsensu. Instytucja ta w tych warunkach bywa używana jako instrument służący bogatym do „wykupienia się” od odpowiedzialności, a z drugiej strony prokuraturze – jako środek nacisku politycznego. Sytuacyjność

taka kojarzy się z cechami właściwymi demokracji: dobrowolnością, pertraktacjami, porozumieniem czy kompromisem, paradoksalnie jest ona prawnym instrumentem wzmocnienia silniejszego partnera. A więc **przez to staje się narzędziem zniewolenia**¹¹. Dlatego zresztą nie mają racji ortodoksyjni apologetci braku jakiejkolwiek regulacyjnej aktywności państwa poprzez prawo, że błędnie mniemają, jakoby swoboda umów w żaden sposób nie zagrażała wolności na rynku. Można bowiem uznać to za paradoks, ale **umowy, negocjacje – instrumenty pozornie demokratyczne i koncyliacyjne – są świetne i pożądane politycznie, prawnie, społecznie, jeżeli siła i determinacja negocjacyjna obu stron są mniej więcej równe. Gdy ze względów systemowych jest inaczej – to umowa staje się trucizną wolności.**

4. Oczywiście, wszelkie działania wyrównawcze czy ochronno-gwarancyjne prowadzą do nieuchronnego pytania o intensywność przyznawanej ochrony, techniki i strategii jej udzielania: za dużo, za mało, w sam raz, udatnie czy nieudatnie. Z tych właśnie pozycji płynie liberalna krytyka prawnego reżimu ochrony konsumenta, takiego, jaki aktualnie ukształtowało prawo unijne. Nawet zresztą pozostawiając na boku ochronę poprzez działania wyrównawcze w samym prawie materialnym (ingerencja w rozkład praw, obowiązków i ryzyk wynikające z zawieranych umów), z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa każde wzmocnienie choćby informacyjnych obowiązków profesjonalistów wobec konsumentów „kosztuje”. Stąd łatwa droga do twierdzenia, że jest to także naganne zakłócenie przez ustawodawcę swobody umów. Prowadzona z takich liberalnych pozycji krytyka ochrony konsumenta nie obejmuje sobą jednak samej potrzeby przeciwdziałania zagrożeniom wynikającym z niewydolności ochrony sądowej, która sama w sobie jest traktowana jako patologia także przez liberałów¹². Tego rodzaju zagrożenia nie są udziałem tylko konsumentów, chociaż istnienie niektórych środków zaradczych (ADR, ułatwienia procesowe, dowodowe) wiąże się z unijną problematyką właśnie ochrony tej grupy uczestników rynku. Ich bowiem pozycja procesowa jest wyjątkowo słaba wobec profesjonalistów i ulega pogorszeniu w pierwszej kolejności, gdy droga sądowa

geograficzno-historyczna, wymaga innej oceny instytucji odgrywającej odmienną rolę w patologicznych warunkach.

¹¹ Cz. Żuławska, *Obrót z udziałem konsumentów – ochrona prawna*, Warszawa 1987, s. 7 ochronę wolności podejmowania rozsądnych decyzji rynkowych przed zakłóceniami i manipulacjami profesjonalistów (reklama, nie tylko niedozwolona i nieuczciwa) wskazywała jako genezę pojawiania się idei i postulatu legislacyjnego ochrony konsumenta.

¹² Krytyk idei ochrony słabszego, L. Balcerowicz, jest zarazem gorącym propagatorem idei polepszenia efektywności działania sądów.

jest powolna, kosztowna i z innych przyczyn nieefektywna. Co ciekawe przy tym, liczy się przede wszystkim uporczywość i stanowczość w dochodzeniu sądowym „swego” interesu. Wszelkie koncyliacyjne ciała rozjemcze, kreowane specjalnie z myślą o ochronie słabszego konsumenta, są mało popularne i skuteczne. Dopiero konsekwentne, wymagające zresztą dużej determinacji i przede wszystkim nakładu czasu, zagrożenie postępowaniem sądowym prowadzi do sukcesu. Profesjonaliści boją się tylko sądu; procedury rozjemcze nie czynią na nich wrażenia. I dzieje się tak nawet wtedy, gdy konsument walczy nie tyle o swoje prawo, ile o swój niepoparty prawem interes, byle czyniłby to konsekwentnie i uporczywie¹³. Wynika stąd jednak, że nietrafne jest kwestionowanie samej potrzeby konsumenta przez prawo, co czyni się z pozycji liberalnych, ponieważ (nawet przy aprobacie punktu wyjściowego dla krytyki z tych pozycji, zwalczającej interwencjonizm prawa) okazuje się, że problem ma znacznie bardziej uniwersalny wymiar, wiążący się z niewydolnościami sądowej ochrony w ogólności.

5. Jeśli jednak prawo w ogóle decyduje się na ochronę czyjego interesu lub prawa, to ta ochrona nie może być fikcyjna, pozorna, wirtualna czy czysto formalna, istniejąca tylko na papierze dzienników promulgujących prawo. Tymczasem rozdźwięk między tym, co w prawie figuruje „na papierze”, i tym, co realizacja prawa rzeczywiście, efektywnie zapewnia, jest w Polsce faktem. Co gorsza, problem oceny „jakości” prawa i dyskusje o jego optymalizacji nazbyt uporczywie, bezskutecznie i myląc sprowadza się przede wszystkim do postulatów doskonalenia i doprecyzowania owego papierowego *law in books*, podczas gdy problem leży w wirtualności ochrony. Ten deficyt decyduje o marnym standardzie prawnej ochrony w ogóle, bo Europejska Konwencja o Ochronie Podstawowych Wolności i Praw Człowieka wymaga (i rozlicza!) z ochrony efektywnej¹⁴. Braki w tym zakresie decydują nie tylko o podstawowym niedomaganiu funkcjonowania polskiego systemu prawa i wymiaru sprawiedliwości, ale i o słabości prawoznawstwa, które nie potrafi badać zjawiska, koncentrując się na kwestiach dogmatyki. Rozdźwięk między

¹³ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Uwagi na tle praktyki orzeczniczej w zakresie sprzedaży konsumenckiej*, wskazuje, że profesjonalista, napotykać na „sądową” determinację konsumenta, skłonny jest zawierać ugodę nawet wtedy, gdy prawo materialne daje mu znaczne szanse ostatecznej wygranej. Oznacza to jednak, że – przynajmniej w zakresie spraw objętych badaniami praktyki konsumenckiej – bardziej istotna jest siła niż racja.

¹⁴ Por. „the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must interpret and apply it in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. The Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions”, *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Judgment of 12 November 2008, Eur. Ct. H.R., nr 66.

sferą powinności prawa i jego bytem jest wywołany postępującą „wirtualizacją” prawnej ochrony: coraz trudniej jest ją efektywnie uzyskać w pewnych kategoriach spraw. A ten, kto ją musi zainicjować w obronie własnego prawa, staje się słabszym „na wejściu” – wobec tego, kto nie potrzebuje poszukiwać pomocy sądu. Pobłażanie i tolerancja dla niektórych naruszeń prawa powoduje bowiem, że ofiara tych naruszeń (poszkodowany) musi wręcz „wydrzeć” to, co mu prawo teoretycznie gwarantuje¹⁵. Aby uzyskać „swoje prawo”, musi się nastawić już nie tylko na iheringowską „walkę o prawo”, lecz czasochłonne (czas jest jego głównym wrogiem) „wyszarpywanie” prawa. Z kolei jego przeciwnik procesowy (nawet gdy jest nim teoretycznie równoprawna strona umowy lub zobowiązania, a więc gdy brak tu stosunku podporządkowania) liczy, że poszkodowany nie pokona ryzyka procesowego, nie podola trudnościom sporu i po prostu z niego zrezygnuje. To rodzi u silniejszego pokusę skorzystania z tego dodatkowego *handicapu* i ośmiela do naruszenia prawa lub/i korzystania z niego przy bezsilności drugiej strony. Kolejnym problemem jest to, że konkurencja na rynku usług prawnych skłania oferentów (adwokaci, notariusze) do wybierania usług bardziej opłacalnych (pomoc prawna świadczona konsumentom profesjonalistom się nie opłaca). Konkurencja odbywa się też poprzez obniżenie jakości i staranności zawodowej. Jest to szczególnie widoczne przy zderzeniu konsumenta z wyspecjalizowaną obsługą prawną typu *consigliere*, jaka już pojawiła się w Polsce. Ta „wirtualizacja” – *sic venia verbo* – prawnej ochrony jest przyczyną opłacalności różnego rodzaju oszukańczych biznesów, systemów sprzedaży osobom starszym i nieporadnym zbędnych gadżetów, lichwiarskich kredytów z pułapkami w postaci kar umownych zastrzeżonych na wypadek bagatelnego uchybienia terminu płatności raty, co pozwala obejść ograniczenia oprocentowania, pojawienia się nieproporcjonalnie wysokich czy dotkliwych zabezpieczeń (przedmiotem ich jest

¹⁵ W sprawie o sygn. II C 1645/12 (SR dla Warszawy-Woli) (cytowanej przez A. Wiórowską-Domagalską, *Przegląd orzecznictwa na tle umów sprzedaży konsumenckiej* – raport z badania praktyki) kupujący był zobowiązany do uzupełnienia niedokładnego adresu sprzedawcy, ponieważ doręczenia były nieskuteczne (podany numer domu, bez numeru lokalu). Mimo wielu starań o wręcz śledczym charakterze ze strony powoda, nie było możliwe ustalić, czy i gdzie sprzedawca (prowadzący firmę) się przeniósł. Jednocześnie ten sam, niepełny adres figurował w KRS. Oznacza to, że to samo, co jest tolerowane wobec instytucji, jest uznawane za uchybienie w wypadku podmiotu poszukującego ochrony prawnej. I obowiązek pozwanego jest interpretowany w sposób bardziej rygorystyczny. „Powód nie może być odpowiedzialny za nieprawidłowy przebieg rejestracji adresu pozwanego w KRS. Adres podany w KRS powinien być adresem, gdzie przebywa pozwany, a odpowiedzialność za jego nieobecność spoczywa na nim. Zatem powinno się stosować przepisy mówiące, iż powtórne zawiadomienie jest jednoznaczne z otrzymaniem wiadomości”.

dobro wyjątkowo cenne i z tej przyczyny poddane szczególnej ochronie: mieszkanie), piramid finansowych, „produktów bankowych” o zafałszowanym celu i naturze (ubezpieczenia niebędące ubezpieczeniami a tworzące *iunctim* z lokatą, kredytem lub umową turystyczną), i innych patologii obrotu, które istnieją dlatego przede wszystkim, że można liczyć na to, że poszkodowany nie odwoła się skutecznie do sądu, a prokurator nie połapie w ich strukturze i naturze.

