



**PRZEGLĄD PRAWNICZY**  
**UNIwersYTETU**  
**Warszawskiego**

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



**Wydział Prawa i Administracji**  
**Uniwersytetu Warszawskiego**

**ROK XV**  
**VOLUME 15**

**2016**

**NUMER 2**  
**NUMBER 2**

*Redakcja:*

Redaktor Naczelny (Editor-in-Chief)  
Maciej Troć

Zastępcy Redaktora Naczelnego (Deputy Editors-in-Chief)  
Magdalena Hudyma  
Piotr Króliński  
Katarzyna Stradomska

Kolegium Redakcyjne (Editors):

Katarzyna Bąkowska  
Agata Bienia  
Klaudia Dąbrowska  
Bartosz Dębek  
Maciej Gil  
Bartosz Gryziak  
Patrik Kalinowski  
Maria Kozłowska  
Filip Ludwin  
Maria Magierska  
Anna Olmińska  
Piotr Pawlak  
Agnieszka Piasecka  
Magdalena Rosa  
Daria Świdarska  
Anna Wiaksa

*Rada Naukowa:*

prof. dr hab. Tadeusz Ereciński  
prof. dr hab. Ludwik Florek  
prof. dr hab. Lech Gardocki  
prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski  
prof. dr hab. Jerzy Rajski  
prof. dr hab. Marek Safjan  
prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski  
prof. dr hab. Maria Zabłocka

*Opiekun Naukowy:*

prof. dr hab. Adam Bosiacki

ISSN: 1644-0242

Nakład: 150 egzemplarzy

Ten numer Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu Warszawskiego został wydany dzięki pomocy finansowej (this Warsaw University Law Review was published with the financial support of):

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Adres redakcji: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa  
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Wydawca: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa  
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Skład i łamanie: PanDawer, [www.pandawer.pl](http://www.pandawer.pl)

Organizacja druku: PanDawer, [www.pandawer.pl](http://www.pandawer.pl)

## WYKAZ SKRÓTÓW

AEJM	American Economic Journal: Microeconomics
AJJ	The American Journal of Jurisprudence
ALR	The American Law Register
BYULR	Brigham Young University Law Review
CLR	Cincinnati Law Review
CLTD	Cal Law Trends and Developments
CPIJ	The Competition Policy International Journal
CR	Computer und Recht
Dz.Urz. Woj. Maz.	Dziennik Urzędowy Województwa Mazowieckiego
EIPR	European Intellectual Property Review
ELR	European Law Reporter
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
FLR	Florida Law Review
FP	Forum Prawnicze
FR	Family Relations
GJGL	The Georgetown Journal of Gender and Law
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
HLR	Harvard Law Review
IKAiR	Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
ILRNYU	Intramural Law Review of New York University
IN	Ius Novum
TTRB	Der IT-Rechts-Berater
JCLE	Journal of Competition Law & Economics
JECLP	Journal of European Competition Law & Practice
JILP	Journal of International Law and Policy
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law and Practice
JUE	Journal of Urban Economics
KNF	Komisja Nadzoru Finansowego
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
LLN	Lawyer and Law Notes
MoP	Monitor Prawniczy
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OLR	Oregon Law Review
ONSA	Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSNAP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Pracy
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
PA	Prawo Asekuracyjne
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
RU	Rozprawy Ubezpieczeniowe
RULR	Regent University Law Review

SA	sąd apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SP	Studia Prawnoustrojowe
ST	Samorząd Terytorialny
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS	Trybunał Sprawiedliwości
TTLFWP	Transatlantic Technology Law Forum Working Papers
ULR	Utah Law Review
U.S	United States Reports
WC	World Competition
WLLR	Washington and Lee Law Review
WMRVL	William and Marry Review of Virginia Law
WU	Wiadomości Ubezpieczeniowe
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej

## **ABBREVIATIONS**

AUS	Acta Universitatis Szegediensis de Attila József Nominatae Sectio Juridica Politica
CEPS	Centre for European Policy Studies Policy Brief
CLEI	Contemporary Legal & Economic Issues
ECLR	European Constitutional Law Review
GILJ	Georgetown Immigration Law Journal
HILJ	Harvard International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IPAR	International Public Administration Review
JEPP	Journal of European Public Policy
MJ	Maastricht Journal
REAL	Review of European Administrative Law
SDLR	San Diego Law Review

## SPIS TREŚCI

<i>Erzsébet Csatlós</i>	
<b>Recent changes and challenges of consular protection for European Union citizens in third countries .....</b>	<b>261</b>
<i>Annet E. Gácsi</i>	
<b>Study of the principle of equality of arms in particular in Hungarian criminal proceedings .....</b>	<b>285</b>
<i>Bartosz Gryziak</i>	
<b>Exclusive jurisdiction in civil and commercial matters: EU law provisions and case-law review and analysis .....</b>	<b>308</b>
<i>Jakub Sadurski</i>	
<b>Luzy decyzyjne w przepisach ustawy o swobodzie gospodarczej dotyczących koncesji. Współwystępowanie uznania administracyjnego i pojęć niedookreślonych .....</b>	<b>344</b>
<i>Ewa Obiedzinińska</i>	
<b>Koncepcja Ericha Fromma jako wzór prawnej ochrony wolności .....</b>	<b>357</b>
<i>Maciej Gil</i>	
<b>Wyczerpanie prawa autorskiego w środowisku internetowym .....</b>	<b>391</b>
<i>Jakub Doroszy-Kruczyński</i>	
<b>Karta mieszkańca – próba opisu instytucji na podstawie uchwał rad gmin aglomeracji warszawskiej .....</b>	<b>416</b>
<i>Piotr Króliński</i>	
<b>Ważenie winy w przypadku orzekania rozvodu – uwagi na temat amerykańskiej doktryny comparative rectitude .....</b>	<b>439</b>
<i>Sabrina Mana-Walasek</i>	
<b>Korelacja autonomii jednostki z wolnością w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka .....</b>	<b>461</b>
<i>Artur Szmygielski</i>	
<b>Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji .....</b>	<b>479</b>

<i>Marta Ostrowska</i>	
<b>Ubezpieczenie ochrony prawnej na polskim rynku ubezpieczeniowym .....</b>	<b>499</b>
<i>Dariusz Mańka, Mateusz Muchel</i>	
<b>Między zasadą praworządności a bezpieczeństwem prawnym obywateli – problematyka trwałości decyzji administracyjnej na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie P 46/13 .....</b>	<b>516</b>

**ARTYKUŁY**

**(ARTICLES)**





**RECENT CHANGES AND CHALLENGES OF CONSULAR PROTECTION FOR EUROPEAN UNION CITIZENS IN THIRD COUNTRIES\*\*****1. Introduction**

Consular authorities are the external hands of states' public administration. These state organs are established on the territory of another state and perform their duties with the consent of the host state. Consular relations of a state therefore depend on its foreign relations which is basically an expression of sovereignty and personal jurisdiction. The concept of consular assistance and service is in fact a compromise between the territoriality principle and the prerogatives of the states based on the nationality link.

The European Union, by expanding beyond its original economic nature, is developing a coherent area based on the interests of its people. However, the EU is not a state; it lacks that special legal tie which connects states to its nationals. Therefore, the idea of EU citizenship was invented as a unique link between the EU and the citizens holding the nationality of any Member State to reinforce the sense of togetherness along with the equal benefit of certain rights. It includes the availability of help and protection abroad, on the territory of third states if the state of nationality is not available. This concept exists since 1992 but its effectiveness has faced many obstacles which can be traced back to the fact that this aspect of citizenship policy is strongly based on foreign policy and external relations which is still the weakest link for EU and its legislative organs.

The paper aims to highlight the topic of consular protection in the view of its recent developments and challenges along with questions of

---

\* Senior Lecturer, University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences, 6720 Szeged, Tisza L. krt. 54, Hungary, e-mail: csatlós.e@juris.u-szeged.hu.

\*\* Supported through the New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities.

legal application issue. All of them are influenced by legislative competency and fundamental rights impacts which cause procedural challenges with further question of, *inter alia*, non-represented EU citizens' family members' rights.

## 2. Engagement of consular service and EU citizenship

The concept of caring for citizens who live or travel outside national borders is ancient and generally recognized by international public law. For that purpose, states establish their representations on the territory of other states under the scope of bilateral agreements.<sup>1</sup> Such external state organs, the consular authorities, are maintained as the prolonged hands of state's administrative branch to ensure certain services for their citizens abroad: consular agents can issue travel documents, treat requests for assistance in case of sudden death, illness, or crime, or in extreme cases help to get back home if natural or man-made disasters disturb the staying abroad; consular functions may also refer to medical assistance, evacuation, or repatriation and help to safeguard of interest (Art. 5.d–f of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, 596 UNTS 261, hereinafter: 'VCCR'). Nowadays, the need for such care is increasing but the capacity of states is running low: there is a tendency for closing foreign representations due to financial causes. As for solution, the international law recognizes the practice of protecting other states' nationals the same way as it is done to own fellows – if the host state agrees so (Art. 7–8 VCCR). The consular protection policy of the EU is based on this idea. Being an international organization, the EU cannot become a party to the Vienna Convention on Consular Relations as it is basically open for signature for states (Art. 74 VCCR). However, all the EU Member States are already parties to it, and it can be considered as a highly accepted treaty practice reflecting customary international law,<sup>2</sup> therefore not being a party to it does not preclude it as a legal basis for EU consular protection policy in third states. According to

---

<sup>1</sup> A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge 2010, p. 42; R. Sloane, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, HILJ 2009, no. 50, p. 29–33.

<sup>2</sup> E. Schweighofer, *The Protection of Union Citizens in Third Countries: aspects of international and European law* [in:] S. Faro, M.P. Chiti, E. Schweighofer (ed.), *European Citizenship and Consular Protection*, Napoli 2012, p. 79.

the rules in force, if the state of nationality has no available representation on the territory of a third state where an EU citizen would need service or protection, the citizen can request it from any other Member State's available representation (Art. 23 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 2012, hereinafter: "TFEU"). Article 23(1) TFEU seems to use diplomatic protection and consular protection as synonyms, although they are two completely different legal concepts.<sup>3</sup> Considering the content of secondary sources (see below) it is obvious that Art. 23 TFEU refers to consular protection<sup>4</sup> but it has to be noted that consular function can be practiced by both diplomatic and consular agents (Art. 3 VCCR). Diplomatic protection is still considered an exclusive prerogative of the state of nationality which does not have any duty to exercise such protection vis-à-vis its nationals.<sup>5</sup>

This concept of consular protection is inherent to EU citizenship which exists since the Maastricht Treaty to strengthen the feeling of being a one big European nation while creating "*an ever closer union among the peoples of Europe*" (preamble of the Treaty on European Union, OJ C 191, 1992, hereinafter: 'Maastricht Treaty') where the basics rights including the availability of consular assistance, are guaranteed to everyone. The Maastricht Treaty intended a radical change in strengthening the protection of rights and interests of the nationals of its Member States. Previously, citizenship concept had been reserved for nation states, and as the EU is not a state, it is a supranational entity, in comparison with citizenship of a state, citizenship of the Union is characterised by rights and duties and involvement in

---

<sup>3</sup> P. Vigni, *The Protection of EU Citizens: The Perspective of International Law* [in:] J. Larik, M. Moraru (ed.), *Ever-Closer in Brussels – Ever-Closer in the World? EU External Action after the Lisbon Treaty*, Florence 2011, p. 100.

<sup>4</sup> S. Battini, *The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection* [in:] E. Chiti, B. Mattarella (ed.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin 2011, p. 177–178; I. Schiffner, *A diplomáciai védelem gyakorlásának eszközei, avagy a fogalom-meghatározás és az elhatárolás problémái*, AUS 2009, no. 72, p. 535–543; A. Becánics, *Konzuli védelem és segítségnyújtás az Európai Unió perspektívájából* [in:] J.T. Karlovitz (ed.), *Fejlődő jogrendszer és gazdasági környezet a változó társadalomban*, <http://www.irisro.org/tarstud2015aprilis/index.html>, 18.06.2017, p. 25–26.

<sup>5</sup> Vigni, 2010, p. 17. There are steps toward diplomatic protection exercised by the EU (*cf.* Vigni, 2010, p. 26; *Odigitria AAE v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of 28 November 1996, Case 293/95, ECR II-02025, point 43–45.

political life to strengthen the ties between citizens and Europe by promoting the development of a European public opinion and European political identity (Art. B of the Maastricht Treaty). The difference between nationality and citizenship, attributing to the latter concept a sense of belonging to a community larger than that of the state, with a different political power and characterising the former as the legal status resulting from the connection between the individual and the state,<sup>6</sup> EU citizenship supplements national citizenship without replacing it and leaves national citizenship intact; it rather guaranteed further rights to the citizen under the remit of the EU.

EU citizenship is a legal concept that depends on the existence of citizenship of a Member State and does not require any procedure for its recognition. EU citizenship is an *ipso iure* status of citizens of any Member States and derivative of the nationality of Member States. The issues of whether an individual is a national of any given Member State is decided exclusively by the national law of the state concerned (Art. 20 TFEU),<sup>7</sup> so the jurisprudence of the CJEU, mainly in the *Rottmann* and *Zambrano* cases, is approaching to a sort of harmonisation to avoid the negative effects of the variety of these legislations.<sup>8</sup> The competence to do so derives from the protection of the fundamental rights and rule of law which are general principles of EU law along with norms concerning non-discrimination and administrative procedural safeguards.<sup>9</sup> Summing up, since the *Grzelczyk* case in 2001, the CJEU has repeatedly asserted that citizenship of the EU is destined to be a *fundamental status* of nationals of

---

<sup>6</sup> Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on joined cases *Rhiannon Morgan v. Bezirksregierung Köln* and *Iris Bucher v. Landrat des Kreises Düren* Judgment of 20 March 2007, Cases 11/06 and 12/06, ECR I-9183, footnote no. 53.

<sup>7</sup> *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, Judgment of 7 July 1992, Case 369/90, ECR I-4239, point 10; *Belgian State v. Fatma Mesbah*, Judgment of 11 November 1999, Case 179/98, ECR I-7955, point 29; *Kunqian Catherine Zhu and Man Lanette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Judgment of 19 October 2004, Case 200/02, ECR I-9925, point 37; *Rottmann v. Bayern*, Judgment of 2 March 2010, Case 135/08, ECR I-146, point 39.

<sup>8</sup> Cf. *Rottmann v. Bayern*, point 41; *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, Judgment of 8 March 2011, Case 34/09, ECR I-1177, point 42; L. Gyenci, *Unió polgárság: a piacorientált szemléletől való elszakadás göröngyös útja, A Rottmann-, a Zambrano-, a McCarthy- és a Dereci-Ügyek Analízise*, 2012, p. 142–144

<sup>9</sup> R. Bauböck, V. Paskalev, *Cutting Genuine Links: A Normative Analysis of Citizenship Deprivation*, GILJ 2015, no. 30, p. 90–92.

Member States<sup>10</sup> who are entitled to enjoy certain specific rights (Art. 21 TFEU) including the right, in the territory of a third country in which his/her country is not represented, to protection by the diplomatic or consular authorities of another Member State, on the same conditions as the nationals of the given state (Art. 21 TFEU). Due to the fundamental status of EU citizenship and its specific inherent rights, consular protection is now an integral part of the EU policy on citizen's rights that obliges Member States and their authorities while performing their tasks.

Meantime, consular protection and assistance has also been a service of domestic competence<sup>11</sup> as it is based on the special link between the state and its citizens called nationality. It breaks the classical principle of territorial notion of jurisdiction that each state exercise over the population residing within its own borders in favour of a narrow scope of personal jurisdiction that follows nationals beyond borders.<sup>12</sup> The possibility to maintain the states' services abroad to serve nationals, the establishment of consular authorities and the performance of consular service on the territory of another state depend on the consent, therefore the consular protection policy of states is based on its external relation. However, foreign policy of the EU is still a delicate issue and falls under specific legislative order, therefore the EU's consular policy is limited to the competences conferred upon by its Member States.<sup>13</sup> On one hand, the foreign policy

---

<sup>10</sup> *Grzeleczyk v. CPAS*, Judgment of 20 September 2001, Case 184/99, ECR I-6193, point 31; *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department*, Judgment of 17 September 2002, Case 413/99, ECR I-7091, point 82; *Rottmann v. Bayern*, point 43; J. Shaw, *The Treaty of Lisbon and Citizenship, European Policy Brief*, [http://fedtrust.co.uk/wp-content/uploads/2014/12/PolicyBrief\\_Citizenship.pdf](http://fedtrust.co.uk/wp-content/uploads/2014/12/PolicyBrief_Citizenship.pdf), 18.06.2017; I. Vörös, *Néhány gondolat az uniós polgárság intézményéről*, "Jogelméleti Szemle" 2012, no. 2, <http://jesz.ajk.elte.hu/voros50.pdf>, 18.06.2017, p. 283; A. Mohay, M. Davor, *Az uniós polgárság jogi természetét nemzetközi jogi és uniós jogi megközelítésben* [in:] T. Drinóczi (ed.), *Korszakunk jogi kihívásai: EU – Magyarország – Horvátország*, Pécs–Eszék 2012, p. 120.

<sup>11</sup> CARE Final Report (2010). Consular and Diplomatic Protection. Legal Framework in the EU Member States, <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, 18.06.2017; A. Vermeer-Künzli, *Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union*, ICLQ 2011, no. 60, p. 971.

<sup>12</sup> S. Battini, *International administrative law today: The case of consular assistance and diplomatic protection*, [in:] S. Faro, M.P. Chiti, E. Schweighofer (ed.), *European Citizenship and Consular Protection*, Napoli 2012, p. 57–58.

<sup>13</sup> J. Wouters, S. Duquet, K. Meuwissen, *The European Union and Consular Law*, Working Paper 2013, no. 107, [https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working\\_papers/new\\_series/wp101-110/](https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp101-110/)

competences challenge the effectivity of this area; and on the other, the administrative law harmonisation that it supposes. Consular authorities are, in fact, the external public administrative authorities of Member States and public administration and public administrative law is also a core issue of domestic competence (Art. 197 TFEU). Although by involving EU bodies and organs into their activity under the scope of the Council Directive 2015/637 of 20 April 2015 on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection for unrepresented citizens of the Union in third countries (OJ L 106, 2015), hereinafter: Consular Directive, the legal field reserved for Member States is strictly influenced and challenged. In fact, Member States are all present in only three states to help their citizens abroad: the US, Russia, and China.<sup>14</sup> So the task is not theoretical. Therefore, it shall be strictly examined what exactly is required and what can be required by EU law to create a common consular policy.

### **3. The development and the current regime of consular protection policy of the EU**

After the creation of the EU citizenship concept, years have passed until its fundamental status was recognized and as for the right concerning consular protection, the biggest change happened when the Treaty of Lisbon entered into force in 2009. The modifications concern fundamental rights, competency implications along with institutional changes as well as administrative law influences.

#### **3.1. Pre-Lisbon regime of consular protection in third states**

Following the Maastricht Treaty, the European Community's decision with its six meaningful articles of nine entered into force in 2002 (Decision 95/553/EC of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council of 19 December 1995

---

wp107-wouters-duquet-meuwissen-sd.pdf, 18.06.2017; F. Geyer, *The External Dimension of EU Citizenship. Arguing for Effective Protection of Citizens Abroad*, CEPS 2007, no. 136, p. 5.

<sup>14</sup> *Green Paper: Diplomatic and consular protection of Union citizens in third countries*, Brussels 2006, COM (2006)712 final, point 1.5; R. Balfour, K. Raik, *Introduction* [in:] R. Balfour, K. Raik (ed.) *The European External Action Service and National Diplomacies*, EPC Issue Paper 2013, no. 73, p. 12.

regarding protection for citizens of the European Union by diplomatic and consular representations, OJ L 314, 1995, hereinafter: ‘Decision of 1995’). Step by step, a decision on the establishment of an *emergency travel document* (hereinafter: ‘ETD’) was adopted (96/409/CFSP) along with a non-binding guideline on consular protection and another on the concept of *lead state* in case of cooperation in third states.<sup>15</sup> Being adopted on an intergovernmental ground, these documents were not recognized as part of *EU legal order*, however as *acquis communautaire* they were to be respected. The regime rather ensured a *non-discrimination clause* than an individual right for citizens and an obligation for states under all circumstances. The decision of 1995 enlisted situations when the citizens must get protection (for instance in the case of arrest, repatriation or death – Art. 5 of the Decision of 1995). Under this legal regime Member States were to establish the necessary rules among themselves (like in a classical intergovernmental way of dealing with international issues). A set of *Guidelines for the Protection of Unrepresented EC Nationals by EC Missions in Third Countries* was adopted by the 241st Political Committee on 29 and 30 March 1993. However, the authorities of all third countries were informed of them by the Presidency in the form of *note verbale* (COM(93)702 final:7), the mere notification does not change the legal status of guidelines; for third states it is *pacta tertiis* (Art. 34–35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, 1155 UNTS 331). Further negotiations have never been realized,<sup>16</sup> and the pre-Lisbon regime of consular protection in third states could never overcome the diversity of national regulations and foreign policies.<sup>17</sup> Meantime, the concept of helping each other’s citizens abroad and sharing the burden meant nothing new: Nordic states or the Baltic ones have had this kind of cooperation since decades.<sup>18</sup> It is also worth noting that the practice of consular functions in the name of other Member State already works when such function only has administrative and operative character as it

---

<sup>15</sup> Krüma, 2013, p. 170.

<sup>16</sup> Schweighofer, 2012, p. 99.

<sup>17</sup> CARE Final Report, 2010, p. 24–25.

<sup>18</sup> Wouters, Duquet, Meuwissen, 2013, p. 8; Schweighofer, 2012, p. 81–85.

is clearly seen in the common visa policy. In 2003 the Council amended the Schengen *Common Consular Instructions* and made it possible to delegate the power to issue the uniform visa in respect of third country citizens even when the representatives of the delegating state are present in the territory of that third country. Overall, states are not against the legal practice of acting on behalf of each other in administrative issues although the inter-state negotiations completing the consular policy were missing.<sup>19</sup>

Along years many challenges occurred: the eastern expansion almost doubled the number of Member States and the man-made and natural disasters together with financial crisis caused budget cutting on foreign representations. However, all these circumstances increased the importance of a common consular policy – perhaps with common organs.<sup>20</sup>

### 3.2. Post-Lisbon situation of consular protection in third states and the Directive of 2015

First and foremost, by promulgating the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (EU Charter) as a primary source, the EU citizens' rights to consular protection was officially and clearly reinforced and recognized as a fundamental right (Art. 46 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 2012, hereinafter: 'EU Charter'). It has major implications on the procedure of consular protection which is explained in detail in chapter 4 of this paper.

Institutional changes also happened as the policy of consular protection in third states has been placed from pure inter-governmental regime under the scope of EU institutions. The Commission got the right to propose directives establishing the cooperation and coordination measures necessary to facilitate the right to equal consular protection for unrepresented EU citizens (Art. 17(2) of the Treaty on European Union, OJ C 326, 2012, hereinafter: 'TEU'; Art. 23(2) TFEU). The Council was empowered to adopt such kind of directives after consulting the European Parliament. Consequently, since the entry into force of the Lisbon Treaty,

---

<sup>19</sup> P. Vigni, *Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?*, EUI Working Papers Law 2011, no. 11, p. 24.

<sup>20</sup> Balfour, Raik, 2013, p. 6–7.



EU institutions have the explicit competence to adopt common EU standards to protect Union citizens in third countries.<sup>21</sup> As for administrative cooperation which is crucial for that end, the European Parliament and the Council, acting under supportive competence and by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, now can also establish the necessary measures – but without any harmonisation of the laws and regulations of the Member States (Art. 2(5), 6(g), 197 TFEU). Therefore, the effective execution and implementation of EU policy is the responsibility of Member States, mainly in the field of administration.

The Consular Directive was adopted to replace the Decision of 1995 on 1 May 2018 in the above-mentioned legal framework and circumstances. To correct the former regime's deficiencies, it puts an emphasis on a framework for cooperation of organs: national consular and diplomatic authorities and the organs of the EU. The mechanism looks simple: the unrepresented citizen can turn to the available consular authority of any Member State's which after identification contacts the responsible organs of the state of nationality, mainly the foreign ministry. If the state of nationality cannot or will not provide help and protection, it is the consular authority of the requested state that shall provide help under the same conditions as to nationals. So, the obligation rather concerns a sort of connection making efforts and in case of failure, equal treatment of EU citizens. In case of big number of requests, such as in crisis situations, the EEAS and the delegation are to help the consular authorities of the represented states to find the best practice and effective measures in a sudden situation and to collaborate with each other and with the local authorities. For a better sharing of work, a leader is advised to be assigned among the represented Member States whose consular authority will join forces and ensure one voice in necessary collaboration work, among others, with EU organs and the local authorities of the third state. It does not mean that this state shall bear all the responsibility and expenses as other Member States are also obliged to serve as background (Art. 12 of the Consular Directive; Council European Union guidelines on the implementation of the consular Lead State concept (2008/C 317/06),

---

<sup>21</sup> Wouters, Duquet, Meuwissen, 2013, p. 6.

OJ C 317, 2008, p. 5.4; 6–8, hereinafter: ‘Lead State Guideline’). It shall be implemented until 1 May 2018; however, it leaves wide margin for domestic legislation and further negotiations are required. Such negotiations were also required by the former regime and had no success. It is not clear what change has been achieved in this respect.

It is crucial to find the balance between the necessary modification to realize common policies and the implicit expansion of EU competences. This mostly affects foreign policy powers thus the preamble of the Consular Directive itself set the limitation of its scope: it shall not affect consular relations between Member States and third countries, their rights and obligations arising from international customs and agreements (point 6 of the preamble of the Consular Directive). Meanwhile, the Treaty of Lisbon contributed for the institutionalization of foreign policy of the EU when called to life the *European External Action Service* (EEAS) and reorganized the *delegations* of EU in third states. The Council Decision establishing the EEAS specifies that the delegations are successors of the Commission delegations and thereby the external part of the EEAS, operate as diplomatic missions for the EU and shall support Member States in their role of providing consular protection to EU citizens in third countries (Art. 221(2) TFEU; Art. 35(1) TEU; Art. 5(10) and 10(5) of the Council Decision of 26 July 2010 establishing the organisation and functioning of the European External Action Service, OJ L 201, 2010).<sup>22</sup>

#### **4. A fundamental right’s approach to consular protection in third states and its consequences**

The Treaty of Lisbon and the Consular Directive unanimously point towards a qualitative change in the regime of consular protection of EU citizens in third states. From a special right for non-discrimination and equal treatment it has grown to be a definitive fundamental right of EU citizens which have a sort of impact on non-EU citizen family members.

---

<sup>22</sup> S. Blockmans, *Beyond Conferral: The Role of the European External Action Service in Decision-Shaping* [in:] J. Larik, M. Moraru (ed.), *Ever-Closer in Brussels – Ever-Closer in the World? EU External Action after the Lisbon Treaty*, EUI Working Papers Law 2011, no. 10, p. 9–12.

#### 4.1. Consular protection as a fundamental right of EU citizens

The protection of fundamental rights is a key for membership in the EU and serve as a general principle of EU law just as the norms on non-discrimination and the requirements for procedural safeguards.<sup>23</sup> Its evaluation may create additional constraints for the deprivation policies of Member States. However, the EU Charter does not establish any new power or task for EU, or modify powers and tasks defined by the Treaties (Art. 51(2) of the EU Charter). Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving EU citizens of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by their status as citizens of the EU (Art. 52(1) of the EU Charter).<sup>24</sup> As the CJEU declared in the *Rottman* case “[n]evertheless, the fact that a matter falls within the competence of the Member States does not alter the fact that, in situations covered by European Union law, the national rules concerned must have due regard to the latter.”<sup>25</sup>

Member States shall implement the Consular Directive into their legal systems and Member State authorities will be the executors of the provisions as they act on behalf of the EU as its executive branch, or as it is also called: indirect administration of EU.<sup>26</sup> It shall be noted that providing consular protection to nationals is a possibility, bilateral agreements make it possible, settle the limits of jurisdiction and in fact, domestic law of the state of nationality is responsible for the tasks of the consular authority. Rules for regulating consular tasks and competences in a certain case are therefore called *international administrative law*.<sup>27</sup>

Approximately one third of the Member States have no legislation on consular protection and left the issue for political consideration. However, all of them had the Decision of 1995 implemented: some had

---

<sup>23</sup> R. Bauböck, V. Paskalev, *Cutting Genuine Links: A Normative Analysis of Citizenship Deprivation*, GILJ 2015, no. 30, p. 92.

<sup>24</sup> *Ruiž v. Office national de l'emploi*, point 45; *Rottmann v. Bayern*, point 42; I. Vörös, 2012, p. 240.

<sup>25</sup> *Rottmann v. Bayern*, point 41.

<sup>26</sup> E. Heidebreder, *Structuring the European Administrative Space: Policy Instruments of Multi-Level Administration*, JEPP 2011, no. 18, p. 719–720.

<sup>27</sup> Battini, 2012, p. 57–58.

national legislative provisions for this purpose while others declared the direct effect of it.<sup>28</sup> The Decision of 1995 was in fact an international agreement in a simplified form, with mainly principles and calls for consular protection of citizens in third states in some situations, therefore further negotiations and legislative steps were required. In general, consular protection procedure is a purely regulated area and even the documentation of the existing cases is penurious. First, because it is widely based on discretion, most decisions are taken on case-by-case basis; second, many functions are services without classical authority acts.<sup>29</sup> Now, consular protection in third states is obviously acknowledged as a fundamental right. Article 23 of TFEU aims to create rights for individuals and not just obligation for states; even in the lack of jurisprudence it is obvious that Member States need to undertake positive action for the benefit of individuals; consular protection is a positive claim of individuals vis-à-vis Member States.<sup>30</sup> As an administrative authority procedure it falls under general procedural requirements expressed by the *principle of good administration*.<sup>31</sup> As consular assistance is mainly needed in urgent cases when other fundamental rights also emerge,<sup>32</sup> the subjective reasons for measures taken or denied must be justified. Member States must ensure this, so this obligation demands transparent and reliable substantive law and clear procedural law background.

The substance of law is not regulated by EU law; the EU and its Member States do not offer common consular administrative and legal services abroad, only certain situations are enlisted when the citizens might need help abroad: arrest or detention; being a victim of crime; a serious accident or serious illness; death; relief and repatriation in case of an emergency and a need for emergency travel documents as provided for in the Decision 96/409/CFSP (Art. 9 of the Consular Directive; Art. 5 of the Council

---

<sup>28</sup> CARE Final Report, p. 571–573, 579.

<sup>29</sup> Schweighofer, 2012, p. 77.

<sup>30</sup> E.M. Poptcheva, *Consular Protection Abroad: A Union Citizenship Fundamental Right?*, Barcelona 2012, p. 101.

<sup>31</sup> J. Wakefield, *The Right to Good Administration*, Alphen aan den Rijn 2007, p. 21–26.

<sup>32</sup> Vigni, 2010, p. 27.

Decision). The level and quality of measures depend on the domestic regulations of Member States for consular help so the essence of consular protection varies from Member State to Member State. Besides, only two measures have common legal background in the EU: financial help to impede problems of reimbursement and the issue of emergency travel documents in case of lost or stolen travel documents. Concerning financial help, rules are clear: it is a final solution and non-national consular authority is obliged to give financial help with the same conditions as to their own nationals. Except for crisis, citizen shall sign an undertaking to repay to his or her Member State of nationality the costs incurred. The Member State of nationality is responsible to repay the costs to the Member State of the consular authority in charge and then the reimbursement will be the matter of the state and its national under the scope of domestic rules (Art. 6 of the Council Decision; more details: Art. 14–15 of the Consular Directive).

As for travel documents, only the national authorities can replace the damaged, lost or stolen ones. Non-national EU citizens can require only ETD from foreign consular authority. The ETD is given upon request and it is valid slightly longer than the minimum time needed to complete the journey for which it is issued (ETD, Annex II.4). It also requires the collaboration of the national authorities as the ETD can only be issued if clearance from the authorities of the person's Member State of origin has been obtained.

The effective application of consular rules, just like all the other field of EU law, requires an appropriate legal background. It supposes clear, transparent, and foreseeable procedural rules and a legal remedy system in case of alleged breaches. In those states where consular protection is not even a right regulated in detail in legislative acts first, material, and procedural law changes are required during the implementation period.

#### **4.2. Consular authorities of Member States and their procedure in the light of the right to consular protection**

The primary obligation of Member States' external authorities is to stand as a forum to receive claims for consular protection and then contact the competent authority of the state of nationality to check the identity and to give the possibility to provide help for its own national. The

consular authority of the Member State at present only takes measures to protect the non-represented citizen if the state of origin cannot act. In case of crisis, immediate actions often substitute the intermediation but basically, the consular policy of the EU relies on cooperation of consular authorities. The core of this procedure is the exchange of information and sharing of data. Given the fact that personal data protection is also a fundamental right (Art. 46 of the EU Charter) the transparency and predictability of the administrative procedure including the information sharing mechanism, from the submission of the claim until the measure or decision taken by the competent consular authority, is also crucial.<sup>33</sup> The cooperation mechanism should be based on legally binding sources to make the procedure predictable and transparent with clearly defined tasks and competences, aspects of responsibility, applicable law and finally: supervision and legal remedy (Art. 47 of the EU Charter).<sup>34</sup> The Consular Directive does not serve as a general legal background for cooperating mechanism with such details, it just outlines the frames. In the lack of general EU legislation, how shall this new consular protection policy be more efficient than the previous inter-governmental regime?

Exact procedural rules are especially required when the procedure involves EU organs, the delegations and EEAS, or a lead state is designated to govern consular protection by the represented Member States' authorities in the territory of a third state. State administration is hierarchical; the chief a consular authority is under the direction of its own state, particularly the Minister of Foreign Affairs. In a crisis when the cooperative mechanism starts to operate, there are no exact legislative act provisions for handling those situations when the lead state or the EEAS gives order to Member States consular authorities. In fact, the EEAS decision suggests that EEAS and delegations help Member States<sup>35</sup> and are not superior to

---

<sup>33</sup> M. Eliantonio, *Information Exchange in European Administrative Law. A Threat to Effective Judicial Protection?*, MJ 2016, p. 533.

<sup>34</sup> Model Rules, <http://www.reneual.eu>, 31.08.2016, VI–3; A. Varga, *Gyorsértékelés az európai közigazgatási eljárású modell-szabályokról*, "Magyar Jog" 2014, no. 10, p. 547.

<sup>35</sup> Cf. M. Gatti, *Coherence vs. Conferred Powers? The Case of the European External Action Service* [in:] L.S. Rossi, F. Casolari (ed.), *The EU after Lisbon Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg 2014, p. 258–259.

their consular authorities, but as Member States are required to act in conformity with EU interests, even if foreign policy is mostly still a domestic field, general obligations mean a kind of determination to the margins of activity. What happens if EU organs representing EU interests confront with the Member State's foreign policy? Which is stronger: loyalty and solidarity towards the EU and other Member States or the domestic hierarchical order in administration and the foreign policy of the sending state in the third state? Answers to these questions basically influence the administrative procedure of consular protection.

Member State domestic procedural laws are different so as the legal remedy options. If an EU citizen submits claim for consular protection, the case might have many outcomes with multiple actors and as the mechanism is envisioned to operate on a permanent rather than temporary basis, procedural aspects and the cooperation and limitation of actors' playground should be better regulated for the transparency and reliability of the administrative procedure which is in conformity with the requirements of good administration (Art. 41 of the EU Charter).<sup>36</sup> In a mass of organs and authorities, a procedural norm could cause chaos in the system. For such act, since the Treaty of Lisbon, the European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, has competence to establish the necessary measures to facilitate the exchange of information and to promote administrative cooperation among them (Art. 197 TFEU).<sup>37</sup>

Being the fact that the right to consular protection is a fundamental right by Art. 46 of the EU Charter, *ubi ius, ibi remedium*, the review of the decisions of consular authorities needs to be ensured. The principle that rights must have remedies is ancient and venerable.<sup>38</sup> The European citizen

---

<sup>36</sup> H.C.H. Hofmann, B.C. Mihaescu, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, ECLR 2013, p. 73–101; K. Milecka, *The Right to Good Administration in the Light of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, CLEI 2011, no. 3, p. 43–60.