6. Konstytucja zobowiązuje do zagwarantowania ochrony sądowej tego wszystkiego, co jednostce przyznaje prawo materialne. „Prawo do sądu” jest konstytucyjnym prawem jednostki. I jest tak niezależnie od tego, czy konkretna wolność lub prawo chronione przez prawo do sądu (o konstytucyjnej genezie) same mają status konstytucyjny, czy też jego prawny reżim jest ulokowany niżej, w ustawie zwykłej. Zawsze zatem, jeżeli sądy i procedura zawodzą, mamy do czynienia z naruszeniem konstytucyjnego prawa jednostki. A jeżeli nie można mówić o efektywności ochrony, ten, kto jej bezskutecznie poszukuje, jest „słabszy” wobec przeciwnika (procesowego), bardziej sprawnego, lepiej poinformowanego, mającego więcej czasu i pieniędzy, dysponującego bezwzględną obsługą prawną, aby dotrzeć do władczej ingerencji sądu. Ochrona poprzez możliwość odwołania się do sądu (procedura) objawia się zawsze, gdy obrót cywilnoprawny ulega patologizacji. Zasadniczo bowiem obrót ten odbywa się prawidłowo bez udziału sądu. Konieczność zwrócenia się do sądu (procedura cywilna) świadczy o tym, że zaistniała patologia obrotu cywilnego¹⁶. Sprawność sądowej ochrony bardziej zatem wyraziście (skoro prawo do sądu jest prawem konstytucyjnym, niezależnie od tego, czy samo chroni prawo konstytucyjne, czy ustawowe) niż status wynikający z prawa materialnego, ujawnia standard prawnej ochrony. Ten właśnie standard jest w Polsce zły. Głosy krytyki przychodzą przy tym z różnych stron. Ekonomistów niepokoją zatory płatnicze, okresowe braki płynności i bezradność wierzycieli dotkniętych nierzetelnością dłużników. Mnożą się społeczne krytyki działania sądów¹⁷ „mających” sprawy długo i bezproduktywnie (umorzenia).

¹⁶ S. Grzybowski, *Dzieje prawa*, Ossolineum 1981, s. 232–233.

¹⁷ Por. zwłaszcza publikacje FOR (Forum Obywatelskiego Rozwoju), Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Komitywy, wydawane w ramach programu „Lepszy wymiar sprawiedliwości”, INP RiS: D. Sześciło, M. Lipiec, E. Orłowski, M. Szlassa, *E-sądy po polsku*, Warszawa 2008; M. Jagielski, M. Niedużak, *Publiczna dostępność orzeczeń sądowych*, Warszawa 2010; Ł. Chojniak, Ł. Wiśniewski, *Przyczyny niesłusznych skazań w Polsce*, Warszawa 2012; K. Kremens, *Odpowiedzialność zawodowa prokuratorów*, Warszawa 2010; D. Sześciło, *Ocena okresowa pracy sędziów. Analiza na tle propozycji Ministerstwa Sprawiedliwości*, Warszawa 2011; M. Kube, *Sądy na Wokandzie 2013. Przezroczystość i wydajność pracy*, Warszawa 2013. Nadto INP RiS prowadzi Bibliotekę monitorowania wymiaru sprawiedliwości (<http://www.inpris.pl/wazne/monitoring-wymiaru-sprawiedliwosci>), gdzie udostępnia

7. Wymierzanie sprawiedliwości jest jednym z podstawowych atrybutów państwa i fundamentem jego relacji z obywatelami opartych na zaufaniu (art. 2 Konstytucji). Jeżeli prawo (materialne) coś przyznaje (teoretycznie), zaś wymiar sprawiedliwości (praktycznie) nie gwarantuje uzyskania merytorycznego, porządnie przygotowanego i uzasadnionego wyroku w przyzwoitym czasie, bez nadzwyczajnych wysiłków i kłopotów z jego wyegzekwowaniem, wówczas tego rodzaju sytuacja sama w sobie staje się czynnikiem destrukcji zaufania między jednostką i państwem. Słabości i dysfunkcje wymiaru sprawiedliwości, jego „wirtualizacja” – stają się w takim wypadku samodzielnym czynnikiem deprywacyjnym, decydującym o słabości bezsilnej grupy. W jednym ze swych opracowań A. Zieliński pisał o nieodzowności, aby prawo odznaczało się „cechami gwarantującymi możliwość polegania na przepisach prawnych jako na czymś, czego można być pewnym, co budzi zaufanie, jest wiarygodne i zapewnia poczucie bezpieczeństwa”¹⁸. Deficyt pewności uzyskania realnej ochrony prawnej w wyniku działania sądów, których działanie ma – w założeniu – doprowadzić do takiej efektywnej, przewidywalnej ochrony, doprowadziły go jednak do cierpkiej konstatacji, iż raczej „można mówić o istnieniu innej pewności, a mianowicie, że się nie uzyska szybkiej i skutecznej ochrony swoich praw”¹⁹. Taka ocena jest zapewne skutkiem doświadczenia publicznej działalności Jubilata: jego wieloletniej pracy w sądownictwie i aktywności na stanowisku rzecznika praw obywatelskich, a także uprawianej specjalności naukowej, jaką jest procedura cywilna. Kryzys zaufania społecznego w Polsce, tak niepokojący ekonomistów²⁰, socjologów²¹

materiały opracowane w ramach projektu, obejmującego: zebranie i opisanie różnych doświadczeń w zakresie monitorowania wymiaru sprawiedliwości, współpracę z organizacjami podejmującymi się takich działań oraz upowszechnianie tematyki w środowisku pozarządowym i wśród instytucji wymiaru sprawiedliwości.

¹⁸ A. Zieliński, *Pewność prawa (w:) Jakość prawa*, red. A. Wasilkowski i in., Warszawa 1996, s. 43.

¹⁹ Tamże, s. 55.

²⁰ J. Hausner, *Gdzie jest mózg naszego państwa* (rozmowa z Pawłem Reszką), Tygodnik Powszechny z 28.7.2014 r.; tenże, *Dokąd idziemy* (rozmowa z G. Sroczyńskim), Gazeta Wyborcza z 9–10.09.2014 r. M. Belka w rozmowie z M. Stasińskim, Gazeta Wyborcza z 18.07.2015 r., *Skończmy z kapitalizmem wyczynowym*: „Mamy nadmiarowy porządek prawny i podatkowy. W pogoni za literalnym przestrzeganiem prawa tracimy czasem rozum. Wpadliśmy w pułapkę dosłownego stosowania prawa. Przykładem na to jest ustawa o zamówieniach publicznych, która jest o wiele ostrzejsza od dyrektyw unijnych. U nas zawsze wygrywa najtańsza oferta, choćby była idiotyczna. Bo jak urzędnik nie wybierze najtańszej, to zaraz ma na karku prokuratora”.

²¹ *Diagnoza społeczna 2011. Warunki i jakość życia Polaków. Raport*, red. J. Czapiński, T. Panek, cz. 6, s. 284, 290 i n.).

i psychologów²² – ma, niestety, związek z wirtualizacją ochrony sądowej. Prawo – czynnik z założenia ładotwórczy, przez wirtualność swego działania staje się kreatorem braku zaufania, niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa²³. Coraz wyraźniej dostrzegają to humaniści – niestety, inni niż prawoznawcy, ci ostatni nazbyt wierzący, że ich misją jest zanalizowanie tekstu, i sformułowanie postulatów: „jak ma być”, a raczej „jak być powinno” (bo, niestety, nie staje się tak, jak stać się miało). Brak zaufania jest charakterystyczny dla polskiego społeczeństwa, składającego się z „wysp bez mostów”²⁴. Socjologowie w Polsce stwierdzają – jako cechę charakterystyczną – deficyt umiejętności kooperowania ze sobą jednostek oraz ich angażowania się we współpracę na rzecz dobra wspólnego. Oznacza to brak umiejętności niezbędnych do wytworzenia stabilnego społeczeństwa obywatelskiego. Badania socjologiczne wykazują tu trwałą, słabą dynamikę przełamywania tego stanu rzeczy²⁵. Deficytom zaufania przypisuje się w makroskali nieelastyczność strategicznych przepływów kapitału w gospodarce i charakterystyczną przeszkodę rozwoju społeczno-ekonomicznego w postaci „molekularyzacji społeczeństwa”, gdzie zaufanie istnieje tylko wewnątrz grupy-molekuły²⁶, co utrudnia kooperację między grupami. Brak zaufania nie omija prawa i sądów, podobnie jak bylejałość funkcjonowania, charakterystyczna dla wszelkich instytucji państwa działającego w warunkach braku zaufania²⁷. Paradok-

²² A. Kublik, *Polak Polakowi Polakiem. Jak i dlaczego zagryzamy się nawzajem* (wywiad z prof. Krystyną Skarżyńską), *Gazeta Wyborcza* z 15.08.2014 r., http://wyborcza.pl/magazyn/1,140187,16478193,Polak_Polakowi_Polakiem_Jak_i_dlaczego_zagryzamy.html#CukGW.

²³ P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Warszawa 2007, rozdz. VII i VIII.

²⁴ Por. Materiały VIII Kongresu Obywatelskiego, *Wolność i Solidarność* nr 54, 55, 58.

²⁵ *Diagnoza społeczna 2011...*, red. J. Czapiński, T. Panek, cz. 6, s. 284, 290 i n.

²⁶ J. Hausner, *Gdzie jest mózg naszego...*; tenże, *Dokąd idziemy...*

²⁷ K. Skarżyńska [(w:) A. Kublik, *Polak Polakowi...*] opisuje niszczycielski wpływ braku zaufania na funkcjonowanie instytucji i stan społeczeństwa: „...działają jednocześnie dwa procesy. Jeden to wzrost tendencji do podmiotowości społeczeństwa, a prościej – potrzeby wyrażania własnego zdania. Drugi – właśnie ogromna nieufność, podejrzenie innych o złe intencje, traktowanie każdego jak kogoś, kto kieruje się wyłącznie własnym zyskiem. (...) W świecie pozbawionym zaufania żyje się mniej przyjemnie, trudniej, czasami wręcz niebezpiecznie. Ale sami sobie ten los zgotowaliśmy. Zainteresowani głównie sobą nie poznajemy innych, budujemy wobec nich nietrafne oczekiwania, a potem rozczarowujemy się innymi. Nie wypełniamy obowiązków, których wymaga praca czy zawód, jaki wykonujemy. (...) Ciągłe jest w nas skłonność do bylejałości. I do przysmykania na to oka. A pamięta pani, jak po tragicznej śmierci dziecka okazało się, że lekarz, zamiast dyżurować w szpitalu, był w domu? A ordynator oddziału ginekologicznego, który pracował w ciągu dnia w swoim prywatnym szpitalu? Wszyscy o tym wiedzieli, wszyscy to akceptowali. A profesorowie, którzy zapominają o swoim egzaminie lub piszą nierzetelne recenzje? A kto zawinił, że Stadion Narodowy przemienił się

salnie zatem sam wymiar sprawiedliwości, (który ma służyć ochronie osób uważających się za „będące w prawie”), a raczej dysfunkcjonalności wymiaru sprawiedliwości generują brak zaufania społecznego. Dzieje się tak poprzez tolerowanie rozdzwiewu między powinnością (standard ochrony zapewniony w prawie materialnym) i realizacyjną rzeczywistością prawa. Tym sposobem dostępność wymiaru sprawiedliwości staje się czynnikiem decydującym o „słabości” upośledzonych grup w obrocie prawnym, a przez to o ich frustracji społecznej i braku zaufania do państwa, które na to zezwala. Ich deprywacja jako klienteli wymiaru sprawiedliwości wynika ze zbyt słabej wiedzy prawniczej jak na trudności współczesnego obrotu skomplikowanymi dobrami i usługami²⁸; jest konsekwencją zastraszenia przez wykorzystującego swą władzę partnera umowy, który wie, że słaby partner nie zdoła się przebić przez trudności, jakie mu stwarza bariera procesowa²⁹. W tej sytuacji silniejszy uzyskuje przewagę nad słabszym

w basen? Że godzinami staliśmy w korkach przy bramkach na autostradzie? Każdy, kto bierze pieniądze, źle wykonując swoją robotę. (...) Jeżeli sami postępujemy tak, że nie można przewidzieć, co zrobimy, a raczej można przewidzieć, że zrobimy coś nie tak, naciągamy przepisy, ominiemy je, wprowadzimy kogoś w błąd, nie dotrzymamy słowa czy terminu – to spodziewamy się, że inni postępują tak samo. Nieufność wynikająca z braku sensownej i starannej realizacji zobowiązań zawodowych tym bardziej jest groźna, im bardziej te czynności są skomplikowane, a ich efekty – odroczone w czasie: w zawodzie nauczyciela, prawnika, lekarza, polityka. (...) Niepokoję się stanem świadomości Polaków. Bo demokracja i efektywna gospodarka rynkowa wymagają zaufania. Gdy zamiast dialogu fruwają obelgi i wszelkie sztuczki niszczące przeciwnika stają się dopuszczalne – demokracja jest fasadowa”.