<sup>37</sup> A. Torma, *The Public Administration of The European Union and the Member States, in Terms of the Lisbon Treaty*, "Curentul Juridic" 2011, no. 46, p. 28.

<sup>38</sup> T.A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy*, SDLR 2004, no. 64, p. 4–5; A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, Utrecht 2013, p. 249–251.

who claims consular assistance from the authorities of another Member State, and receives a refusal that he/she considers unfair or discriminatory shall have the possibility to appeal to a national judge capable of exercising judicial review of the contested administrative decision.<sup>39</sup> The problem occurs in those Member States who does not regulate consular protection and recognize it only as a practice (Bulgaria, Denmark, Ireland, Sweden, Slovakia, Slovenia) or do not grant the right to consular protection, neither in a consular act nor in administrative practice (Austria, Czech Republic, United Kingdom, Netherlands, Belgium, Greece, Malta, Luxemburg, France, Spain, Cyprus).<sup>40</sup> Legal remedy also invokes organisational problems again: public administration is hierarchical. In case of a lead state who is the responsible organ to deal with an appeal in the public administrative system: the domestic superior authority of the lead state's consular authority or an EU organ? The lack of clarity concerning the competences of each party in consular protection procedure might also lead to dispute between authorities to which the dispute settlement mechanism is unforeseen.<sup>41</sup> The number of consular authorities at site leads to another problem to solve: forum shopping. Who has the right to choose if no lead state is assigned? Multiple-citizenship also increase problems and the EU-s citizenship policy is rather flexible and does not follow the genuine link theory.<sup>42</sup> A Hungarian citizen, for example, in Angola has ten Member States' authority to turn for help as Hungary has no representation there.<sup>43</sup> For the effective burden share, the concerned Member States shall designate a lead state and negotiate the details of cooperation but in such case: why is this system better than the former intergovernmental regime and then, how consular cooperation and the administrative procedure of consular protection be transparent and predictable if it may vary from state to state?

---

<sup>39</sup> Battini, 2011, p. 179.

<sup>40</sup> Schweighofer, 2012, p. 94–95.

<sup>41</sup> Cf. L. De Lucia, *Conflict and Cooperation within European Composite Administration (Between Philia and Eris)*, REAL 2012, no. 5, p. 45–47.

<sup>42</sup> *Stephen Austin Saldanha and MTS Securities Corporation v. Hiross Holding AG*, Judgment of 2 October 1997, Case 122/96, ECR I–5325, point 15; L. Gyenei, *Kettős állampolgárság az Európai Unió erőterében*, "Iustum Aequum Salutare" 2013, no. 9, p. 160.

<sup>43</sup> Consular protection for European Union citizens abroad, Commission's website.



The Consular Directive declares that it does not concern consular relations between Member States and third countries (Art. 1 of the Consular Directive). But it tacitly does when it obliges Member States to widen the scope of consular agent's activity to protect any EU citizens and non-EU citizen family members. In fact, EU consular policy obliges only the Member States and not third states. Therefore, an effective protection requires a reflection on bilateral consular agreements with third states but this is still awaited. It also calls the Member States' embassies or consulates to, wherever deemed necessary, conclude practical arrangements among themselves on sharing responsibilities for providing consular protection to unrepresented citizens. Insofar, since the existence of EU citizenship, no such arrangements have been made. They may conclude arrangements and are not obliged to do so. So, again, why is it better than the former inter-governmental regime? Now, involving the EEAS and delegations, the common consular policy might get an extra impetus by implicitly giving a primacy of common interests, but can it be required under the present competency rules? All these problems reveal the necessity of a European regulation of administrative procedural law, mainly in the field of administrative cooperation mechanisms which is even more important in case of a crisis and highlight the fact that the EU is expanding on foreign policy issues where it still lacks the necessary power and competence to reach direct results.

#### **4.3. Non-represented EU citizens' family members' and the right to consular protection**

Consular protection shall be provided to family members who are not themselves citizens of the EU, accompanying unrepresented citizens in a third country. Such family members shall enjoy it to the same extent and on the same conditions as it would be provided to the family members of the citizens of the assisting Member State, who are not themselves citizens of the EU, in accordance with its national law or practice (Art. 5 of the Consular Directive).

The *right to respect for family life* (Art. 7 of the EU Charter; point 2 of the preamble of the Communication from the Commission to the

European Parliament and the Council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification, COM(2014) 210 final, Brussels 2014, hereinafter: ‘Communication’) is interpreted in a positive manner to enjoy rights guaranteed by EU law.<sup>44</sup> In fact, the protection of the *family unity* has a strong motif on interpretation<sup>45</sup> and if EU law does not cover a situation, it should be analysed in the light of the same provisions of the European Convention on Human Rights which basically echoes the same requirements (Art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, Rome, 213 U.N.T.S. 222).<sup>46</sup> In respect of these rights, non-EU citizen family members enjoy several derived rights including consular protection in a third state under the same conditions as the EU citizen who is accompanied by them. However, the Consular Directive does not clarify who is a family member.

EU law guarantees rights for the family member who is entitled to enjoy them but unless otherwise agreed, it does not bind the third state. Therefore, further negotiations and practical arrangements are necessary not just among Member States but also with third states, too (Art. 7 and point 19 of the preamble of Consular Directive). The Consular Directive does not affect consular relations between Member States and third countries (point 6 of the preamble), but the guarantee of fundamental rights related to effective consular protection requires so.<sup>47</sup>

The equal treatment clause obliges Member State consular authorities to perform positive actions but in certain cases it is the EU law which makes it impossible – for instance if the travel documents are lost or stolen. Travel documents can only be replaced by the competent national authorities but for non-national EU citizens the consular authorities of EU Member States in third states can issue an ETD which is valid slightly

---

<sup>44</sup> S. Pierluigi, *Nationality and Regional Integration: the Case of the European Union* [in:] S. Forlati, A. Annoni (ed.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London 2013, p. 182.

<sup>45</sup> Gyenci, 2012, p. 164.

<sup>46</sup> Pierluigi, 2013, p. 182.

<sup>47</sup> Cf. F. Ferraro, J. Carmona, *Fundamental Rights in the European Union. The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, European Parliamentary Research Service, EU, March 2015, p. 18–19.

longer than the minimum time needed to complete the journey for which it is issued (ETD, Annex II.4). The question of ETD is a core issue of effective consular protection. Considering statistics of consular protection in third states in 2015 (see table 1 below), most of the requests referred to this issue.

**TABLE 1.**

**STATISTICS OF CONSULAR PROTECTION IN THIRD STATES IN 2015. SOURCE: CONSULAR AFFAIRS WORKING PARTY REPORT OF APRIL 16, 2016.**

Third State	Cambodia	Nepal	Nigeria	Tunisia	Dominican Republic
Registered Cases	29	91	3	5	36
Type of measure	help arrest/detention death 'other'	help EDT medical help death	ETD arrest/detention	ETD repatriation	ETD
Protection by	UK	Denmark Germany Finland UK	Spain Romania Czech Republic	Czech Republic	no information available
Protection to	Dutch, Irish Lithuanian Cypriot, Latvian	wide variety of nationalities, but 52% is Swedish	2 Latvians 1 Slovak	Slovak	Italian Belgian Luxembourgish

The procedure requires the collaboration of the national authorities as the ETD can only be issued if clearance of the identity is done. However, non-EU citizen family members are not entitled to get an ETD and this makes the return to home impossible for the family as it is obvious that they will not split up. Consular Directive does not directly create obligation for the consular authority proceeding in the case of the citizen to contact the national authorities of the non-citizen's Member State for that purpose. However, the general rules obliging Member State consular authorities to provide consular protection to the same extent and on the same conditions as the EU citizen (Art. 5 of the Consular Directive) can be interpreted to act that way to reach this conclusion. As for practical guidance to travel home, its form is up to the situation

but concerning financial help, rules are clear: it is a final solution and non-national consular authority is also obliged to give financial help with the same conditions as to their nationals. The sum of money could be calculated to cover the travel expenses of the accompanying family member, too. The costs, in fact, are directly repaid by the Member State of nationality, and then the reimbursement will be the matter of the state and its national under the scope of domestic rules (Art. 14–15 of the Consular Directive).

Further question arises from the point of view of the family members and the obligation of Member States towards them. Family members' right to consular protection is derived from the rights of the EU citizens. The Consular Directive expands the personal scope of consular protection in third states and compared to the EU citizens' right to consular protection, it does not have a fundamental status. Meantime, EU citizens do have fundamental rights related to the respect for private and family life and family, so the effectivity of the EU provisions is challenged again. It is to be noted that the right to consular protection in third states is strictly attached to EU citizens and their third-country national family members but ordinary third state nationals who hold a residence permit are not entitled to these rights. From the moment, they hold a residence permit valid for at least one year and has reasonable prospects of obtaining the right to permanent residence, they may also submit an application for family reunification (Art. 3–4 of the Communication), but it does not mean that their rights are the same as that of EU citizens. They have certain rights<sup>48</sup> but they are different from EU citizens' rights and despite some standardizing EU rules, Member States have broad discretion in regulating this field.<sup>49</sup> However, the 2010 *Guidelines on consular protection of EU citizens in third countries* expanded the protection of the EU on these third country

---

<sup>48</sup> Information Note on Family Reunification for Beneficiaries of International Protection in Europe, ECRE, June 2016, [http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-ELENA-Information-Note-on-Family-Reunification-for-Beneficiaries-of-International-Protection-in-Europe\\_June-2016.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-ELENA-Information-Note-on-Family-Reunification-for-Beneficiaries-of-International-Protection-in-Europe_June-2016.pdf), 18.06.2017, p. 9–12.

<sup>49</sup> I. Schiffner, *Az uniós polgárság hatása a tagállami állampolgársági politikákra*, “De iurisprudentia et iure publico” 2015, no. 9, p. 14.

nationals if their nation state and one of the EU Member States have bilateral consular agreement, but only if evacuation is needed.<sup>50</sup> In addition, the guidelines are not legally binding documents and the 2015 consular directive does not contain a provision on such cases. It may require some positive action like facilitating the contact between the family member and its nation state's nearest consular authority or foreign ministry. Problems might occur with non-represented non-EU citizen family members. They are not entitled to get an ETD and this makes the return to home impossible for the family as it is obvious that they will not split up. Consular Directive does not directly create obligation for the consular authority proceeding in the case of the citizen to contact the national authorities of the non-citizen's Member State for that purpose. However, the general rules obliging Member State consular authorities to provide consular protection to the same extent and on the same conditions as the EU citizen (Art. 5 of the Consular Directive) can be interpreted to that way to reach this conclusion. As for practical guidance to travel home, its form is up to the situation but concerning financial help, rules are clear: it is a final solution and consular authorities are obliged to give financial help with the same conditions as to their nationals. Except for crisis, a citizen shall sign an undertaking to repay to his or her Member State of nationality the costs incurred. The repayment is an issue of inter-state action and then the reimbursement will be the matter of the state and its national under the scope of domestic rules (Art. 14–15 of the Consular Directive).

In strict sense, if EU law is the obstacle for equal treatment, then what else can be required under *non-discrimination and equal treatment clauses*? Are Member States and their consular authorities obliged to act to search for help for non-EU citizen family members? Even if the answer would be positive, it is to be noted again that fundamental rights related to private life and family requires equal treatment but they oblige the Member State not the third states (*pacta tertiis*) and acting in protection of a non-national can be denied or may lead to political conflicts. The question

---

<sup>50</sup> Guidelines on Consular Protection of EU Citizens in Third Countries, 15613/10 COCON 40 PESC 1371, Brussels 2010, p. 2; Poptcheva, 2012, p. 233–234.

leads back to the basic problem of CFSP: further negotiations are needed not just among Member States but also with third states as the EU is not entitled to act as a foreign policy actor in a single voice to conclude arrangements with third states in the question of consular protection as it is not an exclusive competence. In addition, in CFSP areas, the Council is the legislator and can adopt non-legislative acts but only unanimously (Art. 24 TEU). Thus, is it better and more efficient than the former regime especially in the view of fundamental rights protection? May the flexibility clause extend the competences to this foreign policy area to serve better the execution of an EU policy, the protection of EU citizens in third states? The expansion of EU influence on domestic competences to serve fundamental right is dynamic and now, EU citizen rights are also invoked in purely domestic affairs.<sup>51</sup> The whole history of the European integration is, in fact, a series of expanding EU competences for implementation of common objectives. So, perhaps it is only a matter of time that ERTA doctrine will be allowed to help to eliminate certain deficiencies of consular protection: once the Union exercises its internal competences, its external competences become activated.<sup>52</sup>

## 5. Path for the Future

EU citizenship has established a legal right which suggests common identity. A survey of 2015 states that 7 EU citizens from 10 are aware of the right to turn to the representative of any Member States if his or her state is not represented in a third state. By the way, 75% of EU citizens were wrong believing that they are entitled to consular protection provided by any Member States' foreign service within the borders of the EU.<sup>53</sup> It clearly shows that even the substantive rules are not obvious for people and the lack of exact procedural norms may increase the threat to the evaluation of fundamental rights and may deprive citizens of effective consular protection.

---

<sup>51</sup> Schiffner, 2015, p. 4.

<sup>52</sup> R. Schütze, *The ERTA Doctrine and Cooperative Federalism* [in:] R. Schütze (ed.), *Foreign Affairs and the EU Constitution. Selected Essays*, Cambridge 2014, p. 287.

<sup>53</sup> Flash Eurobarometer #430, European Union Citizenship, [http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf), 18.11.2016, p. 29–30, 33, 42–46.

The rights of EU citizens and obligation of Member States form a legal relationship between themselves, however, any activity on the territory of a third state can be performed within at least the tacit consent of this state (Art. 7–8 VCCR) and the EU law can impose obligations only on Member States. Consular protection of non-citizens has not been provided in numerous cases yet, such cases are still handled on case-by case basis and more or less the silent acceptance of the host state characterise these situations.<sup>54</sup> However, it might not be the case in difficult situation, therefore the legal background shall be settled and administrative procedures should be based on law instead of luck. So, acting to serve the interest of EU citizens and their non-EU citizen family members is conditional in international relations, therefore Member States' bilateral consular treaties need revision or further negotiations are still required as the idea of establishing dominant EU consulates on a permanent basis has not yet been achieved.<sup>55</sup> Many questions arise and one could ask including the centralisation of consular tasks for a common supranational organ and redistribute the execution to save costs and make the procedure more effective and uniform. The EU already has over 140 delegations in third states to represent its interests. Wouldn't it be logical to transfer some power to them? It is a question of Member State sovereignty and EU competences, and delegations are neither embassies, nor consular authorities, it is not the solution of today. Probably, one day they will be qualified as such by the consent of all Member States (*cf.* Art. 20–21 TEU) but first a proper basic norm at least for the settling of procedural aspects of consular protection would be a giant step and this solution is the most likely and probable to be achieved. The complete Europeanisation of consular protection as a non-exclusively EU legal area<sup>56</sup> is a question of a more distant future, now the actual challenge is the detailed procedural rules of consular authorities' cooperation to make it effective.

---

<sup>54</sup> Schweighofer, 2012, p. 98.

<sup>55</sup> Wouters, Duquet, Meuwissen, 2013, p. 11.

<sup>56</sup> *Cf.* J. Beck, *Cross-Border Cooperation and the European Administrative Space – Prospects from the Principle of Mutual Recognition*, IPAR 2015, no. 13, p. 10–11.

## Summary

Consular authorities are the external hands of states' public administration. The concept of consular assistance and service is in fact a compromise between the territoriality principle and the prerogatives of the states based on the nationality link. The EU is not a state therefore it invented the idea of EU citizenship as a unique link between the EU and the citizens holding the nationality of any Member State to reinforce a sense of togetherness with equal benefit of certain rights including the consular protection on the territory of third states. The paper aims to highlight the topic of consular protection in the view of its recent developments and challenges along with questions of legal application issue. All of them are influenced by legislative competency and fundamental rights impacts which cause procedural challenges with further question of, inter alia, non-represented EU citizens' family members rights.

**Keywords:** consular cooperation, consular protection, EU citizenship, third countries, administrative procedure



## STUDY OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS IN PARTICULAR IN HUNGARIAN CRIMINAL PROCEEDINGS\*\*

### 1. Introduction

“The theory of criminal proceeding law [...] has seen a tremendous improvement recently [...] and this improvement has so far been interpreted by academic and practicing professionals from a perspective focusing on the essence, objective and system of criminal proceedings. However, taking an insight into the *workshop of science* (and into the works of criminal procedural law authors), we can learn that, even today, the largest debates and theoretical fights are the ones addressing *basic and essential matters*.”<sup>1</sup> Not only are the aforementioned thoughts that are quoted from a Hungarian legal scholar and professor Ferenc Finkey who lived throughout the turn of the 19th century and the 20th century and date back more than a hundred years, still actual nowadays, they get even more emphasis as the new Hungarian Criminal Proceeding Act is being codified.

The current Hungarian Criminal Proceeding Act (Act XIX of 1998) as adopted in 1998 and enacted in Summer 2003, has been amended at around 2,000 points by nearly 90 acts and several constitutional court resolutions, rendering this Act non-coherent. Recognising this non-coherence, the Hungarian Government affirmed the proposal concerning the regulation principles of the new Criminal Proceeding Act on February 11th, 2015 (this proposal is hereinafter referred to as the “Concept”).<sup>2</sup> At

---

\* Senior Lecturer, University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences, 6720 Szeged, Tisza L. krt. 54, Hungary, e-mail: gacsi.anett@juris.u-szeged.hu.

\*\* Supported through the New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities.

<sup>1</sup> F. Finkey, *A felek fogalma és köre a büntetőjogi per mai elméletében. Különlenyomat „Büntetőjogi dolgozatok” című műből*, Pécs 1914, p. 1.

<sup>2</sup> The Concept is available in Hungarian language on the following website: <http://www.kormany.hu/download/d/12/40000/20150224%20IM%20el%C5%91terjeszt%C3%A9s%20az%20%C3%BAj%20b%C3%BCntet%C5%91elj%C3%A1r%C3%A1si%20t%C3%B6rv%C3%A9ny%20szab%C3%A1lyoz%C3%A1si%20elveir%C5%91l.pdf>, 30.12.2016.

the time of the preparation of this study, the new draft law (hereinafter referred to as the “Draft”) has already been drawn and is expected to take effect on July 1st, 2018.<sup>3</sup>

In creating the new Criminal Proceeding Act, the legislator had to take its position in numerous *basic and essential matters* that are debated in both literature and legal practices. These matters included the field of criminal proceeding *principles*, paying particular attention to the principle of shared functions (or functional allocation) and a more consistent enforcement thereof (and, as part of that, of the matter of “Who is to obtain evidence that corroborates the charge?”), to the right to effective defence, and to the principles of evidence. These basic and essential matters also included the establishment of the effective collaboration system relating to the defendant, as one of the *subjects to the criminal proceeding*, and of the legal enforcement steps for the aggrieved party and any other persons requiring special treatment; the establishment of categories for such subjects to the criminal proceedings who are either new or have been previously known under a different collective name (party with monetary interest, and representative); and the inclusion, in the Criminal Proceeding Act, of the definition of criminal proceeding-related capacity and the rules associated therewith. For a long time, there has been a requirement that criminal proceedings be *effective* and *fast*. Bearing in mind the foregoing, the Criminal Proceeding Act contains numerous essential novelties including but not limited to the development of the *new – shared – investigation model* (i.e. splitting of the investigatory phase into two parts, namely the exploration part and the inspection part), the establishment of the rules for *disguised tools* relating thereto, and the re-consideration of *coercive measures*; *the simplification of the judicial proceeding* (e.g. establishment of the rules for worthwhile and concentrated trial preparation); and *reforming the legal remedy system*. Broadening the scope of use of telecommunication equipment and modernising the rules for procedural actions in criminal proceedings are more of *technical novelties* rather than essential dogmatic matters. Finally, another essential novelty is the establishment of the

---

<sup>3</sup> The Draft is available in Hungarian language on the following website: <http://www.parlament.hu/irom40/13972/13972.pdf>, 5.03.2017.

partially new system and the rules for *separate and special proceedings* that are taxonomically isolated from ordinary procedures.

The legislator has heavily relied on the dogmatic requirements established by academic criminal lawyers.

## 2. The right to a fair procedure (*fair trial*)

In criminal proceedings subject to rule of law, another *basic and essential matter* is setting the rule of *right to a fair procedure*.

This right (the essence of which is to ensure that a framework for fair procedures is established within which government bodies bring decisions in individual cases affecting the rights of citizens<sup>4</sup>) is a right originating from Anglo-Saxon law, the essential aspects of which were first declared *at international levels* in Section 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4th, 1950, Rome, Italy (hereinafter referred to as the “Convention”).<sup>5</sup>

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

---

<sup>4</sup> E. Róth, *Az eljárási jogok* [in:] G. Halmai, G.A. Tóth (ed.), *Emberi Jogok*, Budapest 2003, p. 703.

<sup>5</sup> J. Bénédict, *Le sort des preuves illegales dans le procès pénal*, Lausanne 1994, p. 301; M. Hollán, A. Osztovcics, *A tisztességes eljárásból való jog – az (1) bekezdés magyarázata* [in:] A. Jakab (ed.), *Az Alkotmány kommentárja*, Budapest 2009, p. 2059. A provision similar to that of the Convention can be found in Section 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

- (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

However, taking a closer look at it, one can notice that the language of the Convention refers to *fair trial*.<sup>6</sup> The issue here is that, from a structural and procedural point of view, the trial is only a part of the criminal proceeding (this being said, not to degrade the significance of trials) but the requirement of fairness shall be satisfied throughout the entire proceeding, not just the trial phase. Unless the elements of fair procedures are applied at least on a minimal level throughout the preparatory phase (i.e. investigatory phase and prosecutor's phase), the trial will likely become objectionable.<sup>7</sup> Therefore, the requirement of *fairness* shall apply to the *entire procedure*. Consequently, it is more appropriate to use the phrase *right to a fair procedure*. At this point, it is to be noted that the right to a fair procedure *is not exclusive for criminal proceedings* but is also present in other type of proceedings. On the other hand, I agree with Tamás Bán in saying that “a person charged with committing a crime is already *inherently* in handicap to the investigating authority and the prosecuting

---

<sup>6</sup> The Hungarian language seems to be a bit more sensitive in terms of terminology. The term *fair trial* as used in English language can be literally translated into Hungarian as *tisztességes tárgyalás*. The issue with this term is that it implies that the parties to a legal proceeding have the right to a fair trial, and the term *trial* refers to the trial phase and only the trial phase of the proceeding. On the other hand, the commonly used Hungarian term *tisztességes eljárás* (it can be literally translated into English as *fair procedure* or *fair proceeding*) has a broader meaning, also covering other phases of the proceeding such as the investigation phase and the judicial phase.

<sup>7</sup> Á. Erdei, *Tanok és tévtanok a büntető eljárásjog tudományában*, Budapest 2011, p. 234.

authority in many aspects in the proceeding due to the structure and nature of the criminal proceeding. Consequently, obeying the principle of fair procedure is particularly significant in the criminal proceeding.”<sup>8</sup>

With regards to *Hungarian (internal) law*, this principle and its sub-elements are set forth in Section XXVIII of the Fundamental Law.<sup>9</sup> Although the current Criminal Proceeding Act does not literally contain the term “fair procedure”, certain rights associated with the principle of fair procedure appear in the Criminal Proceeding Act either as operating principles (right to defence, presumption of innocence) or in some part-specific static and dynamic rules. One of the requirements set for the codification of the new Criminal Proceeding Act was that “the procedural actions of the parties shall be guided by the principle of fair procedure”. At the beginning of the codification process, it was considered that the right to a fair procedure be declared in the future Code as a fundamental principle. This consideration was dismissed and the right to a fair procedure was included *expressis verbis* in the preamble section of the draft law. According to the Ministerial Commissioner in charge of the codification process, Barna Miskolczi, the new Act contains the cause and aim of the regulation along with a preamble that includes such principal theses that cannot or need not be provided for in the Act itself due to the lack of normative content.<sup>10</sup> Maybe the right to a fair procedure in relation to this Act is more of a case of including a so-called guiding principle (which covers the entire proceeding) in the preamble so as to highlight this guiding principle from other principles and express that this guiding principle shall be applied throughout the entire proceeding. In my opinion, there is no lack of normative content as both the individual operating principles

---

<sup>8</sup> T. Bán, *A tisztességes eljárás és annak egyik fontos vonása: az ártatlanság vételeme* [in:] M. Tóth (ed.), *Büntető eljárásjogi olvasókönyv*, Budapest 2003, p. 59.

<sup>9</sup> For the sake of completeness, it is to be highlighted that Section XXVIII of the Fundamental Law includes the right to a fair procedure as well as other basic norms for constitutional (more broadly construed) criminal law. See: M. Lévy, *Büntetőbatalom és Alkotmány, különös tekintettel a bűncselekményé nyilvántartásra és a büntetésekre* [in:] T. Drinóczi, A. Jakab (ed.), *Alkotmányozás Magyarországon*, Budapest–Pécs 2013, p. 213.

<sup>10</sup> B. Miskolczi, *Az új büntetőeljárási kódex fontosabb újításai röviden*, <https://jogaszvilag.hu/rovatok/szakma/az-uj-buntetoeljarasi-kodex-fontosabb-ujitasai-roviden>, 30.12.2016.

and the part-specific static and dynamic rules are great examples of how the principle's detailed rules are filled with normative content.

In summary, whether based on international or Hungarian legal sources, it can be stated that the requirements unfolding the context of a fair procedure are the classic and generally recognised criminal proceeding principles and, as the case may be, essential rules. Therefore, the principle of fair procedure can be considered as a *guiding principle*<sup>11</sup> and such a “universal principle” or “collection of principles” that demonstrates the European standard (more precisely, the minimum level) for holding a person accountable within the context of criminal law.<sup>12</sup>

### 3. The principle of equality of arms

#### 3.1. General definition

The principle of equality of arms is a generally and undoubtedly accepted “*essential part*”<sup>13</sup> of the principle of fair procedures (treated as a guiding principle) and has the purpose of ensuring that, in criminal proceedings, the prosecution and the defence have equal chances and opportunities to express their opinions and take their positions with regards to factual and legal matters.<sup>14</sup> However, it is to be noted that even though the application of the principle of equality of arms does not always mean that the prosecution and the defence have completely identical scope of legitimation (i.e. this principle does not necessarily ensure completely identical

---

<sup>11</sup> The term *guiding principle* first appeared in the first books and commentaries written for the Code of Criminal Procedure. See: J. Balogh, *Magyar bünnádi eljárás jog*, Budapest 1901, p. 139; F. Finkey, *A magyar büntető eljárás tankönyve*, Budapest 1899, p. 173. Later, in Hungary, this term was adapted to the right to a fair procedure by Flórián Tremmel.

<sup>12</sup> C. Herke, C. Fenyvesi, F. Tremmel, *A büntető eljárásjog elmélete*, Budapest–Pécs 2012, p. 51; M. Sulyok, „In All Fair-ness” *avagy igazság szerint...* [in:] A. Badó (ed.), *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*, Budapest 2011, p. 93.

<sup>13</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, p. 338; E. Toma, *The Principle of Equality of Arms – Part of the Right to a Fair Trial*, “Union of Jurists of Romania” 2011, no. 8, p. 1–3.

<sup>14</sup> 6/1998. (III. 11.) AB hat., ABH 1998, 91, 93; P. Paczolay, *A fegyverek egyenlőségének elve az Alkotmánybíróság gyakorlatában* [in:] Z. Juhász, F. Nagy, Z. Fantoly (ed.), *Sapientia Sat. Ünnepi kötet Dr. Cséka Ervin Professzor 90. Születésnapjára*, Acta Jur. et Pol. Szeged, Tomus LXXIV (2012), p. 391.

rights<sup>15</sup>), this principle does require that the defence be provided with such scope of legitimation that is comparable with that of the prosecution.<sup>16</sup>

### 3.2. Dilemma about naming: the principle of equality of arms vs. (?) the principle of equal parties?

As mentioned above, Section 6 of the Convention has been drafted under the influence of common law. This fact is significant for the principle of equality of arms (in particular, its *title*) as derived from the right to a fair procedure. The Anglo-Saxon – adversarial proceedings<sup>17</sup> – (more specifically, only the *British*) approach is to *interpret the criminal proceeding strictly as a private law proceeding* where the lawsuit is a fight between two opposing but equal parties.<sup>18</sup> Tom Bingham did a great job demonstrating this aspect in his work by jointly mentioning the public prosecutor with the plaintiff and the accused party (defendant party) with the respondent, and stating, based on the principle of equality of arms, that “the proceeding shall be fair for both sides”.<sup>19</sup> Bingham stated that, from a general perspective, this is manifested in criminal proceedings in the form of ensuring that both the public prosecutor and the accused party shall be given fair opportunities to prove or negate the existence of the criminal claim.<sup>20</sup>

According to Árpád Erdei, the term “equality of arms”, referring to judicial duels in old times (note: it was a strict rule for judicial duels that spears be of the same length), expresses the requirement that the procedural tools available for the prosecution and the defence (*if not identical*) *shall at least be matched in terms of their power*.<sup>21</sup> Stefan Trechsel has similar views by comparing the criminal proceeding to gladiator fights that

---

<sup>15</sup> Róth, 2003, p. 729; Paczolay, 2012, p. 392.

<sup>16</sup> 6/1998. (III. 11.) AB hat., ABH 1998, 91, 93.

<sup>17</sup> T. Király, *Büntetőeljárás jog*, Budapest 2003, p. 30.

<sup>18</sup> On the other hand, U.S. criminal proceedings are of public law nature (resulting in, amongst other consequences, the demand and right of fairness being vindicated only for the defendant). K. Bárd, *A sértettek eljárási jogai a nemzetközi bíróságok gyakorlatában* [in:] P. Hack, G. Horváth, E. Király (ed.), *Kodifikációs kölcsönhatások. Tanulmányok Király Tibor tiszteletére*, Budapest 2016, p. 113–114.

<sup>19</sup> T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2011, p. 90.

<sup>20</sup> Bingham, 2011, p. 90.

<sup>21</sup> Erdei, 2011, p. 235.

were popular in ancient Rome, and the parties to the criminal proceeding (prosecution and defence) to the gladiators themselves. He stated that even though the weapons available for the two combatant gladiators were not identical (one of them was equipped with a sword and a shield and the other one with a net and a trident), they were equal (matched each other) in the fight.<sup>22</sup>

The title “principle of equality of arms” is debated in *French literature*. In France, it seems to be more appropriate to use the term “*equality of parties*” due to the balance in rights to which the parties to the proceeding are entitled (*équilibre des droits des parties*).<sup>23</sup> Moreover, the French Criminal Proceeding Act contains the following language as early as in its “preamble” (*Article préliminaire*): “The criminal proceeding shall be equitable (*équitable*), contradictory (*contradictoire*) and shall ensure that the rights to which the parties to the proceeding are entitled are in balance (*préservé l'équilibre des droits des parties*)”. The term “equality of parties” as used in French criminal proceeding law (French Doctrine<sup>24</sup>) better reflects the characteristics of continental criminal proceeding systems (or, at least, the characteristics of their judicial phase), including a more active judicial engagement and relatively passive contribution from the parties as opposed to the term “equality of arms” which may be more relevant for Anglo-Saxon trial systems that tend to depict the criminal proceeding as a “battle” between the parties.<sup>25</sup>

The matter of *equality of parties* also appeared in earlier Hungarian criminal proceeding law literature (as an essential matter). The baseline to elaborate on this matter was the acknowledgment or the very denial of the so-called *legal relationship theory*.<sup>26</sup> While Jenő Balogh denied the legal relationship theory (thus also denying the existence of “parties” in a criminal proceeding, obviously leading to the denial of “equality of parties” as

---

<sup>22</sup> S. Trechsel, S.J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2006, p. 96.

<sup>23</sup> J.-P. Dintilhac, *L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires*. Rapport de la Cour de Cassation. 2003, 129–150, [https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport\\_2003\\_optimise.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_2003_optimise.pdf), 20.10.2016.

<sup>24</sup> Toma, 2011, p. 3.

<sup>25</sup> Toma, 2011, p. 3.

<sup>26</sup> Király, 2003, p. 19–20.



well),<sup>27</sup> Ferenc Vargha<sup>28</sup> and Ferenc Finkey acknowledged the existence of the legal relationship theory. I agree with Ferenc Finkey in that the definition and scope of parties form an inseparable bond with the essence and purpose of criminal proceedings. However, there is a question here: while, at the time of the first Code of Criminal Procedure (Act XXXIII of 1896), Hungarian procedural lawyers who supported the legal relationship theory stated that “since the main part of the criminal proceeding is the lawsuit (the trial) itself, there have to be parties involved in the proceeding”,<sup>29</sup> it is questionable if criminal proceedings nowadays have “parties” involved in it as criminal proceedings nowadays can be divided into two (equal) main phases being the preparatory phase and the judicial phase with the preparatory phase further divided into an investigatory phase and the prosecutor’s phase. I shall now take a little detour here. Making a comparison with civil and administration proceedings, Finkey considered criminal proceedings to be *dual-sided legal protection tools*. While, on one side, the state holds the tool in their hand to maintain legal order, the individual (defendant), on the other side, has the tool in their hand against that very state (more specifically, the state-controlled authorities).<sup>30</sup> Consequently, *from a substantive law perspective, be considered the criminal lawsuit to be a special public law relationship* between the state and the defendant in which *the defendant shall participate as a party* and not only shall they comply with their procedural obligations but they shall also be entitled to certain procedural rights as prescribed by law.<sup>31</sup> However, he did not stop at the substantive law perspective and went further (also beyond the legal relationship theory) to define *the criminal proceeding from a procedural law perspective* as well. From this perspective, he thought that the parties to a criminal proceeding were not the state and the defendant. He thought that, based on the principle of shared function or functional allocation (i.e. the prosecution, defence and judgement functions separated), the parties were the prosecution and the defence (within the defence side,

---

<sup>27</sup> J. Balogh, *Magyar bűnvádi eljárás jog*, Budapest 1901, p. 13–15.

<sup>28</sup> J. Balogh, K. Edvi Illés, F. Vargha, *A Bűnvádi Perrendtartás magyarázata*. Budapest 1909, p. 585.

<sup>29</sup> Finkey, 1914, p. 2.

<sup>30</sup> Finkey, 1914, p. 3–4.

<sup>31</sup> Finkey, 1914, p. 4, 20–22, 28, 34.

primarily the defendant). Therefore, from this perspective, he considered the public prosecutor and the defendant to be the parties: “the battle, the legal dispute is between them, and the court only acts as an impartial outsider decision-making authority to ensure that the external order of the lawsuit is maintained, to require parties to comply with their rights and obligations specified under the particular lawsuit and, where applicable, recover from any omissions of such rights and obligations in relation to the clarification of the real facts and of any other significant circumstances that are relevant for the decision to be made in the case, and to adopt the necessary resolutions in each phase of the lawsuit”.<sup>32</sup> However, he considered the prosecution (public prosecutor) and the aggrieved party (private prosecutor, substitute public prosecutor) to be *parties only from a procedural law perspective* (they are the ones who fulfil the state’s criminal prosecution tasks: while the public prosecutor acts on the basis of the principle of legality, the private prosecutor and the substitute public prosecutor may only represent the prosecution side if strict statutory conditions are met). On the other hand, he considered the defendant to be a “full” party (i.e. a party from both a substantive law and a procedural law perspective) who is personally interested in the lawsuit and is “free to exercise their rights specified under the particular lawsuit”.<sup>33</sup> Therefore, it can be ascertained that Finkey acknowledged the existence of parties in criminal lawsuits, but clarified that the accuser shall be considered as a party only during the lawsuit (i.e. the judicial phase), not before or after that. He also noted that the public prosecutor also has public authority capacity and judicial tasks (for example, the public prosecutor may submit legal remedy in favour of the defendant) without it degrading the “party” nature of the public prosecutor.<sup>34</sup> He also acknowledged the definition of equality of parties.

Below is another example extracted from earlier Hungarian literature: In 1943, Ervin Hacker published a work (*A magyar büntetőeljárás jog rövid vázlatá*; unofficial English translation of the title: *Short draft of the Hungarian criminal proceeding law*, Miskolc 1943) in which he wrote about the

---

<sup>32</sup> Finkey, 1914, p. 5, 23–24, 30, 35.

<sup>33</sup> Finkey, 1914, p. 5–6.

<sup>34</sup> Finkey, 1914, p. 37–38.

requirement of *equality of parties*. He thought that in order for substantive justice to be realised, it would be desirable to grant equal rights to both the accuser and the accused party (due to their positions in the lawsuit) so that “the principle of equality of parties shall be realised”.<sup>35</sup>

With regards to the definition of *equality of parties*, some people in Hungary nowadays support the *idea of etatism*.<sup>36</sup> Therefore, Viktor László Bérces studied the terms “equality of parties” and “equality of arms” in depth (with such a limitation that he fully excluded the French Doctrine from the scope of his sources). He concluded that “using the term ‘equality of parties’ in criminal proceeding is not correct [...] neither the defendant, nor the defence counsel is party to the acting bodies [...] the term ‘party’ is a category within civil law and, as such, refers to the coordinative relationship between the parties [...]”.<sup>37</sup> Another significant person in this matter is a doyen of the criminal proceeding law school in Pécs, Hungary, Flórián Tremmel who pointed out that the definition of party is deliberately excluded from the procedural law act.<sup>38</sup>

Despite of the aforementioned “critique” about the terminology, the European Court of Human Rights (ECtHR) recognise and consistently use the term “*equality of arms*”.<sup>39</sup> (With consideration of the practices of the ECtHR, I also referred to this term as “the principle of equality of arms” in this study.) Moreover, it can be stated that if it was not for the practices of the ECtHR, this principle would probably not have become such an important principle in continental legal systems, too.<sup>40</sup> On the other hand, I deem the view of “*in the judicial phase of criminal proceedings, the involved (opposing) entities (accuser and defendant) shall be considered as parties*” as a representable (moreover, justified) view.

---

<sup>35</sup> E. Hacker, *Alapelvek* [in:] M. Tóth (ed.), *Büntető eljárásjogi olvasókönyv*, Budapest 2003, p. 48–49.

<sup>36</sup> Erdei, 2011, p. 176.

<sup>37</sup> V.L. Bérces, *A védői szerepekőr értelmezésének kérdései – különös tekintettel a büntetőbírótság előtti eljárásokra*, Budapest 2014, p. 38–39.

<sup>38</sup> F. Tremmel (ed.), *Új magyar büntetőeljárás*. Budapest–Pécs 2004, p. 91; In contrast: Király, 2003, p. 163–164.

<sup>39</sup> *Delcourt v. Belgium* (Application no. 2689/65), Judgment of 17 January 1970.

<sup>40</sup> Paczolay, 2012, p. 391.

### 3.3. The principle of equality of arms in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in the legal practices of the European Court of Human Rights

The principle of equality of arms can be found in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, more specifically in Section 6 on fair procedures (fair trial). However, the Convention declares only the most fundamental legal principles, and it is the task of the *European Court of Human Rights* (hereinafter referred to as the “Court” or “ECtHR”) to fill such legal principles with content. As it is well known, Strasbourg Law, in overall, can be considered as classic Anglo-Saxon type case law, where the knowledge of the rule (the Convention) alone is useless without gaining knowledge of the legal materials of the Court. However, these legal materials, by their nature, are not constant and are changing over time (evolutionist change) but sometimes in the very opposite direction of where former legal practices were heading to (revolutionist change).<sup>41</sup> With regards to the principle of equality of arms, the change seems to have been rather evolutionist than revolutionist. Based on the practices of the Court, the principle of equality of arms can be studied both in narrower and broader sense.<sup>42</sup>

In a narrower sense, the principle of equality of arms comprises *Section 6 (3) (d) of the Convention*, addressing the matter of witness hearing. Just to make it clear before we proceed with this study, *no subject to the criminal proceeding other than the defendant (defence side) may refer to the violation of the Convention* with regards to the aforementioned subsection (the private party, for example, may not refer to the violation of the Convention with regards to the aforementioned subsection).<sup>43</sup> However, according to established legal practices, not even the accused party may refer to the violation of the Convention with regards to the aforementioned subsection (e.g. inability for the defendant to hear the witnesses) if this situation had been caused by the act or omission of the defendant themselves.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> A. Grád, M. Weller, *A strasbourgi emberi jogi bírászkodás kézikönyve*, Budapest 2011, p. 15, 26–27.

<sup>42</sup> Grád, Weller, 2011, p. 360.

<sup>43</sup> Grád, Weller, 2011, p. 413.

<sup>44</sup> *Balliu v. Albania* (Application no. 74727/01), Judgment of 16 June 2005.

The rights of the defendant relating to the hearing of witnesses are not absolute rights – according to the established legal practices of the Court, one case where violation of the Convention may occur is the “failure to call witnesses who are essential in exploring the truth”.<sup>45</sup> However, for this (failure to call a witness who is essential in exploring the truth) to cause a violation of the Convention, the defendant shall be obliged to submit proof or presumptive proof indicating that the violation of the Convention could have been avoided by calling such witness – it is not sufficient from the defendant’s side to only make reference to it.<sup>46</sup>

At first, it might seem that this interpretation only allows the principle of equality of arms to be applied in a narrow scope as such principle applies only to witnesses and their testimonies. But the Court *interprets the definition of witness in an extended manner*.<sup>47</sup> Therefore, with regards to the applicability of Subsection d), the practices of the Court extend the definition of witness to include persons who may not have been qualified as witness under the national law as well as the co-defendant (in relation to the defendant), whether their cases are heard before the Court in the same proceeding or in separate proceedings.<sup>48</sup> Similarly, the Court applies an *extended approach* to the *definition of testimony*, too. Therefore, essentially, any and all verbal statements that are used by national courts in judging the case, shall qualify as testimonies. With regards to this matter, nor do the legal practices of the ECtHR require the witness to be present before the national court in person (for them to be qualified as witness).<sup>49</sup> Therefore, reading out what the witness had testified during the investigation shall qualify as a testimony provided that such testimony will be used for the judgement as a mean of

---

<sup>45</sup> *Sadak and Others v. Turkey* (Application nos. 29900/96; 29901/96; 29903/96), Judgment of 17 July 2001. With regards to the non-granted right to ask questions from the prosecution’s witnesses: *Hulki Günes v. Turkey* (Application no. 28490/95), Judgment of 19 June 2003.

<sup>46</sup> *Perna v. Italy* (Application no. 48898/99), Judgment of 25 July 2001.

<sup>47</sup> Grád, Weller, 2011, p. 412.

<sup>48</sup> *Lucá v. Italy* (Application no. 33354/96), Judgment of 27 February 2001; *Mild and Virtanen v. Finland* (Application nos. 39481/98, 40227/98), Judgment of 26 July 2005; *Balsán v. the Czech Republic* (Application no. 1993/02), Judgment of 18 July 2006; *Kaste and Mathisen v. Norway* (Application nos. 18885/04, 21166/04), Judgment of 9 November 2006.

<sup>49</sup> However, as a contradiction: *Rudnichenko v. Ukraine* (Application no. 2775/07), Judgment of 11 July 2013.

evidence.<sup>50</sup> [Even though it would not fit in the boundaries of this study, it is to be noted for the sake of completeness that the matter of anonymous witnesses has earned its own special legal practice within the context of Section 6 (3) (d).<sup>51</sup> As a general rule, “no judgement shall be based exclusively or decisively on anonymous testimonies”.<sup>52</sup>]

At this point (definition of the witness and of the testimony), it is to be briefly noted that a question arises whether or not *the expert and the expert's opinion can be subsumed to Section 6 (3) (d)*. According to its consistent practices, the Court consider experts to fall under the scope of Subsection d) only if the role that the expert effectively plays in the proceeding “very much resembles” that of the witness. Also, in some cases, the Court tends to consider experts to fall under the scope of Subsection d) “based on all circumstances of the case”.<sup>53</sup> In other cases (for example, the national court decides not to include the expert designated by the accused party in the proceeding or to hear them in the proceeding “only” as a witness and not as an expert<sup>54</sup>), the Court judges the matter related to the expert under Section 6 (1) (fair procedure).<sup>55</sup> However, at this point it is also important to note that the defendant (defence side) does not get to hear out “any expert-witness in any matter” by subjective right.<sup>56</sup>

In a broader sense, the principle of equality of arms means that the rights of the prosecution shall be equal to the rights of the defence

---

<sup>50</sup> *Kostovski v. Netherlands*, Judgment of 20 November 1989, Series A no. 166. Most recently, the Court has developed a so-called *three-step test* to address this matter: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECtHR 2011; *Schatschaschwili v. Germany* [GC], no. 9154/10, 15 December 2015.

<sup>51</sup> *Kostovski v. the Netherlands*, Judgment of 20 November 1989., Series A no. 166; *Lüdi v. Switzerland*, Judgment of 15 June 1992, Series A no. 238; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, Judgment of 23 April 1997, Reports 1997-II, p. 691; *A.M. v. Italy* (Application no. 37019/97), Judgment of 14 December 1999; *P.S. v. Germany* (Application no. 33900/96), Judgment of 20 December 2001; *Bocos-Cuesta v. the Netherlands* (Application no. 54789/00), Judgment of 10 November 2005; *Bonev v. Bulgaria* (Application no. 60018/0), Judgment of 8 June 2006.

<sup>52</sup> Grád, Weller, 2011, p. 421.

<sup>53</sup> *Bönisch v. Austria*, Judgment of 6 May 1985, Series A no. 92.

<sup>54</sup> *Brandstetter v. Austria*, Judgment of 28 August 1991, Series A no. 211.

<sup>55</sup> *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania* (Application no. 72596/01), Judgment of 4 November 2008.

<sup>56</sup> *Doorson v. the Netherlands*, Judgment of 26 March 1996, Reports 1996-II, p. 446.

side with regards to the knowledge of the case, the presence and the evidence process. That is, the Court applies *Section 6 (1) of the Convention* to deal with such requests that refer to “inequality of arms” and that are not related to the narrow sense of the Convention’s terminology usage (*Section 6 (3) (d)*).<sup>57</sup> Based on case law, violation of the Convention occurs and thus the principle of equality of arms is disobeyed when, for example, the requestor is given short notice to submit any appeal against a decision at first instance but, on the other side, the public prosecutor is not bound by any time limit<sup>58</sup>, or the prosecution side is informed of the composition of the acting court in advance but the defence side is not.<sup>59</sup> Another example of the inequality of arms as established under the broader sense is when the defence side is refused to gain insight into certain documents in the prosecution side’s materials or to receive copies of significant instruments or documents.<sup>60</sup> It might seem to be absurd but it did happen in the Court’s case law practices in a criminal proceeding that the public prosecutor general (the representative of the prosecution) and the executive jury of the Supreme Court exchanged secret correspondences with regards to the particular case;<sup>61</sup> or when the representative of the prosecution secretly submitted materials to the court (in this sense, the term “secretly” refers to the defence side not being given official notice or the chance to respond).<sup>62</sup>

In my opinion, the matter of equality of arms as viewed in a broader sense (*Section 6 (1)*) can be divided into two sub-groups. The first one is the sub-group that satisfies *Section 6 (1)* of the Convention,

---

<sup>57</sup> Grád, Weller, 2011, p. 360.

<sup>58</sup> A more indirect view on this topic is available here: *Ben Naceur v. France* (Application no. 63879/00), Judgment of 3 October 2006.

<sup>59</sup> *Kremzow v. Austria*, Judgment of 21 September 1993, Series A no. 268-B.

<sup>60</sup> *Öcalan v. Turkey* (Application no. 46221/99), Judgment of 12 March 2003.

<sup>61</sup> *Josef Fischer v. Austria* (Application no. 33382/96), Judgment of 17 January 2002; *Lanz v. Austria* (Application no. 24430/94), Judgment of 31 January 2002.

<sup>62</sup> *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Reports 1996-II, p. 346; *Meflah and Others v. France* (Application nos. 32911/96, 35237/97, 34595/97), Judgment of 26 July 2002; *Kabasakal and Atar v. Turkey* (Application nos. 70084/01, 70085/1), Judgment of 19 September 2006.

by reason of Section 6 (1) being a clause of subsidiary nature, that is, when there is no specific circumstance as designated in Section 6 (3) (d) based on which the case could be examined. Majority of the cases referenced above can be classified into this sub-group. The second one is the sub-group that satisfies Section 6 (1) of the Convention, by reason of the case being complex and affecting Section 6 (2) and Section 6 (3) [and possibly multiple sub-sections in Section 6 (3)], too. With the latter sub-group, an additional requirement is that the individual subsections themselves would not be suitable for establishing the violation of Section 6. In my opinion, a great example of this sub-group is the case of *Barbera, Messegué and Jabardo v. Spain* in which the requestors incriminated with act of terrorism were transported to Barcelona from Madrid in a 600 km trip as late as during the night before the “decisive” trial. This transportation resulted in the requestors being both physically and mentally exhausted in the morning when the trial took place. Another concern in the case was that 2 out of the 3 members of the judicial council were changed in the morning of the trial’s day which left the defence side with no chance to raise objection against such change should they wish to. In the trial held after this history, the court did not inspect (or did inspect but only partially) the vast majority of the evidence materials, the trial lasted for an extraordinarily short period of time before the defendants were declared to be guilty. The defence side felt aggrieved by these circumstances, too. These procedural violations fall under the scope of Section 6 (2) and Section 6 (3) of the Convention, respectively. However, the Court took the position that, under Section 6 (1) as a whole unit, the aforementioned violations had such a unified (consolidated) effect which resulted in the Convention being violated.<sup>63</sup> The Court eventually declared that the right to a fair procedure had been impaired and added that the principle of equality of arms had been disobeyed.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Barbera, Messegué and Jabardo v. Spain*, Judgment of 6 December 1988, Series A no. 146.

<sup>64</sup> The Court made the same decision in the case of *Gencer and Others vs. Turkey* on the grounds of procedural violations similar to those mentioned above. *Gencer and Others v. Turkey* (Application no. 6291/02), Judgment of 21 December 2006.



### 3.4. The principle of equality of arms in the practice of the Hungarian Constitutional Court

The Hungarian Constitutional Court is of the view that the principle of equality of arms has two requirements set for it. First, all parties shall be present in person in the procedural actions. Second, the prosecution and the defence side shall be given the opportunity to gain insight into case-relevant data in the same depth and to the same extent.<sup>65</sup>

The Hungarian Constitutional Court also addressed this principle (which might be derived from the right to a fair procedure) in many of its resolutions. Below is a non-exhaustive list of resolutions in which the Hungarian Constitutional Court examined the principle of equality of arms with regards to criminal proceedings: in relation to the *right to defence*:

- resolution No 6 of 1998 (III. 11.) – appropriate time limit and opportunity for the defence side to make preparation;
- resolution No 8 of 2013 (III. 1.) – informing the defence counsel (in due course and in verifiable/traceable manner) of the first hearing of the suspect;
- resolution No 61 of 2009 (VI. 11.) – accessing documents after the date the decision acquired the force of *res judicata*;
- resolution No 104 of 2010 (VI. 10.) – protected witness and their situation and protection in the criminal proceeding.<sup>66</sup>

It can be noticed that the Constitutional Court examined the principle of equality of arms in criminal proceedings mainly through the interpretation of the *right to defence* (and other provisions alongside the right to defence). Although the right to defence is “such a principle in constitutional criminal proceeding law that is present in countless different detail rules *throughout all phases of the criminal proceeding*”<sup>67</sup>, it does not constitutionally require that the fundamental right be enforced in the individual procedural phases with identical content and unified detail rules. It allows the legislator to define the detail rules for the right to defence differently for the investigation and for the judicial process. While the investigatory phase is

---

<sup>65</sup> 6/1998. (III. 11.) AB hat., ABH 1998, 91, 93.

<sup>66</sup> Some of the resolutions were processed by: Paczolay, 2012, p. 392–395.

<sup>67</sup> 25/1991. (V. 18.) AB hat., ABH 1991, 414, 415.

aimed at exploring the story from the suspect of committing a crime to the point of reaching the degree of certainty required for formal accusation, the criminal judicial phase has the purpose of passing a judgement on the action specified in the formal accusation. Therefore, to ensure the executability of tasks involved in the investigatory phase, the constitutional principle of the *equality of arms may only be enforced within certain boundaries during the investigatory phase of the criminal proceeding*.<sup>68</sup> The foregoing allows us to learn that, in principle, the absence of defence counsel is one of the obstacles to hold a court trial (provided, certainly, that the defence counsel's mandatory participation at the trial had been prescribed). On the other hand, when it comes to the investigatory phase, the presence of the defence counsel is regulated for the individual procedural actions as merely an option but not a requirement (even in the cases where defence counsel shall be mandatorily appointed – the law requires the appointment of the defence counsel but not its presence). Accordingly, in the investigatory phase, the absence of the defence counsel, alone, will not prevent the founded suspicion from being disclosed and the first and continued hearings of the defendant from being conducted. Therefore, as the Constitutional Court had already pointed out in one of its former resolutions, it is constitutionally justifiable (thus not causing the right to defence to be unnecessarily and disproportionately restricted) that, in accordance with the rules of the current act, the absence of the defence counsel will not prevent the hearing(s) of the defendant from being conducted even in the cases where the defence counsel shall be mandatorily appointed. Otherwise, setting such requirements could endanger the timely execution of the tasks involved in the investigatory phase.<sup>69</sup> As a mean of compensation for setting out that the presence of defence counsel in the investigatory phase is merely optional and not required, the Criminal Proceeding Act contains numerous essential provisions that are aimed at strengthening the rights of the defence side. Such provisions state, amongst others, that the hearing of the defendant shall be scheduled by the investigatory authority in a way as to ensure that the defendant is given appropriate time and opportunity to make preparation

---

<sup>68</sup> 8/2013. (III. 1.) AB hat., ABH 2013, 391, 397.

<sup>69</sup> 209/B/2003. AB hat., ABH 2008, 1926, 1942; 8/2013. (III. 1.) AB hat., ABH 2013, 391, 397–398.

for the defence (refer to Section 43 (2) (c) of the Criminal Proceeding Act and Section 179 (4) of the Criminal Proceeding Act), and that, with regards to any defendant being held in custody, the defence counsel shall be appointed for such defendant in custody no later than until the date/time of the first hearing of such defendant in custody and the defence counsel shall be informed, in the appointing resolution, of the place where such defendant is held in custody and of the schedule (including the place and date/time) of the hearing of such defendant (refer to Section 179 (2) of the Criminal Proceeding Act and Sections 48 (1) and 48 (2) of the Criminal Proceeding Act).<sup>70</sup> The question arises that if such notice is not delivered or delivered with delay, does this failure constitute a violation of the right to defence and disobedience to the principle of equality of arms with such principle already restricted in the investigatory phase? The Constitutional Court partially examined this matter with regards to the right to defence in its resolution No 8 of 2013 (III. 1.).<sup>71</sup>

In summary, it is ascertainable that the Constitutional Court, in its resolutions designated above, strived to create balance between the interests of the prosecution and the defence side and between the functions fulfilled in criminal proceedings. That is, the Constitutional Court pointed out that the equality of arms is not a mathematical equality but rather a tool to emphasize the right to access information (documentation) and thus to effectively participate in the procedural actions, and the importance of effective preparation by the defendant and the defence counsel.<sup>72</sup>

### 3.5. The principle of equality of arms in the codification of the new Criminal Proceeding Act

Given the baseline of being linked to each other by the Concept itself, the Concept treats the principle of equality of arms and the right to a fair procedure in a whole-part relation by stating that “[...] the right to a fair

---

<sup>70</sup> 8/2013. (III. 1.) AB hat., ABH 2013, 391, 398.

<sup>71</sup> The resolution was processed by: A.E. Gácsi, *A fegyverek egyenlősége elv összetett vizsgálata a (hatékony) védelemhez való jog és a bizonyítékok értékelése mátrixában* [in:] A. Gál, K. Karsai (ed.), *Ad Valorem. Ünnepi tanulmányok Vida Mihály 80. születésnapjára*. Iurisperitus Kiadó, Szeged 2016, p. 75–90.

<sup>72</sup> Hollán, Lőrinc, 2009, p. 2054; Paczolay, 2012, p. 397.

procedure [...] itself relies on the enforcement of other principles in criminal proceedings including [...] the principle of equality of arms.”<sup>73</sup> The requirement of equality of arms (equality of parties) also appears in the Concept in relation to the requirement of intended practice of law (i.e. prohibition to misuse the law). Based on the language of the Concept, the legislator shall pay particular attention, in the codification process, to the fact that the procedural rights and obligations vary by the phases of the procedure. There is no pure authority-party relationship or purely coordinative party-party relationship (where parties are given the right of disposal for the particular proceeding) in criminal proceedings. An example is that while the public prosecutor acts in an authority capacity during the investigatory phase, the public prosecutor turns into a party positioned similar to the defendant when standing before the court. With consideration of the foregoing, the norm material shall take into consideration the changes to legal relationships throughout the proceeding, the subjects positioned completely differently, and the procedural phases having distinct features.<sup>74</sup>

The Code refers to the requirement of equality of arms implicitly in several points (and in some points the Code even strengthens it). Such points include but are not limited to the *more consistent enforcement of shared functions (or functional allocation)* leading to the consequence that, even though decisions shall be based on true facts, the court cannot be obligated to reveal the facts ex officio; it can only be obligated to clarify the facts within the framework established by the motions of the parties (i.e. the prosecution and the defence). Consequently, failure of the court to obtain means of evidence due to the lack of motion by the prosecution shall not render the court's decision unfounded. The way the principle of equality of arms is strengthened here is that, during the judicial stage, not only the defence but also the prosecution has interests in making evidence motions that support the defence or the prosecution, respectively. At the same time, it relieves the court of the obligation to obtain incriminating evidence without motion. Another such point is the declaration of *the right to effective defence*. The right to defence will continue to be a core (basic) principle provided for in the

---

<sup>73</sup> Concept, p. 5.

<sup>74</sup> Concept, p. 22.

new Criminal Proceeding Act currently under development. However, the legislator has added the attribute word “effective” to the word “defence” (“The defendant shall have the right to effective defence across all stages of the criminal proceeding.”). However, the right to effective defence is essentially an expectation set for attorney-at-laws who fulfil defence tasks as the appointed defence counsel system currently in place in Hungary cannot be honestly considered to be effective. Therefore, the principle of equality of arms imposes additional tasks on the defence. Even though it might look like an unusual solution (since, in legal practice, the principle of equality of arms is normally required to broaden the scope of legitimation of the defence side), it is closely related to fair trials.

#### 4. Closing thoughts

The principle of equality of arms is an essential part and the accomplishment and manifestation of a fair procedure.<sup>75</sup> Although this principle traditionally relates to Anglo-Saxon law, the ECtHR, in its legal practices, have made this principle an important part of continental law systems.<sup>76</sup> A positive aspect of this is that it draws attention to the importance of *favor defensionis* which means that “the defence side (the defendant, in particular) is accumulatively handicapped; therefore, it would be desirable to provide the defence side with many favourable legal solutions (i.e. with the favour)”.<sup>77</sup> I fully agree with the criminal proceeding law school in Pécs, Hungary in saying that the real contents of the principle of equality of arms could, besides the positive aspect, be unfolded even more clearly as a negative requirement, that is, in the form of a prohibition that would “prohibit the acting authorities from increasing the defendant’s disadvantage”.<sup>78</sup> This negative requirement is reflected in multiple resolutions of the ECtHR and of the Constitutional Court.

---

<sup>75</sup> Paczolay, 2012, p. 391.

<sup>76</sup> Paczolay, 2012, p. 391.

<sup>77</sup> K.J. Heller, *(In)equality of Arms at the International Criminal Tribunals, Opinio Juris*, February 7, 2006, <http://lawofnations.blogspot.hu/2006/02/inequality-of-arms-at-international.html>, 15.12.2016; Herke, Fenyvesi, Tremmel, 2012, p. 53.

<sup>78</sup> Herke, Fenyvesi, Tremmel, 2012, p. 53.

In summary, it is ascertainable, based on the majority of positions taken in literature, that the essence of the “party” capacity of the subjects fulfilling the prosecution and defence functions is that the equality of parties can be translated as the equality of such subjects’ rights associated with the trial. However, the legal situation of the parties is not equal in general but is equal only in terms of their rights provided for by the Criminal Proceeding Act. In accordance with the current act, the legal literature divide such rights into two groups: the rights serving the learning of the case, and the rights serving the advancement (resolution) of the case. While the first group consists of the rights to attend the procedural actions, to gain insight into documents, to ask questions and to ask for clarification, the latter group consists of the rights to make comments and motions.

A question might arise: why is it necessary to examine the matter of equality of arms (and in relation to that, the right to a fair procedure and the definitions of “parties” and “equality of parties”) at the dawn of a new legislation? The answer can be extracted from the thoughts of Ferenc Finkey as presented in the introductory section of this study. These are essential matter(s) where, as the ECtHR explained in its case of *Delcourt v. Belgium*, “...justice must not only be done: it must also be seen to be done”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> *Delcourt v. Belgium* (Application no. 2689/65), Judgment of 17 January 1970.

## Summary

One of the commonly known and recognized essential elements of the right to fair trial is the principle of equality of arms. This principle, fabricated through legal theory and legal practice over time, has the purpose of ensuring that, in criminal proceedings, the prosecution and the defence have equal chances and opportunities to express their opinions and take their positions with regards to factual and legal matters. Even though the application of the principle of equality of arms does not always mean that the prosecution and the defence have completely identical rights, this principle does require that the defence be provided with such rights that is comparable with that of the prosecution.

**Keywords:** criminal procedure, right to fair trial, principle of equality of arms, principle of equal parties, defendant's right

**EXCLUSIVE JURISDICTION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS:  
EU LAW PROVISIONS AND CASE-LAW REVIEW AND ANALYSIS**

## 1. Introduction

Once one of British judges said: “Although our powers are great, they are not unlimited – they are bounded by some lines of demarcation.”<sup>1</sup> Indeed, no one can argue that there are no limits to the courts’ power. For instance, such boundaries are set by rules on jurisdiction: they indicate when a court is empowered to adjudicate a particular case and when not. Since violation of these rules may lead to grave consequences – e.g. it may result in a judgment’s revision, appealation or cassation – it is important for all law practitioners that the rules on jurisdiction are subject to thorough analysis and, therefore, they are well understood.

Moreover, a particular field for jurisdictional matters is constituted by transnational legal relationships. In such cases the question of jurisdiction is composed of two issues: the first task is to attribute jurisdiction to courts of a particular state; then to establish, according to laws of that state, which of its courts has the jurisdiction over the case.<sup>2</sup> It should be noticed that the importance of jurisdictional laws in transnational matters is growing along with their volume. Since the globalisation is a fact (as well as the European

---

\* University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, e-mail: bartek.gryziak@gmail.com.

<sup>1</sup> C. Abbott, *The King v. Justices of Devon* (1819), 1 Chit. Rep. 37.

<sup>2</sup> As it is apparent, for Polish lawyers and law students the term ‘jurisdiction’ might be ‘tricky’ since it encompasses two Polish terms: ‘jurysdykcja krajowa’ (which refers to jurisdiction of particular state’s courts; also ‘właściwość międzynarodowa sądów danego państwa’) and ‘właściwość sądu’ (which refers to jurisdiction of a particular court). In this paper the term is used in the first meaning unless the context provides otherwise. See K. Sznajder-Peroń [in:] *System Prawa Handlowego. Tom 9*, W. Popiołek (ed.), Warsaw 2013, p. 814–816. In English the distinction might not be so clear – see e.g. P. Jenard, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968)*, OJ C 59, 5.3.1979, p. 34–35. P. Jenard was the rapporteur of the committee which drafted the Brussels Convention of 1969.



integration), the number of such relationships is increasing and, therefore, the question of jurisdiction arises more and more often.

Hopefully for Europeans, there is a harmonised approach within EU (along with some other states) to the allocation of jurisdiction in transnational legal relationships. It results in the common European laws regulating jurisdiction of national courts in civil and commercial matters – the so-called Brussels Regime (hereinafter also ‘the Regime’).

Although the Regime leaves some space for domestic regulations on the national courts’ jurisdiction (what has to be borne in mind), in most cases law practitioners are provided with unified European rules on that issue.<sup>3</sup> However, there are some of the provisions which are to be applied in **any** civil and commercial matter brought to a court of a state bound by the Regime (hereinafter: ‘the State’) – the rules on the exclusive jurisdiction are among them. Since these rules always prevail over national rules on jurisdiction (and so they are unavoidable), it is particularly important for law practitioners to know them well.

The rules on exclusive jurisdiction are long-lasting. They have been in force for almost fifty years and, regardless of changes of the legal acts in which they have been expressed, they have been changed a little so far. It is worth to note that some of these rules were derived from already existing international treaties regarding jurisdiction in civil and commercial matters and, therefore, it could be said that they are even older than the Regime itself.<sup>4</sup> On the one hand, such a rare stability of legal norms is a great achievement and value in terms of the predictability of law. On the other hand, as a consequence most of the case-law made within this time is still relevant. Unfortunately for Polish lawyers, the already existing European case-law on the exclusive jurisdiction was never officially translated into Polish.

The analysis below might be helpful since its main aim is to provide a comprehensive up-to-date compilation of the European provisions and

---

<sup>3</sup> K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 819.

<sup>4</sup> For instance, the exclusive jurisdiction over proceedings concerning immovable properties derives from the rules provided in the Treaty between France and Germany settling the question of the Saar (Article 49 of the Treaty on the Saar of 27 October 1956) – P. Jenard, *Report...*, p. 34.

case-law (with regard also to the official reports) on the exclusive jurisdiction within the Brussels Regime.

## 2. The term

First of all, few words should be spent on the defining of the term ‘jurisdiction’. Although it is frequently used, it has no legal definition. It originates from the Roman term *iusdictio* which was one kind of a power conferred on a magistrate (compare with e.g. *potestas*). Linguistically it derives from *ius* (‘law’) and *dicere* (‘to tell’) and might be understood as the power to tell what is the law in a particular case. It encompassed *inter alia* a power to appoint a judge for a dispute and to put a case into the legal terms (‘tell what the law is’).<sup>5</sup> This competence was exercised within the preliminary litigation phase called *in iure* which was followed by the proper litigation phase called *apud iudicem*. In the second phase the appointed judge exercised *iudicatio* – a power to solve the case according to the legal qualification made within the first phase.

Nowadays, the term ‘jurisdiction’ reflects its Roman ancestor in a very distant manner – it is used in various (not only judicial) contexts and is used mainly to describe the scope of someone’s capacity to exercise power (see e.g. the meaning of ‘state jurisdiction’ under the international law or the meaning of ‘universal jurisdiction’ under the international criminal law).<sup>6</sup> Moreover, it might be used in different languages in a different manner (see *supra* note 2).

---

<sup>5</sup> Dig.2.1.1. as well as Dig.2.1.3 – both excerpts are from works of Ulpian.

<sup>6</sup> See for instance M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 2008, p. 645–696. It is worth to quote here the opening remark on jurisdiction: “Jurisdiction concerns the power of the state under international law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs.” This activity might be legislative, executive or judicial. As it is apparent, the essence of this term across different branches of law remains the same: it is used to delimit the scope of matters in which someone can exercise his power.

There might be also the universal jurisdiction over some matters which indicates that anybody (in the international criminal law: any state) can exercise power over these matters regardless of any linking factors (in the international criminal law the universal jurisdiction concerns crimes under international law, e.g. crimes against humanity – any state is empowered to prosecute and punish them regardless of whether there is any link between the state and the crime).

In civil and commercial matters the term is used to indicate whether a court has power to adjudicate a particular case, in other words: whether it is empowered to administer justice in that field. The term ‘exclusive jurisdiction’ includes also an indication that no other court than the empowered one can exercise judicial powers within the scope of that jurisdiction.<sup>7</sup>

As it is apparent, the term ‘exclusive jurisdiction’ is used to describe features of a court’s jurisdiction. The problem is that within the Brussels Regime it is used mainly as a name of one of particular kinds of jurisdiction granted under its provisions. This type of jurisdiction is meant to be exclusive but in some cases it may be disputed whether it actually is. Moreover, other types of jurisdiction conferred by the Regime might be exclusive (e.g. prorogation of jurisdiction). In consequence this terminology might be confusing under the Brussels Regime and, therefore, it is important to distinguish in that field the exclusive jurisdiction by its character from the exclusive jurisdiction by its name. To clarify, the subject of this paper is the latter one.

### 3. The Brussels Regime

The analysis should begin with the general features of the Brussels Regime as such – the legal acts constituting the Regime (and so with its history) and the core ideas the Regime is based on.

#### 3.1. Acts

As it was stated earlier, the Brussels Regime is in force for almost fifty years – its history started with the Brussels Convention of 1969 (hereinafter also ‘the Convention’).<sup>8</sup> It was enacted within the members of the Council of the European Economic Community on the basis of the Article 220 of the Treaty establishing the European Economic Community (Treaty of

---

<sup>7</sup> J. Golaczyński, *Jurydykja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012. Komentarz*, Warsaw 2015, p. 125–131, pkt 1.

<sup>8</sup> Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–45). See the acts related to the Convention at [http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/\\_brux-textes.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/_brux-textes.htm).

Rome) – hereinafter: TEEC. Soon the Court of Justice of the European Communities (hereinafter: ECJ) was granted jurisdiction to give rulings on interpretation of the Convention.<sup>9</sup>

In regard to the Convention, the amendments of the accession conventions of 1978, 1982, 1989 and 1996 should be also borne in mind (hereinafter respectively: the Luxembourg Convention of 1978, the Luxembourg Convention of 1982, the San Sebastian Convention of 1989, the Brussels Convention of 1996).<sup>10</sup>

The Convention was replaced on the 1<sup>st</sup> March, 2002, by an EC instrument: the so-called Brussels I Regulation.<sup>11</sup> However, the replacement was partial – the Convention remained in force for Denmark and territories excluded from the application *ratione loci* of the EC law (hereinafter: ‘the other territories’) by the virtue of Article 299 of TEEC (nowadays Article 349 and 355 of the Treaty on functioning of the European Union – hereinafter: TFEU). Nevertheless, Denmark soon signed its own agreement

---

<sup>9</sup> See Article 1 of the Protocol of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 204, 2.08.1975, p. 28).

<sup>10</sup> Respectively: Convention of 9 October 1978 on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (OJ L 304, 30.10.1978, p. 1–102), Convention of 25 October 1982 on the accession of the Hellenic Republic to the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice with the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (OJ L 388, 31.12.1982, p. 1–36), Convention of 26 May 1989 on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice with the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Hellenic Republic (OJ L 285, 3.10.1989, p. 1–98), Convention of 29 November 1996 on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, with the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, by the Convention on the accession of the Hellenic Republic and by the Convention on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic (OJ C 15, 15.1.1997, p. 1–9).

<sup>11</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23).

with European Community replacing the Brussels Convention with slightly changed provisions of the so-called Brussels I Regulation.<sup>12</sup> Nowadays the Convention remains in force for the other territories.

Finally, Brussels I Regulation was replaced on the 10<sup>th</sup> January, 2015,<sup>13</sup> by the so-called Brussels I Bis which is currently in force.<sup>14</sup> However, Denmark still has its own agreement on that issue and the Convention remains in force for the other territories.

Since the above-mentioned acts were enacted or binding only within the Community or Union (be it EEC, EC or EU), there was a need to adopt another instrument to allow other European states – e.g. from EFTA – to participate in the Brussels Regime. That was done by the Lugano Convention of 1988<sup>15</sup> replaced later by the Lugano Convention of 2007.<sup>16</sup> They were respectively copies of the Brussels Convention of 1968 and Brussels I Regulation (with some slight differences) – therefore, they are often called ‘parallel conventions’.<sup>17</sup> Many of the Contracting Parties to the Lugano Convention of 1988 joined EU subsequently. Lichtenstein is the only present EFTA member which never acceded to any of the Lugano Conventions. On the other hand, Denmark is a contracting party to both of them.

### 3.2. General ideas

Taking into account that four out of the six historic legal acts constituting the Brussels Regime are still in force (and, for instance, Denmark

---

<sup>12</sup> Agreement of 19 October 2005 between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 299, 16.11.2005, p. 62–70).

<sup>13</sup> In the case of Articles 75 and 76 – on the 10<sup>th</sup> January, 2014.

<sup>14</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

<sup>15</sup> Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 319, 25.11.1988, p. 9–48).

<sup>16</sup> Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 339, 21.12.2007, p. 3–41).