²⁸ Dodatkowo nieświadomość niebezpieczeństw związanych z nakazami e-sądów (w połączeniu z niestarannością systemu doręczeń; niestarannie stosowane są środki kontrolne wobec nakazów. Nie przeprowadzono – wraz z utworzeniem e-sądów, co znacznie zwiększyło efektywność nakazów – akcji informacyjno-wychowawczej, uświadamiającej następstwa braku wniesienia sprzeciwu. Oddzielnym problemem są dewiacje działania sprywatyzowanych komorników jako organów egzekucyjnych. Komornik nie szuka zbyt gorliwie dłużnika, zadowala się ściąganiem długu od kogokolwiek (o zbliżonych personaliach), przy wykorzystaniu władczych uprawnień urzędu, pozostawiając troskę o dotarcie do właściwego dłużnika – płatnikowi; por. P. Apas, *Komornicy. Ktoś małpie dał brzytwę więc małpa korzysta*, Gazeta Wyborcza z 9.03.2013 r. Środowiska komornicze (samorządy) podkreślają, że nie ciąży na nich obowiązek badania tytułu egzekucyjnego (to prawda). Jednakże czym innym jest badanie, czy egzekucja kierowana jest do właściwej osoby i tolerancja wobec ich niedbalstwa kierowania egzekucji do byle kogo. Instytucja tzw. trałowania w miejsce ustalenia właściwego dłużnika jest tolerowana przez samorząd komorniczy. Por. korespondencja podawana na blogu specjalizującej się w kwestiach egzekucji M. Kolińskiej-Dąbrowskiej, dziennikarki Gazety Wyborczej.

²⁹ Np. cywilnoprawne umowy o pracę, stosowane przez firmy outsourcingowe (sprzątanie biur), rejestrowane za granicą w celu utrudnienia dochodzenia roszczeń wykonawcom (oszukiwanie na płatnościach w wielu wypadkach jest częścią schematu, wedle którego działają te firmy), są chętnie wynajmowane z racji taniości, bez weryfikacji rzetelności. Z usług tych firm korzystały nawet sądy i biuro RPO (por. N. Mazur, *Sprzątnąć wyzysk*, Gazeta Wyborcza z 20.08.2014 r.). Innym, podobnym przykładem jest

– dzięki wykorzystaniu *legal harassment*. Wskazać tu można wiele rozmaitych przykładów: skądinąd trafna zasada *vigilantibus iura scripta sunt* zawodzi w wypadkach pułapek prawnych zastawianych na nieporadnych przy jednoczesnym *désintéressement* wymiaru sprawiedliwości (tak np. zabezpieczenia na nieruchomościach mieszkaniowych czy składnikach przedsiębiorstwa przy nieproporcjonalnej wysokości udzielonego kredytu, przy ryzykownych transakcjach z bankami i parabankami³⁰. Nie bierze się pod uwagę deficytu czasu dotrwania do pomyślnego wyroku przez biednych lub potrzebujących konkretnego świadczenia w naturze, co staje się coraz poważniejszym problemem przy opieszałości działania sądów³¹. Prawo proceduralne powiększa przewagę silniejszego ekonomicznie, organizacyjnie i intelektualnie. Wykorzystanie nowoczesnych technik elektronicznych, podnoszących sprawność procedury, służy głównie silniejszemu. Reformy procedur – tak zresztą karnej, jak i cywilnej, sprzyjają profesjonalizacji procesów. Nie zorganizowano do tej pory systemu uzyskiwania pomocy prawnej dla ludzi biednych i nieporadnych³², natomiast zaaprobowano profesjonalizację i formalizację procedury. Niefachowiec nie daje sobie rady ze zwiększonymi wymaganiami formalnymi, wynikającymi z rygoryzmu kontradyktoryjności. Oznacza to zwiększone zapotrzebowanie na pomoc prawną „dla słabszego”, której to pomocy nie zorganizowano, aby zrównoważyć wspomniany rygoryzm. Profesjonalizacja procesów oznacza także większe zapotrzebowanie na ekspertyzy biegłych. Ta kwestia jest piętą achillesową wymiaru sprawiedliwości, z uwagi na długotrwałość oczekiwania na opinie (przedłużanie postępowań), trudności znalezienia stosownego biegłego³³ oraz poziom fachowy (wynikający zresztą z systemu tworzenia list biegłych i braku kontroli nad

działanie tzw. czyścicieli kamienic – stosowanie przemocy i nękania w celu eksmisji lokatorów, którzy – będąc w prawie – nie są w stanie uzyskać ochrony prawnej.

³⁰ Przykładowo – por. http://wyborcza.biz/biznes/1,100897,16498536,Oszusci_sprytniejsi_od_panstwa_.html

³¹ Spektakularna jest zakończona w 2014 r. sprawa sądowa poręczyciela (wyrok SR w Bydgoszczy z dnia 1 sierpnia 2014 r., IC 667/14) ręczącego w 2001 r. za lichwiarską pożyczkę w wysokości 700 zł, przy karze umownej zastrzeżonej za spóźnienie jednej z rat, co doprowadziło do długu poręczyciela w wysokości 120 tys. zł (dłużniczka główna spłaciła 45 tys. zł). Do załatwienia sprawy (wymagało to uprzedniego przywrócenia terminu do wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty) doszło tylko na skutek rozgłosu prasowego (M. Jałoszewski, *Sąd na lichwiarza. Umorzy 120 tys. zł za 510 zł pożyczki*, Gazeta Wyborcza z 19.08.2014 r.).

³² Uzyskanie pomocy adwokackiej (chyba że na zasadach hobbystycznych) w sprawach ZUS-owskich jest w praktyce wykluczone.

³³ Trudności tego typu były, w zupełnie innej sferze, przyczyną wielkich strat Skarbu Państwa i gmin na skutek powierzenia wyceny zastępczych nieruchomości zwracanych przez Kościelną Komisję Majątkową biegłym wybranym i opłacanym przez beneficjenta zwrotu.

ich działaniem³⁴, a co owocuje „krotnościami” opinii i związanymi z tym kosztami i stratą czasu³⁵). W konsekwencji poziom pracy biegłych, w połączeniu z „parawanowym” działaniem opinii, przekłada się na poziom działania samych sądów. Sądy uciekają w ekspertyzy w trywialnych kwestiach konsumenckich, tam, gdzie wystarczyłoby posłużenie się rozumowaniem *res ipsa loquitur* i aby uniknąć trudności decyzji i jej uzasadnienia w sprawach wymagających kłopotliwej oceny (np. co do społecznego znaczenia swastyki czy krzyża celtyckiego, „zakazu pedałowania” itp.). Ocena społecznego znaczenia symbolicznego swastyki czy zakazu pedałowania ekspertyz nie wymaga – nie chodzi o wywody historyczno-porównawcze, ale o to, jak te symbole są odbierane tu i teraz. To nie jest wiedza ekspercka i powoływanie biegłego ma tu raczej charakter parawanu, ukrywającego niechęć do podejmowania decyzji przez sąd i jej uzasadniania³⁶.

8. Przeprowadzenie i opisanie subsumpcji jest jedną z podstawowych wad uzasadniania orzeczeń³⁷. Sądy nie potrafią przeprowadzić (opisać!) oceny stanu faktycznego w celu wykazania, jakie jego elementy wypełniają konkretne przesłanki wymaganych przez prawo dla danej kwalifikacji prawnej. Jest to usterka sztuki pisarskiej (wynikająca z nadmiernego zaufania do przeklejania fragmentów pism procesowych, które wszak nie są pisane bezstronnie) przekładająca się na błędność rozumowania. Wywód subsumpcyjny w założeniu, jest prowadzony *in abstracto*, jako wnioskowanie na tle wykładni przywołanych przepisów. Poprawność sama w sobie tak dokonanej wykładni, nie chroni przed błędnością wywodu w sprawie³⁸. O ile jeszcze kilkanaście lat temu tego rodzaju błędy były udziałem przede wszystkim postanowień kończących postępowania wypadkowe (posiedzenia niejawne), obecnie napotkać można wyroki (także sądów wysokich instancji), których uzasadnienie jest konstruowane w podobny sposób. To spostrzeżenie odnosi się nie tylko

³⁴ Por. raport Fundacji Batorego, Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Polskiej Rady Biznesu, marzec 2014: *Biegli sądowi w Polsce* (B. Grabowska, A. Pietryka, M. Wolny, A. Bodnar); *Skazani na biegłych*, z profesorem Ewą Gruzą rozmawia Tomasz Kwaśniewski, Duży Format z 21.08.2014 r.

³⁵ M. Jałoszewski, *Biegły mało biegły*, Gazeta Wyborcza z 21.08.2014 r.

³⁶ Zjawisko to występuje także w sprawach karnych i działalności prokuratury, unikającej ryzykownych decyzji, które mogłyby spowodować negatywną ocenę aktywności.

³⁷ Badania W. Wiewiórowskiej-Domagalskiej ujawniają tę okoliczność, jak również niekiedy żenujące, a zastanawiająco powtarzalne błędy w prawnej kwalifikacji w sporach konsumenckich.

³⁸ Piszę o tym: E. Łętowska, *Glosa do wyroku SN z 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11, PPC 2012, nr 4, s. 684–694* (dot. kierowania się trafnymi zasadami ogólnymi jako przesłankami rozumowania *in casu*, które nie gwarantuje prawidłowego, sprawiedliwego wyroku).

do spraw cywilnych, lecz także do spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego i spraw karnych – co oznacza już systemowy błąd rzemiosła sędziowskiego o ogromnych negatywnych konsekwencjach. Oznacza to bowiem brak rozpoznawania zarzutów i okoliczności indywidualizujących sprawę i ograniczenie się do przedstawiania treści przepisów w oderwaniu od stanu faktycznego.

9. Oddzielnym problemem jest pomijanie w uzasadnieniach odniesienia do konkretnych zarzutów i twierdzeń formułowanych w czasie przewodu sądowego. Nawet gdyby były one nietrafne i bez znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia, pominięcie wzmianki o ich istnieniu, staje się samodzielnym źródłem frustracji i pogłębiania braku zaufania³⁹.