<sup>17</sup> F. Pocar, *Explanatory report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007*, OJ C 319, 23.12.2009, p. 1–56 – see para. 1.

is a contracting party to three of them), it might be expected that the Brussels Regime is a complicated set of rules. Hopefully, as it was noted above, most of these acts are copies of the earlier ones just extended with some slight changes and developments. Moreover, these acts stress *expressis verbis* continuity and integrity within the Brussels Regime.<sup>18</sup> Therefore, the Brussels Regime might be seen as a single set of rules (with slight variations) which is expressed in several acts and has been evolving since the Convention was concluded.<sup>19</sup> It is not deprived of important consequences for practitioners. First of all, the European case-law made under former acts in most cases remains valid for new ones. Second, regardless of plurality of acts the European case-law on jurisdiction in civil and commercial matters remains solid.<sup>20</sup>

The main logic of the Regime remains unchanged – according to Article 4 of Brussels I Bis,<sup>21</sup> it is based upon the general rule granting the jurisdiction to a State in which a defendant has his domicile – regardless of citizenship.<sup>22</sup> Forsake of the criterion of nationality in favour of the residence constitutes one of the distinguishing (and also controversial) features of the Regime.<sup>23</sup> Such a rule is seen as the implementation of the principle *actor sequitur forum rei* which means that a plaintiff should seise

---

<sup>18</sup> See, for instance, recital 34 of the Brussels I Bis; the Judgment of 3 October 2013, *Schneider*, C-386/12, EU:C:2013:633, para. 21 and 27; P. Jenard and G. Möller, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988*, OJ C 189, 28.7.1990, p. 57–121, point 48; F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 10–12.

<sup>19</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 10–11. Although the parallel conventions and regulations remain different acts (what is particularly important for technical issues concerning their application), their substance remains (in most cases) identical.

<sup>20</sup> See e.g. the Judgment of 20 May 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, EU:C:2010:290, para. 25; the Judgment of 11 November 2011 *Hypoteční banka*, C-327/10, EU:C:2011:745, para. 29; the Judgment of 12 July 2012, *Sohay*, C-616/10, EU:C:2012:445, para. 42. It is worth to note also the Judgment of 2 October 2008, *Hassett and Doherty*, C-372/07, EU:C:2008:534, para. 20 – although the judgment was under the Brussels I Regulation ECJ invoked comment to the Brussels Convention of 1969.

<sup>21</sup> For convenience the paper is written from the perspective of the Brussels I Bis. Table of equivalent provisions in the other acts of the Brussels Regime is attached at the end. Similarly, for convenience the paper uses mainly the term ‘Member State’ but it should be borne in mind that in reference to the conventions the term should be ‘Contracting Party’.

<sup>22</sup> See *Hypoteční banka* Judgment, para. 34.

<sup>23</sup> P. Jenard, *Report...*, see p. 8 and 14.

the court of a defendant.<sup>24</sup> This principle is justified with the protection of the defendant's rights.<sup>25</sup>

Whereas in case of natural persons it is for domestic laws of each state to decide who is resident in that state (Article 62 of the Brussels I Bis), in case of legal persons, nowadays, the term 'domicile' has the autonomous meaning described in Article 63 of the Brussels I Bis. If the residence remains unknown the last known domicile might be used for the purpose of the Regime.<sup>26</sup>

First of all, as a rule, defendant being domiciled in one of the States constitutes *conditio sine qua non* for the Brussels Regime application. On the one hand, it implicates that the Brussels Regime might be applied even to situations involving one Member State and one or more other states – as long as the defendant is resident in one of the States.<sup>27</sup> On the other hand, in other cases it is for domestic laws of each state to regulate the jurisdiction of its courts (Article 6 of the Brussels I Bis).<sup>28</sup>

However, it must be borne in mind that apart from the scope *ratione personae* the application of these rules is limited also to the 'civil and commercial' matters. The actual scope *ratione materiae* is set in Article 1. For the purpose of this paper it is sufficient to note that the notion of 'civil and commercial matters' has an autonomous meaning.<sup>29</sup>

Moreover, the Brussels Regime is applied only to matters with an international element.<sup>30</sup> However, it does not mean that the plaintiff and the defendant have to be in different states. To fulfil this prerequisite it is enough that the query about the international jurisdiction arises.<sup>31</sup>

Nevertheless, in regard of the application of the Regime the relations with other acts of international law should also be kept in mind – as stated

---

<sup>24</sup> K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 820. See also the Judgment of 13 July 2000 *Group Josi*, C-412/98, EU:C:2000:399, para. 35.

<sup>25</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 18.

<sup>26</sup> See *Hypoteční banka*, para. 42 and further.

<sup>27</sup> Judgment of 1 March 2005, *Owusu*, C-281/02, EU:C:2005:120.

<sup>28</sup> See e.g. the Judgment of 15 September 1994, *Brenner*, C-318/93, EU:C:1994:331, para. 17.

<sup>29</sup> See e.g. the Judgment of 16 December 1980, *Rüffer*, 814/79, EU:C:1980:291, para. 7 and 14.

<sup>30</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 8.

<sup>31</sup> See *Owusu*. Compare with P. Jenard, *Report...*, p. 8.

in the Chapter VII of the Brussels I Bis, the Regulation does not prevail over some conventions.<sup>32</sup> Because of the purpose of this paper there is no reason for further remarks on the application *ratione loci* and *ratione temporis* of the acts which constitute the Regime (see above – point 3.1).

The jurisdiction granted according to the above-described general rule has partially an exclusive character – courts of no other State are empowered to adjudicate a particular case **unless** such a case falls within one of the particular regulations (Article 5 of the Brussels I Bis), which are: 1) special jurisdiction, 2) jurisdiction in matters relating to insurance, 3) jurisdiction over consumer contracts, 4) jurisdiction over individual contracts of employment (that type was added in the Brussels I Regulation for the first time), 5) exclusive jurisdiction, 6) prorogation of jurisdiction. In all these cases the jurisdiction might be granted in exclusive or non-exclusive manner. It should be borne in mind that the jurisdiction over the substance matter does not influence the ability of courts to issue provisional (among them protective) measures – this is governed by the *lex fori* (Article 35 of the Brussels I Bis).

As it was indicated in the introduction, some rules of the Brussels Regime prevail over domestic laws even if a defendant is not resident within any of the States but still the case falls within the application *ratione materiae* of the Regime. These rules are: the exclusive jurisdiction and the prorogation of jurisdiction (tacit prorogation of jurisdiction excluded) as well as some single provisions on jurisdiction over consumer contracts and jurisdiction over individual contracts of employment (Article 6 of the Brussels I Bis). Therefore, these rules have a universal application – they are to be obeyed by courts of the States in any civil and commercial case (regardless of the defendant's domicile, citizenship, etc.).<sup>33</sup>

It has to be kept in mind that the exclusive jurisdiction may also result from a court choice clause (in the Brussels Regime: the prorogation of jurisdiction). In general, parties can include in their agreements either exclusive jurisdiction clause or non-exclusive jurisdiction clause. In the Brussels Regime, the chosen court has an exclusive jurisdiction (since the Brussels

---

<sup>32</sup> See also the Judgment of 14 July 1977, *Eurocontrol*, joined cases 9/77 and 10/77, EU:C:1977:132.

<sup>33</sup> See the Judgment of 18 May 2006, *CEZ*, C-343/04, EU:C:2006:330, para. 21.



I Regulation: if parties did not decide otherwise). However, as it is shown below, in most cases the exclusive jurisdiction resulting from the prorogation of jurisdiction is treated in a different way from the exclusive jurisdiction under Article 24 of the Brussels I Bis. It is the only case when the Regime acts use the term ‘exclusive jurisdiction’ when describing other kinds of jurisdiction.

Finally, while discussing the general features of the Brussels Regime in the context of the exclusive jurisdiction it should be noted that terms used in the legal acts constituting the Brussels Regime should be interpreted independently so that these rules are applied in an equal and uniform manner across the States. However, they should also be interpreted with regard to the objectives and scheme (or, in other words, purpose and context) of these acts<sup>34</sup> – the main purpose of the Regime is to provide certain and predictable jurisdictional rules.<sup>35</sup>

#### 4. Exclusive jurisdiction

Having described the general features of the Regime, the analysis can move on to the exclusive jurisdiction. It should be divided into two parts: the first one describing general features of the exclusive jurisdiction and the second one describing particular types of the exclusive jurisdiction.

##### 4.1. General ideas

It is argued that it was the Convention to be the first to precisely define the exclusive jurisdiction.<sup>36</sup> The main justification for introducing such a kind of jurisdiction is that in these particular cases, because of the subject-matter, factors **different** from the defendant’s domicile indicate which courts are best suited to adjudicate the case and, therefore, should be granted the jurisdiction.<sup>37</sup> In fact, these rules preserve states’ jurisdiction over crucial areas

---

<sup>34</sup> See e.g. *Rüffer*, para. 7 and the case-law cited as well as para. 14.

<sup>35</sup> See *Brussels I Bis*, recital 15.

<sup>36</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 8.

<sup>37</sup> See e.g. the Judgment of 14 December 1977, *Sanders*, 73/77, EU:C:1977:208, para. 11–13, 15. See also: K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 820–821.

such as immovable properties.<sup>38</sup> Moreover, in some cases (e.g. tenancies or registers) the subject-matter might be governed by ‘special legal provisions’ and, therefore, the jurisdiction should be conferred to courts familiar with these laws.<sup>39</sup>

It should not be surprising then that this kind of jurisdiction cannot be excluded by agreements (Article 25 of the Brussels I Bis) nor it might be excluded by the so-called tacit prorogation of jurisdiction – i.e. when a court derives its jurisdiction from the appearance of a defendant (Article 26 of the Brussels I Bis, see also recital 19). On the other hand, as it was already stated, neither can states deviate from these rules (Article 6 of the Brussels I Bis, see also recital 14).<sup>40</sup>

The importance of the rules on the exclusive jurisdiction is shown also in courts’ duties. Under the virtue of Article 27 of the Brussels I Bis any seised court of the State is obliged to declare *ex officio* that it has no jurisdiction over a case if such a case falls within the exclusive jurisdiction of courts of another state. However, in theory it does not apply if the issue that would fall under the exclusive jurisdiction of courts of another state is raised as a preliminary or incidental matter (not the principal).<sup>41</sup> It should be noted that this rule does not apply to the exclusive jurisdiction based upon an agreement on prorogation of jurisdiction.<sup>42</sup>

Under the virtue of Article 31 of the Brussels I Bis, if courts of several states are granted exclusive jurisdiction in a particular case, all courts other than the court first seised should decline jurisdiction in such a case. In respect of this rule the Brussels I Bis has introduced additional provision if the court first seised derives its jurisdiction from the agreement on prorogation of jurisdiction. In such a case other courts **stay** their proceedings until that court verifies validity of the agreement and, therefore, whether it has the exclusive jurisdiction over the dispute.

---

<sup>38</sup> See *Group Josi*, para. 46; P. Jenard, *Report...*, p. 35; K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 832–833.

<sup>39</sup> See *Sanders*, para. 14 and 15.

<sup>40</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 34.

<sup>41</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 39.

<sup>42</sup> Apart from Article 26 of the Brussels I Bis see the Judgment of 7 March 1985, *Spitzley*, 48/84, EU:C:1985:105, para. 24.

Should be so, other courts decline their jurisdiction. However, there is an exemption from that exemption – it does not apply to insurance, consumer or individual employment matters if the plaintiff is a policyholder, insured, beneficiary, injured, consumer or employee and the agreement is not valid under provisions of sections regulating these three categories of jurisdiction.

A violation of the exclusive jurisdiction rules leads to grave consequences – a judgment issued under such circumstances shall not be recognised nor enforced in other States (under the virtue of Articles 45 and 46 of the Brussels I Bis). However, these rules do not apply to the violation of the exclusive jurisdiction arising from an agreement on prorogation of jurisdiction.

The importance of the ancient rule *exceptiones non sunt extendendae* might be deducted from the ECJ judgments – since the exclusive jurisdiction provisions constitute an exemption from the general rule they should be interpreted strictly (however, bearing in mind the objectives of the Regime since teleological interpretation is typical for whole the EU law).<sup>43</sup> Moreover, **as a rule**, it is not sufficient to apply these rules when a preliminary or incidental matters fall under the categories specified in Article 24 of the Brussels I Bis – it is the principal subject-matter that has to be covered by that provision in order to apply these rules.<sup>44</sup>

#### 4.2. Rights *in rem* in or tenancies of immovable property

The first rule on the exclusive jurisdiction regards ‘proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property’ (nowadays Article 24(1) of the Brussels I Bis). Jurisdiction over such proceedings is granted to courts of the State where the immovable property is situated (principle *forum rei sitae*). This rule is applied only if the immovable property is situated in one of the States

---

<sup>43</sup> See *Sanders*, para. 18. See also J. Golaczyński, *Jurydykacja...*, pkt 4; J. Zatorska, *Komentarz do rozporządzenia nr 2015/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, LEX, point 1.

<sup>44</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 34.

– if elsewhere, other rules apply (e.g. the general rule of the defendant’s domicile).<sup>45</sup>

In regard of rights *in rem* such a rule is justified with a statement that this kind of disputes often require ‘checks, enquires and expert examinations’ to be conducted on the spot. Moreover, it might be necessary to take into account customary practices (which are known to the court of *locus rei sitae*) as well as entries in land registers. In regard of tenancies of immovable properties it is argued that they are subject to ‘special legal provisions’ as well as special tribunals within States. Therefore, such a rule is required by the sound administration of justice.<sup>46</sup>

#### 4.2.1. Early case-law on tenancies of immovable properties

Amongst the exclusive jurisdiction provisions this rule was not only the first to be written in the legal acts but also the first to be challenged at ECJ. The very first judicial problem regarding the exclusive jurisdiction in matters related to immovable property was to decide which actions arising from tenancies of immovable properties fall under this category.

The answer was given in the *Sanders* Judgment (see *supra* note 37) – ECJ stated that this provision does not apply to disputes of a different nature from those which, in particular, concern ‘disputes between lessors and tenants as to the existence or interpretation of leases or to compensation for damage caused by the tenant and to giving up possession of the premises’ (tenancies of immovable property properly so-called).<sup>47</sup> Therefore, disputes related to the operation of business are outside of the scope of this rule – e.g. an agreement to rent under a usufructuary lease a retail business carried on in immovable property, which was the subject-matter of this case. The

---

<sup>45</sup> P. Jenard, G. Möller, *Report...*, para. 54. Similarly M. Almeida Cruz, M. Desantes Real, P. Jenard, *Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice with the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the adjustments made to them by the Convention on the accession of the Hellenic Republic (Signed at Donostia/San Sebastian on 26 May 1989)*, OJ C 189, 28.7.1990, p. 35–56, para. 25(d); F. Pocar, *Report...*, para. 93.

<sup>46</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 35.

<sup>47</sup> The wording comes exactly as it is in the report cited in the previous footnote.

fact that the existence of such an agreement had been contested was found irrelevant by ECJ.

The reasoning of ECJ was as follows: the justification for the exclusive jurisdiction in matters concerning tenancies of immovable property (as described above) does not apply to this kind of disputes. This understanding is supported by the view that rules on exclusive jurisdiction as an exception should not be given a wider interpretation than it is required by their aim. Moreover, such a strict interpretation preserves liberty of the parties to prorogate jurisdiction in disputes of different nature.

In this judgment ECJ found it unnecessary to give answer to the query whether the exclusive jurisdiction applies to claims for payments based on a tenancy agreement. Yet, it was discussed in the doctrine. On the one hand, P. Jenard, the rapporteur of the committee which drafted the Convention, stated that such claims are ‘quite distinct’ from the property itself and, therefore, the exclusive jurisdiction should not apply to them. On the other hand, the contrary view was presented in the opinion of the Advocate General delivered for that case – supported by the statements of some scholars.<sup>48</sup>

The committee which worked on the Luxembourg Convention of 1978 could not reach the conclusion on that issue either. In regard of the scope of that rule it stated only (in the so-called Schlosser Report) that the exclusive jurisdiction rule should not apply to short-term agreements, e.g. for holiday purposes.<sup>49</sup> However, such a view was rejected by ECJ in the subsequent *Rösler* Judgment.<sup>50</sup> ECJ ruled that the certainty of law and, therefore, the aim of these provisions would be hindered if such an exception, unexpressed in legal text, were allowed. Moreover, further exceptions could make the rules on exclusive jurisdiction of no practical meaning. Therefore, the exclusive jurisdiction applies to all tenancies of immovable properties – regardless of their features.

---

<sup>48</sup> Opinion of Mr Advocate General Mayras delivered on 23 November 1977, *Sanders*, 73/77, EU:C:1977:191, p. 2397.

<sup>49</sup> P. Schlosser, *Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (Signed at Luxembourg, 9 October 1978)*, OJ C 59, 5.3.1979, p. 71–151 – see para. 164.

<sup>50</sup> Judgment of 15 January 1985, *Rösler*, 241/83, EU:C:1985:6.

It is worth noting the *raison d'être* for the exclusive jurisdiction over tenancies which, in the view of ECJ, is that they are strictly connected to laws on immovable properties as well as mandatory laws governing the use of such properties. Moreover, the provision aims at the rational allocation of jurisdiction and, therefore, the jurisdiction should be granted to the court best suited to 'obtain first-hand knowledge of the facts relating to the creation of tenancies and to the performance of the terms thereof'. These arguments are often quoted in the subsequent judgments of ECJ.

This time ECJ did not evade the question about claims for payments arising from tenancy agreements. It stated that the list of issues falling under the meaning 'proceedings which have as their object tenancies of immovable property' made in the *Sanders* Judgment is not exhaustive; ECJ confirmed that the exclusive jurisdiction applies also to claims for payment – the view of P. Jenard was, therefore, rejected.<sup>51</sup>

The *criterium divisionis* which should be used to decide whether a particular claim should fall under the exclusive jurisdiction is the character of the connection of such a claim to the use of the property let. Should such a connection be indirect (e.g. travel expenses), an action should not fall within the rule. If such a connection were direct, e.g. actions regarding duration of a tenancy or recovery of rent or of incidental charges payable by the tenant (e.g. for consumption of water) – an action falls under the exclusive jurisdiction.

Reasoning of both these judgments was a subject to a synthesis in the *Hacker* Judgment.<sup>52</sup> Based on the *ratio legis* and the objectives of this provision ECJ stated that although the rule on exclusive jurisdiction applies to all tenancies (as stated in the *Rösler* case) it does not apply to the actions where the principal aim is of different nature (as said in the *Sanders* case). The question concerned the business organising travel which had agreed to procure for a client an accommodation (tenancy) and to make travel arrangements – so to provide wide range of services. In the view of ECJ actions concerning such a complex agreement are not in the scope of the exclusive jurisdiction.

---

<sup>51</sup> For details see Opinion of Mr Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 23 October 1984, *Rösler*, 241/83, EU:C:1984:323, p. 106–107.

<sup>52</sup> Judgment of 26 February 1992, *Hacker v Euro Relais*, C-280/90, EU:C:1992:92.

From the completely different point of view – what if the property which is the subject of tenancy is placed in two or more States? That was the question raised in the chronologically third case – solved with the *Scherrens* Judgment.<sup>53</sup> ECJ answered that in such a case the exclusive jurisdiction is conferred to courts of each State – in respect of the part of the immovable property situated in that State. However, ECJ did not exclude possibility to deviate from that rule in some particular cases – for instance, when all components might be seen as a single property that could be deemed to be situated solely in the State in which the greater part is localised.

#### 4.2.2. The exemption for short-time tenancies

The *Rösler* Judgment and the contradictory Schlosser Report constituted the cause for a **legislative change**.<sup>54</sup> In the Lugano Convention of 1988 the provision on the exclusive jurisdiction over rights *in rem* in, or tenancies of, immovable properties was supplemented with an exception for short-term tenancies. It was so controversial that the Contracting States were enabled to make, and indeed made, reservations on that provision – i.e. a state could declare that it will not recognise nor enforce judgments made under that provision if they concerned an immovable property situated in that State.<sup>55</sup>

The jurisdiction in ‘proceedings which have as their object tenancies of immovable property concluded for temporary private use for a maximum period of six consecutive months’ was granted **also** to courts of the state where the defendant is domiciled provided that a) the tenant is a natural person and b) neither party is domiciled in the state of *locus rei sitae*. Since the main aim was to exclude holiday agreements from the exclusive jurisdiction, there was no need to extend this exception to legal persons which are engaged mostly in commercial transactions (that is why the condition ‘a’ was made). On the other hand, if any of the parties is resident in the state of *locus rei sitae* there is no justification for such an exemption (reason for the condition ‘b’).

---

<sup>53</sup> Judgment of 6 July 1988, *Scherrens*, 158/87, EU:C:1988:370.

<sup>54</sup> P. Jenard and G. Möller, *Report...*, para. 49–51.

<sup>55</sup> P. Jenard and G. Möller, *Report...*, para. 53.

This provision was quickly added to the Convention – by the virtue of the San Sebastian Convention of 1989. However, the conditions were respectively changed: a) both tenant and landlord are natural persons and b) they both are domiciled in the same state. In this shape the exemption was meant to be more restrictive. In exchange, no option for the reservation was left to the Contracting Parties.<sup>56</sup>

Finally, the compromise on the wording of the exemption was reached – since the Brussels I Regulation the conditions are as follows: a) the tenant is a natural person (as in the Lugano Convention of 1988) and b) both tenant and landlord are domiciled in the same state (as in the San Sebastian Convention of 1989).<sup>57</sup> In this form the exemption was included in the Lugano Convention of 2007 and the Brussels I Bis. It is worth noting that it confers the ‘concurrent’ exclusive jurisdiction<sup>58</sup> – it might be disputable whether such a jurisdiction is still an ‘exclusive jurisdiction’. It is also worth noting that such an exemption corresponds with the provisions on the law applicable to the tenancies.<sup>59</sup>

There is no relevant ECJ case-law on that exemption – there is only the *Dansommer* Judgment in which ECJ stated that all conditions must be fulfilled in order to apply this provision (what seems rather obvious).<sup>60</sup>

#### 4.2.3. Early case-law on rights *in rem* in immovable properties

Not only tenancies were the subject of legal analysis of scholars and judges but also rights *in rem* in immovable properties. The above-mentioned Schlosser Report addressed three questions concerning this issue. First of all, it stated that the exclusive jurisdiction does not apply to disputes arising from infringements of rights *in rem* in immovable properties as well as from damages in properties which are subject of such laws.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> M. Almeida Cruz, M. Desantes Real, P. Jenard, *Report...*, para. 25.

<sup>57</sup> F. Pocar, *Report...*, para. 94.

<sup>58</sup> P. Jenard and G. Möller, *Report...*, para. 52.

<sup>59</sup> See Article 4 of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16).

<sup>60</sup> Judgment of 27 January 2000, *Dansommer*, C-8/98, EU:C:2000:45, para. 17.

<sup>61</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 163.



Since the Report was written in regard to the Luxembourg Convention of 1978 and among contracting parties there were common law states (for the first time in the history of the Regime), the second question addressed differences between continental law and common law concerning rights *in rem*. While this issue is clear and simple in the continent (where is only a *numerus clausus* of rights *in rem*, which are distinguished from rights *in personam* because they are effective not *inter partes* but *erga omnes*), it is not so in the Isles.<sup>62</sup> On the one hand, there is an insufficient number of statutory rights equivalent to the continental rights *in rem* in these states. On the other, since in the legal systems of these states law is distinguished from equity, an immovable property might be a subject also of equitable interests – their content and number are not limited by law. Some of these interests, if registered, are universally effective and, therefore, might be seen equivalent to the continental rights *in rem*.<sup>63</sup> Nevertheless, the answer given in the Schlosser Report was that it is for the law of the *locus rei sitae* to decide whether a particular action concerns rights *in rem* within the meaning of the exclusive jurisdiction provision.<sup>64</sup>

The third question concerned actions connected with obligations to transfer immovable property. In some states spheres of rights *in personam* and *in rem* are clearly separated and, therefore, claims arising from obligations (even to transfer right *in rem*) are seen as based only on the right *in personam* (e.g. German *Abstraktionsprinzip*). In such cases an act of conveyance (separate from an obligation) is required to transfer the right *in rem*. Whereas in other states these claims have mixed nature (both *in personam* and *in rem*) since an obligation to transfer a right *in rem* brings an immediate effect in the sphere *in rem* (no additional act required) – e.g. in France. Moreover, some of the common law states might be seen somewhere in the middle – they require additional act of conveyance but before it takes place a purchaser has an equitable interest in the property (which, if registered, might be effective against third parties). How to apply then the provision in an ‘equal and uniform’ manner across the States? Should such claims be considered as

---

<sup>62</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 166.

<sup>63</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 167.

<sup>64</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 168.

based on rights *in rem* or not? The answer of the Report was clear – even when according to a domestic law such claims are based both on right *in personam* and *in rem* it is the *in personam* element that prevails. Therefore, they are outside of the scope of the exclusive jurisdiction over rights *in rem*.<sup>65</sup>

The first judgment referring not to tenancies but to rights *in rem* in immovable property was the judgment in the *Reichert and Kockler* case.<sup>66</sup> The question was whether *actio pauliana* (in the form of the French *action paulienne*) falls under the exclusive jurisdiction. If a debtor makes a disposition of his right *in rem* in fraud of the creditor's rights, the creditor may bring an action in order to find such a disposition ineffective against him – so that he can settle his claims with this right. Such an action is called in Latin *actio pauliana*. As ECJ ruled, such an action does not fall under the exclusive jurisdiction since it is based on the creditor's right *in personam* and by its character is not so strictly connected to laws and practices of *locus rei sitate* as usually rights *in rem* are. Therefore, in such cases the justification for the *forum rei sitae* principle does not apply.

The action must be based upon a right *in rem* not just involving it (with an exception for tenancies – which are based on right *in personam* or, in another view, on a right of mixed nature) – as it was later clarified in the *Webb* Judgment.<sup>67</sup> In that case ECJ ruled that an action for a declaration that a person holds immovable property as trustee and for an order requiring that person to execute such documents (e.g. conveyance) as should be required to vest the legal ownership in the plaintiff does not fall under the application of the exclusive jurisdiction rule.

Such a strict interpretation was challenged in the *Lieber* Judgment with the *raison d'être* specified in the *Rösler* Judgment (see above).<sup>68</sup> The subject-matter of the case was the action for a compensation for unlawful possession of the property – the agreement conferring the ownership of the property appeared to be void *ex tunc* after nine years of use and so the purchaser's possession of the property during that time was found unlawful. In the view

---

<sup>65</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 169–172.

<sup>66</sup> Judgment of 10 January 1990, *Reichert and Kockler*, C-115/88, EU:C:1990:3.

<sup>67</sup> Judgment of 17 May 1994, *Webb*, C-294/92, EU:C:1994:193.

<sup>68</sup> Judgment of 9 June 1994, *Lieber*, C-292/93, EU:C:1994:241.

of the defendant, since there is a need to recourse to the conditions of the *locus rei sitae* in order to calculate the compensation, the *raison d'être* should be valid in the same way for an action for such a compensation. This view was rejected by ECJ on actually two grounds: first, the *Rösler* case concerned tenancy whereas in the present case there was none; second, the recourse to the conditions of the *locus rei sitae* may be made also by the courts of another State – so there is no justification to confer the exclusive jurisdiction over such an action.

#### 4.2.4. Recent case-law on tenancies of immovable properties

The above-mentioned case-law was in some manner summarised in the *Dansommer* Judgment (see *supra* note 60). This judgment stressed the differences between rights *in rem* and tenancies. In the case of the former the matter cannot be merely connected to immovable property but it has to be based upon right *in rem* in order to be under the exclusive jurisdiction. Whereas, in the case of the latter the exclusive jurisdiction applies to any action directly concerning rights and obligations arising under an agreement for the letting of immovable property – irrespective of whether based upon right *in rem* or *in personam*.

However, this judgment not only summarised previous case-law but also extended it. The subject-matter of the *Dansommer* case was an action brought against the tenant by the business organising holiday. According to the agreement it played the role of an intermediary (a professional tour operator) but in the proceedings acted as if it were an owner (through subrogation). ECJ ruled that such an action falls under the exclusive jurisdiction. However, does not it sound similar to the subject of the *Hacker* case in which ECJ ruled otherwise? Where lies the difference, if any? The agreement in the *Dansommer* case covered provisions on letting of immovable property with only some other ancillary ones (such as on insurance or guarantee which regarded the tenancy). These, however, do not change the essence of the agreement as a tenancy agreement. In the case of the *Hacker* Judgment it was otherwise – the agreement covered other substantial provisions (such as on obligations on travel organisation). Here lies the *criterium divisionis* in the view of ECJ.

The same logic was applied in the *Klein* Judgment which regarded actions arising from membership contract under which members were allowed (in exchange for a membership fee) to use on time-share basis an immovable property (in specified localisation and of specified type but not specified individually; also with possible exchanges).<sup>69</sup> In the view of ECJ, the link between such an agreement and the property let is not sufficient to apply the exclusive jurisdiction provisions since these rules should be interpreted strictly. Moreover, such a complex contract concerning wide range of services cannot be seen as tenancy according to the reasoning of the *Hacker* Judgment.

#### 4.2.5. Recent case-law on rights *in rem* in immovable properties

More recent case-law on the exclusive jurisdiction over rights *in rem* in immovable properties found new elements in the old judgments. In the subsequent judgments concerning the scope of the rights *in rem* which fall under the exclusive jurisdiction the definition of these rights made in the *Reichert and Kockler* Judgment was recalled. According to this definition a right *in rem* in immovable property in order to be under the exclusive jurisdiction must: 1) come within the scope of the Regime, 2) seek to determine the extent, content, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights *in rem* therein, and 3) seek to provide the holders of those rights with protection for the powers which attach to their interest.<sup>70</sup> A recourse to this formula was made in the Order in the *Gaillard* case which in some manner summarised above described case-law. In this case ECJ ruled that proceedings for rescission of a contract for the sale of immovable property do not have as their basis a right *in rem* but *in personam*. Therefore, even if they could affect rights *in rem* they do not fall within the exclusive jurisdiction.<sup>71</sup>

The same reasoning was applied in the last judgment under the Convention (the *ČEZ* case – see *supra* note 33). Based mainly on this rule the

---

<sup>69</sup> Judgment of 13 October 2005, *Klein*, C-73/04, EU:C:2005:607.

<sup>70</sup> *Reichert and Kockler*, para. 11.

<sup>71</sup> Order of 5 April 2001, *Gaillard*, C-518/99, EU:C:2001:209.

judgment excluded from the exclusive jurisdiction an action for cassation of nuisance caused by ionising radiation which might have an impact on immovable property. The action was brought by the Province of Upper Austria against the Czech nuclear plant. In the view of ECJ, such a case does not have as an object a right *in rem* in immovable property in the above-described meaning of the Convention.

It was not otherwise in the *Schneider* Judgment (see *supra* note 18) – the first judgment on this issue under the Brussels I Regulation. In this judgment ECJ decided that ‘non-contentious proceedings by which a national of a Member State who has been declared to be lacking full legal capacity and placed under guardianship in accordance with the law of that State applies to a court in another Member State for authorisation to sell his share of a property situated in that other Member State’ do not fulfil the definition drawn in the *Reichert and Kockler* Judgment since legal capacity issues are excluded from the application *ratione materiae* of the Regime.

The same applies to the *Weber* Judgment in which ECJ stated that action for declaring invalidity of the exercise of a pre-emption right (in a form this right has under the German law: evidenced in Land Register and effective also against third parties) fulfils the definition of right *in rem* in immovable property (as provided in the *Reichert and Kockler* case) and, therefore, is within the scope the exclusive law provisions.<sup>72</sup> In this judgment the importance was attributed to the question of effect of a right: whether it is *erga omnes* (right *in rem*) or not (right *in personam*).

The reasoning was similar in the *Komu* case in which ECJ stated that an action leading to the termination of co-ownership, as resulting *erga omnes*, falls under the exclusive jurisdiction. The effect of the right at stake was pointed out as the *criterium divisionis* from the *Lieber* case in which the right (claim for compensation) had effect only *inter partes*.<sup>73</sup>

On the same ground ECJ, in the *Schmidt* case, rejected that proceedings concerning the avoidance of a contract of gift on the ground of the donor’s incapacity to contract and the registration of the removal of an

---

<sup>72</sup> Judgment of 3 April 2014, *Weber*, C-438/12, EU:C:2014:212.

<sup>73</sup> Judgment of 17 December 2015, *Komu and Others*, C-605/14, EU:C:2015:833.

entry evidencing the donee's right of ownership are within the scope of the exclusive jurisdiction.<sup>74</sup>

An interesting problem arose in the *Apostolides* case.<sup>75</sup> As it is commonly known, the Republic of Cyprus does not control all of its territory. Therefore, the uncontrolled area was temporally excluded from application of *acquis communautaire*.<sup>76</sup> However, in the subject case the Cyprian court gave a judgment concerning the immovable property localised in the uncontrolled area. Therefore, there arose a question whether such a judgment was consistent with the exclusive jurisdiction rules. The immovable property was located outside of the factual state jurisdiction of the Cyprus. However, since the exclusion of the uncontrolled area constitutes an exemption, it should be interpreted strictly in such an extent which is required by its aim. Therefore, it does not preclude the application of the jurisdictional rules of the Regime. These rules govern inter-state questions not intra-state. As a consequence, if an immovable property lies within Cyprian territory, even uncontrolled, it is for the Cyprian law to choose which court has jurisdiction in disputes concerning that property.<sup>77</sup> To sum up, such a judgment is consistent with the exclusive jurisdiction provisions.

To sum up, it might be stated that the most significant judicial problem regarding the exclusive jurisdiction in proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property was the scope of that provision. As long as the rights *in rem* are concerned, it may be stated that ECJ has reached a final conclusion in the *Gaillard* Judgment revoking the *Reichert and Kockler* rule. So **three conditions** have to be met in order to fall under the exclusive jurisdiction: 1) a right must come within the scope of the Regime, 2) it must seek to determine the extent, content, ownership or possession of immovable

---

<sup>74</sup> Judgment of 16 November 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881.

<sup>75</sup> Judgment of 28 April 2009, *Apostolides*, C-420/07, EU:C:2009:271.

<sup>76</sup> Article 1(1) of Protocol No 10 on Cyprus to the Act concerning the conditions of accession [to the European Union] of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union.

<sup>77</sup> Compare P. Jenard, *Report...*, p. 34–35.

property or the existence of other rights *in rem* therein, and 3) it must seek to provide the holders of those rights with protection for the powers which attach to their interest. In reference to tenancies it seems that ECJ has reached the final conclusion in the *Dannsommer* Judgment – the exclusive jurisdiction applies to any action **directly** concerning rights and obligations arising under an agreement for the letting of immovable property, irrespective of whether based upon right *in rem* or *in personam*. The key question here is the link between the tenancy let and the claim. As it is apparent, this provision on the exclusive jurisdiction is governed by different logic: exclusive, when regarding the rights *in rem*, and inclusive, when regarding tenancies.

#### 4.3. Companies and associations of natural or legal persons

The second provision on the exclusive jurisdiction concerns two kinds of proceedings: the first one which concerns the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons or associations of natural or legal persons; the second one concerns the validity of the decisions of their organs. In both these cases the exclusive jurisdiction is given to the courts of the state where the company has its seat – provided that this seat is in at least one of the States.<sup>78</sup>

The justification for such a rule is that legal certainty requires conflicting judgments regarding these issues being avoided. Moreover, this provision in most cases should provide the same result as the basic principle *actor sequitur forum rei*.<sup>79</sup>

Since the Brussels I Regulation this provision is supplemented with a statement that a court uses its own private international law rules in order to establish where that seat is (nowadays Article 24(2) of Brussels I Bis). It is worth noting that it is an exemption – for other provisions courts must not use *lex fori* but the harmonised provision of the Regime (as nowadays specified in Article 63 of Brussels I Bis).<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> See also K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 833.

<sup>79</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 35.

<sup>80</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 96.