10. Blisko dwadzieścia lat, jakie upłynęły od sformułowania przez A. Zielińskiego niewesołego wniosku, że w Polsce nie można uzyskać szybkiej i skutecznej ochrony sądowej, nie tylko więc nie przyniosły poprawy, ale przeciwnie, uwidaczniają jego klasowość⁴⁰, „ageizm”, nieprzyjazność informacyjną⁴¹, niewrażliwość na

³⁹ Por. przykładowo wypadek opisany w: E. Łętowska, *Redukcjonizm interpretacyjny jako skutek nieprawidłowego posługiwania się wykładnią językową (na tle oceny przesłanek wpisu w trybie uproszczonym na listę radców prawnych)* – glosa do wyroku WSA w Warszawie z 16.11.2010 r., EPS 2011, nr 5, s. 41–44. Inny przykład: Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, VII U 131/14, w sprawie o zwrot nienależnie pobranego świadczenia rehabilitacyjnego. W czasie, na jaki przyznano zasiłek, pozwanego zwolniono z pracy. Od tego momentu przysługiwał mu zasiłek liczony od innej, niższej podstawy. ZUS płacił jak wcześniej, stąd nadpłata. Pozwany twierdzi, że natychmiast po otrzymaniu zwolnienia z pracy wysłał je do ZUS, a ten nie poinformował o utracie prawa do wyższego zasiłku. Uzasadnienie wyroku zasadzającego zwrot ani słowem nie odnosi się do twierdzenia powoda, jedynie streszcza obszerne stan prawny. Nie wiadomo, czy to problem „dania wiary”, czy poglądu, że nie trzeba zawiadamiać o utracie prawa do zasiłku w wyższej wysokości. Wartość przedmiotu sporu mała, żaden adwokat sprawy nie chce, kasacji nie podlega, wyrok spod sztancy. Pozwany zapłacił, ale uważa (nie bezpodstawnie), że sąd go zlekceważył i zawiódł.

⁴⁰ Por. wymiana poglądów na łamach Dziennika Gazety Prawnej Prawnik: między L. Gardockim (*Jak na amerykańskim filmie*, 14.03.2013 r., *Eksperyment na ludziach*, 9.05.2014 r.) i P. Hofmańskim (*O nowym modelu procesu karnego i obawach prof. L. Gardockiego*, 28.03.2014 r.) oraz M. Królikowskim (*Zdrowy rozsądek nie wystarcza*, 4.04.2014 r.).

⁴¹ Polskie sądy (i sekretariaty polskich sądów) są nieuprzejme i nieprzyjazne informacyjnie. Jest to zresztą w Polsce cecha dotycząca i innych środowisk, związana z nawykami władzy lub atrybucji władzy K. Skarżyńska, pisze o stosunkach między lekarzami i pacjentami: „Lekarz ma nad pacjentem władzę, wydaje się, że w Polsce większą niż gdzie indziej. Polscy lekarze kompletnie nie są przyzwyczajeni do tego, żeby pacjent z nimi dyskutował, pytał i wymagał uzasadnienia jakichś decyzji. Nie lubią tego. Pacjent, który za dużo chce wiedzieć, jest często źle traktowany”. Można to *mutatis mutandis* odnieść do kontaktów z sądami i ich sekretariatami. (Spostrzeżenie z obserwacji towarzyszącej autorki, poprzez kontakt z sekretariatami 8 sądów warszawskich, w wyniku prób uzyskania informacji w kwestiach trywialnych rozmów, jednak bez ujawniania właściwej tożsamości i celu rozmowy).

nieporadność⁴². Dzieje się tak w sytuacji, gdy troską wielu aktów prawa europejskiego i praw człowieka jest uwrażliwienie sądów poprzez wprowadzanie jako odrębnych dóbr chronionych (których ochrona jest uwzględniana z urzędu, przy rozpoznawaniu innych spraw) różnych postaci dyskryminacji i wykluczenia. Osoby zamożniejsze, korzystające z niezbędnej, wyspecjalizowanej prawnej pomocy – dadzą sobie radę w warunkach kryzysu szybkości, rosnącej formalizacji postępowania i innych przyczyn zawodności wymiaru sprawiedliwości. Biedniejsi i nieporadni (wiek) muszą się liczyć z koniecznością rezygnacji ze skutecznej ochrony sądowej. Wymiar sprawiedliwości (podobnie jak leczenie) wymaga bowiem „wyszarpania” tego, co się należy, co jest kosztowne, czasochłonne i wymaga grubej skóry. Można więc w stosunku do sytuacji ocenianej przez A. Zielińskiego zauważyć tu regres w zakresie dochodzenia roszczeń wobec podmiotów dysponujących wobec swego przeciwnika procesowego władzą pieniądza i czasu, co przekłada się na przewagę organizacji i wiedzy (w tym prawniczej), a także możliwość wynajęcia zastępstwa procesowego, którego dla nieporadnych i biednych brakuje.

11. Prawoznawstwo słabo sobie radzi z rozpoznawaniem samego zjawiska nieefektywności ochrony sądowej jako czynnikiem generującym „słabszą” pozycję w obrocie. Nauka prawa w Polsce, piśmiennictwo prawnicze jest zdominowane przez analizy dogmatyczne tekstu. Uznaje się je za kwintesencję wiedzy o zjawiskach prawnych, zapominając, że jest to – skądinąd szacowne – ale wyłącznie *law in books*, obok którego istnieje jeszcze godne uwagi i analizy *law in action*. Istnieje przy tym błędne przekonanie, jakoby badanie tego ostatniego było możliwe tylko poprzez analizę akt sądowych (co zapoznaje istnienie obrotu prawnego nieprowadzącego do sporów sądowych i niegenerującego materiałów aktowych), a z kolei jedyną zasługującą na uwagę metodą były tu analizy ilościowo-statystyczne. Przekonanie o narastającej nieefektywności

⁴² Nie może to dziwić w praktyce sądów cywilnych, jeśli zdarza się nawet w postępowaniach karnych (skazywanie oraz wykonywanie kary wobec osób nieporadnych i chorych), na co zwracał uwagę rzecznik praw obywatelskich sygnalizujący kilkaset wypadków wykonywania kary wobec osób z ewidentnymi zaburzeniami psychicznymi. Por. http://wyborcza.pl/1,75478,15639570,Siedza_w_wiezieniach_choc_sa_jak_dzieci_Ponad_200.html

Charakterystyczny przykład niewrażliwości polskiego systemu wymiaru sprawiedliwości wiąże się losami wniosku o ukaranie (SR w Koszalinie, X W 256/14) za zapłacenia 40 zł grzywny przez naczelnika zakładu karnego, który chciał w ten sposób doprowadzić do zwolnienia osoby ewidentnie chorej i niesprawnej, wobec której orzeczono karę zastępczą pozbawienia wolności. Mimo że w tej ostatniej sprawie wznowiono postępowanie (SO, V Ko 1415/13), które następnie po uchyleniu wyroku skazującego Sądu Rejonowego – umorzono (II W 1614/11).

sądowej ochrony jest więc bardziej odczuwane jako narastająca tendencja, poparta doświadczeniem i obserwacją⁴³, niż zjawisko dające się uzasadnić statystycznymi badaniami praktyki. Istotne jest bowiem przy badaniach efektywności czy pewności prawa, niezawodności sądowej ochrony nie tyle to, „na co” znajduje się materiał w postaci akt z rozstrzygniętych sporów i co wykazuje treść akt, ile nieobecność jakichś typów spraw albo problemów, mimo że powinno być inaczej⁴⁴. Badania aktowe nie są w stanie ujawnić niektórych zjawisk:

- albo bowiem brak pewnych spraw, chociażby dlatego, że ryzyko sporu jest tu zbyt duże dla jednej ze stron (np. z powodu kosztowności, braku czasu, niewiedzy lub niewiary w sukces procesowy czy egzekucyjny). Dlaczego tak się dzieje, to byłby właśnie problem do zbadania, w ramach poszukiwania przyczyn nieefektywności, czego nie zobrazuje lektura akt spraw wniesionych do sądu;
- albo jakaś kwestia nie pojawia się w badanych aktach z uwagi na różne przyczyny (np. brak wrażliwości sądu);
- do badań źle dobrana jest próbka akt. Wyboru dokonuje się wszak wedle symbolu statystycznego przypisanego sprawie. Sama siatka kwalifikacyjna narzucona odgórnie sądom, jest „bezwładna” – nie uwzględnia na czas zmian w systemie prawa (np. problemy europeizacji prawa). Sam proces kwalifikacji indywidualnych spraw do poszczególnych pozycji statystycznych bywa więc przekłamanym, gdy idzie o badanie kwestii nowych normatywnie, słabo internalizowanych w świadomości sędziów (problematyka, która „nie przyjęła się w sądach”⁴⁵);

⁴³ Doświadczenie i obserwacja są podstawą powstawania wiedzy eksperckiej, umożliwiającej działanie „maszyny skojarzeniowej, projektującej najlepsze możliwe rozstrzygnięcie” – por. A. Damasiewicz, *Czy każdy sędzia powinien być szachistą*, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2013, nr 2, s. 141.

⁴⁴ Por. np. przeprowadzone w IWS badania aktowe nad sporami dotyczącymi kredytu konsumenckiego (T. Czech, *Efektywność instrumentów prawnych ochrony kredytobiorcy-konsumenta w świetle orzecznictwa sądowego*), często ograniczają się do stwierdzenia braku występowania problemu sygnalizowanego skądinąd przez teorię na tle badanej instytucji.

⁴⁵ A. Wiewiórowska-Domagalska (*Przegląd orzecznictwa na tle umów sprzedaży konsumenckiej*, raport z badania praktyki 2014) wskazuje oba rodzaje pominięć statystycznych jako problem fałszujący badaną rzeczywistość sprzedaży konsumenckiej i niedostępność dla badań empirycznych prowadzonych na tle próbek akt sądowych tych części praktyki obrotu konsumenckiego, gdzie nie dochodzi (z różnych przyczyn) do sporów sądowych albo gdzie istota konsumenckiego sporu rozbija się o nieświadomość sądu, z czym ma do czynienia. Ogólny wniosek o słabej internalizacji prawa europejskiego czy niewrażliwości na aksjologię konsumencką wynika z tych badań, jednak nie daje się wtłoczyć w pozycje ilościowej statystyki.

- albo jakaś kwestia nie pojawia się w aktach, mimo że doktryna uznaje go za charakterystyczny dla danego typu spraw czy sporów. Gdy po przebadaniu nawet sporej liczby akt sądowych nie pojawia się tam problem X, sygnalizowany w piśmiennictwie „jako problem” na tle badanego zagadnienia, bynajmniej nie świadczy o tym, że doktryna jest oderwana od praktyki ani że problem w praktyce obrotu rzeczywiście nie występuje czy nie występował, lecz jedynie o tym, że nie było o nim wzmianki w przebadanych aktach sądowych. Może to wynikać (ale nie musi!) z rzeczywistości obrotu, ale może także ze złej identyfikacji problemu przez sąd, z błędów subsumpcji na tle konkretnych spraw⁴⁶, niedostatecznej spostrzegawczości sądu lub jego małej biegłości kwalifikacyjnej i dogmatycznej.

Niedostatecznej efektywności ochrony sądowej (braku pewności prawa) nie daje więc się stwierdzić, a tym bardziej zbadać metodami ilościowo-statystycznymi jej przyczyn. Braki efektywności sądowej ochrony (owocujące depryzacją osób jej poszukujących) można sygnalizować, obserwując dysfunkcje związków między zjawiskami prawnymi i postawami aktorów prawnej sceny. Weryfikacja czy falsyfikacja tych hipotez jest odrębnym zagadnieniem, z pewnością jednak nie daje się tego uczynić przy pomocy ilościowych badań aktowych. Z kolei redukcja prawoznawstwa do refleksji niewykraczającej poza dogmatyczną analizę tekstu lub do sztamkowych „badań aktowych”, powoduje, że zakłócenia efektywności ochrony sądowej (wynikające z badawczo nieuchwytnych niedostatków sądowej kwalifikacji, subsumpcji czy analizy prawnej) proponuje się usunąć poprzez bezrefleksyjne i kontrproduktywne „doprecyzowania prawa” (zmiany legislacyjne). Oczywiście, że zdarzają się zawsze i wszędzie wypadki przy pracy i że właśnie one (im bardziej jaskrawe, tym chętniej) są szczególnie chętnie ujawniane w mediach. Niemniej rozległość i uporczywość występowania takich przyczyn, jak znieczulica, zaniechanie wysiłków interpretacyjnych w imię jak najniższego dopuszczalnego poziomu wydania orzeczenia, unikanie podejmowania samemu decyzji mogącej wywołać konieczność publicznego

⁴⁶ Por. „ograniczenie uzasadnień do przytoczenia ustawowych określeń i przepisów doprowadziło do błędu logicznego typu *idem per idem*. Sąd odwoławczy nie rozpoznał zarzutów zażaleń. (...) Ze względu na konsekwencje stosowania tymczasowego aresztowania względem oskarżonych tego typu uzasadnienia godzą w poczucie sprawiedliwości społecznej i podważają autorytet sądu” – Sąd Rejonowy w Częstochowie, K 62/12 (sprawa konserwatora zabytków, który przekazał niszczący zabytkowy spichrz w prywatne ręce. Zabytek został wprawdzie pieczołowicie odnowiony, co zebrało laury jako renowacja roku, ale co nie uchroniło funkcjonariusza z inicjatywą od pomówienia o korupcję, trzynastoletniej mitregi sądowej i kilkunastomiesięcznego aresztowania, których przyczyną było prowadzenie sprawy w sposób jak w podanym cytacie).

„tłumaczenia się” z niej – niepokoją, ponieważ wskazują na niechęć do ich ujawniania i niewydolność systemu kontroli i prewencji (gwarancji dla poszkodowanych).

12. Nie sprzyja dostrzeżeniu problemów, jakie stwarza „wirtualizacja” ochrony prawnej, rozluźnienie więzi i komunikacji między prawnoznawstwem i praktyką⁴⁷. Prawniczy dyskurs naukowy koncentruje się na pasjonujących dla samych prawników sporach w ramach poszczególnych dogmatyk prawa. Takie też podejście badawcze przekazuje się w czasie studiów jako jedyne godne zainteresowania w ramach nauki prawa. Wydobywanie z tekstu potencjalnych znaczeń przez naukę i komentatorów (przyznaję, bywa to bardzo atrakcyjne!) dodatkowo jednak bywa połączone z nieświadomością ubóstwa co do istniejącej, powszechnej praktyki interpretacyjnej⁴⁸. Trudno też żywić aprobatę dla opatrywania chwalebna etykietą „powściągliwości sędziowskiej” zamiłowania redukcji rozumowań prawniczych do powierzchownej wykładni językowej (połączonej z rozumowaniem *a contrario* i uwiadem wykładni systemowej i funkcjonalnej). Teoretycy prawa krytykują dominację statycznej wykładni językowej wręcz wypierającej inne metody odnajdywania sensu i znaczenia prawa. Na dodatek czym innym jest naganny aktywizm sędziowski (wkraczanie w sferę zastrzeżoną dla ustawodawcy i polityki), a czym innym godna pochwały inwencja i sprawność interpretacyjna. Tymczasem dominująca wykładnia językowa, nierzadko w wersji zmitologizowanej⁴⁹, ma charakter zamykający i ekskluzywny: prowadzi do wykluczenia przez sąd *a limine* innych możliwości interpretacyjnych niż czysto językowe (no bo skoro *clara non sunt interpretanda*) i uznania ich za wyłączną i pierwszą akceptowalną możliwość rozstrzygnięcia. Idzie to nawet tak daleko, że w praktyce sam wniosek dowodowy prowadzący w odmiennym kierunku czy propozycję przeprowadzenia innej interpretacji – uznaje się za niedopuszczalne⁵⁰. Tymczasem to właśnie wykładnia systemowa czy wyprowadzana z *ratio legis* regulacji – scalają, otwierają na system prawa (w naszych czasach – wieloskładnikowy),

⁴⁷ Przyczyny bywają trywialne. Parametryzacja wyników badań nisko punktuje głosy i komentarze. Inne przyczyny, związane z nadmierną rewerencją dla płytko i uniwersalistycznie ujmowana wykładnią tekstocentryczną, omawiam w: E. Łętowska, *Widzę i pochwalam co lepsze, lecz wybieram co gorsze. Głos w dyskusji o przyczynach i skutkach regresu dogmatyki prawa* (w: *Księga pamiątkowa dla prof. Andrzeja Kubasa* (w druku)).

⁴⁸ Drastycznych przykładów na tle sprzedaży konsumenckiej dostarczają badania aktowe A. Wiewiórowskiej-Domagalskiej, wykazujące nie tylko brak internalizacji prawa europejskiego, ale drastyczne braki w umiejętności kwalifikacji typów umów i ich prawnych reżimów.

⁴⁹ M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, Pal. 2011, nr 3–4, s. 20.

⁵⁰ Tak w sprawach powoływanych w przypisie 38 i 39.

umożliwiają realizację jego celów jako całości, dochowanie wierności wymaganiu *effet utile* (wobec prawa unijnego)⁵¹ i nakazywanej przez prawa człowieka zasadzie efektywności ochrony prawa i sądu⁵². Ochrona ta ma wszak być efektywna i praktyczna, a nie teoretyczna i abstrakcyjna⁵³. Oczekiwania wobec prawa i sposobu posługiwania się nim, wyrażane z jednej strony przez obrońców praw człowieka i – z drugiej – przez krytyków molekularnej wizji społeczeństwa, zadziwiająco współbrzmiały ze sobą, jednocząc się przeciw wirtualności ochrony udzielanej przez prawo i sądy. Rozstrzygnięcia, w których nie dba się o to, by przekonywały racjami, lecz ogranicza do *plus vis quam ratio*, nie służą budowie zaufania i przekonania o sprawiedliwości. Sam atrybut siły, nie wymusi zaufania, niezbędnego dla funkcjonowania prawa i efektywności udzielanej przezeń ochrony.

Potwierdzenie smutnego wniosku Adama Zielińskiego, sprzed dwudziestu lat – nie jest przedmiotem satysfakcji.

⁵¹ O różnorodności i wielopłaszczyznowości i zadań także sądownictwa w związku z tym postulatem piszę bliżej – E. Łętowska, *Implementacyjne grzechy przeciw effet utile*, EPS 2014, nr 1.

⁵² Por. referaty i wystąpienia poświęcone kwestii współdziałania ECHR i sądów krajowych, *The long-term future of the European Court of Human Rights*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7–8 April 2014, zwłaszcza D. Shelton (s. 113).

⁵³ Por. „the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must interpret and apply it in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. The Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions”, *Demir and Baykara v. Turkey [GC]*, Judgment of 12 November 2008, Eur. Ct. H.R., nr 66.

DYLEMATY WYŻSZEGO STANDARDU OCHRONY PRAW PODSTAWOWYCH A TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA

Marek Safjan

1. UWAGI WSTĘPNE

Dedykuję ten esej Panu Profesorowi Adamowi Zielińskiemu, wybitnemu uczonemu, z okazji Jego jubileuszu. Pragnę wyrazić swój podziw i szacunek dla Jego postawy, którą zawsze charakteryzowało głębokie zrozumienie problematyki ochrony praw podstawowych¹. Myślą przewodnią tego eseju jest bowiem próba odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób, jakimi drogami interpretacyjnymi możemy zapewnić z jednej strony przestrzeganie w przestrzeni prawnej Unii Europejskiej uniwersalnej koncepcji ochrony praw podstawowych, jednocześnie uwzględniając istnienie wieloskładnikowego porządku prawnego, z natury rzeczy złożonego z mocno zdywersyfikowanych systemów prawnych każdego z państw członkowskich.

Problem ten w ostatnich latach pojawia się z coraz większą wyrazistością, czego jedną z przyczyn, chociaż oczywiście nie jedyną, jest wejście w życie Karty Praw Podstawowych (dalej: KPP lub Karta) i jej coraz szersze wykorzystanie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS). Stosowanie prawa unijnego pokazuje jednocześnie coraz wyraźniejsze, funkcjonalne związki pomiędzy prawem europejskim a systemami prawa krajowego. W konsekwencji poszerza się w ten sposób naturalny zakres oddziaływania standardów

¹ Jedynie dla przykładu można wymienić w tym miejscu kilka pozycji z bogatej twórczości Profesora1/ora Adama Zielińskiego poświęconych tej tematyce: *Efektywność sądowej ochrony wolności i praw jednostki w Polsce* (w:) *Prawo handlowe XXI wieku: księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 1389–1402; *Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym* (w:) *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2006, s. 99–112; *Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych* (w:) *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 45–57; *Prawo do sądu i organizacja władzy sądowniczej* (w:) *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 483–501; *Sędzia a standardy ochrony praw człowieka* (w:) *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 519–533.

ochrony gwarantowanych w KPP. Orzecznictwo ETS potwierdziło bowiem w ostatnich latach w sposób nie budzący wątpliwości, że zakres stosowania prawa europejskiego nie może być ograniczony do wąskiej sfery aktów normatywnych, które stanowią w porządkach krajowych techniczną implementację prawa europejskiego². Koncepcja, wedle której stosowanie w porządku krajowym gwarancji zawartych w Kartcie „podąża” za stosowaniem normy europejskiej, sprawia że unijne standardy ochrony praw podstawowych są konfrontowane coraz częściej ze standardami wynikającymi z norm krajowych, zwłaszcza norm konstytucyjnych. Rodzi to kolejne pytania o wzajemne relacje standardów ochrony praw podstawowych. Na tym tle pojawia się jednak przede wszystkim dylemat, w jaki sposób pogodzić dążenie do jednolitości gwarancji praw podstawowych z dywersyfikacją standardów ochrony.

Moje uwagi skoncentrują się na początek na analizie art. 53 KPP, który jest swoistą normą kolizyjną i stanowi próbę określenia relacji pomiędzy różnymi porządkami prawnymi zawierającymi gwarancje ochrony praw podstawowych. W ramach tego punktu zamierzam też ustalić, kiedy i w jakich sytuacjach pojawia się problem stosowania wyższego standardu ochrony danego prawa podstawowego i jakie mogą być tego konsekwencje. Następnie rozważam, jaką wartość stanowi tożsamość konstytucyjna związana z określonym systemem prawnym oraz czy i w jakim zakresie kryterium tożsamości konstytucyjnej może wpływać korygująco lub ograniczająco na stosowanie standardu wynikającego z KPP.