The use of court's private international rules to establish where a company has its seat is justified with a statement that such a solution provides more certain rules – since concept of 'seat' under domestic law is usually narrower than the harmonised one.<sup>81</sup> It is the reminiscence of the approach to the domicile of legal persons under the Brussels Convention of 1969 and the parallel Lugano Convention of 1988 which did not provide a harmonised rule how to establish the seat of a company or other legal persons (Article 53 of the Convention – compare with Article 63 of the Brussels I Bis). Therefore, it might be argued that remarks on the legal person's seat made under these conventions remain valid today. The Schlosser Report states that if under a *lex fori* (which is used to establish where the seat is) a legal person may have two or more seats, it is up to a plaintiff to choose *forum* from amongst *fora* of these seats.<sup>82</sup>

In the Schlosser Report it was stated that this provision applies also to partnerships established under British or Irish laws.<sup>83</sup> Moreover, the term 'dissolution' does not have a narrow technical meaning as it has on the continent. It encompasses also the liquidation of a company which takes place after the dissolution in the narrow meaning (e.g. proceedings concerning the amount of money to be paid to a member) – since it is only a stage on the way of terminating the existence of the company.<sup>84</sup>

However, it must be borne in mind in this matter that insolvency proceedings are outside of the scope *ratione materiae* of the Regime. According to the Schlosser Report, in the Isles there are two conditions to be met in case of winding-up proceedings: first, they must not be based on the ground of insolvency; second, the company must be in fact solvent. Whereas, on the Continent only the first condition is relevant: the dissolution must not be on the ground of insolvency – rise of issues relating to the bankruptcy law does not affect the application of the Regime.<sup>85</sup> It is worth noting that

---

<sup>81</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 96.

<sup>82</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 162.

<sup>83</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 162.

<sup>84</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 58.

<sup>85</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 57 and 59.



‘only actions which derive directly from insolvency proceedings’ fall outside of the application of the Regime.<sup>86</sup>

There are few judgments concerning this provision and none was issued under the Convention. The first of them is the *Hassett and Doherty* Judgment (see *supra* note 20) which concerned *inter alia* the decision of a company. As it was stated by ECJ, only proceedings in which a party seeks to find such a decision invalid under the law or the Articles of Association fall under the exclusive jurisdiction rule. In other words, the principal subject-matter must comprise these issues – just any link to the decision is not sufficient in that field. Otherwise, almost all legal actions against a company would be within jurisdiction of a state in which the company has its seat what would extend the scope of the article beyond what is required by its objective. Therefore, ECJ found that this rule is inapplicable to this case since the dispute concerned only the manner in which the organ exercised its power but not grounds of that power.

The same was stated in the *BVG* Judgment dealing *inter alia* with the question whether it is enough to apply this provision if the validity of the decision of a company arises as a preliminary question.<sup>87</sup> The answer was negative on the same grounds as above. It was not the otherwise in the *flyLAL-Lithuanian Airlines* Judgment which referred to action for compensation of damage resulting from the breach of competition law (made by the decision of the company).<sup>88</sup>

To sum up, also in this case it was the scope of the application of the provision on the exclusive jurisdiction that constituted the most crucial judicial problem. In reference to the proceedings concerning the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons or associations of natural or legal persons the most crucial problem was to differentiate dissolution on the ground of insolvency (excluded from the Regime application) from dissolution on the other grounds (falling under the Regime). However, this rule did not produce any ECJ judgment,

---

<sup>86</sup> Judgment of 19 April 2012, *F-Tex*, C-219/10, EU:C:2012:215. See also the Judgment of 22 February 1979, *Gourdain*, 133/78, EU:C:1979:49.

<sup>87</sup> Judgment of 12 May 2011, *BVG*, C-144/10, EU:C:2011:300.

<sup>88</sup> Judgment of 21 October 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-302/13, EU:C:2014:2319.

so it seems rather easy when applied. The second part of this provision – on the proceedings concerning the validity of the decisions of the organs of companies, legal persons or associations of natural or legal persons – produced few judgments. All of them stressed that this rule applies only when the **principal matter** is the validity of the decision made by these organs.

#### 4.4. Entries in public registers

The exclusive jurisdiction over matters which have as their object the validity of entries in public registers is granted to courts of the state in which the register is kept (nowadays Article 24(3) of the Brussels I Bis). It concerns mainly land or commercial registers.<sup>89</sup>

This provision remains unchanged since the Brussels Convention of 1969 (apart from change of ‘Contracting Party’ to ‘Member State’). It is the only rule on the exclusive jurisdiction upon which there is no judgment of ECJ. Therefore, it might be summarised with the words of P. Jenard from his Report: “This provision does not require a lengthy commentary”.<sup>90</sup> Since none of the other reports on the Regime acts provides further remarks, it might be taken for granted.<sup>91</sup>

#### 4.5. Intellectual property

The fourth provision on the exclusive jurisdiction (Article 24(4) of the Brussels I Bis) concerns registration or validity (other actions are governed by the general rules of the Regime) of two legal forms of intellectual property: national and European patents. They will be discussed below respectively.

##### 4.5.1. The provision on national patents

First rule concerns registration or validity of national patents, trademarks, designs, or other similar rights required to be deposited or registered – e.g. rights which protect fruit and vegetable varieties (and which

---

<sup>89</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 35.

<sup>90</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 35.

<sup>91</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 91 *in fine*.

require to be deposited or registered).<sup>92</sup> Such cases fall under the exclusive jurisdiction of courts of the state in which the deposit or registration a) has been applied for or b) has taken place or c) is deemed to have taken place under terms of international convention (later extended also to Community instruments or instruments of the Union). The notion a) refers to internal laws of a State. The notion c) refers to the system concerning international registration of trademarks established with the Madrid Agreement of 14 April 1891 and revised several times. With regard to this system it is worth noting that a deposit at the International Office at Berne (done through the registry of the country of origin) has the same effect in another Contracting State as if it was directly registered in that state. Therefore, courts of another Contracting State should have the exclusive jurisdiction e.g. over proceedings relating to whether a trademark deposited at the International Office should be deemed to have been registered in that state.<sup>93</sup>

The reason for such a rule is that granting a patent is an exercise of national sovereignty. Therefore, in order to avoid contradictory judgments courts of the state which grants a patent should have jurisdiction over disputes concerning validity of this patent.<sup>94</sup>

#### 4.5.2. The provision on the European patent

At the time when the Convention was drafted, EEC Member States worked also on the convention on the community patent which was expected to contain some jurisdictional provisions. In fact it was done with the Luxembourg Convention of 1975 (one Community Patent valid for all EEC Members) as well as the Munich Convention of 1973 (European patent valid for one or more Contracting States in respective domestic forms – ‘bundle of national patents’).<sup>95</sup> As a result, the Luxembourg Convention of

---

<sup>92</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 36.

<sup>93</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 36 and the cited conventions.

<sup>94</sup> P. Jenard, *Report...*, p. 36.

<sup>95</sup> Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973 (European Patent Convention) – available at [www.epo.org](http://www.epo.org). Convention for the European patent for the common market (Community Patent Convention) – OJ L 17, 26.01.1976, p. 1–28.

1978 amended this provision with additional rule on the European patent – the second legal form of intellectual property covered by this provision.

Since these conventions contained jurisdictional rules only for specific matters, the Regime should apply to all other disputes. Therefore, the jurisdiction of the European Patent Office which encompasses all the oppositions to granting a European patent (Articles 99–105 of the Munich Convention of 1973) is to remain unhindered. In other cases the disputes on the registration or validity of an European patent are within the exclusive jurisdiction of the State in which the patent is granted. The action should be brought to the State in which the patent was applied for – not the State in which it was valid or challenged. The rest of disputes is governed by the general rules of the Regime.<sup>96</sup>

Since the Community Patent granted under the Luxembourg Convention of 1975 was to be valid across all the EEC members and not particular states it was *ex definitione* excluded from this provision. However, under the Article 86 of the Luxembourg Convention of 1978 there was also a possibility to grant such a patent for one or more (but not all) EEC states. Therefore, in the Convention there was also a provision excluding a Community patent issued under the Article 86 from the scope of its application.<sup>97</sup> Nevertheless, the Luxembourg Convention of 1978 never came into force and as a result this provision was not included in the subsequent acts.<sup>98</sup>

Finally it is worth noting that in 2013 25 EU members have concluded the Agreement on the Unified Patent Court which creates the Unified Patent Court with exclusive jurisdiction for litigation relating to European patents and European patents with unitary effect (unitary patents). Nonetheless, the agreement is signed but not ratified yet.<sup>99</sup>

Both above provisions were supplemented in the Lugano Convention of 2007 with a statement that disputes regarding the registration or validity of patents, etc., fall under the exclusive jurisdiction ‘irrespective of whether the issue is raised by way of an action or as a defence’. This wording was

---

<sup>96</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 98.

<sup>97</sup> P. Schlosser, *Report...*, para. 173.

<sup>98</sup> F. Pocar, *Explanatory report...*, para. 98. Replacement: OJ L 401, 30.12.1989, p. 1–27.

<sup>99</sup> OJ C 175, 20.6.2013, p. 1–40.

continued by the Brussels I Bis only with regard to national patents – not the European patent.

#### 4.5.3. Case-law

The first on that provision was the *Duijnste* Judgment.<sup>100</sup> According to ECJ, the concept of proceedings ‘concerned with the registration or validity of patents’ has autonomous and restrictive meaning. Therefore, this provision does not encompass disputes which have different subject-matter (e.g. a right to patent, an infringement of such right) as the *ratio* of this provision does not apply to them. Such a reasoning is supported also by the wording of the Munich Convention of 1973 and the Luxembourg Convention of 1975 which differentiated disputes concerning the registration or the validity of a patent from disputes concerning the right to a patent.

It took some time before the next judgment was issued – it was in the *GAT* case.<sup>101</sup> As in the *Duijnste* Judgment, ECJ stated that this provision does not apply to e.g. disputes concerning only an infringement of a right to patent. However, should the defendant rise as a plea in objection that the patent is invalid, what is quite frequent, the exclusive jurisdiction applies. Otherwise, the provision would be deprived of its binding nature. Therefore, no other court than the empowered by this provision can rule (even indirectly) on the validity of a patent. As a consequence this judgment led to a **legislative change** – the wording of the Lugano Convention of 2007 was supplemented in the above-mentioned manner (what was partially continued by the Brussels I Bis).

This was followed by the *Roche* Judgment which concerned the European patent.<sup>102</sup> This time ECJ ruled that an infringement of the same European patent by several parties, no matter whether connected or nor, in several states which were granted that patent should be regarded as unconnected in terms of Article 6(1) of the Convention and so fall within a jurisdiction of each state separately. Otherwise plaintiff would be granted the right to choose *forum* for all defendants (and so-called ‘forum shopping’

---

<sup>100</sup> Judgment of 15 November 1983, *Duijnste*, 288/82, EU:C:1983:326.

<sup>101</sup> Judgment of 13 July 2006, *GAT*, C-4/02, EU:C:2006:457.

<sup>102</sup> Judgment of 13 July 2006, *Roche Netherland and Others*, C-539/03, EU:C:2006:458.

would occur).<sup>103</sup> As a consequence the rules on jurisdiction would not be as transparent and predictable as they should.

Here it should be noted that when the process of granting of a European patent is finished, such a patent no longer exists but turns into the so-called 'bundle of national patents'. Therefore, each of them falls within the exclusive jurisdiction of a respective State separately. As a consequence not only the situation of facts but also the situation of law for each of the infringements is different. Therefore, these infringements may not be seen otherwise as unconnected in the terms of Article 6(1) of the Convention.<sup>104</sup>

The next judgment was issued under the Brussels I Regulation in the *Solvay* case (see *supra* note 19). This time ECJ set boundaries to the application of this provision. The question was whether the courts of a different state than the one granted the exclusive jurisdiction over the patent may issue a provisional measure (such as a provisional cross-border prohibition against infringement) if such proceeding require assessment of (but not decision on) the patent's validity. This time the answer of ECJ was negative on the grounds that reasons for the exclusive jurisdiction apply only to decisions regarding the validity of patents.

In the following *Taser International* Judgment,<sup>105</sup> ECJ evaded answering the question whether a request for the enforcement of the contractual obligation to assign trademarks is within the scope of the exclusive jurisdiction. Since in that case any answer would provide with jurisdiction the same courts, ECJ found that there was no reason to answer that question. Similarly, in the case *Brite Strike Technologies* ECJ also found no reason to answer the query concerning this provision since the dispute fell under the provisions of different convention.<sup>106</sup>

To sum up, on this ground ECJ presents mixed approach: exclusive, since the provision concerns **only** validity or registration of patents, and inclusive, since the application of this provision is **not** restricted only to

---

<sup>103</sup> K. Sznajder-Peroń [in:] *System...*, p. 818.

<sup>104</sup> Apart from the Judgment see also Opinion of Advocate General Léger delivered on 8 December 2005, *Roche Netherland and Others*, C-539/03, EU:C:2005:749.

<sup>105</sup> Judgment of 17 March 2016, *Taser International*, C-175/15, EU:C:2016:176.

<sup>106</sup> Judgment of 14 July 2016, *Brite Strike Technologies*, C-230/15, EU:C:2016:560.

principal matter. The latter feature seems to deviate from the general rule on the exclusive jurisdiction restricting its application only to principal matters (according to the Latin principle *exceptiones non sunt extendendae*). This provision seems most likely to produce further ECJ judgments since there still remain questions unanswered (see the *Taser International* Judgment).

#### 4.6. Judgments' enforcement

As far as the judgments' enforcement is concerned it has to be noted that the legal provision governing that issue remains unchanged since the Convention (nowadays Article 24(5) of the Brussels I Bis). It states that the exclusive jurisdiction 'in proceedings concerned with the enforcement of judgments' should be granted to courts of a State in which the judgment has been or is to be enforced.

Taking judicature into account it must be stressed that this provision does not apply just to any objection raised by a party in the course of these proceedings. The rule on the exclusive jurisdiction over judgments' enforcement must not be used in order to evade from jurisdiction granted over the subject of the dispute. Therefore, the courts of the place of enforcement must not decide (even indirectly) on matters falling under jurisdiction of courts of another state – e.g. under the virtue of Article 2 over the subject matter. Applying this rule to such extent would be contrary to division of jurisdiction between the court of the defendant's domicile and the court of the place of enforcement. In the *Malbé* Judgment ECJ again applied *exceptiones non sunt extendendae* principle combined with teleological interpretation.<sup>107</sup> In this judgment ECJ stated that this provision does not apply to an opposition to the enforcement of a judgment by a plea to a set-off which would involve a claim over which the court of the place of enforcement has no jurisdiction.

It is worth noting the already mentioned *Reichert and Kockler* Judgment (Case 115/88) which referred to the question whether *actio pauliana* (in the form of the French *action paulienne*) falls under the exclusive jurisdiction over rights *in rem* in immovable properties (the ECJ answer was negative). This

---

<sup>107</sup> Judgment of 4 July 1985, *Malbé*, 280/84, EU:C:1985:302.

case returned to ECJ registered under signature C-261/90.<sup>108</sup> This time the query was as follows: which jurisdictional provision does apply to such an action? Among possible provisions the referring court mentioned the exclusive jurisdiction over judgments' enforcement.

To answer the question whether *actio pauliana* falls under provisions on the exclusive jurisdiction over judgments' enforcement ECJ referred (apart from the above-mentioned reasoning of the *Malbé* Judgment) to the explanation of the term 'in proceedings concerned with the enforcement of judgments' included in the Jenard Report. Although *actio pauliana* seeks to preserve rights of the creditor in the terms of subsequent enforcement of an obligation, it does not constitute an action relating to 'recourse to force, constraint or distraint on movable or immovable property in order to ensure the effective implementation of judgments and authentic instruments'.<sup>109</sup> It is not directly connected with the enforcement of judicial decisions already taken nor other enforceable instruments but it concerns alteration of the legal relationship between the creditor and the transferee.<sup>110</sup>

It is also worth noting ECJ statement on the question whether this provision applies also to judgment issued in other states than the States. The answer to that question was given in the *Owens Bank* Judgment.<sup>111</sup> In the view of the Court this provision should be read in conjunction with the Article 25 of the Convention (nowadays Article 2(a) of the Brussels I Bis) and, therefore, does not apply to judgments given in civil and commercial matters in the states not bound by the Regime.

To sum up, although this provision seems rather obvious in its interpretation, ECJ had to answer some questions. As it is apparent from its judgments, this rule should be understood narrowly, so that it is never used to deviate from the jurisdictional rules on the subject matter – it concerns exclusively a judgment's enforcement. Moreover, as the application of the provision regarding immovable properties was restricted exclusively to the

---

<sup>108</sup> Judgment of 26 March 1992, *Reichert and Kockler*, C-261/90, EU:C:1992:149.

<sup>109</sup> Apart from the Judgment see P. Jenard, *Report...*, p. 36.

<sup>110</sup> Opinion of Mr Advocate General Gulmann delivered on 20 February 1992, *Reichert and Kockler*, C-261/90, EU:C:1992:78, p. 2164–2165.

<sup>111</sup> Judgment of 20 January 1994, *Owens Bank*, C-129/92, EU:C:1994:13. See particularly para. 24.



cases concerning immovable properties situated within the States, this rule also applies only to the proceeding concerning judgments issued within the States. In other cases, other rules apply.

## 5. Conclusions

First of all, the legal practise has shown strong continuity of the exclusive jurisdiction rules within the Brussels Regime – as if the changes of legal acts were irrelevant. Many times ECJ stated that since these provisions are almost identical findings on earlier ones remain valid for subsequent provisions.

Second observation is that the judicature of ECJ shaped the exclusive jurisdiction rules in two different manners. Some of the provisions ECJ got used to interpret strictly – i.e. only if the principal matter concerns one of narrowly specified matters the exclusive jurisdiction may apply (e.g. rights *in rem* in immovable property, validity of the constitution of a legal person). The others are interpreted in a more flexible approach – i.e. it is sufficient for the exclusive jurisdiction to apply that one of the specified matters is risen anyhow in proceedings (e.g. validity of patents) or that an action concern any right or obligation derived from a particular type of an agreement (e.g. tenancies of immovable properties).

The reports on the Regime acts, along with some opinions of Advocates General, have shown the significance of differences between legal systems as well as legal cultures across the States. Many times these differences caused problems for doctrine since the provisions of the Regime are to be applied in equal and uniform manner everywhere within the States.

Since the number of the judicial decisions of ECJ is not impressive (this paper comprises almost 30 judgments concerning the exclusive jurisdiction), it may be concluded that the rules on the exclusive jurisdiction are not a source of grave problems for national courts. Moreover, the vast majority of the judgments concern the exclusive jurisdiction over immovable properties – mainly tenancies of these. It may suggest two conclusions. First, tenancies constitute an important part of European's lives. Second, the provision was so unclear that it required a thorough clarification from ECJ.

It is worth noting the rules and case-law on the exclusive jurisdiction over intellectual property which reflects the dynamic evolution of this branch of law. Predictably, in the foregoing years this will be the most typical field for the ECJ judgments on the exclusive jurisdiction.

Nevertheless, few times ECJ decisions caused changes in the wording of the provisions in which the rules on the exclusive jurisdiction were expressed. This undoubtedly proves the importance of the European judicature (or at least the ability of the European ‘legislators’ to provide rules which would override unwelcomed interpretation of ECJ).

Finally, the rules on the exclusive jurisdiction proved to be typical EU law. First, they have autonomous meaning so that they can be applied in the equal and uniform manner across the States. Second, their meaning is established according to their justification and objectives as well as the scheme of the Regime. Few times the interpretation of ECJ seemed to be cunning – on one hand, ECJ expressed its approval of its earlier findings and on the other it led its interpretation in a different direction.

Table of the cited Brussels I Bis provisions and their equivalents in the other acts				
<b>Brussels I Bis</b>	Brussels I Regulation	Lugano Convention of 2007	Brussels Convention of 1969	Lugano Convention of 1988
<b>1</b>	1	1	1	1
<b>2(a)</b>	32	32	25	25
<b>4</b>	2	2	2	2
<b>5</b>	3	3	3	3
<b>6</b>	4	4	4	4
<b>8</b>	6	6	6	6
<b>24</b>	22	22	16	16
<b>25</b>	23	23	17	17
<b>26</b>	24	24	18	18
<b>27</b>	25	25	19	19
<b>31</b>	29	29	23	23
<b>35</b>	31	31	24	24
<b>45</b>	35	35	28	28
<b>46</b>	41	41	34	34
<b>62</b>	59	59	52	52
<b>63</b>	60	60	53	53

## Summary

The jurisdictional provisions (which set boundaries to courts' power) are of the utmost importance. Their violation leads to grave consequences: as a rule a judgment issued under such circumstances is to be annulled. A particular field of the jurisdictional provisions is constituted by the rules governing jurisdiction over transnational disputes. In Europe these provisions are subject to harmonisation within the so-called Brussels Regime. The exclusive jurisdiction is one of the types of jurisdiction granted under the Regime. This kind of jurisdiction is particularly important because of the universal application of the rules which govern it. Since the Regime has lasted for almost 50 years so far, there is a significant and still relevant case law of the Court of Justice of the European Union on the exclusive jurisdiction which requires a thorough analysis.

**Keywords:** international civil procedure, state jurisdiction, Brussels Regime, exclusive jurisdiction, CJEU jurisprudence

**LUZY DECYZYJNE W PRZEPISACH USTAWY O SWOBODZIE GOSPODARCZEJ  
DOTYCZĄCYCH KONCESJI. WSPÓŁWYSTĘPOWANIE UZNANIA ADMINISTRACYJNEGO  
I POJĘĆ NIEDOOKREŚLONYCH**

## 1. Wprowadzenie

Postulaty ograniczania dyskrejonalności władzy publicznej pozostają w bezpośrednim związku z teorią państwa prawnego, rozwijaną w Europie w I połowie XIX wieku<sup>1</sup>, która między innymi zakładała związanie prawem władzy publicznej, a nie tylko podmiotów prywatnych, co było cechą absolutystycznych rządów w Europie w tym okresie<sup>2</sup>. Zasada praworządności jest jedną z podstaw funkcjonowania państwa demokratycznego. Organy administracji publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, co nie jest jednoznaczne ze stwierdzeniem, iż przepisy prawa nie mogą pozostawiać władzy publicznej jakichkolwiek luzów decyzyjnych. Ich istnienie jest niezwykle istotne ze względu na potrzebę zapewnienia prawu elastyczności. Jednocześnie, ze względu właśnie na praworządność, równie ważne jest aby jakiegokolwiek luzy decyzyjne nie pozostawiały organom administracji publicznej pełnej swobody działania. Ta konieczność znalezienia punktu równowagi między elastycznością rozwiązań prawnych a jednocześnie zapewnieniem jednostce jak najpełniejszej ochrony prawnej przed arbitralnym działaniem władzy<sup>3</sup> powinna w szczególności znaleźć wyraz w przepisach prawnych dotyczących dziedziny niezwykle dynamicznej oraz istotnej z punktu widzenia jednostki i jej praw, jaką jest działalność gospodarcza, a w szczególności, w unormowaniach odnoszących się do koncesjonowanej działalności gospodarczej, w ramach której element interesu publicznego ma szczególne znaczenie.

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, e-mail: jakubsadurski1@gmail.com.

<sup>1</sup> I. Bogucka, *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, PiP 1992, z. 10, s. 33.

<sup>2</sup> Tamże, s. 36.

<sup>3</sup> M. Zieliński, *Wyznaczniki reguł wykładni prawa*, RPEiS 1998, nr 3-4, s. 8.

To właśnie zagadnieniom związanym z luzami decyzyjnymi w postaci uznania administracyjnego oraz pojęć niedookreślonych w unormowaniach dotyczących koncesjonowanej działalności gospodarczej poświęcone będzie niniejsze opracowanie.

## 2. Pojęcie uznania administracyjnego i pojęć niedookreślonych

Akty normatywne, które wprowadzają różne kategorie luzów decyzyjnych często nie dokonują tego w sposób konsekwentny<sup>4</sup>. Nie istnieją również legalne definicje takich pojęć jak uznanie administracyjne czy pojęcia niedookreślone, toteż ich wyjaśnienie stanowi dorobek nauki prawa administracyjnego. O ile w wielu dawniejszych teoriach uznanie administracyjne i pojęcia niedookreślone były ze sobą utożsamiane<sup>5</sup>, to współcześnie oba te pojęcia zostały rozgraniczone poprzez odwołanie się do kryterium etapu stosowania prawa<sup>6</sup>, na którym występują. O uznaniu administracyjnym mówimy wtedy, gdy norma prawna, w oparciu o którą w danej sytuacji podejmuje rozstrzygnięcie organ administracji publicznej, nie determinuje w jednoznaczny sposób konsekwencji prawnych jej zastosowania, pozostawiając w sposób wyraźny możliwość ich wyboru organowi administrującemu<sup>7</sup>. Oznacza to, iż w danej sytuacji możliwe jest więcej niż jedno legalne rozstrzygnięcie organu. Wskazuje się, że elementem normy prawnej, w której należy poszukiwać podstawy uznania jest jej dyspozycja, bowiem to w tej części normy określone są prawne następstwa danego działania<sup>8</sup>. Akty prawne wprowadzają upoważnienie do uznania poprzez zastosowanie zwrotów takich jak „organ może”, „służy prawo”, „organ jest upoważniony”, choć nie zawsze występowanie w treści przepisu takiego zwrotu musi automatycznie oznaczać

<sup>4</sup> A. Habuda, *Granice uznania administracyjnego*, Opole 2004, s. 55.

<sup>5</sup> A. Nałęcz, *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*, Warszawa 2010, s. 48–51; por. J. Starościak, *Swobodne uznanie władz administracyjnych*, Warszawa 1948, s. 10–31; M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009, s. 66–92.

<sup>6</sup> M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 45; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 463.

<sup>7</sup> Tamże, s. 63.

<sup>8</sup> M. Jaśkowska [w:] *System prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, t. 1, Z. Duniewska [i in.], *Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 252.

istnienie upoważnienia do uznania administracyjnego<sup>9</sup>. W odróżnieniu od upoważnień do uznania administracyjnego, pojęcia niedookreślone będą występowały na etapie wykładni prawa. Są to zwroty nieostre, a więc takie pojęcia, których krąg desygnatów nie jest bezwzględnie oznaczony. Posiadają one pewne jądro znaczeniowe, a więc pojęcia, które niewątpliwie można uznać za ich desygnaty, z drugiej strony zaś istnieją pewne zwroty, które w żadnym wypadku nie mogą być uznane za ich desygnaty oraz, co najistotniejsze, istnieją też takie kategorie, co do których nie można jednoznacznie stwierdzić, czy są desygnatami danego pojęcia, czy też nie (pas nieostrości)<sup>10</sup>. Istotą pojęć niedookreślonych oraz tym, co pozwala odróżnić je od sformułowań upoważniających do zastosowania uznania administracyjnego, jest fakt, iż w przypadku właściwego skorzystania z uznania organ może podjąć więcej niż jedno legalne rozstrzygnięcie. Interpretacja pojęć niedookreślonych, choć poddana względnej swobodzie organu, nie prowadzi do sytuacji, w której istniałoby więcej niż jedno rozstrzygnięcie legalne<sup>11</sup>, co wynika z istniejącej w postępowaniu administracyjnym zasady prawdy obiektywnej oraz co odzwierciedla możliwość pełnej kontroli sądowej interpretacji pojęć niedookreślonych przez organy administracji publicznej. Dodatkową różnicą między uznaniem administracyjnym a pojęciami niedookreślonymi jest fakt, że te drugie wprowadzane są przez hipotezę normy prawnej<sup>12</sup>.

Szczególnie istotnym pojęciem związanym z istnieniem luzów decyzyjnych są tak zwane dyrektywy wyboru konsekwencji, które ograniczają swobodę organu przyznaną mu przez normę upoważniającą do uznania. Są to pewne czynniki, które organ musi uwzględnić przy korzystaniu z upoważnienia do uznania administracyjnego<sup>13</sup>. Podzielić je można na dyrektywy ogólne i szczegółowe. Ogólne to takie, które znajdują zastosowanie w ramach dokonywania wszelkich rozstrzygnięć przez organ

---

<sup>9</sup> A. Habuda, *Granice...*, s. 66–68.

<sup>10</sup> A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym*, Warszawa 2013, s. 16–22.

<sup>11</sup> Por. R. Dworkin, *A matter of principle*, Oxford 2001, s. 119–146.

<sup>12</sup> A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 61–62.

<sup>13</sup> M. Mincer, *Uznanie...*, s. 91.

administrujący, zaś szczegółowe są związane z danym rodzajem sprawy zawisłej przed organem<sup>14</sup>. Do tych pierwszych należą przede wszystkim zasady konstytucyjne, a także ogólne zasady postępowania administracyjnego, te drugie natomiast będą każdorazowo wynikały z norm prawa materialnego znajdujących zastosowanie w danej sprawie. To właśnie w związku z istnieniem dyrektyw wyboru konsekwencji zachodzi sytuacja współwystępowania pojęć niedookreślonych oraz uznania administracyjnego. Dyrektywy te bardzo często są bowiem sformułowane w postaci pojęć nieostrych, których interpretację pozostawiono organowi, na przykład poprzez zastosowanie zwrotu „ważny interes publiczny”. W przepisach dotyczących rozstrzygnięć związanych z koncesjonowaną działalnością gospodarczą nierzadko mamy do czynienia z sytuacjami, w których organ upoważniony do skorzystania z uznania administracyjnego musi wziąć pod uwagę czynniki sformułowane w formie pojęć niedookreślonych. Oznacza to, iż norma upoważniająca do zastosowania uznania może być bardzo zawila i mogą z tego tytułu powstawać poważne problemy interpretacyjne dotyczące granic uznania, a nawet jego istnienia w ogóle w danej sytuacji, co zostanie omówione w dalszej części opracowania.

### 3. Charakterystyka koncesji w polskim prawie gospodarczym

Biorąc pod uwagę historyczny rozwój koncesji, można przyjąć, iż rozwiązania przyjęte w Polsce wywodzą się z modelu niemiecko-austriackiego, w którym to koncesja była wydawana w formie aktu administracyjnego, którego przedmiotem było udzielenie pozwolenia na prowadzenie działalności w sferze objętej monopolem państwa<sup>15</sup>. Wystarczy jedynie nadmienić, że współczesne rozwiązania prawne znacznie odbiegają od założeń klasycznych koncepcji koncesji<sup>16</sup>, co w dużej mierze związane jest z zasadniczymi przemianami w gospodarce, jakie nastąpiły w XX wieku. Obowiązująca obecnie ustawa, która reguluje tę materię – ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r.

---

<sup>14</sup> A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 81.

<sup>15</sup> C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 49–52.

<sup>16</sup> M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, PiP 2004, nr 1, s. 46–56.

poz. 584 ze zm.) – dalej: u.s.d.g. – nie zawiera legalnej definicji koncesji. Definicji tego pojęcia należy poszukiwać więc w doktrynie i orzecznictwie. Pojęcie to jest definiowane głównie poprzez przedstawienie pewnych charakterystycznych cech koncesji. Sąd Najwyższy przyjmuje, że: „Koncesja ma charakter publicznoprawnego uprawnienia podmiotowego”, a co za tym idzie – nie może być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, OSNAP 1999, nr 5, poz. 157). Kolejnym wyznacznikiem prawnego charakteru koncesji może być stwierdzenie, że ma ona postać decyzji administracyjnej, w rozumieniu ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.) – dalej: k.p.a. Jednocześnie należy zauważyć, iż jest to decyzja o szczególnym charakterze. Ze względów formalnych dlatego, że wydawana jest z reguły przez naczelne lub centralne organy administracji publicznej, natomiast ze względów materialnych dlatego, iż dotyczy sfery wolności konstytucyjnie chronionych, a zarazem dziedzin o szczególnym znaczeniu z punktu widzenia polityki gospodarczej państwa<sup>17</sup>. Warto również dodać, że ustawodawca w specyficzny sposób określił krąg dziedzin działalności gospodarczej objętych koncesjonowaniem. Artykuł 46 ust. 1 u.s.d.g. zawiera ich wykaz sformułowany w sposób bardzo precyzyjny, wymieniając wprost określone kategorie działalności, a więc nie jak ma to miejsce w przypadku zezwoleń – jedynie poprzez odwołanie się do ustaw szczególnych regulujących daną działalność. Oznacza to, co znajduje potwierdzenie w art. 46 ust. 3 u.s.d.g, że wprowadzenie nowych dziedzin objętych koncesjonowaniem wymaga zmiany ustawy oraz wymaga szczególnego uzasadnienia. Przegląd wskazanych w art. 46 ust. 1 u.s.d.g kategorii działalności podlegającej koncesji, pozwala stwierdzić, że są to obszary o szczególnym znaczeniu ze względu na interes publiczny, bezpieczeństwo państwa i jego obywateli, a jednocześnie są to dziedziny aktywności gospodarczej, które kojarzą się z możliwością osiągnięcia dużych zysków przez podmioty prowadzące tego typu działalność. Oba te względy uzasadniają, dlaczego

---

<sup>17</sup> M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 363–364.



szczegółowe regulacje dotyczące podejmowania działalności koncesjonowanej powinny być wyrazem najwyższej jakości legislacji<sup>18</sup>.

#### **4. Uznanie administracyjne oraz pojęcia niedookreślone w decyzjach koncesyjnych - uregulowania zawarte w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej**

Przez decyzję koncesyjną na potrzeby niniejszego opracowania należy rozumieć decyzję w sprawie wydania, odmowy wydania, zmiany, cofnięcia lub ograniczenia zakresu koncesji. Wydawanie decyzji w tych sprawach uregulowane jest zarówno w ustawach szczegółowych dotyczących poszczególnych dziedzin, które mają status *lex specialis* w stosunku do u.s.d.g. będącej w tym wypadku *lex generalis*<sup>19</sup>, jak i w tej właśnie ustawie. W art. 56 u.s.d.g. unormowane zostały zagadnienia związane z decyzją w sprawie odmowy udzielenia koncesji, ograniczenia jej zakresu w stosunku do wniosku o jej udzielenie oraz odmowy zmiany koncesji. Artykuł 56 ust. 1 u.s.d.g. zawiera zwrot „organ koncesyjny może”, który wskazuje na upoważnienie do uznania administracyjnego. W art. 56 ust. 1 pkt 1–4 u.s.d.g. wymienione są przesłanki podjęcia przez organ jednego z przewidzianych w przepisie rozstrzygnięć. Jedną z nich sformułowana jest w formie pojęcia niedookreślonego jako „zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa”. Analiza tych unormowań w świetle wcześniejszych ustaleń prowadzi do wniosku, iż mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym, które w formie szczegółowej dyrektywy wyboru konsekwencji ograniczone jest przez pojęcie niedookreślone. Jednocześnie należy zauważyć, że w świetle tego uregulowania możliwe jest rozstrzygnięcie organu, w którym ten, korzystając z uznania, nie odmówiłby udzielenia koncesji, nawet jeśli zagrażałoby to obronności lub bezpieczeństwu państwa. Teoretycznie jest to możliwe<sup>20</sup>, jednak zdaje się, że sformułowanie przepisu prowadzące do takich skutków nie było intencją ustawodawcy i w takiej sytuacji należy uznać, że organ nie jest uprawniony do uznania

<sup>18</sup> Por. C. Kosikowski, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, PiP 2004, z. 10, s. 10–12.

<sup>19</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 249.

<sup>20</sup> A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 149–151.

administracyjnego<sup>21</sup>. Ponadto warto się również odnieść do koncepcji ogólnych dyrektyw wyboru konsekwencji, a dokładniej do konstytucyjnej zasady praworządności, której uwzględnienie nakazywałoby organowi w omawianym przypadku podjęcie decyzji odmownej. Podobnie kształtowałyby się sytuacja w razie wystąpienia pozostałych przesłanek z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. O ile literalne brzmienie przepisu umożliwia organowi niewydanie decyzji odmownej w wypadku, gdy przedsiębiorca nie spełnia warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją, to należałoby tu postąpić analogicznie do opisywanej wcześniej sytuacji. Warto również rozważyć inną ewentualność, a więc całkowite wykluczenie istnienia w powyższym przepisie upoważnienia do skorzystania z uznania administracyjnego. Jak wspomniano wcześniej, to norma prawna, a nie przepis jest podstawą uznania administracyjnego<sup>22</sup>. Przez normę prawną należy rozumieć pewną normę postępowania utworzoną wskutek rekonstrukcji przepisu, która nie zawsze będzie tożsama z brzmieniem jednostki redakcyjnej zawartej w tekście aktu normatywnego<sup>23</sup>. Dopuszczalna jest więc interpretacja, że z całokształtu normy prawnej dotyczącej odmowy wydania koncesji nie wynika upoważnienie do zastosowania uznania administracyjnego.

W sposób zgoła odmienny ustawodawca potraktował wydanie decyzji w sprawie cofnięcia lub zmiany zakresu koncesji. Problematyka ta została uregulowana w art. 58 u.s.d.g. W ramach tego przepisu wyróżnić można trzy kategorie: 1) obligatoryjne wydanie decyzji przy zaistnieniu określonych w art. 58 ust. 1 przesłanek, które mają charakter obiektywny; 2) obligatoryjne wydanie decyzji przy zaistnieniu przesłanek z art. 58 ust. 2, wśród których występują pojęcia niedookreślone oraz 3) przewidziane w art. 58 ust. 3 fakultatywne wydanie decyzji ze względu na zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa obywateli lub w razie wydania decyzji o stwierdzeniu niedopuszczalności wykonywania praw z udziałów albo akcji przedsiębiorcy. W przypadku pierwszej z wymienionych kategorii istnienie decyzji związanej nie budzi wątpliwości. Inaczej jest w wypadku

---

<sup>21</sup> M. Szydło, *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, PUG 2004, nr 12, s. 6.

<sup>22</sup> M. Jaśkowska [w:] *System...*, s. 265.

<sup>23</sup> L. Morawski, *Wstęp do prawnoznawstwa*, Toruń 2014, s. 51.

pozostałych dwóch sytuacji. Artykuł 58 ust. 2 u.s.d.g. upoważnia organ do uznania administracyjnego poprzez wskazanie alternatywnych rozstrzygnięć, jakie w danej sytuacji można podjąć<sup>24</sup>. Przy podejmowaniu decyzji organ jest związany szczegółową dyrektywą wyboru konsekwencji, którą stanowią podane w przepisie przesłanki, takie jak rażące naruszenie warunków określonych w koncesji, lub innych warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej objętej koncesją oraz nieusunięcie w wyznaczonym terminie stanu faktycznego lub prawnego niezgodnego z warunkami określonymi w koncesji lub z przepisami regulującymi działalność gospodarczą objętą koncesją. Kryterium rażącego naruszenia warunków określonych w koncesji jest przykładem pojęcia niedookreślonego, co oznacza, że organ musi dokonać oceny stanu faktycznego w celu stwierdzenia czy ta przesłanka zachodzi w danym przypadku. Dopiero później, po rozważeniu ogólnych dyrektyw wyboru konsekwencji, w tym przypadku w szczególności zasady sformułowanej w art. 7 k.p.a., a więc obowiązku kierowania się słusznym interesem obywateli przy podejmowaniu rozstrzygnięć, organ zadecyduje, czy w danej sytuacji należy cofnąć koncesję, czy zmienić jej zakres<sup>25</sup>. Jedyne na etapie wyboru skutków prawnych mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym. W sytuacji uregulowanej przez art. 58 ust. 3 u.s.d.g. nasuwają się analogiczne problemy do tych, które występują w wypadku decyzji o odmowie wydania koncesji<sup>26</sup>. Ustawodawca upoważnia organ do uznania administracyjnego, formułując jednocześnie przesłankę zagrożenia obronności państwa lub bezpieczeństwa obywateli. Oznacza to, że organ może powstrzymać się od decyzji o cofnięciu lub zmianie zakresu koncesji, pomimo stwierdzenia, iż spełniona została wspomniana przesłanka. Po raz kolejny należy rozważyć, czy w tym wypadku mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym, czy w wyniku analizy normy prawnej należałoby jego istnienie wykluczyć. Zdaniem A. Nałęcz upoważnienie do uznania administracyjnego w art. 58 ust. 3 u.s.d.g. jest uzasadnione

---

<sup>24</sup> A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 152.

<sup>25</sup> W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na dodany art. 7a k.p.a. wprowadzony ustawą z dnia 17 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 935), który wprowadza tzw. zasadę *in dubio pro libertate*.

<sup>26</sup> A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 152–153.

ze względu na fakt, iż w określonych sytuacjach utrzymanie koncesji dla danego podmiotu, mimo zaistnienia np. zagrożenia dla obronności państwa, może być uzasadnione z uwagi na inne okoliczności. Jako przykład autor podaje sytuację, w której „przedsiębiorca posiadający koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej jest jedynym jej producentem na określonym obszarze”<sup>27</sup>. W literaturze można też spotkać się z poglądami poddającymi w wątpliwość zastosowanie uznania administracyjnego w przepisie art. 58 ust. 3 u.s.d.g.<sup>28</sup> Odmienne od wypadków decyzji w sprawie odmowy wydania koncesji postrzeganie uznania w przepisach dotyczących decyzji w sprawie cofnięcia lub zmiany koncesji może wynikać z różnic między tymi instytucjami. Cofnięcie lub zmiana koncesji ma bowiem miejsce w sytuacji, gdy dany podmiot prowadzi już działalność koncesjonowaną, natomiast decyzji odmownej udziela się na etapie, gdy podmiot dopiero ubiega się o udzielenie mu stosownej koncesji. Zaistnienie przesłanki zagrożenia dla obronności państwa lub bezpieczeństwa obywateli już na etapie ubiegania się o koncesję powinno w każdym wypadku przesądzać o jej nieudzieleniu. Natomiast w sytuacji, gdy dany podmiot koncesjonowaną działalność już wykonuje, może się okazać, iż w pewnych sytuacjach ważniejsze jest umożliwienie mu dalszego prowadzenia działalności.

Omawiane dotychczas problemy dotyczyły sytuacji udzielania koncesji na wnioski zainteresowanego podmiotu w trybie postępowania administracyjnego. Oprócz tego, ustawa o swobodzie działalności gospodarczej przewiduje odrębny tryb udzielania koncesji w ramach tzw. przetargu koncesyjnego. W ramach uregulowań dotyczących tej instytucji również pojawiają się zagadnienia obejmujące omawianą problematykę i właśnie pod tym kątem zostaną one poniżej przeanalizowane. Artykuł 52 ust. 1 u.s.d.g. zobowiązuje organ koncesyjny do przeprowadzenia przetargu w sytuacji, gdy liczba przedsiębiorców spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia. Przepis ten nie upoważnia organu do zastosowania uznania administracyjnego, zawiera on natomiast

---

<sup>27</sup> Tamże, s. 153.

<sup>28</sup> S. Koroluk [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powałowski, Warszawa 2007, s. 194.

przesłankę sformułowaną w formie pojęcia niedookreślonego. Chodzi mianowicie o zwrot „rękojmią prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją”. Organ powinien więc dokonać oceny, które podmioty zainteresowane udzieleniem koncesji spełniają wspomnianą przesłankę. Jeżeli wszystkie pozostałe kryteria są spełnione, organ musi zarządzić przetarg. Możliwy w tej sytuacji skutek prawny jest tylko jeden. W razie, gdy żaden z zainteresowanych podmiotów nie daje odpowiedniej rękojmi, nie zachodzi sytuacja przewidziana w hipotezie normy nakazującej przeprowadzenie przetargu<sup>29</sup>. Brak istnienia uznania administracyjnego w omawianej sytuacji może mieć duże znaczenie dla ochrony interesów podmiotów zainteresowanych przeprowadzeniem przetargu, zważywszy na fakt, że pojęcia niedookreślone podlegają pełnej kontroli sądowej (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 1990 r., II SA 759/00, ONSA 1991, nr 1, poz. 4), podczas gdy sądowa kontrola uznania jest ograniczona<sup>30</sup>.

Charakterystycznym elementem uregulowań dotyczących koncesjonowanej działalności jest udzielona organowi koncesyjnemu na mocy art. 48 ust. 1 u.s.d.g. możliwość określania w koncesji szczególnych warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją. Bez wątplenia jest to forma luzu decyzyjnego o bardzo szerokim zakresie. Zakwalifikowanie tej szczególnej kompetencji jako formy uznania w myśl przedstawianej definicji uznania administracyjnego może nastęrczać pewne problemy. Luz pozostawiony w tej sytuacji organowi nie dotyczy bowiem etapu wyboru spośród możliwych skutków prawnych danego rozstrzygnięcia<sup>31</sup>. Odnosi się on raczej do swobody kształtowania treści decyzji organu, a więc zagadnień związanych nie tylko z prawem, lecz także z polityką administracyjną. Uznania należy natomiast dopatrywać się w samym fakcie udzielenia organowi koncesyjnemu możliwości skorzystania z kompetencji do określenia owych „szczególnych warunków”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia*, PUG 2005, nr 5, s. 3.

<sup>30</sup> A. Habuda, *Granice...*, s. 195–204.

<sup>31</sup> M. Strzelbicki, *Koncesja jako uznaniowy i dyskrejonalny środek reglamentacji działalności gospodarczej* [w:] *Dyskrejonalność w prawie administracyjnym*, red. K. Ziemiński, M. Jędrzejczak, Poznań 2015, s. 224–225.

<sup>32</sup> K. Kohutek, *Komentarz do art. 48 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* [w:] *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U.04.173.1807), red. M. Brożyna [i in.], LEX 2005.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej przewiduje ponadto udzielanie przyrzeczenia wydania koncesji, zwanego promesą. Uregulowania dotyczące tej instytucji w znacznej mierze odwołują się do przepisów, które zostały już omówione, dlatego bardziej szczegółowa analiza tej instytucji może zostać w ramach niniejszego opracowania pominięta.

## 5. Wnioski

Problemy, które wynikają z współwystępowania w normach prawnych regulujących podejmowanie rozstrzygnięć w zakresie koncesjonowanej działalności gospodarczej upoważnień do uznania administracyjnego oraz pojęć niedookreślonych świadczą o potrzebie jasnego rozgraniczenia tych kategorii luzów decyzyjnych. Można tego dokonać w oparciu o kryterium etapu stosowania prawa, w którym dana forma luzu występuje. Uznanie dotyczy ustalania skutków prawnych danego rozstrzygnięcia, zaś pojęcia niedookreślone występują na etapie wykładni. Dokonanie tej operacji pozwala na przeprowadzenie właściwej analizy przepisów dotyczących wydawania decyzji koncesyjnych. Należy zaznaczyć, iż jednoznaczne uznanie koncesji za akty uznaniowe lub związane jest ustaleniem zbyt ogólnikowym. W omawianych przepisach istnieją bowiem przypadki, kiedy organ koncesyjny jest upoważniony do uznania, zdarzają się jednak sytuacje, w których organ wydaje decyzje związane. W ramach upoważnień do uznania administracyjnego w dziedzinie, jaką jest prawo działalności gospodarczej, szczególnie istotne znaczenie mają dyrektywy wyboru konsekwencji, które ograniczają uznanie organu. Swoboda działalności gospodarczej należy bowiem do sfery wolności o randze konstytucyjnej. Organ działający w ramach uznania administracyjnego nigdy nie ma pełnej swobody działania, jest on bowiem zobowiązany nie tylko uwzględniać szczegółowe przesłanki zawarte w stosowanej przezeń normie, lecz także wartości konstytucyjne, na czele z zasadą praworządności, a także ogólne zasady postępowania administracyjnego.

## Streszczenie

W niezwykle dynamicznych realiach prawnych i gospodarczych XXI wieku dyskrecjonalność administracji publicznej jest niezbędnym instrumentem pozwalającym jej w odpowiedni sposób realizować swoje zadania. Możemy rozróżnić dwie kategorie luzów decyzyjnych. Uznanie administracyjne pozwala organowi władzy publicznej wybrać jedno spośród większej ilości dopuszczalnych rozstrzygnięć w danym wypadku, kategoria pojęć niedookreślonych obejmuje zaś tzw. zwroty nieostre, pojęcia, których krąg desygnatów nie jest bezwzględnie oznaczony, przez co dopuszczają one pewną swobodę interpretacji. Dyskrecjonalność władzy publicznej jest jednak ograniczona ze względu na obowiązek brania pod uwagę innych norm prawnych, w szczególności tych o randze konstytucyjnej. Obie kategorie luzów decyzyjnych współwystępują w przepisach regulujących te obszary działalności gospodarczej, które wymagają uzyskania koncesji. Jedynie wnikliwa analiza tych przepisów oraz dokonanie właściwego rozróżnienia między uznaniem administracyjnym a pojęciami niedookreślonymi pozwoli organom administracji publicznej rozpoznać czy i w jakim stopniu mogą korzystać z władzy dyskrecjonalnej w danym przypadku.

**Słowa kluczowe:** uznanie administracyjne, pojęcia niedookreślone, dyrektywy wyboru konsekwencji, koncesjonowana działalność gospodarcza

## **The scope of discretionary power in the Act on Economic Freedom concerning a concession. The coexistence of administrative discretion and indeterminate terms**

### **S u m m a r y**

The discretionary power of public administration is an inevitable measure enabling it to deal with a variety of cases that occur in a dynamic legal and economic reality of the XXI century. We can distinguish between two major forms of discretion. The first allows the administrative body to choose between different legal actions and the other relies on free interpretation of certain vague expressions stated in legal acts. Nevertheless, the discretion is constrained by the necessity to take into consideration other norms of law, particularly those of constitutional rank. Foregoing forms of discretionary power coexist in legal provisions that regulate categories of economic activity, which require concession. Only profound analysis of these provisions allows the administration to recognize to what extent, if at all, is it able to execute its discretionary power.

**Keywords:** discretionary power, vague expressions, concession, freedom of economic activity

**Jakub Sadurski,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: jakubsadurski1@gmail.com.



**KONCEPCJA ERICHA FROMMA JAKO WZÓR PRAWNEJ OCHRONY WOLNOŚCI\*\*****1. Wprowadzenie**

Erich Fromm należy do myślicieli, których dorobek naukowy nigdy nie został skazany na funkcjonowanie wyłącznie w obrębie wąskiego grona specjalistów. Wręcz przeciwnie – twórczość niemieckiego filozofa, socjologa, psychologa i psychoanalityka spotkała się z żywym przyjęciem szerokiego grona odbiorców. Świadczy o tym nie tylko stała obecność w dyskursie naukowym, ale i ogromna liczba wydań i tłumaczeń publikacji, takich jak „Ucieczka od wolności”, „O sztuce miłości” czy „Szkice z psychologii religii”. Popularność dzieł Fromma wiąże się z jego ambicją poruszenia i obudzenia uspiętego potencjału rozwojowego jak największej części społeczeństwa. Jak odnotowuje Mirosław Chałubiński: „(...) pragnął, aby uprawiana przez niego humanistyka przyczyniła się do oświecenia problemów ważnych z punktu widzenia rozwoju jednostki”<sup>1</sup>. Zamierzenie to wyraźnie widoczne jest w przypadku zagadnienia wolności, które w sposób szczególny łączy się z postacią badacza. Choć przyczynkiem powstania najsłynniejszej publikacji Fromma, jaką jest „Ucieczka od wolności”, stało się dwudziestowieczne doświadczenie totalitaryzmów, nie jest ona historyczną rozprawą na temat genezy niemieckiego nazizmu. Tym, co stanowi największą wartość tezy badacza jest fakt, że opisuje ona mechanizm aktualny bez względu na system ideologiczny czy państwowy. Wolność, rozumiana przez Fromma z jednej strony jako warunek istnienia człowieka, z drugiej natomiast jako ciężar powodujący, że przekazuje on swoją niezależność zewnętrznym

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, e-mail: ewa.obiedzinska@wp.pl.

\*\* Artykuł jest oparty na pracy magisterskiej „Myśl Erica Fromma jako wzór prawnej ochrony wolności” napisanej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego pod kierunkiem prof. dr. hab. Adama Bosiackiego, obronionej 10.06.2016 r.

<sup>1</sup> M. Chałubiński, *Niepokoje i afirmacje Erica Fromma*, Poznań 2000, s. 12.

podmiotom, pozwala na badanie autorytarnego myślenia w mniej oczywistych kontekstach i znaczeniach, również tych demokratycznych.

Celem artykułu jest wykazanie, że diagnoza Fromma dotycząca lęku jednostki przed autonomią może stanowić wzór ochrony wolności we współczesnym polskim systemie prawnym. Oznacza to przede wszystkim wzmacnianie postulowanej przez Fromma jednostkowej sprawczości, indywidualizmu, także solidarności międzyludzkiej. Artykuł wskazuje na niektóre obszary prawa w jakich może dokonywać się to wzmocnienie, do których zalicza się przede wszystkim bezpośredni udział obywateli w sprawowaniu władzy czy swobodne kształtowanie stosunków międzyludzkich w ramach *interactional law*. Istotne dla podjętej problematyki są również zagrożenia, które stanowią współcześnie hamulec dla rozwijania się jednostkowej wolności takie jak jurydyzacja życia społecznego. Przedstawione rozważania stanowią próbę odpowiedzi na pytanie, jakie mechanizmy i praktyki prawne wspierają Frommowski postulat wzmacniania znaczenia pojedynczego człowieka, a także jaką formę powinny przybierać takie regulacje. Mimo dużej popularności Fromma wśród badaczy, brak jest w polskiej literaturze tekstów podejmujących ten problem. Przeniesienie refleksji dotyczącej lęku przed wolnością na grunt regulacji prawnych i wizji systemu prawnego pozwala na ich konkretyzację oraz wskazanie realnej możliwości kształtowania postaw społecznych. Jednocześnie umożliwia, z punktu widzenia prawa, namysł nad rolą, jaką w jego tworzeniu, pełni wybór określonej aksjologii.

Tym, co zajmowało Fromma przez cały okres jego naukowej kariery i praktyki psychologicznej, był człowiek – jego natura, zdolności rozwoju, miejsce w społeczeństwie. Antropocentryczna perspektywa badawcza jaką przyjął w dużej części związana była z atmosferą w jakiej dorastał. Urodził się 23 marca 1900 r. we Frankfurcie nad Menem, w rodzinie o bogatych tradycjach rabinackich (jego pradziadkiem był słynny Seligman Bär Bamberger, badacz Talmudu i obrońca ortodoksyjnego judaizmu). Młody Fromm dorastał pod silnym wrażeniem osoby przodka i konserwatywnej tradycji żydowskiej, od której odszedł w dorosłym wieku na rzecz bardziej humanistycznej perspektywy. Zainteresowanie potencjałem rozwojowym jednostki rozwijał Fromm na uczelni, najpierw jako student prawa, później zaś socjologii,

psychologii i filozofii. W 1922 r. otrzymał tytuł doktora nauk filozoficznych na podstawie pracy pisanej pod kierunkiem Alfreda Webera dotyczącej żydowskiej diaspory. Niezwykle ważną rolę w intelektualnym rozwoju młodego badacza odegrało środowisko niemieckich psychoanalityków (kluczowym wydarzeniem stało się otwarcie w 1924 r. przez Friedę Reichmann ośrodka terapeutycznego „Therapeutikum”, w którym praktykowano badania Sigmunda Freuda). Kontakt Fromma z psychoanalizą odcisnął wyraźny ślad na jego późniejszej twórczości, w której to bardzo często odwoływał się do teorii Freuda – do 1934 r. jako ortodoksyjny freudysta, później zaś rewizjonista i krytyk<sup>2</sup>. Bardzo aktywny w środowisku naukowym, związany był również m.in. z Instytutem Berlińskim i szkołą frankfurcką. Kontakt z tą ostatnią pozwolił mu sformułować idee rozwijane konsekwentnie w dalszych badaniach: koncepcję charakteru społecznego, reformę freudyzmu czy syntezę materializmu historycznego i myśli Feuda<sup>3</sup>. W latach 1929–1932 był wykładowcą w Instytucie Badań Społecznych istniejącym przy Uniwersytecie Frankfurckim, gdzie zajął się badaniem nowoczesnego społeczeństwa oraz fenomenem autorytetu i władzy. Wpływ na taki kierunek pracy miał w dużej mierze rodzący się w Niemczech narodowy socjalizm. Sytuacja polityczna w ojczyźnie stała się również przyczyną emigracji Fromma, który od 1933 r. przebywał w Stanach Zjednoczonych, zaś w 1950 r. osiedlił się w Meksyku. Lata pobytu badacza poza granicami ojczystego kraju to okres wyjątkowej działalności publicystycznej<sup>4</sup> i naukowej, w której praktyka psychoanalityczna prowadzona m.in. w Amerykańskim Instytucie Psychoanalitycznym Karen Horney łączyła się z pracą dyrektora i dydaktyka w takich ośrodkach jak Instytut Psychoanalityczny im. Williama A. White’a w Nowym Jorku. Ważnym wątkiem, zakończonej w 1980 r. biografii, jest także działalność polityczna. W połączeniu zdobywczy socjalizmu i indywidualistycznej rewizji

---

<sup>2</sup> Tamże, s. 78.

<sup>3</sup> Tamże, s. 8.

<sup>4</sup> Do najważniejszych dzieł, które ukazały się w przekładzie polskim należą poza „Ucieczką od wolności” również takie tytuły jak: „Niech się stanie człowiek”, „Psychoanaliza a religia”, „Zdrowe społeczeństwo”, „O sztuce miłości”, „Serce człowieka. Jego niezwykła zdolność do dobra i zła”, „Rewolucja nadziei. Ku uczłowieczonej technologii”, „Mieć czy być?”.

marksizmu widział Fromm realną szansę na wcielenie w życie postulatu zdrowego społeczeństwa<sup>5</sup>.

Pisząc o rozwoju duchowym niemieckiego filozofa, Chalubiński porównuje je obrazowo do wzbierającej rzeki, która płynąc w stronę morza zagarnia wciąż nowe dopływy, jednak jej tor pozostaje taki sam<sup>6</sup>. Analizując wielowątkową działalność Fromma istotnie można dojść do wniosku, że jego poglądy stanowią stale rozwijany ciąg przyczynowo-skutkowy. Zagadnieniem stanowiącym spoiwo dorobku badacza jest bez wątpienia problematyka wolności i niezależności duchowej człowieka. Była ona jednym z fundamentów myśli Fromma zarówno w wojennych latach 40., gdy powstawała „Ucieczka od wolności” jak i później, w okresie nowego ładu lat 70., czego wyrazem może być jego ostatnie dzieło „Mieć czy być?”. O znaczeniu wolności dla badacza świadczy aprioryczność stawianych przez niego tez. Wolność, której narodziny są jednocześnie prapoczątkiem rozumu, stanowi konstytutywny warunek istnienia gatunku ludzkiego. Wyposażając człowieka w samoświadomość, krytyczną ocenę rzeczywistości czy nieskrępowaną instynktami możliwość wyboru między różnymi drogami postępowania, pozwala na odróżnienie go od świata zwierząt<sup>7</sup>. Relacja między jednostką a wolnością nie posiada jednak w koncepcji Fromma charakteru wyłącznie afirmującego. Wartość samodzielnego myślenia i działania obciążona jest licznymi negatywnymi konsekwencjami takimi jak samotność, utrata bezpieczeństwa, lęk przed odpowiedzialnością za własny los. Rozpatrując dwoistą naturę wolności badacz przenosi refleksję na grunt historii dziejów, analizując momenty wzrostu i regresu autonomii człowieka przez pryzmat zmian społecznych, kulturowych i politycznych. Łączy w ten sposób czynniki psychologiczne z komponentami socjologicznymi i ekonomicznymi, co odróżnia go od ortodoksyjnych psychoanalityków. Konstruując swoją refleksję historiozoficzną, badacz zauważa, że w okresie dynamicznych

---

<sup>5</sup> R. Funk, *Erich Fromm*, tłum. R. Różanowski, Wrocław 1999, s. 179–190. Więcej na temat biografii Fromma: D. Burston, *The Legacy of Erich Fromm*, London 1991; E. Fromm, *Zerwać okowy iluzji. Moje spotkanie z myślą Marksa i Freuda*, tłum. J. Karłowski, Poznań 2000.

<sup>6</sup> M. Chalubiński, *Niepokoje...*, s. 10.

<sup>7</sup> E. Fromm, *Ucieczka od wolności*, tłum. A. Ziemilski, O. Ziemilska, Warszawa 1970, s. 48–49.

przemian, w momencie, gdy znacznemu pomniejszeniu ulega obszar egzystencjalnego bezpieczeństwa człowieka, w różnych grupach społecznych (szczególnie w tych najbardziej narażonych na negatywne skutki zmian takich jak klasa średnia, biedota czy chłopstwo) pojawiają się mechanizmy ucieczki od wolności. To ostatnie pojęcie stało się najbardziej znaną i najczęściej łączoną z Frommem kategorią. W interpretacji Franciszka Ryszki oznacza ono niedowład własnej jaźni wskutek lęku przed niewiadomym, co w konsekwencji prowadzi do poszukiwania siły gwarantującej opiekę i bezpieczeństwo<sup>8</sup>. Tak zakreślony problem pozwala spojrzeć na niemiecki narodowy socjalizm i inne systemy totalitarne inaczej niż w kontekście psychologicznego fenomenu czy zbiorowego szaleństwa. W przekonaniu Fromma to właśnie uniwersalne doświadczenie lęku przed autonomią i odpowiedzialnością, stało się bazą dla powstania zbrodniczych ideologii XX wieku. Sukces nazizmu nie polegał zatem na przeprowadzeniu rewolucji i przeformatowaniu podległych mas, lecz wykorzystaniu emocji i doświadczeń społecznych dla stworzenia nowego reżimu. Diagnoza ta, podobnie jak badania Fromma nad sadomasochistycznym charakterem stanowi znaczące wsparcie dla tez innych badaczy mechanizmów totalitarnych takich jak Karl Popper, Theodor Adorno, Carl Friedrich czy Zbigniew Brzeziński, wzbogacając je o refleksję nad sprzecznymi dążeniami człowieka – z jednej strony potrzebą indywidualizmu i sprawczości, z drugiej ulegania autorytetom. Ustalenie pewnej chwiejnej równowagi pomiędzy tymi pragnieniami można przypisać demokracji. Jak wynika jednak z rozważań Fromma, w każdym systemie konieczne jest stałe diagnozowanie relacji między jednostką a państwem i organami władzy w celu ochrony jej wolności.

## 2. Dialog wobec izolacji

Rezygnacja człowieka z wolności, której implikacją w XX w. było pojawienie się totalitaryzmów, wsparta była przez szereg psychicznych bodźców, takich jak: poczucie samotności i brak wspólnoty duchowej

---

<sup>8</sup> F. Ryszka, *Przedmowa* [w:] E. Fromm, *Ucieczka od wolności*, tłum. A. Ziemiński, O. Ziemińska, Warszawa 1970, s. 7.

z innymi ludźmi, potrzeba opieki i bezpieczeństwa, uczucie bezsilności czy tłumienie indywidualizmu w warunkach społecznej kooperacji. Cechy te nie rozwinęły się samoczynnie, lecz w wyniku społecznych, ekonomicznych czy kulturowych czynników, na których rangę Fromm wielokrotnie zwracał uwagę w swoich rozważaniach<sup>9</sup>. Choć badacz nie artykułuje tego wprost, jednym ze zjawisk, które znacząco kształtuje charakter społeczny jednostek, jest prawo. Jak wskazuje jeden z najważniejszych przedstawicieli ruchu krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies*), Duncan Kennedy, każdej metodzie regulacji można przypisać pewne założenia antropologiczne, etyczne i polityczne<sup>10</sup>, zatem prawo jest w stanie skutecznie wpływać na kształt, warunki rozwoju i sposób zabezpieczenia podstawowych wartości, w tym wolności. Dyskusje na temat prawa są tak naprawdę refleksjami dotyczącymi wizji społeczeństwa i tego, w jaki sposób, za pomocą mechanizmów prawnych, wzmacnia się w nim lub też osłabia różne kategorie aksjologiczne. Jednym z najdonioślejszych przykładów posłużenia się prawem w celu przebudowy społeczeństwa był system regulacji III Rzeszy Niemieckiej, który Gustaw Radbruch nazwał dobitnie „ustawowym bezprawiem”<sup>11</sup>. Prawo, przy zachowaniu ideałów skrajnie pozytywistycznych koncepcji, zostało wykorzystane jako narzędzie do realizacji ideologii nazistowskiej i przysłużyło się do wzmacniania autorytarnych postaw wśród jednostek. Brak aksjologicznej neutralności regulacji prawnych powoduje, że nie są one i nie powinny być obojętne wobec diagnozy postawionej przez Fromma. Mając na względzie tezę badacza, że ludzi cechuje uniwersalny lęk przed wolnością oraz potrzeba uciekania w coraz to nowe więzy, należy zastanowić się, w jaki sposób prawo może tworzyć warunki dla obrony niezależności i indywidualizmu. Koncepcja Fromma dostarcza wzoru prawnej, demokratycznej ochrony wolności,

---

<sup>9</sup> Do czynników wymienianych przez Fromma należą przede wszystkim: rozwój doktryny protestanckiej, rozpad systemu feudalnego i pojawienie się gospodarki kapitalistycznej, kryzys ekonomiczny po I wojnie światowej, upadek monarchii i autorytetu państwa. E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 198–224.

<sup>10</sup> D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, HLR 1976, t. 89, s. 1685.

<sup>11</sup> G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [w:] *Zarys filozofii prawa*, tłum. Cz. Tarnogórski, oprac. M. Szyszkowska, Białystok 2000, s. 237–250.

który uwzględnia zarówno etap tworzenia prawa, jak również sam sposób formułowania przepisów, czy ich wykładnię.

Podstawa relacji prawa i jednostkowej niezależności zasadza się na kolizji, która, jak wskazuje ostatnio na przykład Jan Hartman, polega na tym, że prawo, aby móc zabezpieczać indywidualną wolność, musi ją jednocześnie ograniczać<sup>12</sup>. Reguły tworzone po to, by zagwarantować wolność wielu, uszczuplają tym samym prawo jednostki do czynienia wszystkiego, na co ma ochotę. Nie oznacza to jednak, że prawu przypisana jest rola wroga niezależności, zaś rzeczywista wolność możliwa jest do zrealizowania wyłącznie w sytuacji anarchii. Za wyraziciela takiej opinii można uważać von Hayeka, którego zdaniem prawo nie stoi ponad wolnością, lecz przy zachowaniu odpowiednich cech, zapewnia jej wykonywanie. Fromm, definiując wolność wskazał, że „(...) nie oznacza wolności od wszelkich wiodących zasad. Wolność jest wolnością do rozwoju zgodnego z prawami struktury egzystencji ludzkiej. (...) Oznacza posłuszeństwo zasadom, które rządzą optymalnym rozwojem jednostki”<sup>13</sup>. Prawo, służące rozwojowi jednostki, stanowi tym samym bardzo ważny element zapobiegający zrzeczeniu się własnej wolności na rzecz autorytetów w postaci rodziny, społeczeństwa czy państwa. Świadomość zagrożeń, jakie sprzyjają wytworzeniu się mechanizmów ucieczki przed wolnością, sprawia, że możliwe jest stworzenie regulacji, które będą ukierunkowane na eliminację tych niebezpieczeństw.

Jedną z podstawowych przyczyn ulegania autorytetom i ideologiom jest zdaniem Fromma izolacja jednostki oraz wiążący się z nią brak wiary w znaczenie indywidualnej aktywności. Sytuacja osamotnienia i konieczność podlegania wszechwładnym siłom, które decydują za jednostkę, przez długi czas wiązana była z tworzeniem i wykonywaniem prawa. Jedną z teorii budujących dystans pomiędzy onnipotentnym ustawodawcą a podległym mu adresatem prawa jest pozytywistyczna koncepcja Johna Austina, według której prawo jest rozkazem popartym groźbą

---

<sup>12</sup> J. Hartman, *Władza, wolność, prawo*, [http://www.iphils.uj.edu.pl/~j.hartman/pu.php?c=filozofia\\_polityczna,\\_etyka&p=wladza\\_wolnosc\\_prawo](http://www.iphils.uj.edu.pl/~j.hartman/pu.php?c=filozofia_polityczna,_etyka&p=wladza_wolnosc_prawo), 3.04.2016.

<sup>13</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 249.

i ustanowionym przez suwerena<sup>14</sup>. Choć stała się przedmiotem wielu krytycznych analiz (w tym Herberta Harta, który wykazał jej nieprzystawalność korzystając z paradoksu bandyty<sup>15</sup>), utrwaliła postawę, w której prawo traktowane jest jako zewnętrzne wobec jednostki i zmuszające ją do posłuszeństwa. Taki sposób rozumienia roli ustawodawcy koresponduje z tym, co Fromm pisze na temat autorytetu irracjonalnego. Celem takiego autorytetu jest władza oparta bardzo często na strachu i utrzymywaniu przekonania o słabości podległego podmiotu, zaś wszelka krytyka czy dyskusja z jego postanowieniami jest niedopuszczalna<sup>16</sup>. Alienacja adresatów prawa wypływająca z braku komunikacji obecna jest także w Dworkinowskiej koncepcji sędziego Herkulesa, która stała się przedmiotem zaangażowanej krytyki Jurgena Habermasa. Postawy obu tych filozofów stanowią dwie drogi myślenia o wymaganiach wobec idealnej przestrzeni tworzenia oraz interpretowania prawa. W rozważaniach Fromma konflikt ten przybiera postać dychotomii między kulturą wyalienowaną a produktywnością i tworzeniem wolnościowych relacji z innymi. Podstawowym zarzutem jaki Habermas formułuje wobec teorii Dworkina jest jej monologiczność. Dworkin tworzy postać nieomylnego, heroicznego sędziego stojącego w centrum kultury prawnej i mającego władzę nad prawem, a tym samym nad znaczeniem. Z racji swej wiedzy i profesjonalnych umiejętności, a także indywidualnych cnót wypowiada się w imieniu wspólnoty, zapewniając swoją osobą jej integralność<sup>17</sup>. Inni krytycy Dworkina, tacy jak Frank Michelman, wskazują na brak dialogu pomiędzy Herkulesem a społecznością, pisząc: „Jeśli z kimś rozmawia to tylko przez książki. Nie ma słuchaczy. Nie napotyka na żadną odmienność. Nic nim nie wstrząsa. Żaden interlokutor nie narusza nieuniknionego wyspiarstwa jego doświadczenia i spojrzenia na rzeczywistość”<sup>18</sup>. Sytuacja, w której wola wspólnoty ogranicza się do

<sup>14</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 32.

<sup>15</sup> Tamże, s. 35–41.

<sup>16</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 163–165.

<sup>17</sup> J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 239–240.

<sup>18</sup> Tamże, s. 241.



podporządkowania się autorytetowi, sprzyja zdaniem Fromma poczuciu bezsilności w sprawach politycznych i społecznych, co z kolei przeradza się w ucieczkę od wolności<sup>19</sup>.

Przestrzenia, która umożliwia realizację własnej niezależności, a jednocześnie pozwala na tworzenie więzi z innymi, jest społeczeństwo interpretatorów Habermasa. W przeciwieństwie do modelu Dworkina cechuje je dialogiczność i otwartość, która wyraża się w możliwości wykładni prawa przez całą wspólnotę oraz krytyce jednego słusznego rozstrzygnięcia, które było produktem aktywności Herkulesa. Główną wartością koncepcji Habermasa jest dyskurs zakładający pluralizm i równość uczestniczących w nim podmiotów. Zdaniem badacza normy prawne są legitymowane dopiero wtedy, gdy przy zachowaniu procedur stanowienia czy stosowania prawa, zapewniona jest możliwość wypowiedzi i współkształtowania decyzji przez wszystkich zainteresowanych. Taki sposób ujmowania prawa nie jest już jednostronnie narzuconą dyrektywą popartą sankcją, jak chciał tego Austin, lecz formą osiągnięcia społecznej harmonii. Oparcie procesu decyzyjnego na zdecentralizowanych grupach pozwala, w przekonaniu Fromma, na pełniejszą realizację wolności. Wola jednostki nie zostaje pochłonięta przez onnipotentny podmiot, lecz ma społeczne znaczenie. W praktyce postulaty dotyczące rozszerzania obszarów wolności i komunikacji mogą przekładać się między innymi na sposób uzasadniania orzeczeń, w których sędzia odnosi się także do alternatywnych możliwości rozstrzygnięcia, obecność czynnika społecznego w sądzie czy kilkuosobowość składów sędziowskich. Na etapie stanowienia prawa jedną z form dialogu, która przyczynia się do wzmocnienia głosu jednostek, są konsultacje społeczne. Przedstawiciele władz lokalnych, jak i centralnych, mają możliwość, a bardzo często obowiązek, przedstawienia obywatelom swoich planów dotyczących między innymi aktów prawnych (ich zmiany lub uchwalania nowych), inwestycji lub innych przedsięwzięć, które będą miały wpływ na życie codzienne i pracę mieszkańców. Konsultacje nie ograniczają się tylko do przedstawienia tych planów przez władze. Ich celem jest dwustronna relacja polegająca na tym, że obywatele mają możliwość wygłoszenia opinii, modyfikowania

<sup>19</sup> E. Fromm, *Zdrowe społeczeństwo*, tłum. A. Tanalska-Dulęba, Kraków 2012, s. 185.

projektów oraz prawo do uzyskania informacji na temat wprowadzonych zmian<sup>20</sup>. Jeszcze inną formą akcentującą, tak silnie wydobywaną przez Fromma, indywidualizację i znaczenie jednostek, jest publiczne wysłuchanie<sup>21</sup>. Naczelną zasadą wysłuchania publicznego jest to, że może uczestniczyć w nim każdy. Mechanizm ten pozwala na reprezentowanie i promocję określonych interesów, jak również wpływanie na decyzję organów władzy. W przeciwieństwie do konsultacji społecznych publiczne wysłuchanie charakteryzuje się proceduralnym zabezpieczeniem w postaci wprowadzenia zasad jawności i równości, obowiązku spisania szczegółowego protokołu czy spisania zasad prowadzenia dyskusji<sup>22</sup>.