² Por. w tej kwestii m.in. A. Rosas, *The Applicability of the EU Charter of Fundamental Rights at National Level*, European Yearbook on Human Rights 2013, s. 97 i n.; M. Safjan, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, EUI Distinguished Lectures, European University Institute, Florence 2014; J. Kokott, Ch. Sobotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, EUI Working Paper 2010, nr 6, s. 6; A. Tizzano, *Stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w państwach członkowskich (art. 51 ust. 1 Karty)*, EPS 2014, No 9, s. 29–32. Por. także orzecznictwo ETS wskazujące na funkcjonalne podejście do interpretacji art. 51 KPP, m.in. wyroki: z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-411/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865; z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811; z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105; z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107; z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-168/13, *Jeremy F.*, ECLI:EU:C:2013:358; z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-619/10, *Trade Agency*, ECLI:EU:C:2012:531.

2. KONKURENCJA CZY WSPÓLISTNIENIE RÓŻNYCH STANDARDÓW OCHRONY PRAW PODSTAWOWYCH NA TLE ART. 53 KPP?

Relacje pomiędzy standardami ochrony wynikającymi z różnych systemów prawnych są daleko bardziej złożone niż mogłoby to wynikać z pozoru prostej formuły zawartej w art. 53 KPP, która zdaje się powtarzać treść art. 53 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPCz). Ten ostatni przepis wyraźnie rozstrzyga na korzyść stosowania wyższego (niż przewidziany w EKPCz) standardu ochrony prawa podstawowego, traktując zarazem gwarancje konwencyjne jako gwarancje minimalne. Porównując obie formuły, nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że zakres stosowania KPP, w przeciwieństwie do zakresu stosowania EKPCz, jest ściśle ograniczony do obszaru stosowania prawa europejskiego. Na tle art. 53 KPP kwestia stosowania danego standardu ochrony zdaje się być więc oczywista i nie budząca żadnych wątpliwości, jedynie wtedy gdy odnosimy się do odpowiednich pól stosowania danego porządku prawnego. W polu stosowania konstytucji krajowych i EKPCz będzie miał zastosowanie standard wynikający z tych aktów (w zależności od tego, który z tych aktów zapewnia wyższy standard ochrony), w polu stosowania prawa europejskiego – standard wynikający z samej Karty. Jedynie w takim sensie, w jakim można stwierdzić, że wejście w życie KPP nie może pomniejszać ochrony praw podstawowych wynikających z konstytucji krajowych i konwencji (w polach ich stosowania) art. 53 KPP zbliżałby się do formuły art. 53 Konwencji.

Ograniczona do takiego jedynie znaczenia normatywnego treść art. 53 KPP byłaby zarazem w istocie powtórzeniem wniosku, który nasuwa się na tle art. 51 KPP, a z którego wynika delimitacja obszaru stosowania gwarancji zawartych w KPP do sfery objętej implementacją prawa europejskiego, poza którą znajdują zastosowanie standardy krajowe. W tym więc sensie art. 53 KPP miałby charakter swoistej normy „ostrożnościowej”, która wskazywałaby, że Karta nie pomniejsza znaczenia norm gwarantujących prawa podstawowe, które mają zastosowanie poza granicami oddziaływania prawa europejskiego, zwłaszcza że nie narzuca jakiegось jednego, zuniformizowanego standardu ochrony w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Interpretacja art. 53 KPP ograniczona do takiego jedynie aspektu, jak wskazany wyżej, nie pozwala jednak na dostrzeżenie faktu, że istnieją takie obszary regulacyjne, w których normy podlegające ocenie należą jednocześnie do sfery stosowania prawa europejskiego, jak i norm krajowych/konwencyjnych. W świetle założenia, które było w ostatnich latach konsekwentnie rozwijane przez orzecznictwo ETS, a które przyjmuje

funkcjonalne stosowanie gwarancji wynikających z KPP³, coraz częściej może się zdarzać, że pewne krajowe rozwiązania prawne znajdą się jednocześnie w polu „zainteresowania” ETS i sądów krajowych, w tym przede wszystkim sądów konstytucyjnych. Najprostszym przykładem takiej sytuacji może być regulacja krajowa, która stawiałaby się konieczna dla efektywnego stosowania norm europejskich. W takim wypadku bowiem, norma krajowa musiałaby respektować gwarancje ochrony praw podstawowych zawarte w Karcie, a jednocześnie, ze względu na swoją przynależność do porządku krajowego i podległość hierarchiczną wyżej usytuowanym normom krajowym, także gwarancjom wynikającym z porządku konstytucyjnego danego państwa.

Oczywiście kształt norm krajowych niezbędnych dla implementacji prawa europejskiego może być w szerszym lub węższym stopniu zeterminowany przez akt prawa europejskiego. Z jednej strony zdarza się, że zakres swobody ustawodawcy krajowego jest niezwykle ograniczony, ponieważ wszystkie istotne elementy regulacyjne zostały precyzyjnie i jednoznacznie przesądzone w akcie prawa europejskiego podlegającym implementacji. W takim wypadku zakres oddziaływania gwarancji konstytucyjnych praw podstawowych także ulegałby pomniejszeniu, chociaż nie całkowitej eliminacji! Z drugiej strony, zdarza się, że w ramach implementacji normy europejskiej ustawodawca krajowy ma istotny margines swobody co do kształtu przyjmowanych uregulowań krajowych. Wówczas zakres kontroli krajowych norm implementujących z punktu widzenia norm konstytucyjnych ulegałby automatycznie poszerzeniu.

Niezależnie od wskazanych wyżej różnic w obu sytuacjach pojawia się w większym lub mniejszym stopniu kwestia współistnienia standardów ochrony praw podstawowych. Artykuł 53 KPP nie daje wyraźnej odpowiedzi na to, w jaki sposób rozwiązywać możliwą konkurencję pomiędzy standardami ochrony, które wynikają z różnych porządków prawnych.

Prima facie, teoretycznie możliwe są dwa podejścia: jedno podążające drogą zasady pierwszeństwa prawa europejskiego, wyrażnie i konsekwentnie wyznaczoną przez ETS, odnoszoną również do krajowych norm konstytucyjnych; drugie – zakładające rozwiązanie takie jak w wypadku art. 53 EKPCz⁴, a którego istota sprowadza się do wyboru zawsze

³ Zob. w szczególności wyroki: C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, z dnia 18 czerwca 1991 r., pkt 42; C-299/95, *Kremzow*, ECLI:EU:C:1997:254; z dnia 29 maja 1997 r., pkt 15; C-309/96, *Annibaldi*, ECLI:EU:C:1997:631; z dnia 18 grudnia 1997 r., pkt 13; C-349/07, *Sopropé*, ECLI:EU:C:2008:746; z dnia 18 grudnia 2008 r., pkt 34; C-256/11, *Dareci e.a.*, ECLI:EU:C:2011:734; z dnia 15 listopada 2011 r., pkt 72.

⁴ Por. w tej kwestii art. 53 EKPCz: „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie będzie interpretowane jako ograniczające lub wyłączające jakiegokolwiek prawa człowieka

na korzyść wyższego poziomu ochrony gwarantowanego przez jeden z wchodzących w grę systemów. W tym drugim ujęciu regulacja KPP uzyskiwałaby więc status normy minimalnej, której przekroczenie mogłoby nastąpić tylko *in plus*, nigdy *in minus*.

2.1. Konsekwencje zasady pierwszeństwa

Rozwiązanie potencjalnej konkurencji pomiędzy standardami ochrony praw podstawowych opierające się na zastosowaniu zasady pierwszeństwa prawa europejskiego zmuszałoby w istocie do uznania, że pole stosowania specyficznej normy kolizyjnej, jaką jest art. 53 KPP, nie obejmuje sytuacji wyżej opisanej, w której realnie pojawia się kwestia konkurencyjności standardu ochrony. Zasada pierwszeństwa wykluczałaby bowiem niejako *a priori* możliwość powstania konkurencyjności standardów, skoro zgodnie z tą zasadą jedynie norma europejska mogłaby znaleźć w takim wypadku zastosowanie. Taka koncepcja została przedstawiona przez Rzecznika Generalnego Yve Bota w sprawie *Melloni*⁵. Nie ulega wątpliwości, że ten kierunek rozumowania ograniczałby treść normatywną art. 53 KPP wyłącznie do wcześniej opisanej interpretacji, w której sfery stosowania standardów wynikających z różnych porządków prawnych nie zbiegają się i współlistnieją niejako w odrębnych przestrzeniach. Zaletą takiego rozwiązania jest jego przewidywalność i prostota, które wzmacniają pewność prawa. Wpisywałoby się ono ponadto logicznie w linię dotychczasowego orzecznictwa ETS, które konsekwentnie akcentowało zasadę pierwszeństwa prawa europejskiego. Wadą łatwo zauważalną jest jednak pełna, swoista monopolizacja w określaniu pożądanego standardu ochrony w poszerzającej się sferze stosowania prawa europejskiego.

2.2. Zastosowanie standardu wyższego

Rozwiązanie potencjalnej konkurencji pomiędzy standardami ochrony praw podstawowych poprzez zastosowanie każdorazowo wyższego z nich, opierałoby się na koncepcji pozornie nieskomplikowanej, wzorowanej na art. 53 EKPCz, która uznawałaby istnienie – we wspólnym polu stosowania prawa europejskiego i prawa krajowego – konkurencyjnych standardów ochrony, a zarazem rozwiązywałaby ten

lub podstawowe wolności, które mogą być zagwarantowane przez ustawę każdej Wysokiej Układającej się Strony lub jakąkolwiek inną umowę, której Państwo to jest stroną”.

⁵ Zob. np. stanowisko prezentowane w opinii rzecznika generalnego Y. Bota do sprawy C-399/11 *Melloni*, pkt 99: „(...) art. 53 nie należy rozumieć jako klauzuli, której celem jest uregulowanie kolizji między z jednej strony normą prawa pochodnego, która interpretowana w świetle karty ustalałaby określony standard ochrony prawa podstawowego i z drugiej strony normą wywodzoną z konstytucji krajowej”.

konflikt zawsze na rzecz tego wyższego. Czysto semantyczna interpretacja art. 53 KPP mogłaby umacniać taką linię rozumowania. Oznaczałaby jednak daleko idące konsekwencje i zmianę ukształtowanej linii orzeczniczej w zakresie zasady pierwszeństwa prawa europejskiego. Okazywałoby się bowiem, że we wszystkich sytuacjach, w których pojawiałyby się kolizja normy konstytucyjnej, gwarantującej mocniejszą ochronę praw podstawowych z normą europejską, ta pierwsza uzyskiwałaby automatycznie przewagę w stosunku do tej drugiej. Tworzyłoby to poważny wyłom w zasadzie pierwszeństwa, a zarazem dość radykalną zmianę linii orzecznictwa ETS ukształtowanej od blisko 50 lat. Jedną z konsekwencji byłoby m.in. istotne zróżnicowanie nie tylko standardów ochrony praw podstawowych, ale w istocie samych reguł prawa europejskiego obowiązujących w poszczególnych systemach prawnych krajów członkowskich. Budowanie wspólnej, jednolitej i opartej na efektywności przestrzeni prawnej stawałoby się niemożliwe i przybierałoby charakter swoistej *mission impossible*.