### 3. Decentralizacja demokracji jako przykład aktywnej wolności obywateli

Wskazane rozwiązania, poza funkcją podkreślającą wagę jednostkowych wyborów oraz wzmacniającą poczucie odpowiedzialności za podejmowane decyzje, pozwalają także na rozwój krytycznego, samodzielnego myślenia. Stanowi ono dla Fromma bardzo ważny czynnik umożliwiający realizację własnej wolności. Tym, co w szczególności hamuje rozwój indywidualizmu jest zdaniem badacza konformizm, wyrażający się w tym, że człowiek w sposób nieuświadomiony przyjmuje za własne myśli i działania, których źródłem są zewnętrzne podmioty<sup>23</sup>. Niezwykle często działają one, tak jak prawo, z wyżyn autorytetu, sprawiając, że jednostka niepewna swojej sprawczości, deprecjonuje własne możliwości osądu, ulegając temu, co zostaje jej wskazane. Prawo stanowi w tym wypadku szczególny podmiot władzy legitymowany takimi wartościami i założeniami jak słuszność, sprawiedliwość społeczna czy racjonalny ustawodawca. W przypadku regulacji prawnych sprzecznych z odczuciami

<sup>20</sup> Por. np. portal organizacji pozarządowych, <http://poradnik.ngo.pl/konsultacje>, 3.04.2016.

<sup>21</sup> W Polsce funkcjonuje na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1414 ze zm.). We współczesnej Polsce procedura wysłuchania publicznego została zastosowana po raz pierwszy w 2005 r. przez Ministerstwo Zdrowia i dotyczyła dyskusji nad pomysłem depenalizacji obrotu tzw. miękkimi narkotykami.

<sup>22</sup> P. Dobrowolski, L. Gorywoda, *Publiczne wysłuchanie. Kontrola stanowienia prawa przez obywateli*, [http://www.sobieski.org.pl/wp-content/uploads/Raport\\_Institut\\_Sobieskiego\\_Wysluchanie\\_Dobrowolski\\_2004\\_11\\_22\\_v9.pdf](http://www.sobieski.org.pl/wp-content/uploads/Raport_Institut_Sobieskiego_Wysluchanie_Dobrowolski_2004_11_22_v9.pdf), 3.04.2016.

<sup>23</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 236–238.

psychicznymi jego adresatów bardzo często dochodzi do ich akceptacji wyłącznie z powodu działania, akcentowanych przez Fromma, mechanizmów konformistycznych. Z tego względu bardzo ważne wydają się starania mające na celu łagodzenie różnic między prawem pozytywnym a intuicyjnym. Problem ten dostrzegł na początku XX wieku Leon Petrażycki, dla którego prawo intuicyjne stanowi zmienną, indywidualną, nieszablonową strukturę zależną od przeżyć imperatywno–atrybutywnych konkretnej jednostki czy członków wspólnoty<sup>24</sup>. Co ważne, badacz daleki jest od tworzenia hierarchii między prawem pozytywnym a intuicyjnym, wskazując, że treść tego drugiego potrafi być niekiedy zacofana i nierozsądna (np. gdy kształtowana jest w opóźnionych cywilizacyjnie kręgach lub w grupach nastawionych na określony interes). Co szczególnie, niektóre zagadnienia rozstrzygane przez prawo pozytywne, w psychice intuicyjno–prawnej nie znajdują żadnego odzwierciedlenia, co sprawia, że wiele kwestii proceduralnych czy formalnych nie mogłoby zostać objętych regulacją prawa intuicyjnego. Tam jednak, gdzie dochodzi do przeżyć psychiczno–prawnych, zwłaszcza w zakresie dziedzin społecznych, które dotyczą przysporzenia jakiegoś dobra czy wyrządzenia pewnego zła, bardzo ważne staje się według Petrażyckiego zmniejszanie dolegliwości jaką jest nieunikniony rozbrat między prawem pozytywnym a intuicyjnym<sup>25</sup>. Zbyt znaczna rozbieżność stanowi duże zagrożenie dla wolności jednostek. Jak podaje Fromm, duchowa samotność człowieka jest tym, co sprawia, że staje się on bardziej podatny na uleganie ideologiom apelującym do uczuć wspólnotowych<sup>26</sup>. Prawo, reprezentując określone wartości, nie powinno tym samym pogłębiać alienacji jednostek i zgadzać się w swych naczelnych zasadach z przeżyciami psychicznymi swoich adresatów. Jednocześnie, jak wskazuje Petrażycki, prawo pozytywne powinno korygować postawy społeczne tam, gdzie prawo intuicyjne bywa niesprawiedliwe i nierozsądne. W przekonaniu badacza słuszny porządek prawny opiera się na wspólnym wspieraniu się i wzmacnianiu obu sfer prawa<sup>27</sup>,

<sup>24</sup> L. Petrażycki, *O nauce, prawie i moralności: pisma wybrane*, oprac. A. Kojder, Warszawa 1985, s. 267–273.

<sup>25</sup> Tamże, s. 276–181.

<sup>26</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 213–214.

<sup>27</sup> L. Petrażycki, *O nauce...*, s. 277.

co zgodne jest z tym, co Fromm pisze o roli demokracji bezpośredniej. Zarówno Fromm jak i Petrażycki podkreślają dużą rolę przeżyć psychicznych człowieka oraz konieczność dania obywatelom możliwości bezpośredniego wpływania na proces stanowienia prawa.

Jednym z instrumentów, który na to pozwala jest obywatelska inicjatywa ustawodawcza. W polskim porządku prawnym została ona uregulowana na mocy ustawy z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (Dz.U. z 1999 r. Nr 62, poz. 688 ze zm.). Ustawa stanowiła realizację art. 118 Konstytucji RP, zgodnie z którym inicjatywa ustawodawcza przysługuje posłom, Senatowi, Prezydentowi, Radzie Ministrów i grupie 100 tysięcy obywateli mających prawo wybierania do Sejmu. Choć, jak pokazują statystyki, zainteresowanie mechanizmem inicjatywy ustawodawczej wśród obywateli z każdym rokiem jest coraz większe (od 1999 r. do końca 2013 r. wpłynęło do marszałka Sejmu 120 zawiadomień o utworzeniu komitetu obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej<sup>28</sup>), w praktyce istnieje bardzo wiele barier utrudniających obywatelom skuteczne korzystanie z przysługującego im prawa. Problemem, z którym boryka się największa liczba komitetów jest zbyt krótki czas na zebranie 100 tysięcy podpisów. Zgromadzenie tak znacznej liczby podpisów w trzy miesiące jest trudne do wykonania, gdyż wymaga zaangażowania ogromnych zasobów ludzkich i technicznych. Jeszcze inny problem stanowi zasada dyskontynuacji, która nie została całkowicie wyłączona w stosunku do projektów obywatelskich, a jedynie ograniczona do następnej kadencji Sejmu. W praktyce oznacza to, że projekty, które nie zostały rozpatrzone w trakcie kadencji, w której zostały złożone lub w następnej, przepadają, a prace nad nimi zostają zakończone. Przeprowadzenie reform w tym zakresie pozwoliłoby na znacznie bardziej skuteczne funkcjonowanie wskazanego mechanizmu demokracji partycypacyjnej. Równie ważną formą wpływania na tworzenie regulacji zgodnych z wolą obywateli jest referendum, którego podstawę prawną w Polsce stanowi, dla referendum ogólnokrajowego art. 125 ust. 1, natomiast dla referendum lokalnego art. 170 Konstytucji RP (obie instytucje

---

<sup>28</sup> Strona internetowa projektu „Obywatele głosują”, <https://obywateledecyduja.pl/merytorycznie/stan-obecny/#>, 10.05.2016.

uregulowane są szczegółowo w ustawie z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym, Dz.U. z 2003 r. Nr 57, poz. 507 ze zm. i ustawie z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, Dz.U. z 2000 r. Nr 88, poz. 985 ze zm.). Referendum w swym postulowanym kształcie jest wyrazem, wskazywanego przez Fromma, bezpośredniego wsłuchania się w głos jednostek, a tym samym przeniesienia odpowiedzialności za podejmowanie decyzji z autorytetów na społeczeństwo. Jednocześnie, zwłaszcza na szczeblu ogólnokrajowym, rozwiązanie to napotyka na szereg problemów, które mogą osłabiać jego moc prawną. Należą do nich między innymi: duży wysiłek organizacyjny i finansowy, który zniechęca rządzących do podejmowania tego typu działań, brak skutecznych instrumentów gwarantujących realizację wiążących referendów czy też traktowanie referendum jako „ostatecznej” formy dialogu władzy z obywatelami bez stosowania innych możliwości porozumienia. Wiele wątpliwości nastrocza również pojęcie „sprawy o szczególnym znaczeniu”, które stanowi podstawę do przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego. Jego nieokreśloność stwarza ryzyko interpretacji, która ogranicza możliwość przeprowadzenia takiego referendum.

Przytoczone formy demokracji bezpośredniej, łącznie z innymi takimi jak plebiscyt, weto ludowe czy *recall*, pozwalają na konkretyzację procesu podejmowania decyzji oraz większą realizację jednostkowej woli. Bezpośrednia troska obywateli o sytuację w państwie przeciwstawiana jest przez Fromma pośredniej formie sprawowania władzy, którą określa jako rytuał wyrzekania się swojej woli politycznej na rzecz sił, których obywatel nie jest w stanie kontrolować. Jak wskazuje, jednostka niewiele może uczynić, poza głosowaniem w wyborach, by móc uczestniczyć w decydowaniu<sup>29</sup>. Problem alienacji i elitaryzacji władzy, który wydobywa Fromm był wielokrotnie przedmiotem namysłu takich myślicieli jak John Stuart Mill. Jako jeden z pierwszych dostrzegł on zagrożenia demokracji tkwiące w niej samej i polegające na marginalizowaniu oddolnych obywatelskich działań na rzecz przejmowania długotrwałej kontroli przez jedną dominującą partię. Jako zabezpieczenie przed monopolizacją rządów widział m.in. wolność zgromadzeń, zrzeszania się i tworzenia się grup nacisku, zakaz

<sup>29</sup> E. Fromm, *Zdrowe...*, s. 321.

cenzury, proporcjonalne, a nie większościowe wybory do ciał przedstawicielskich, stworzenie „niezależnego korpusu urzędniczego” czy wprowadzenie prawa antymonopolowego<sup>30</sup>. Podobną diagnozę w latach 50. postawił Jacob Leib Talmon, upowszechniając termin „demokracja totalitarna”. Odnosi się on do rodzaju parlamentarnej demokracji, w której, za fasadą pozornie wolnościowych struktur, realną władzę sprawuje elita polityczna i finansowa<sup>31</sup>. Choć Fromm nie korzysta z pojęcia demokracji totalitarnej, podobnie jak Mill i Talmon, dostrzega procesy wyłączenia obywateli z życia publicznego przy jednoczesnym kreowaniu wrażenia jednomyślności podejmowanych przez jednostki decyzji. W przekonaniu badacza, ważnym środkiem zaradczym w tej sytuacji jest prawo. Podobnie jak Mill, uważa, że powinno ono przyczynić się do tworzenia mechanizmów rozszerzających formy demokracji bezpośredniej i zapewniających im efektywne działanie. Jednocześnie, tak jak Alexis de Tocqueville, przywiązuje on dużą wagę do zagrożenia, jakim jest ograniczenie praw mniejszości przez większość<sup>32</sup>. Na niebezpieczeństwo te narażone są również formy bezpośredniego sprawowania władzy. Przykładem może być referendum ogólnokrajowe jako te, które odbywa się w atmosferze masowego głosowania i w znacznie większym stopniu niż referendum lokalne, powoduje neutralizację odrębnych przekonań. Zdaniem badacza, podejmowanie decyzji w niedużych grupach sprzyja zaakcentowaniu opinii mniejszości, umożliwiając poszanowanie wolności i równości jak największej liczbie głosujących. W swoich propozycjach, mających na celu zaakcentowanie bezpośredniej woli obywateli, Fromm wysuwa postulat stworzenia systemu łączącego scentralizowaną formę demokracji z wysokim stopniem decentralizacji. Jedną z możliwości byłaby organizacja społeczeństwa w niewielkie, około pięćsetosobowe wspólnoty, zróżnicowane pod względem społecznym, tak by zapewnić grupie jak największą reprezentację. Wielką zaletą takich wspólnot jest zdaniem Fromma kształtowanie się osobistych kontaktów między członkami. W przeciwieństwie do

---

<sup>30</sup> J.S. Mill, *Esaj o rządzie* [w:] *Historia idei politycznych. Wybór tekstów*, tłum. B. Sobolewska, M. Sobolewski, wybór i oprac. S. Filipowicz, Warszawa 2012, s. 654–661.

<sup>31</sup> J.L. Talmon, *O demokracji totalitarnej*, tłum. W. Buchner, „Znak” 1992, nr 4, s. 75–80.

<sup>32</sup> E. Fromm, *Zdrowe...*, s. 320.

tradycyjnych form demokracji bezpośredniej, które ograniczają się zwykle do odpowiedzi na odgórnie zadane pytania, propozycja Fromma daje możliwość przedyskutowania problemów w atmosferze utrudniającej demagogiczny wpływ. Wskazane grupy spotykałyby się regularnie, mniej więcej co miesiąc, wybierając urzędników i komitety oraz omawiając najważniejsze zagadnienia lokalne jak i krajowe. Podjęte decyzje byłyby rejestrowane i przekazywane na poziom rządu centralnego. Tym samym decyzje wspólnot stanowiłyby rodzaj Izby Gmin, która dzieliłaby władzę z izbą przedstawicieli wybieranych w wyborach powszechnych<sup>33</sup>. Istotą takiej formy demokracji byłoby zatem wzmocnienie suwerenności obywateli i urealnienie ich władzy. Jak wskazuje Fromm: „Dzięki dyskusjom i głosowaniu w małych grupkach, proces podejmowania decyzji utraciłby w znacznej mierze swój nieracjonalny i abstrakcyjny charakter”<sup>34</sup>. Choć proponowane przez Fromma zmiany wydają się w o wiele większym stopniu, niż współcześnie praktykowane formy demokracji bezpośredniej, akcentować zarazem komunikacyjny jak i indywidualny charakter rządów, nie uciekają od typowych dla nich problemów. Należą do nich przede wszystkim wysokie koszty obsługi, wydłużony czas decydowania czy obawa podejmowania przez obywateli decyzji bez wiedzy o aktualnej sytuacji politycznej czy gospodarczej (ten ostatni problem Fromm stara się rozwiązać poprzez wprowadzenie obowiązku dostarczania wyborcom jak najbardziej obiektywnych, neutralnych informacji na tematy, których dotyczy głosowanie<sup>35</sup>). W przeciwieństwie do wielu autorów kreślących wizję lepszego porządku politycznego, Fromm nie tworzy detalicznego projektu, poprzestając na naszkicowaniu dość ogólnych kierunków zmian.

Współcześnie, pomysłem bazującym na podobnych postulatach, jak te wskazane przez badacza, może być demokracja płynna – *Liquid Democracy*, będąca ideą związaną ze środowiskiem libertarian. Stanowi ona system łączący korzyści demokracji bezpośredniej z zaletami demokracji pośredniej, zaś jej celem jest, podobnie jak chciał tego Fromm, maksymalizacja bezpośredniego wpływu użytkowników na podejmowane

---

<sup>33</sup> Tamże, s. 321–323.

<sup>34</sup> Tamże, s. 323.

<sup>35</sup> Tamże, s. 347.

decyzje. Płynność struktury zasadza się na wykorzystaniu platformy internetowej jako środka, za pomocą którego odbywa się dyskusja nad problemem i głosowanie. Każdy głosujący może dowolnie dysponować swoim głosem: oddać go samemu lub powierzyć przedstawicielowi. Podmiot obdarzony głosem ma w tej sytuacji o jeden głos więcej<sup>36</sup>. W przeciwieństwie do wyborów pośrednich, w których głosujący nie posiadają najczęściej prywatnej więzi z reprezentantem, przedstawicielem w demokracji płynnej może zostać osoba bliska, do której czuje się osobiste zaufanie. Nie istnieją wytyczne wskazujące na to kiedy możliwe jest przekazanie głosu – może odbywać się ono w sytuacji, gdy głosujący nie czuje się wystarczająco kompetentny do decydowania w jakiejś sprawie lub zwyczajnie nie ma na to czasu i ochoty. Inaczej niż w demokracji pośredniej, głosujący nie musi liczyć się przez bardzo długi czas z negatywnymi konsekwencjami wyboru swojego przedstawiciela. W *Liquid Democracy* w każdej chwili możliwe jest odebranie głosu reprezentantowi i samodzielne wyrażenie własnej woli. Wskazany mechanizm, szanując prywatną przestrzeń głosujących i ich prawo do nieangażowania się w życie publiczne, dba jednocześnie o to, by jego uczestnicy mieli stałą możliwość bezpośredniego wpływania na podejmowane decyzje. Dodatkową zaletą systemu jest elastyczność czasu trwania głosowania. W zależności od potrzeb może ono trwać ustawicznie, przez określony czas lub do osiągnięcia wymaganego kworum. Nie istnieją również ograniczenia w przedmiocie głosowania. Uczestnicy mają możliwość omawiania treści poddawanych procesowi decyzyjnemu, a także wychodzenia z własnymi propozycjami. Chociaż obecnie najpopularniejszą platformą, która umożliwia funkcjonowanie demokracji płynnej jest *LiquidFeedback*, dyskusje mogą odbywać się w dowolnej, wybranej przez uczestników przestrzeni internetowej<sup>37</sup>. Andy Lange – jeden z największych propagatorów *Liquid Democracy*, podobnie jak Fromm przywiązuje dużą wagę do takich wartości systemu jak solidarność społeczna i odpowiedzialność jednostek za podejmowane decyzje. Wolność skorelowana jest tu silnie z ideałem równości. Jak wskazuje Lange: „Logiczne

<sup>36</sup> M. Batelt, *Nowa demokracja?*, <http://nowyobywatel.pl/2012/10/12/nowa-demokracja>, 28.08.2016.

<sup>37</sup> Tamże.



jest dla mnie to, że jeżeli jesteś członkiem jakiejś organizacji lub współwłaścicielem czegoś – jak w państwie, powinieneś mieć taką samą siłę decyzyjną jak pozostali uczestnicy systemu”<sup>38</sup>. W praktyce *Liquid Democracy* rozpowszechniana jest przede wszystkim w Niemczech. Funkcjonuje tam w czterech obszarach: organizacji partyjnej – „Piraten Partei”, samorządzie – powiecie Friesland położonym w Dolnej Saksonii, stowarzyszeniu – „Slow Food Deutschland” oraz biznesie – „Synaxon AG”<sup>39</sup>. Z jej możliwości czerpią również Partie Piratów<sup>40</sup> w takich krajach jak Włochy, Austria, Norwegia, Belgia i Francja.

---

<sup>38</sup> W. Mazurkiewicz, *Wywiad z Andym Lange, propagatorem Liquid Democracy*, <http://libertarianin.org/wywiad-z-andym-lange-propagatorem-liquid-democracy>, 3.04.2016.

<sup>39</sup> Tamże.

<sup>40</sup> Przykładem ruchów krystalizujących się niejako w opozycji do rządów i stawiających się w roli inicjatorów przedsięwzięć społecznych są Partie Piratów. Geneza ich powstania wiąże się z intensywnym rozwojem globalizacji i przekonaniem, że efektywność w rozwiązywaniu problemów można osiągnąć za pomocą ponadpaństwowych i ponadnarodowych działań. Obszar działań stanowi przestrzeń technologiczna, która podobnie jak w przypadku *Liquid Democracy* pełni kluczową rolę w komunikacji i przepływie informacji. Początkowo główną ideą ugrupowania, które stało się zaczątkiem najstarszej Szwedzkiej Partii Piratów powstałej w 2003 r. była swoboda wymiany plików między użytkownikami serwisów internetowych i aktywność na rzecz nieograniczonego dostępu do treści chronionych prawami autorskimi. W deklaracji zasad i wartości partii „Pirate Party Declaration of Principles 3.1” walka o liberalizację prawa autorskiego i patentowego została już jednak mocno związana z postulatami na rzecz ochrony indywidualizmu i autonomii jednostki. W ogłoszonych przez założycieli hasłach można odnaleźć echo diagnozy M. Foucault dotyczącej władzy dyscyplinarnej, zdecentralizowanej i trudno uchwytej. Tym, co piętnują Partie Piratów są współczesne tendencje do obejmowania kontrolą niemal każdej jednostki, poddawanej przymusowi rejestracji, a także ciąglej obserwacji w sieci internetowej i poza nią. Prowadzi to do nadwyrężenia prawa do prywatności oraz kreowania atmosfery podejrzliwości i nieufności. Zagrożenia wydobywane przez Partie Piratów w znaczący sposób korespondują z niebezpieczeństwami wydobywanymi przez Fromma, a więc brakiem przejrzystości działań instytucji państwowych czy utratą przez obywateli kontroli nad procesami decyzyjnymi. Jednocześnie zwraca uwagę przeniesienie pola walki o wolność jednostki w przestrzeń internetową. Internet stanowiący zwierciadło, w którym odbija się społeczeństwo może stanowić zarówno obszar rozszerzania jak i ograniczania autonomii. Jest to jednak przedmiot odrębnej dyskusji nie należącej do materii niniejszego artykułu. *Pirate Party Declaration on Principles 3.1*, [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/11/Principles\\_3.1.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/11/Principles_3.1.pdf), 22.08.2016; M. Majorek, J. Wojniak, *Partia Piratów jako egzemplifikacja ruchów społeczno – politycznych* [w:] *Współczesna przestrzeń polityczna. Evolucja czy rewolucja*, red. M. du Vall, M. Majorek, A. Walecka-Rynduch, Kraków 2011, s. 61–83; F. Miegel, T. Olsson, *From Pirate to Politicians: The Story of the Swedish File Sharers Who Became a Political Party* [w:] *Democracy, Journalism and Technology: New Developments in an Enlarged Europe*, Tartu 2008, s. 203–215.

#### 4. Bezpieczeństwo prawne jako wzmocnienie wolności

Jedną z najdonioślejszych dychotomii jaka pojawia się w refleksji Fromma dotyczy rozbratu między wolnością a bezpieczeństwem. Ceną za niezależnienie się od więzów pierwotnych staje się utrata bezpieczeństwa rozumianego jako pozycja społeczna, pewność siebie czy poczucie przynależności, co z kolei zachęca ludzi do szukania nowych, sadomasochistycznych relacji. Jak zaznacza Fromm, dzieje się tak przede wszystkim z powodu nierównomiernego narastania siły i indywidualizmu człowieka, kładącego mu nieustannie wybierać między wolnością a bezpieczeństwem<sup>41</sup>. Wyzbywanie się którejś z tych wartości kosztem innej narażone jest z jednej strony na zniewolenie jednostki oraz ograniczenie jej indywidualnego potencjału, z drugiej zaś na powiększanie poczucia niemocy i niepewności. Nierozzerwalny charakter obu wskazanych podmiotowych praw człowieka, wskazuje, że dla pełnej realizacji wolności niezbędne jest zapewnienie i utrzymanie bezpieczeństwa.

Choć współcześnie konieczność prawnej gwarancji bezpieczeństwa nie budzi raczej wątpliwości, nierozstrzygnięte pozostaje pytanie o to, czy i w jakim zakresie jednostka posiada podmiotowe prawo do ochrony. Jak wskazuje Janina Czapska, z podstawowym zadaniem państwa polegającym na zapewnieniu bezpieczeństwa swoim obywatelom, nie koresponduje podmiotowe publiczne prawo do bezpieczeństwa. Jednym z argumentów na rzecz tego stanowiska jest obawa o to, że podstawowe prawo do bezpieczeństwa mogłoby przerodzić się w prawo państwa do niczym nieograniczonej „produkcji bezpieczeństwa” ograniczającej i reglamentującej wolność<sup>42</sup>. Ponadto, wyróżnienie takiego prawa negowane jest również ze względu na to, że mogłoby rozbudzić nadmierne oczekiwania obywateli, którym ustawodawca nie byłby w stanie sprostać. Jak wskazuje Krzysztof Palecki, brak zaspokojenia oczekiwań adresatów prawa wywołałby poczucie rozczarowania, a także podważyłby wiarygodność ustawodawcy w społeczeństwie<sup>43</sup>. Przedstawione stanowiska łączą się z tym, co Fromm

---

<sup>41</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 48.

<sup>42</sup> J. Potrzebszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013, s. 50.

<sup>43</sup> Tamże.

wskazuje jako istotę bezpieczeństwa. W refleksji badacza służy ono przede wszystkim wzmocnieniu siły i indywidualizmu jednostki oraz tworzeniu się przestrzeni swobodnej aktywności. Intensyfikowanie zobowiązania władzy państwowej do ochrony bezpieczeństwa oraz powiększanie zakresu uprawnień organów może skutkować totalizacją tego obszaru, a w konsekwencji przekształcić się w bezwzględne zawierzenie autorytetowi i podporządkowanie mu ludzkiej sprawczości. Ścisły związek wolności i bezpieczeństwa jaki wydobywa Fromm, wskazuje raczej na to, że powinno ono stanowić jedną z funkcji już istniejących praw podstawowych, nie zaś odrębne prawo podmiotowe. Jak pisze: „Nowe bezpieczeństwo jest dynamiczne; nie zapewnia go cudza ochrona, lecz własna spontaniczna aktywność człowieka”<sup>44</sup>. Ten sposób regulacji został zastosowany w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej: Konstytucja RP. Prawo do bezpieczeństwa nie zostało wyrażone *expressis verbis*, jest natomiast urzeczywistniane przez szczegółowo wyodrębnione prawa podstawowe. Należą do nich m.in. ochrona życia i zdrowia (art. 38, 68), ochrona wolności i nietykalności osobistej (art. 31. ust. 1), prawo do ochrony danych osobowych (art. 51), prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66 ust. 1), prawo do sądu (art. 45), prawo do obrony w postępowaniu karnym i domniemanie niewinności (art. 42), zakaz tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania (art. 40), bezpieczeństwo ekologiczne i ochrona środowiska (art. 74).

Choć Fromm po raz kolejny podkreśla rolę samodzielnego działania człowieka, nie oznacza to, że prawo i państwo powinno zdystansować się od problemu bezpieczeństwa. Zapewnienie bezpieczeństwa stanowi podstawowy i konieczny warunek zawiązywania się organizacji państwowych, w sposób wyjątkowy podkreślany w teoriach umowy społecznej. Co istotne, ochrona człowieka pojmowana jest w nich szeroko, nie tylko jako bezpieczeństwo osobiste, ale przede wszystkim jako bezpieczeństwo poprzez prawo, umożliwiające pewne korzystanie z przysługujących mu praw i wolności<sup>45</sup>. Terminem, który współcześnie wyraża tę ideę jest

---

<sup>44</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 247.

<sup>45</sup> Szczególnie istotne są pod tym względem rozważania Johna Locke’a, który wskazywał, że samo formalne istnienie prawa i stanowiących je organów państwa nie jest wystarczającym warunkiem

pojęcie bezpieczeństwa prawnego, które Jadwiga Potrzeszcz proponuje rozumieć jako stan osiągniany przy pomocy prawa pozytywnego, strzegący dóbr życiowych w sposób możliwie całkowity i skuteczny<sup>46</sup>. Doniosły wydaje się podział autorki na bezpieczeństwo prawne w sensie obiektywnym oraz w sensie subiektywnym. Pierwsze oznacza sytuację, w której istotne dobra jednostki zabezpieczone są za pomocą środków prawnych oraz istnieje sprawny system gwarantujący skuteczność tych środków. Tego rodzaju bezpieczeństwo prawne funkcjonuje niezależnie od świadomości i wiedzy osób chronionych. Przykładem może być art. 927 § 2 k.c. stanowiący, że dziecko, które w chwili otwarcia spadku jest już poczęte, może być spadkobiercą pod warunkiem, że urodzi się żywe<sup>47</sup>. Innymi cechami charakteryzuje się bezpieczeństwo prawne rozumiane jako stan subiektywny. Oznacza ono poczucie bezpieczeństwa prawnego danego człowieka – w budowaniu i umacnianiu tego poczucia ważną rolę odgrywa świadomość podmiotu, który czuje się bezpiecznie pod rządami prawa. Co istotne, poczucie bezpieczeństwa prawnego może mieć racjonalne podstawy wynikające z rzetelnej wiedzy na temat treści, stosowania i wykładni prawa, ale może wynikać również z indywidualnego nastawienia adresatów prawa do stanowionych regulacji i organów prawodawczych<sup>48</sup>.

Oba wskazane sposoby rozumienia bezpieczeństwa, poprzez wzajemne uzupełnianie się, wspierają koncepcję wolności wyrażoną przez Fromma. Z rozważań badacza na temat okresów wzrostu i regresji suwerenności wynika, że nie wystarczy ogłosić jednostkę autorem wolności – jej autonomia zależy w dużym stopniu od stworzenia sytuacji, w której możliwe jest realizowanie własnej podmiotowości. Związek między wolnością a bezpieczeństwem nie jest relacją równościową. Chociaż spontaniczna wolność stanowi najbardziej efektywne źródło bezpieczeństwa, sama nie jest w stanie rozwinąć się w warunkach niepewności

---

bezpieczeństwa, jeśli mimo istnienia prawa, ci, którzy powinni je zabezpieczać, wyrządzają krzywdę obywatelom. Konieczne jest, aby prawo było sprawiedliwe i stosowane w dobrej wierze, ponieważ dopiero wtedy może sprawować „opiekę nad niewinnymi”. Jednocześnie Locke podkreślał dużą wagę zaufania, które powinno charakteryzować władzę i obywateli. J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 153.

<sup>46</sup> Tamże, s. 405.

<sup>47</sup> Zob. E. Skowrońska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 1995, s. 32.

<sup>48</sup> J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 273–274.

i bezsilności człowieka. Odpowiedzią na ten problem w realiach państwa demokratycznego może być koncepcja bezpieczeństwa prawnego. Pierwszy sposób jej rozumienia, odwołujący się do sensu obiektywnego, wskazuje na obecność regulacji, które powinny charakteryzować się pewnością prawa. Obecnie, do katalogu środków podporządkowanych temu pojęciu zalicza się przede wszystkim: jasność, jawność, określoność, rozpoznawalność, ciągłość, stabilność czy dostępność<sup>49</sup>. Kategorie te pełnią bardzo ważną rolę w budowaniu pewności, poczucia siły i indywidualizmu jednostki, tak akcentowanych przez Fromma. Pozwalają na korzystanie z przepisów w sposób niebudzący wątpliwości, ułatwiają egzekwowanie praw i ochronę wolności, a także dają możliwość przewidywania zachowań partnerów interakcji społecznych. Redukując wątpliwości jakie wiążą się z wykonywaniem i wykładnią prawa, sprawiają, że obywatele w o wiele większym stopniu polegają na sobie niż na autorytecie władzy. Wzmocnieniu ochrony jednostki nie służy jedynie pewność prawa pisanego, ale również liczne zasady takie jak ochrona praw nabytych, ochrona interesów w toku, *lex retro non agit* czy też nakaz ustanowienia odpowiedniej *vacatio legis*. Regulacje te mają doniosłe znaczenie w zakresie podejmowanych przez jednostkę działań, zwłaszcza majątkowych, umożliwiając jej przygotowanie się do nowej sytuacji. Pewność, że przepisy nie doprowadzą do pogorszenia się sytuacji obywateli z dnia na dzień, zachęca do aktywności i sprawczości, co stanowi dla Fromma ważny aspekt wolności. Jednocześnie poleganie na wskazanych regulacjach różni się od zanurzania się w autorytarnych więzach. Obywatel zachowuje możliwość swobodnego podjęcia decyzji o tym, w jaki sposób chce kształtować swą sytuację prawną w oparciu o zaufanie, że państwo będzie postępować zgodnie z zasadami państwa prawnego. Zaufanie to, odnoszące się do bezpieczeństwa prawnego w sensie subiektywnym, łączy się z tym, co Fromm pisze o tworzeniu się bardziej jakościowych, rzeczywistych i przejrzystych relacji obywateli z władzą. Zasada zaufania, będąca jedną z podstawowych zasad współczesnych demokracji, nie wskazuje na to, że jednostki z zasady powinny ufać państwu, lecz wydobywa obowiązek leżący po stronie państwa, by działało tak, aby chronić zaufanie obywateli. Obliguje

---

<sup>49</sup> Tamże, s. 408.

to władze m.in. do kształtowania prawa w ten sposób, aby nie ograniczać wolności obywateli, ustanowienia gwarancji realizacji praw czy stosowania jak najbardziej jednolitej wykładni<sup>50</sup>. Taki sposób dbałości o ochronę zaufania obywateli oraz kształtowania bezpieczeństwa prawnego, uwiadacznia, zaznaczaną przez Fromma, służebną rolę władzy wobec interesów i wolności jednostki.

## 5. Rola reguł i standardów w kształtowaniu wartości indywidualizmu i solidarności

Bezpieczeństwo prawne, które może być realizowane zarówno przez postulaty precyzyjnego, jasnego prawa jak i przez szereg ogólnych zasad, zwraca uwagę na kwestię formy tworzenia regulacji. Na to, że nie jest ona neutralna wobec wartości wskazują m.in. przedstawiciele *Critical Legal Studies*, zauważając, że, podobnie jak treść prawa, warunkują ją czynniki politycznie i ideologicznie. Problem ten podejmuje Duncan Kennedy, opisując dwa formalne rodzaje prawa jakimi są reguły i standardy oraz analizując konsekwencje dla wolności jednostek i społeczeństwa jakie wynikają z ich zastosowania<sup>51</sup>. Pierwsza metoda ujmowania prawa, posługująca się ścisłymi regułami, wspiera założenia indywidualizmu, etyki polegania na sobie oraz liberalizmu. W przekonaniu Kennedy'ego wynika to przede wszystkim z niemal mechanicznego trybu stosowania reguł, a co za tym idzie, możliwości skuteczniejszego ich urzeczywistnienia (*formal realizability*<sup>52</sup>). Termin ten, który badacz zaczerpnął od Rudolfa von Iheringa, oznacza stopień w jakim dana dyrektywa posiada cechę powtarzalnej reguły zdolnej do rządzenia<sup>53</sup>. Precyzyjnie ujęte i jasno zdefiniowane reguły, dzięki formalizmowi i arbitralności rozstrzygnięć, w o wiele większym stopniu niż ogólne zasady, pozwalają na egzekwowanie prywatnych interesów, wspierając wiarę we własne możliwości jednostki. Sytuacja, w której indywidualne podmioty są w stanie z góry przewidzieć decyzję danego organu, pozwala również na uwzględnienie jej w planowaniu swoich

<sup>50</sup> Tamże, s. 143.

<sup>51</sup> D. Kennedy, *Form...*, s. 1685–1778.

<sup>52</sup> Tamże, s. 1687.