Na marginesie można tylko zauważyć, że opieranie się w takim wypadku na analogii z art. 53 EKPCz nie znajduje dostatecznego uzasadnienia⁶, ponieważ, w przeciwieństwie do prawa europejskiego, celem EKPCz nie jest zagwarantowanie jednolitego i efektywnego stosowania wspólnych reguł prawnych. Konwencja ma zapewniać minimalny poziom ochrony praw podstawowych, bez względu na to, czy poziom ten znajduje bezpośrednio swoje oparcie w samej Konwencji, czy w regulacjach państw stron tej Konwencji. Nie chodzi w takim wypadku o jednolitość stosowania mechanizmów prawnych, w zakresie których gwarancje praw podstawowych są uruchomiane⁷. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem, zakładającym istnienie wyraźnej analogii pomiędzy stanowiskiem Karty i Konwencji w tym punkcie.

2.3. Wariant kompromisowy – w kierunku większej elastyczności

Istnieje jednak również trzecie rozwiązanie, które nie narzuca się wprost jako oczywiste i bezpośrednio wynikające z art. 53 KPP, a które zostało przyjęte w nowszym orzecznictwie ETS⁸. Stanowi ono na tle

⁶ Zob. opinię ETS, ECLI:EU:C:2014:2454; z dnia 18 grudnia 2014 r., 2/13 pkt 189.

⁷ Zob. K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The place of the Charter in the EU Constitutional edifice* (w:) *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford 2014, s. 1536, gdzie autorzy stwierdzają: „[u]ltimately, the interpretation of Article 53 proposed here means that the adoption of EU legislation can indeed lead to reduced levels of fundamental protection at the national level.”; zob. także N. Półtorak, *Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, EPS 2014, nr 9, s. 17–28.

⁸ Por. pkt 29 wyroku w sprawie Åkerberg Fransson: „Jednakże gdy sąd państwa członkowskiego przystępuje do kontroli zgodności z prawami podstawowymi przepisu prawa krajowego lub działania organów krajowych stanowiącego akt stosowania prawa

tych rozważanych wyżej wariantów propozycję alternatywną i zarazem kompromis pomiędzy koncepcją wyłączności stosowania standardu wynikającego z prawa europejskiego a koncepcją odwołującą się zawsze do standardu o wyższym poziomie ochrony. Zakłada ono bowiem otwarcie drogi do szerszego stosowania standardów krajowych (konstytucyjnych/konwencyjnych) ochrony praw podstawowych – także w polu objętym zakresem stosowania prawa europejskiego w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP, ale pod warunkiem że nie dojdzie w ten sposób do naruszenia zasad pierwszeństwa, efektywności i jednolitości stosowania prawa europejskiego. Rozwiązanie to jest próbą odczytania treści art. 53 KPP nie tyle poprzez czysto semantyczną wykładnię, ile poprzez uwzględnienie szerszego kontekstu prawa europejskiego i jego istotnych cech⁹.

Pierwszą z tych cech jest pluralizm konstytucyjny Unii Europejskiej przejawiający się w dywersyfikacji systemów konstytucyjnych państw członkowskich. Cechuje on dążenie do zachowania wartości i zasad tworzących wspólny fundament aksjologiczny Unii i zarazem znajduje swoje oparcie we wspólnych tradycjach konstytucyjnych wszystkich państw członkowskich.

Druga – to zasada pierwszeństwa prawa europejskiego, która nie może być rozumiana w kategoriach absolutnych jako formalna konstrukcja wypierająca automatycznie zastosowanie prawa krajowego, w tym reguł konstytucyjnych, w każdym wypadku gdy wchodzi w grę stosowanie prawa europejskiego, ale czyniąca to jedynie w takich granicach, w jakich jest to niezbędne do zapewnienia efektywnego i jednolitego stosowania prawa europejskiego. Należy podkreślić, że owa elastyczność w stosowaniu zasady pierwszeństwa, uwzględniająca pewną swobodę ustawodawcy krajowego, także w polu zastosowania prawa europejskiego, była od dawna respektowana

Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 karty – a dotyczy to sytuacji, w której działanie państw członkowskich nie jest w pełni określone przepisami prawa Unii – organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty stosownie do wykładni Trybunału ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii (...)", oraz pkt 60 wyroku w sprawie *Melloni*: „Artykuł 53 karty potwierdza wprawdzie, że gdy akt prawa Unii wymaga przyjęcia krajowych aktów stosowania, organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty stosownie do wykładni Trybunału, ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii”.

⁹ Zob. D. Ritleng, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, *Revue trimestrielle de droit européen*, kw.-czrw. 2013, s. 267 i V. Skouris, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, *Il Diritto dell'Unione Europea* 2013, nr 2, s. 229.

w orzecznictwie ETS, czego doskonałym przykładem jest konsekwentne uznawanie autonomii proceduralnej państw członkowskich, o ile nie stanowi ona przeszkody dla efektywnego zastosowania normy europejskiej¹⁰.

Koncepcja wyżej opisana zdaje się prowadzić do wniosku, że standard zawarty w Karcie może być tylko pod pewnymi warunkami (i to jest istotna różnica w odniesieniu do art. 53 EKPCz) traktowany jako standard minimalny. Przeto otwiera się możliwość dla zastosowania w systemie krajowym zarówno standardu wyższego, jak i – moim zdaniem – standardu porównywalnego co do zakresu ochrony z gwarancjami zawartymi w Karcie. Ponadto zastosowanie mechanizmów krajowych może dotyczyć również takich wypadków, kiedy regulacja europejska jest wprawdzie precyzyjna i dość szczegółowa, to jednak w polu objętym stosowaniem normy europejskiej znajdują się takie standardy krajowe, które nie stanowią przeszkody dla skutecznej implementacji, a mogą korzystnie wpływać na poprawę praw jednostki¹¹.

Opisane wyżej rozwiązanie harmonizuje w pełni ze wspomnianą wyżej ideą pluralizmu konstytucyjnego Unii Europejskiej, która zakłada współistnienie jednolitego systemu prawa europejskiego i systemów konstytucyjnych państw członkowskich. Pójście tą drogą otwiera wszak możliwość dyferencjacji standardów stosownie do tradycji konstytucyjnych każdego z państw, stwarzając jednak granice dla tej dyferencjacji, które wynikają z celów i założeń prawa unijnego. Słabością takiego rozwiązania jest z pewnością ryzyko zbyt daleko idącej dyferencjacji i w konsekwencji rozchodzenie się także w zakresie stosowania prawa europejskiego gwarancji ochrony praw podstawowych. Zakres swobody pozostawiony sądom krajowym jest wszakże znaczący i może ewokować rozstrzygnięciami, które będą istotnie rozbieżne. Poniżej wskazuję kilka problemów, które mogą wystąpić na tle tego stanowiska w związku z ustalaniem właściwego standardu ochrony danego prawa podstawowego.

¹⁰ Zob. orzecznictwo ETS wskazujące na poszanowanie autonomii proceduralnej państw członkowskich w granicach, w których nie stoi to na przeszkodzie efektywnemu stosowaniu prawa europejskiego, w szczególności wyroki: C-33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188; z dnia 16 grudnia 1976 r., pkt 5; C-279/06, *DEB*; pkt 35, C-93/12, *Agroconsulting-04*, ECLI:EU:C:2013:432; z dnia 27 czerwca 2013 r.

¹¹ Zob. np. wyrok w przytaczanej sprawie *Jeremy F.*, pkt 53, w którym ETS uznał, że stosowanie mechanizmu europejskiego nakazu aresztowania nie stoi na przeszkodzie stosowaniu środka zaskarżenia o charakterze zawieszającym przewidzianego w prawie francuskim.

3. O PUŁAPKACH I OGRANICZENIACH TRZECIEGO WARIANTU KOMPROMISOWEGO

3.1. Kłopoty z definiowaniem wyższego standardu ochrony

Kryterium wyższego standardu ochrony wydaje się z pozoru oczywiste i na tyle proste w zastosowaniu, że nie powinno budzić wątpliwości. Można jednak wskazać wiele sytuacji, w których pewne prawo podstawowe jest w jakimś systemie prawnym rozumiane wąsko do tego stopnia, że nie zawiera tych samych komponentów, które występują w treści tego samego prawa w innym systemie prawnym, a przez to stwarza ono jednostce słabszą ochronę. Na przykład prawo do sądu w systemie trójinstancyjnym daje lepsze gwarancje niż system zapewniający dwuinstancyjność. Podobnie, bezwzględne wymaganie doręczania pism procesowych jako konieczna przesłanka zapewnienia prawa do obrony jest skuteczniejsze niż ograniczenie się do możliwości publicznego ogłoszenia wezwania do sądu. Całkowity zakaz ujawniania tajemnicy lekarskiej lub adwokackiej lepiej chroni interesy jednostki niż system, w którym istnieją mniej lub bardziej liczne wyjątki od tej zasady. Szeroki zakres immunitetu formalnego stosowanego wobec pewnej kategorii osób zawęża znacząco prawo do sądu w porównaniu do systemów, w których immunitet jest ujęty wąsko *etc.* Przy bliższej analizie wydaje się jednakże, że problem jest daleko bardziej złożony.

Po pierwsze, nie można tracić z pola widzenia faktu, że poszczególne prawa podmiotowe, nawet przy treści bardzo zbliżonej w różnych systemach prawnych, mogą być odmiennie sytuowane w hierarchii praw podstawowych, co sprawia, że korzystają one z silniejszej lub słabszej ochrony w danym systemie prawnym. Jeżeli np. prawo do ochrony życia prywatnego i danych osobowych umieścimy w danym systemie na poziomie wyższym niż prawo do ochrony wolności słowa i dostępu do informacji, to nasuwać się będzie wniosek, że prawo to jest mocniej chronione niż w systemie, w którym to drugie prawo wysuwa się na pierwsze miejsce. Hierarchizacja takich praw będzie zależała od tradycji konstytucyjnych danego systemu, ale także od wrażliwości społeczeństwa, często uwarunkowanej historycznie, na ten lub inny przejaw naruszenia prawa podstawowego¹².

Po drugie, co pozostaje zresztą w pewnym związku z pierwszą uwagą, silniejszy lub słabszy poziom ochrony może być także następstwem odmiennego rozłożenia akcentów przy stosowaniu zasady

¹² Problematykę istotnej odmienności podejścia do relacji pomiędzy prawem do prywatności a wolnością wypowiedzi dobrze ilustruje sprawa dotycząca księżnej Monaco i publikacji w prasie niemieckiej, zob. orzeczenie ETPCz *von Hannover przeciwko Niemcom*, nr 59320/00, niepubl.

proporcjonalności. Prawo podstawowe mające tę samą treść w różnych systemach prawnych może być w jednym z nich *de facto* znacząco ograniczone ze względu na odmienną „wagę” poszczególnych komponentów proporcjonalności. Może to nastąpić zarówno w ramach ustalania cechy różnicującej pewne kategorie sytuacji i osób (cecha relewantna), jak i przy określaniu poziomu „niezbędności i konieczności” ograniczenia ochrony jakiegoś prawa, czy wreszcie przy ustalaniu cechy „skuteczności” instrumentu ograniczającego dane prawo – w porównaniu do możliwych środków alternatywnych.

Wydaje się w konsekwencji, przenosząc te uwagi na grunt rozważań dotyczących wyboru pomiędzy konstytucyjnym i wynikającym z Karty standardem ochrony praw podstawowych, że porównywalność poziomu ochrony zależeć powinna nie tylko od analizy czysto formalnej treści konkretnego prawa podstawowego, ale także od dodatkowych, wskazanych wyżej czynników wpływających na rzeczywisty poziom ochrony, czy, mówiąc inaczej, na usytuowanie danego prawa w danym systemie prawnym. Należałoby więc uznać za mocno wątpliwe zastosowanie standardu krajowego w sytuacji, w której np. standard ten wyparłby zastosowanie gwarancji wynikających z Karty, wprowadzie o identycznej czy mocno zbliżonej treści, jeśli zarazem na gruncie konkretnego systemu *de facto* ochrona jednostki ze względu na hierarchiczne usytuowanie tego prawa lub zastosowanie testu proporcjonalności byłaby mniej skuteczna i sytuowałaby się, poniżej poziomu ochrony gwarantowanego w Karcie, w świetle orzecznictwa ETS.

Powyższe rozważania ilustrują dobrze dodatkowe komplikacje, które mogą się pojawić na gruncie przyjętej w orzecznictwie interpretacji art. 53 KPP. Nie jest celem tych uwag zakwestionowanie sensu tej interpretacji, ale zwrócenie uwagi na niezbędną pewną ostrożność, ponieważ w przeciwnym wypadku czysto mechaniczne lub formalne podejście może prowadzić do rozchwiania całego systemu i z pewnością godzić w koncepcję jednolitości stosowania prawa unijnego. W takich sytuacjach korzystanie z instrumentu w postaci pytania prejudycjalnego wydaje się szczególnie uzasadnione¹³.

3.2. Efektywność normy europejskiej versus istota prawa podstawowego

Bardziej skomplikowany jest problem odnoszący się do kryterium efektywności, które stanowić ma, zgodnie z orzecznictwem ETS, jedną z przesłanek wyboru właściwego standardu ochrony: krajowego lub unijnego. Wydaje się z pozoru, że na tle sformułowanego w orzecznictwie

¹³ Zob. wyrok w przytaczanej już sprawie *Åkerberg Fransson*, pkt 30.

stanowiska efektywność zastosowania normy europejskiej nigdy nie powinna doznać uszczerbku ze względu na wybór właściwego standardu ochrony. Innymi słowy, zastosowanie szerszej, silniejszej gwarancji prawa podstawowego nigdy nie może prowadzić do pomniejszenia efektywności w stosowaniu regulacji unijnej. Powstaje jednak pytanie, czy nie tkwi w takim rozumowaniu swoista pułapka, która może stwarzać barierę dla skutecznej ochrony praw podstawowych. Czy jest zatem rzeczywiście tak, że efektywność wysuwa się zawsze na plan pierwszy, gdyż przesłankę efektywności cechuje swoiste dążenie do absolutyzacji, nawet za cenę pomniejszenia substancji prawa podstawowego.

Wydaje się, że takie stanowisko szłoby zdecydowanie za daleko i nie może być uznane za zasadne. Wręcz przeciwnie, można w tym miejscu pokusić się o sformułowanie tezy, że w sytuacji gdyby efektywne stosowanie mechanizmów prawa europejskiego prowadziło do konieczności zejścia poniżej poziomu, który można określić jako wyrażający istotę (substancję) prawa podstawowego, to w takim wypadku kryterium efektywności nie może dyktować wyboru właściwego standardu ochrony. Wyrażony tu pogląd znajduje swoje potwierdzenie w orzecnictwie ETS, m.in. dotyczącym ochrony koniecznych gwarancji prawa do obrony w postępowaniu sądowym oraz zasady równej broni stron w procesie. W orzeczeniu *Trade Agency*¹⁴ wyraźnie zostały określone granice, w których – ze względu na ochronę prawa do sądu – może nastąpić wykonanie orzeczenia sądowego wydanego zaocznie w innym kraju członkowskim. ETS bardzo wyraźnie zaznaczył, że jeśli przebieg postępowania krajowego nie zapewniałby jakiejkolwiek możliwości obrony interesów pozwanego, to – ze względu na ochronę koniecznych, a zarazem esencjonalnych gwarancji prawa do sądu – możliwa byłaby odmowa uznania takiego orzeczenia¹⁵. Innym przykładem jest rozstrzygnięcie w sprawie *Banif Plus Bank*¹⁶, w którym ETS wskazał na konieczność ograniczenia efektywnej ochrony konsumenta umożliwiającej sądowi krajowemu stwierdzenie z urzędu abuzywności klauzuli umownej, jeśli miałoby to prowadzić do pozbawienia drugiej strony – profesjonalisty możliwości przedstawienia skutecznej obrony, co tym samym prowadziłoby do naruszenia zasady równości stron w procesie cywilnym.

Wydaje się więc, że istnieją podstawy do stwierdzenia, że kryterium efektywności prawa europejskiego może być w sytuacjach związanych z wyborem właściwego standardu ochrony stosowane jedynie

¹⁴ Por. wyrok w sprawie *Trade Agency* C-619/10.

¹⁵ Por. pkt 32 wyroku w sprawie *Trade Agency*, dotyczący interpretacji art. 34 rozporządzenia nr 44/2001.

¹⁶ Por. wyrok C-472/11, *Banif Plus Bank*, ECLI:EU:C:2013:88; z dnia 21 lutego 2013 r., w szczególności pkt 36, dotyczący zasady równości stron w procesie.

w granicach, w jakich jest możliwe zachowanie substancji prawa podstawowego. Nie można by w konsekwencji wykluczyć, że w pewnych wypadkach będzie to prowadzić do wyboru raczej standardu interpretacyjnego przyjętego w krajowym systemie konstytucyjnym niż tego, który został wcześniej ustalony w orzecznictwie na gruncie Karty, jeśli się okazało, że jedynie ten pierwszy zapewnia w konkretnej sytuacji ochronę minimalnych i koniecznych elementów prawa podstawowego.

Przyjęcie standardu ochrony pochodzącego z systemu krajowego oznaczałoby zarazem, że zostaje on włączony do europejskiego standardu interpretacyjnego, który od tej chwili będzie obowiązywał na tle Karty. Byłby to jednocześnie dobry przykład na kształtowanie się gwarancji ochronnych w oparciu o inspiracje wynikające z tradycji konstytucyjnych poszczególnych państw członkowskich¹⁷. Realizacja takiego scenariusza wymaga z pewnością otwartości na wymianę racji i argumentów zarówno po stronie sędziów ETS, jak i sędziów krajowych sądów konstytucyjnych.

4. TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA JAKO KRYTERIUM OKREŚLENIA WŁAŚCIWEGO STANDARDU OCHRONY PRAW PODSTAWOWYCH

4.1. Uwagi wstępne

Warto obecnie zastanowić się nad tym, w jakim stopniu odwołanie się do tożsamości konstytucyjnej poszczególnych państw członkowskich może wpływać na korektę stanowiska wyżej prezentowanego, które zakłada możliwość zastosowania krajowych standardów konstytucyjnych, pod warunkiem jednakże respektowania wymagań pierwszeństwa, efektywności i jednolitości prawa europejskiego. W tym punkcie dwie kwestie wysuwają się na pierwszy plan. Po pierwsze, pytanie, w jakim zakresie kryterium tożsamości konstytucyjnej może determinować poszukiwania właściwego standardu ochrony praw podstawowych w polu stosowania przepisów krajowych zapewniających implementację prawa europejskiego. Po drugie, pytanie, czy i ewentualnie w jakich okolicznościach tożsamość konstytucyjna danego systemu prawnego może prowadzić do uznania pierwszeństwa krajowego standardu konstytucyjnego wobec standardu wynikającego z prawa unijnego, także wtedy,

¹⁷ Zwróćmy uwagę, iż w kontekście zastosowania rozporządzenia nr 44/2001, ETS wziął pod uwagę standardy narodowe i konwencyjne ochrony, aby umożliwić sądom krajowym *in absentia* w pewnych sytuacjach *in absentia*, zob. wyroki C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI:EU:C:2011:745; z dnia 17 listopada 2011 r., pkt 55; C-292/10, *G*, ECLI:EU:C:2012:142; z dnia 15 marca 2012 r., pkt 59. Zob. M. Safjan, D. Düsterhaus, *A Union of Effective Judicial Protection*, 33 Oxford Yearbook of European Law 2014, no 1.

gdy naruszałoby to wskazane wyżej kryteria efektywności i jednolitości prawa europejskiego.

4.2. O różnych sposobach określania tożsamości konstytucyjnej

Na początek warto przede wszystkim zauważyć, że – pomimo dość licznych już opracowań na temat tożsamości konstytucyjnej¹⁸ – nie ukształtowało się dotychczas jakieś wyraźne i jednoznaczne stanowisko w kwestii definicji tego pojęcia. Nie istnieje też ukształtowane orzecznictwo ETS w tej materii i poza nielicznymi orzeczeniami¹⁹, oraz opiniami Rzeczników generalnych²⁰, pojęcie to nie funkcjonuje w orzecznictwie w sposób pozwalający na jednoznaczne i wyczerpujące ustalenie komponentów, z których składa się tożsamość konstytucyjna. Nie zostały też określone kategorie sytuacji, w których możliwe i uzasadnione jest odwołanie się do tego pojęcia.

¹⁸ Zob. w szczególności S. Martin, *L'identité de l'État dans l'Union européenne: entre «identité nationale» et «identité constitutionnelle»*, *Revue française de droit constitutionnel* 2012/3, nr 91, s. 13–44; V.D. Simon, *Identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne (w:) L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Cahiers Européens* (dir. L. Burgorgue-Larsen), Paris 2011, s. 39–40; F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris: LGDJ 2013. *L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010; V. Constantinesco, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identité constitutionnelle nationales: Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, s. 937; A. Levade, *Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable?*, s. 109; J.-D. Mouton, *Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, s. 145. Zob. także S.L. Shaelou, «Nous les peuples». *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence tchèque, polonaise et lettone (w:) L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Cahiers Européens* (1), Pedone, Paris 2011; B. Guastafarro, *Beyond the 'exceptionalism' of constitutional conflicts: the 'ordinary' functions of the identity clause*, 31 *Oxford Yearbook of European Law* (2012), 1, s. 263–318.

¹⁹ Wyroki C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614; z dnia 14 października 2004 r., C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806; z dnia 22 grudnia 2010 r., C-391/09 *Runevič-Vardyn i Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291; z dnia 12 maja 2011 r.

²⁰ Por. opinię rzecznika generalnego P. Maduro z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731, pkt 33 i z dnia 30 września 2009 r. w sprawie C-135/08, *Janko Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104. Zob. opinię rzecznika generalnego N. Wahl'a z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-58/13 i C-59/13, *Torres*, ECLI:EU:C:2014:2088, pkt 100: „(...) w tym względzie prawdą jest, że Trybunał w pewnych szczególnych okolicznościach ze względu na ochronę tożsamości narodowej dał państwom członkowskim możliwość odstąpienia od obowiązków nałożonych przez prawo Unii, takich jak poszanowanie fundamentalnych wolności. Nie oznacza to jednak, że jakiekolwiek postanowienia zawarte w konstytucji narodowej mogą ograniczać jednolite stosowanie przepisów prawa Unii, czy stanowić parametr legalności tych przepisów (...)”. Zob. D. Ritleng, *Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale* (w:) J.-C. Barbato, J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexion à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant 2010, s. 21.