<sup>53</sup> Tamże.

działań. Podane właściwości regul łączą się z przekonaniem Fromma, że wolność i bezpieczeństwo jednostki powinno stanowić efekt jej własnej sprawczości. Nie powinna zapewniać ich cudza ochrona, która zwalnia z odpowiedzialności za własny los i sprzyja rezygnacji z samodzielności w myśleniu i odczuwaniu. Reguły, dając możliwość realizacji jednostkowych interesów, a jednocześnie wywołując konieczność autonomicznego działania, wspierają tym samym Frommowski postulat wzmacniania indywidualizmu. Równie ważną kategorią co indywidualizm, jest dla badacza pojęcie „spontanicznej aktywności”, która stanowi w jego przekonaniu rozwiązanie problemu wzrastającej wolności<sup>54</sup>. Nie musi ona prowadzić do szukania nowej zależności, lecz może urzeczywistniać się w czynnym wyrażaniu osobowości człowieka, stanowiąc wolność pozytywną. Choć dla Fromma podstawowymi obszarami tej aktywności jest miłość i twórcza praca, wiara w sprawczość człowieka ma u badacza o wiele szersze i bardziej uniwersalne znaczenie. Wyraża się ona przede wszystkim w przekonaniu, że człowiek nie powinien pozostawać bierny w stosunku do rzeczywistości i własnej wolności. Jasno zdefiniowane reguły, dając dużą dozę pewności co do ich stosowania, pomagają jednostce wykonywać przysługujące jej uprawnienia, a tym samym urzeczywistniać swoją wolność na drodze samodzielnej aktywności.

Przeciwieństwem regul są standardy, które Kennedy, podobnie jak Dworkin, dzieli na zasady i wymogi polityki. Inaczej niż reguły, nie odnoszą się one do partykularnych interesów, lecz wspierają wspólnotowość, etykę troski i komunitaryzm. Są one wyrazem wartości wyznawanych w danym społeczeństwie, do których Kennedy zalicza m.in.: racjonalność, niesłuszne wzbogacenie i należyta staranność<sup>55</sup>. Pełnią bardzo ważną rolę w procesie orzekania, umożliwiając sądom dostosowywanie prawa do tego, co uznawane jest za słuszne orzeczenie, zarówno z punktu widzenia stron jak i dobra powszechnego. Jak wskazuje Kennedy, altruizm wyrażający się poprzez standardy, neguje sędziowskie prawo do stosowania regul bez oglądania się przez ramię na skutki swoich decyzji<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> E. Fromm, *Ucieczka...*, s. 241–247.

<sup>55</sup> D. Kennedy, *Form...*, s. 1688.

<sup>56</sup> Tamże, s. 1773.

Istotą altruizmu jest zdaniem badacza wiara, że nikt nie powinien w sposób skrajny przedkładać własnego interesu nad preferencje innych. Altruizm zakłada poświęcenie, dzielenie się oraz bycie miłosiernym<sup>57</sup>. Aksjologia, kryjąca się za formą stanowienia prawa jaką są standardy, pozwala na refleksję dotyczącą relacji pomiędzy wolnością a indywidualizmem jednostki a jej funkcjonowaniem we wspólnocie. Kennedy wskazuje na fundamentalną sprzeczność polegającą na tym, że związki z innymi są zarówno konieczne dla, jak i nie do pogodzenia z wolnością. Rozbieżność tę wydobywa również inny przedstawiciel *Critical Legal Studies*, Roberto Unger, pisząc, że jednostki z jednej strony odczuwają potrzebę akceptacji przez innych, z drugiej przeżywają niepokój, a niekiedy nawet strach przed instrumentalnym traktowaniem przez członków danej wspólnoty. Społeczeństwo jest dla niego „strefą podwyższonej wzajemnej wrażliwości”, prawo powinno natomiast dążyć do zrozumienia społecznych postaw i zachowań<sup>58</sup>. W dyskusję na temat możliwości realizacji jednostkowej wolności w społeczeństwie wpisuje się również Fromm. Podobnie jak Kennedy i Ungier nie podważa on społecznego charakteru jednostki, wskazując, że człowiek w społeczeństwie może, ale nie musi pozostawać z nim w konflikcie. Według badacza jednostkowa wolność powinna łączyć się z wartościami solidaryzmu i wspólnotowości, które są z kolei możliwe do urzeczywistniania w procesie stosowania standardów. Konstytucyjne zasady polskiego prawa takie jak zasada państwa prawnego, niezawisłości sądów, poszanowania godności, niedyskryminacji czy równości służą z jednej strony ochronie pojedynczego podmiotu, z drugiej zaś pozwalają na godzenie interesów jednostek z uprawnieniami innych. Zasady, dzięki temu, że nie mogą być stosowane automatycznie i podlegają ciągłemu waznieniu, w dużo mniejszym stopniu niż reguły narażone są na instrumentalne traktowanie przez adresatów i wykonawców prawa. Razem z wymogami polityki wskazują kierunki postępu i argumentacji w zakresach doniosłych z punktu widzenia całej zbiorowości, budując tym samym tak ważną dla Fromma, wspólnotę ideową. Co ważne, ocena partykularnych dążeń i uprawnień przez pryzmat wartości doniosłych

<sup>57</sup> Tamże, s. 1714.

<sup>58</sup> J. Cabaj, *Critical Legal Studies a liberalna koncepcja prawa*, IN 2013, nr 3, s. 23.



dla danego społeczeństwa, pozwala na ochronę zarówno zbiorowych interesów jak i samych jednostek. Widać to szczególnie w przepisach, które zbliżają się do zasad poprzez zastosowanie pojęć nieostrych („nie-dbały”, „uzasadniony”, „istotny”) czy klauzul generalnych. Do tych ostatnich należą m.in. zasada współżycia społecznego (np. art. 5, 58 § 2, art. 65 § 1, art. 140, 354, 412 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm. – dalej: k.c.; art. 56 § 2, art. 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 2015 r. poz. 2082 ze zm. – dalej: k.r.o.; art. 8 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.), dobra wiara (np. art. 7, 224–228 k.c.; art. 478 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.), czy ważne powody (art. 447 k.c.; art. 4, 6 § 1, art. 30 § 2, art. 40 k.r.o.)<sup>59</sup>. Dają one możliwość oceny interesu społecznego i partykularnego, jednocześnie chroniąc jednostkę w przypadku, gdy automatycznie stosowana reguła byłaby niesprawiedliwa i niesłuszna.

## 6. Inflacja prawa jako przykład więzi autorytarnej

Potrzeba człowieka do wchodzenia w więzy zależności ujawnia niebezpieczną rolę „magicznych pomocników”, na które jednostka ceduje swoją wolność. W narracji Fromma należą do nich przede wszystkim narzędzia kontroli państwa totalitarnego takie jak wódz czy ideologia, ale również mechanizmy rządzące współczesnymi demokracjami, jak opinia publiczna i parlament. Wspólną właściwością wskazywanych przez badacza autorytetów i systemów światopoglądowych jest odebranie jednostkom ciężaru odpowiedzialności i samodzielnego myślenia jaki wiąże się z wolnością. Pełnią one rolę przewodników, którzy wskazują drogi postępowania i rozumowania w zamian za gwarancję bezpieczeństwa i ochrony. Cecha ta wydaje się szczególnie znamienne w kontekście rozważań nad prawem. Prawo, stanowiąc zbiór porządkujących rzeczywistość norm, ukierunkowuje jednostkowe i społeczne zachowania we wszystkich kluczowych obszarach życia. Wspierane przez takie zasady jak: bezpieczeństwo prawne, pewność prawa

<sup>59</sup> R. Piszko, *Odeślania, klauzule generalne, luzy decyzyjne*, RPEiS 2001, nr 1, s. 223–224.

czy ochrona wolności bardzo często staje się narzędziem kierującym większością ludzkich działań w sferze publicznej, ale także prywatnej. Pojęciem opisującym ten problem stał się termin jurydyzacji życia społecznego czy, nawiązujący do ekonomicznej nomenklatury, inflacji prawa. Jak wskazuje Janusz Kochanowski, polega ona na regulacji przez ustawodawcę niemal każdej dziedziny życia, tak, jakby bez tego nie mogło się ono normalnie rozwijać i tak, jakby przed tą regulacją się nie rozwijało. Oznacza wszechobecność prawa w społeczeństwie, które, zgodnie ze słowami Jürgena Habermasa, zostało skolonizowane przez przepisy<sup>60</sup>. Tak duża ekspansja prawa nie może pozostać bez wpływu na rozwój i zachowania jednostek. Sytuacja, w której normy prawne stanowią instrukcję wyznaczającą postępowanie w każdym istotnym obszarze działania znacznie ogranicza wolną wolę ich adresatów. Prawo staje się, opisanym przez Fromma, „magicznym pomocnikiem”, kierującym nie tylko zewnętrznymi przejawami aktywności jednostki, ale także jej moralnością i systemem wartości. Przejmuje cechę, która według badacza powinna być zarezerwowana wyłącznie dla człowieka, a więc sprawczość. Totalizm prawa może prowadzić do podobnych konsekwencji jak despotyczne rządy czy ideologia. Następuje przeniesienie ciężaru odpowiedzialności i podejmowania decyzji z jednostki na prawo, co rodzi przekonanie, że tylko zewnętrzne regulacje mogą skutecznie pokierować działaniem człowieka. Zamiast wspierać, postulowane przez Fromma, idee indywidualizmu i autonomii, prawo staje się tym, co skłania ku podporządkowaniu oraz zawierzaniu zewnętrznym autorytetom, ograniczając samodzielne myślenie jednostki.

Niebezpieczeństwa związane z inflacją prawa nie są tylko uleganiem bezosobowym zasadom i wartościom. Pozornie anonimowy i bezstronny autorytet prawa uwikłany jest w strukturę i politykę władzy, która za jego pomocą realizuje określone cele. Zwraca na to uwagę Kochanowski, łącząc proces jurydyzacji życia ze współczesnym nasileniem się interwencjonizmu państwowego, jaskrawo widocznym w systemach totalitarnych (czego przykładem jest „ustawowe bezprawie” III Rzeszy Niemieckiej), ale również liberalnych. Teoretycznym uzasadnieniem tego zjawiska jest pozytywistyczne

---

<sup>60</sup> J. Kochanowski, *Deregulacja jako pierwszy etap reformy systemu tworzenia prawa* [w:] *Wymiar sprawiedliwości i legislacja*, „Ius et Lex” 2005, nr 1, s. 216.

przekonanie, że prawo sprowadza się do prawa państwowego. Jeśli poza nim nie istnieją inne prawa, zrozumiałe jest, że musi obejmować wszystkie sfery życia tak, by nie pozostawiać miejsca na reguły, które wynikają ze społecznych interakcji czy moralności<sup>61</sup>. Interwencjonistyczne podejście do tworzenia nowych regulacji wiąże się z przekonaniem, że da się racjonalnie zarządzać społeczeństwami za pomocą prawa w celu jego doskonalenia czy realizacji określonych postulatów. Prawo staje się w ten sposób narzędziem kontrolującym i dyscyplinującym ludzi, nie pozwalającym na, mówiąc językiem Fromma, spontaniczną realizację wolności. Regulacje, które powinny określać niezbędną sferę wolności, w rzeczywistości prowadzą zatem do podważania zasady państwa prawnego, zgodnie z którą obywatel może robić wszystko, co nie jest zakazane, a organy państwa mogą działać wyłącznie na podstawie przepisów prawnych<sup>62</sup>. W sytuacji, gdy liczba norm jest zbyt duża, jednostka niemal ciągle zmuszona jest do funkcjonowania w przestrzeni publicznej i narażona na oddziaływanie organów państwowych. Niezależnie od tego czy ma do czynienia z normami wyrażającymi zakaz czy dozwolenie, obowiązuje ją określony reżim i tryb postępowania, który ogranicza możliwość swobodnego kształtowania własnej sytuacji w świecie. Jak podkreśla Kochanowski, nadmiar regulacji prowadzi do zakłócenia potrzebnej symbiozy, jaka powinna występować między prawem państwowym, a regulującym różne sfery życia codziennego pierwotnym, *interactional law*. Pojęcie to, które badacz zaczerpnął od Lona Fullera, odnosi się do prawa zwyczajowego rozumianego jako wytwór komunikacji i interakcji między ludźmi. Podobnie jak Fromm, Fuller wydobywa wartość decentralizacji, wskazując, że prawo powinno być rozumiane szeroko – nie tylko jako normy regulujące systemy prawne państw i narodów, lecz również mniejszych struktur takich jak związki zawodowe, kluby towarzyskie czy też organizacje naukowe<sup>63</sup>. Choć struktury te funkcjonują bardzo często w oparciu o odgórnie nadane prawo, dużą rolę pełni w nich prawo zwyczajowe. Siła tego ostatniego tkwi w tym, że nie stanowi oficjalnego produktu uchwalania, lecz jest kształtowane na bazie potrzeb

---

<sup>61</sup> Tamże.

<sup>62</sup> J. Kochanowski, *Chrońmy życie przed nadmiarem prawa*, [http://www.kochanowski.pl/pub\\_chronmy.html](http://www.kochanowski.pl/pub_chronmy.html), 4.03.2016.

<sup>63</sup> L.L. Fuller, *Human Interaction and the Law*, AJJ 1969, nr 1.

i doświadczeń życia społecznego. Z chwilą, gdy prawo pozytywne ingeruje zbyt silnie w sferę komunikacji międzyludzkiej, dochodzi do zakłócenia rozwoju tych interakcji, a nawet do rozminięcia oczekiwań i wartości danej wspólnoty z wymogami oficjalnej ideologii<sup>64</sup>. Taka sytuacja wpływa negatywnie na możliwości swobodnej ekspresji własnej autonomii, jak również ogranicza przestrzeń samoorganizacji, tak silnie akcentowaną przez Fromma.

Negatywne skutki jurydyzacji widać wyraźnie nie tylko w oparciu o kurczącą się sferę prywatnej wolności. Dotykają one w pierwszym rzędzie jakości samego prawa, którego nadmiar grozi niespójnością, niestabilnością i wieloznacznością. Jak podają statystyki, w 2015 r. w Polsce weszły w życie łącznie 29843 strony maszynopisu nowego prawa (o 16% więcej niż w 2014 r.), co skłania do mówienia już nie o tworzeniu norm, lecz o ich produkcji<sup>65</sup>. W obliczu tak wielkiej liczby regulacji problemem staje się nie tylko kontrola spójności nowych norm z już obowiązującymi, ale również ich merytoryczna wartość, rozmywanie się odpowiedzialności za ich wprowadzanie czy też brak sprawnej egzekucji. Jest to sytuacja bardzo niekorzystna dla adresatów prawa, budząca w nich niepewność co do własnego położenia prawnego, a także powodująca utratę zaufania wobec norm i organów władzy. Dla Fromma tego rodzaju kryzys niesie poważne skutki w sferze wolności – utrata bezpieczeństwa i poczucie niepewności są, jak już wspomniano, tymi czynnikami, które popychają jednostkę do szukania silnych autorytetów. Do równie znaczących należy także przekonanie o własnej niemocy oraz utrata wiary w skuteczność działania. Zbyt skomplikowane i często zmieniane prawo jest barierą do rozpoczynania działalności gospodarczej, utrudnia egzekwowanie własnych praw i znacząco ogranicza inicjatywę społeczną, przyczyniając się do alienacji jednostki. Przekonanie wśród klasyków myśli społecznej (m.in. Hobbesa<sup>66</sup>), ale również wielu współczesnych ustawodawców, że prawo stanowi kluczowy mechanizm regulacji życia, a jego przedmiotem może być w zasadzie wszystko, zostaje w refleksji Fromma nadwre-

<sup>64</sup> J. Kochanowski, *Deregulacja...*, s. 217.

<sup>65</sup> *Barometr stabilności otoczenia prawnego w Polsce – jak wiele aktów prawnych weszło w życie w poszczególnych latach?*, <http://barometrprawa.pl/#boxaboutfirst>, 3.04.2016.

<sup>66</sup> K. Palecki, *Prawoznawstwo – zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Warszawa 2003, s. 161–162.

zone. Wiara w to, że każdy problem społeczny da się rozwiązać poprzez wprowadzenie i egzekwowanie norm, zastąpiona jest u badacza opinią, że ludzie, poprzez spontaniczną realizację własnej wolności, są w stanie sami stworzyć prawidłowo funkcjonujące, zdrowe społeczeństwo.

## 7. Wnioski

Pojęcie totalitaryzmu, choć związane ściśle z dwudziestowiecznymi narodzinami ideologii faszystowskiej, od dawna<sup>67</sup> nie stanowi wyłącznie skojarzenia z historycznym doświadczeniem. Charakterystycznym rysem dyskusji nad totalitaryzmem jest łączenie badań nad okolicznościami narodzin ideologii faszystowskiej z uniwersalną refleksją dotyczącą ludzkiej kondycji. Duża zasługa w upowszechnieniu takiej perspektywy leży po stronie Erica Fromma, dla którego motyw jednostki wobec systemu, problematyka tłumienia indywidualizmu czy konfliktu między bezpieczeństwem a wolnością stanowią nie tyle uzupełnienie rozważań o totalitaryzmie, co punkt wyjścia do znacznie szerszej refleksji. Zwrócenie uwagi na konsekwencje jakie pociąga za sobą rezygnacja z wolności niesie ze sobą praktyczną wagę, która dla autora „Zdrowego społeczeństwa” oznaczała starania na rzecz wzmacniania podmiotowości i indywidualizmu jednostki oraz całych społeczeństw.

Zdaniem autorki niniejszego artykułu diagnoza badacza mówiąca o tym, że ludzi cechuje uniwersalny lęk przed wolnością stanowi wartość również i dziś, dostarczając współczesnym systemom wzoru prawnej ochrony wolności. Ochrona ta może uwzględniać zarówno etap tworzenia prawa, jak również sam sposób formułowania przepisów czy ich wykładnię. Tym, co

---

<sup>67</sup> Dyskusja nad potencjałem faszystowskim doprowadziła wręcz, szczególnie na przełomie lat 60. i 70., do inflacji pojęcia faszyzmu. Zwłaszcza we Francji, w środowiskach powiązanych z kontrkulturą oraz wśród teoretyków odwołujących się do nich, bardzo popularne czy nawet „modne” stało się posługiwanie tym pojęciem na określenie różnorodnych zjawisk czy instytucji takich jak rządy de Gaulle’a lub oddziały *Compagnies Républicaines de Sécurité*. Na problem inflacji terminu faszyzm zwracał uwagę m.in. Michel Foucault. Jednocześnie w swojej przedmowie do anglojęzycznego wydania *Anty-Edypa* Deleuze’a i Guattariego wskazywał na istnienie zarówno faszyzmu historycznego wywodzącego się od Hitlera i Mussoliniego jak i tego, który tkwi w nas i przenika nasze myśli i zachowania. Każę nam kochać władzę oraz pragnąć tego, co nas zniewala i wyniszcza. M. Herer, *Faszyzm daje do myślenia. Przedmowa do wydania polskiego* [w:] *Osobowość autorytarna*, Warszawa 2010, s. XII; M. Foucault, *Preface* [w:] *Anti-Oedipus. Capitalism and Schizophrenia*, London 1977, s. XII–XIII.

stanowi zdaniem Fromma jedną z najpoważniejszych przyczyn ulegania zewnętrznym siłom, jest alienacja jednostki. Poczucie odizolowania i niemocy w sposób szczególny ujawnia się w systemach demokratycznych, na co uwagę zwracali już tacy poprzednicy Fromma jak Alexis de Tocqueville czy John Stuart Mill. Podobnie jak wskazani myśliciele, niemiecki badacz dostrzega problem iluzoryczności prawa wyborczego i ograniczania aktywności społecznej obywateli, wskazując, że głos jednostki nie stanowi skutecznego aktu woli. Możliwość faktycznego wpływania na rzeczywistość są poważnie zagrożone poprzez, wydobywaną przez Tocqueville'a i akcentowaną przez Fromma, tyranię większości<sup>68</sup> czy maszyny warunkujące takie jak opinie ekspertów. Skutkuje to, z jednej strony wzrostem bezsilności jednostki, z drugiej zaś przenoszeniem odpowiedzialności za podejmowanie decyzji na potężne struktury polityczne. Na sytuację tę kluczowy wpływ ma prawo, które, gdy jest traktowane jako narzędzie zewnętrzne wobec jednostki i zmuszające ją do posłuszeństwa, przyczynia się do pogłębiania alienacji. Zmiana tej percepcji pozwala na skuteczne wzmacnianie aktywności i poczucie znaczenia jednostek. Uwypukła to m.in. Habermas, którego łączy z Frommem wskazywanie na potrzebę angażowania obywateli w życie społeczne oraz wydobywanie wartości komunikacji. Jest to możliwe poprzez prawo cechujące się dialogicznością i otwartością. W praktyce może oznaczać udział jednostek w wykładaniu oraz stosowaniu prawa poprzez zwiększanie czynnika społecznego w sądach, tworzenie kilk osobowych składów sędziowskich, instytucję publicznego wysłuchania czy konsultacje społeczne. Te ostatnie powinny cechować dialog między władzą a obywatelami, polegający na możliwości wygłaszania opinii przez jednostki, prawem do modyfikacji projektów aktów prawnych i uzyskania informacji na temat wdrożonych zmian. Prawo, które w ten sposób angażuje swoich adresatów, jest w stanie wzmacniać ich poczucie sprawczości i zachęcać do, tak wydobywanego przez Fromma, korzystania z własnej wolności. Ważnym elementem tak kształtowanego prawa jest zbieżność z przeżyciami psychicznymi jego adresatów. Zbyt doniosłe różnice między prawem pozytywnym a intuicyjnym mogą skutkować duchową izolacją obywateli, która w refleksji Fromma jest czynnikiem skłaniającym

<sup>68</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tłum. B. Janicka, M. Król, Warszawa 2005, s. 402.

jednostkę do poszukiwania zależności i odnajdywania jedności w relacji z autorytetem. Danie jednostkom możliwości realnego wpływu na proces stanowienia prawa pozwala na ograniczenie tego zagrożenia. Stąd duża rola instrumentów demokracji bezpośredniej takich jak: referendum, obywatelska inicjatywa ustawodawcza czy weto ludowe, które pozwalają na konkretyzację procesu podejmowania decyzji oraz większą realizację jednostkowej woli. Zadaniem prawa powinno być zwiększanie skuteczności wskazanych form sprawowania władzy między innymi poprzez uszczegółowienie sytuacji, które są podstawą do ich przeprowadzenia czy wprowadzenie efektywnych instrumentów gwarantujących realizację podjętych decyzji. Symptomatyczna rola we wzmacnianiu głosu obywateli należy do nowych systemów i ruchów rozwijających się w dobie epoki informacji. *Liquid Democracy* i związane z nią Partie Piratów swój cel zmaksymalizowania udziału jednostek w sprawowaniu władzy realizują przede wszystkim w Internecie. Wybór takiej przestrzeni wskazuje na zupełnie nowe podejście do sprawowania władzy – podejmowanie decyzji przestaje być ograniczone takimi czynnikami jak czas i lokalizacja, stając się stale dziejącym się procesem. Do pierwszorzędnych wartości należą decentralizacja i globalność. Zasady funkcjonowania *Liquid Democracy* zmieniają potoczne rozumienie polityki, która nie jest już traktowana jako obszar wpływów najsilniejszej grupy ludzi. Polityka w ujęciu demokracji płynnej staje się raczej przestrzenią egalitarną, angażującą jak największą liczbę ludzi na jak najdłuższy czas.

Czynnikiem, który pozwala na wzmacnianie aktywności i sprawczości jednostek jest bezpieczeństwo prawne. Diagnoza Fromma jednoznacznie wskazuje na zasadniczą rolę bezpieczeństwa jako tej potrzeby, która sprawia, że jednostka jest skłonna ulec każdej zależności gwarantującej ochronę. Podobną refleksję można odnaleźć w teoriach umów społecznych, między innymi Thomasa Hobbesa, dla którego upodobanie do komfortu i potrzeba bezpieczeństwa są główną przyczyną, dla której ludzie decydują się na absolutystyczne rządy suwerena<sup>69</sup>. Jest to również mechanizm, który został skutecznie wykorzystany przez władzę totalitarną, która, w zamian za podporządkowanie się państwu, miała

---

<sup>69</sup> T. Hobbes, *Leviatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1954, s. 109.

redukować zagrożenia, jakie wiążą się z odpowiedzialnością i samodzielnością. Tym, co pozwala na realizację własnej wolności bez odwoływania się do opieki wszechwładnego autorytetu jest koncepcja bezpieczeństwa prawnego. Obecność regulacji charakteryzujących się pewnością oraz zasad takich jak ochrona interesów w toku czy *lex retro non agit*, redukuje wątpliwości jakie wiążą się ze stosowaniem i wykładnią prawa. Tym samym ułatwiają one jednostce egzekwowanie uprawnień, zachęcają do społecznej i politycznej aktywności, a także sprawiają, że obywatele w o wiele większym stopniu niż na autorytecie władzy, polegają na własnym osądzie. Zastrzeżenia mogą budzić natomiast propozycje wprowadzenia podmiotowego prawa do bezpieczeństwa, które mogłoby przerodzić się w uprawnienie państwa do nieograniczonej „produkcji bezpieczeństwa”. Jest to niebezpieczna perspektywa, skłaniająca jednostki do przerzucania odpowiedzialności za kreowanie własnej sytuacji na zewnętrzny podmiot. Szerszym zjawiskiem, pociągającym za sobą tego rodzaju skutki, jest inflacja prawa. Sytuacja, w której dokonuje się jurydyzacji niemal każdego aspektu życia sprawia, że prawo staje się narzędziem dyscyplinującym, roszczącym sobie pretensję do racjonalnego zarządzania społeczeństwem. Jednocześnie wpływa negatywnie na symbiozę, jaka powinna występować między prawem pozytywnym a *interactional law* – opartym na postulowanej przez Fromma komunikacji. Tym, co obok treści i zakresu prawa ma znaczenie dla kształtowania postaw społecznych jest forma tworzonych regulacji. Precyzyjnie ujęte reguły mogą być stosowane niemal mechanicznie, a ich najbardziej znamioną cechą jest formalna możliwość ich urzeczywistnienia. Dzięki tym właściwościom pełnią bardzo ważną funkcję w budowaniu indywidualizmu jednostki i jej wiary we własne możliwości. Realizacja jednostkowej wolności, wnioskowana przez Fromma, spotyka się w jego myśli z dbałością o tworzenie solidarnego społeczeństwa. Wsparcie dla reguł, których automatyzm może prowadzić do konfliktów między interesami jednostek, stanowią zasady, umacniające etykę troski i komunitaryzmu.



## Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki wolności pojawiającej się w myśli Ericha Fromma poprzez odniesienie jej do współczesnego kształtowania prawa i pozycji jednostki w systemie demokratycznym. Za podstawę rozważań przyjęto tezę badacza wskazującą, że lęk człowieka przed wolnością i indywidualizmem stał się główną przyczyną rozwoju dwudziestowiecznych totalitaryzmów. Zdaniem autorki, diagnoza Fromma oraz wydobyte przez niego zagrożenia autonomii, mogą stanowić wzór ochrony wolności również we współczesnym systemie prawnym. Artykuł zawiera analizę mechanizmów i rozwiązań prawnych, dzięki którym możliwe jest wzmacnianie indywidualnej sprawczości i pozycji jednostki w demokracji. Akcentuje również niebezpieczeństwa, jakie dla wolności niesie współczesne myślenie o prawie, takie jak nadmierna juralizacja życia. Istotną częścią artykułu jest zbadanie poruszanych problemów z perspektywy regulacji zastosowanych w polskim systemie prawnym, a także zwrócenie uwagi na nowe ponadpaństwowe zjawiska i ruchy takie jak *Liquid Democracy* i Partię Piratów.

**Słowa kluczowe:** wolność, jednostka, demokracja, prawo, indywidualizm

## **The ideas of Erich Fromm as a formula of legal protection of liberty**

### **S u m m a r y**

The aim of the study is to examine the issue of liberty which appears in Erich Fromm's concept by referring it to the present development of law and the position of an individual in a democratic system. The starting point for the article is Fromm's thesis that the fear of freedom and individualism are the main causes for the rise of the 20th century totalitarianism. Universality of this diagnosis allows the author to conclude that it can be a pattern of a legal protection of liberty at present. The article analyzes legal mechanisms and solutions which allow to strengthen the individual's position in a democracy and express its independence. It also examines a modern tendency in law-making to regulate almost every part of people's lives which is a serious threat to freedom. The article focuses on the analysis of Polish regulations as well as new supranational phenomena and movements such as Liquid Democracy and Pirate Parties.

**Keywords:** liberty, individual, democracy, law, individualism

**Ewa Obiedzińska,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: ewa.obiedzinska@wp.pl.

## WYCZERPANIE PRAWA AUTORSKIEGO W ŚRODOWISKU INTERNETOWYM

## 1. Wstęp

Banalne jest stwierdzenie, że rozwój nowoczesnych technologii stanowi ogromne wyzwanie dla wielu klasycznych instytucji prawa autorskiego. W związku z możliwością dokonywania obrotu cyfrowymi kopiami utworów w Internecie doktryna i judykatura skonfrontowane zostały również z pytaniem o dopuszczalność zastosowania konstrukcji wyczerpania prawa w przypadku tego rodzaju transakcji<sup>1</sup>. Odpowiedź na nie wymaga starannego wyważenia interesów podmiotów praw autorskich, dla których rozwój środowiska cyfrowego stanowi przyczynę naruszania ich praw na niespotykaną dotąd skalę, oraz nabywających w Internecie różnego rodzaju treści, którym na skutek wielu zabezpieczeń, stosowanych w odniesieniu do utworów utrwalonych w postaci niematerialnej, przysługują w praktyce często mniejsze prawa niż nabywcom materialnych egzemplarzy utworów. Rozstrzygnięcie tej kwestii musi ponadto znaleźć oparcie w normatywnych ramach, które obecnie tworzone są w zasadniczej części przez unijne dyrektywy oraz konwencje międzynarodowe. Przedmiot rozważań w niniejszym artykule stanowić będzie przede wszystkim kontrowersyjna kwestia dopuszczalności ekstrapolacji rozstrzygnięcia TS w sprawie *UsedSoft*<sup>2</sup> na rodzaje utworów inne niż programy komputerowe.

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, e-mail: m.gil@student.uw.edu.pl.

<sup>1</sup> Zgodnie z szacunkami Juniper Research wartość rynku treści cyfrowych ma osiągnąć 154 mld dolarów w roku 2019, <https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/online-gaming-fuels-150bn-digital-content-market>, 6.12.2016.

<sup>2</sup> Wyrok TS z dnia 3 lipca 2012 r., C-128/11, *UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp.* (EU:C:2012:407) – dalej: wyrok w sprawie *UsedSoft*.

## 2. Podstawowe cechy instytucji wyczerpania prawa autorskiego

Istotę instytucji wyczerpania prawa stanowi wygaśnięcie prawa do korzystania z utworu na polu wprowadzenia do obrotu w stosunku do tego egzemplarza (kopii), który został wprowadzony do obrotu przez uprawnionego lub za jego zgodą<sup>3</sup> (podkreślenia wymaga, iż wyczerpanie, w swoim klasycznym kształcie, ogranicza się tylko do tego pola eksploatacji<sup>4</sup>). W innym przypadku właściciel rzeczy, która inkorporuje utwór, musiałby za każdym razem uzyskiwać zgodę podmiotu praw autorskich na jej zbycie. Byłoby ekonomicznie nieuzasadnione, gdyby uprawniony z tytułu prawa autorskiego mógł czerpać dodatkowe korzyści w związku z każdym dalszym rozporządzeniem takim przedmiotem w sytuacji, gdy stosowne wynagrodzenie uzyskać powinien już podczas pierwszego wprowadzenia go do obrotu. Co więcej, w znacznym stopniu zahamowany zostałby obrót takimi przedmiotami.

Zasada ta wywodzi się z orzecznictwa niemieckiego (*Erschöpfungsgrundsatz*<sup>5</sup>) i amerykańskiego (*first sale doctrine*<sup>6</sup>). Na poziomie wspólnoto-

<sup>3</sup> T. Targosz [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, s. 771.

<sup>4</sup> W wyroku z dnia 18 marca 1980 r., 62/79, *Coditel przeciwko Ciné Vog Films* (EU:C:1980:84) TS wykluczył zastosowanie konstrukcji wyczerpania prawa do komunikowania publicznego, a w wyroku z dnia 17 maja 1988 r., 158/86, *Warner Brothers Inc. i Metronome Video ApS przeciwko Erikowi Vüffowi Christiansonowi* (EU:C:1988:242) do prawa najmu egzemplarzy utworów; w przypadku tych pól eksploatacji jest bowiem zupełnie naturalne, że podmioty uprawnione pobierają każdorazowo wynagrodzenie za korzystanie z utworu. W tym miejscu chciałbym zaznaczyć, iż w niniejszym opracowaniu konsekwentnie posługiwac się będę (oczywiście z wyłączeniem cytatów) pojęciem „komunikowania publicznego” (ang. *communication to the public*, niem. *öffentliche Wiedergabe*) w miejsce błędnego nazewnictwa przyjętego w polskim tekście dyrektywy 2001/29, gdzie mowa jest o „udostępnieniu publicznym”; mylące jest także określenie „publiczne rozpowszechnianie” (ang. *distribution*, niem. *Verbreitung*) zawarte w art. 4 ust. 1 dyrektywy 2001/29, które zastąpię terminem „wprowadzenie do obrotu” (terminologia ta lepiej oddaje istotę tych pól eksploatacji oraz zbieżna jest polskim tłumaczeniem Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim, sporządzonego w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 3, poz. 12), gdzie jednak mowa jest o „publicznym komunikowaniu”); por. K. Wojciechowski, *Pojęcie komunikowania publicznego utworu w prawie autorskim* [w:] *Oblicza prawa cywilnego. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Błaszynskiemu*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2013, s. 616 i n.

<sup>5</sup> H. Redeker, *Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt*, CR 2012, nr 2, s. 74; za przelomowy uznaje się wyrok Sądu Rzeszy (niem. *Reichsgericht*) z dnia 16 czerwca 1906 r., I 5/06 (RGZ 1908, nr 63, s. 394); historia rozwoju instytucji wyczerpania została szczegółowo omówiona przez P. Mezei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas: Exhaustion in the Online Environment*, JIPITEC 2015, nr 6, s. 23 i n.

<sup>6</sup> Por. D.K. Gęsicka, *Copyright law beyond borders? Evolution of the first sale doctrine in the copyright legal system – the American and Canadian case study*, ZNUJ 2016, z. 131, s. 151–159; po raz pierwszy w wyroku Sądu

wym wywiedziona została z traktatów europejskich przez TS w latach 70. XX wieku jako nieodłączny element zasady swobodnego przepływu towarów<sup>7</sup>.

Ze względu na terytorialny zasięg wyczerpania prawa wyróżnić można<sup>8</sup>:

- wyczerpanie krajowe – ograniczające się jedynie do terytorium danego państwa;
- wyczerpanie „wspólnotowe” – obejmujące terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
- wyczerpanie międzynarodowe – odnoszące się do innych niż „wspólnotowe” ponadnarodowych modeli wyczerpania prawa (uznane przez TS za niezgodne z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz.Urz. WE L 167 z dnia 22 czerwca 2001 r., s. 10 – dalej: dyrektywa 2001/29<sup>9</sup>).

Na poziomie krajowym instytucja wyczerpania uregulowana została w art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 666 ze zm.) – dalej: pr. aut.: „Wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia”. Przepis ten stanowi implementację art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29 („Prawo do rozpowszechniania na obszarze Wspólnoty oryginału lub kopii danego utworu wyczerpuje się tylko w przypadku pierwszej sprzedaży danego przedmiotu lub innego przeniesienia własności na obszarze Wspólnoty przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem”) oraz art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia

---

Najwyższego USA w sprawie *Bobbs-Merrill Company przeciwko Isidorowi Strausowi i Natanowi Strausowi* (U.S. 1908, nr 210, s. 339).

<sup>7</sup> Wyrok TS z dnia 8 czerwca 1971 r., 78/70, *Deutsche Grammophon przeciwko Metro SB* (EU:C:1971:59).

<sup>8</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 179–181; M.M. Walter, L. Riede [w:] *European Copyright Law. A Commentary*, red. M.M. Walter, S. von Lewinski, Oksford 2010, s. 1005.

<sup>9</sup> Wyrok TS z dnia 12 września 2006 r., C-479/04, *Laserdisken ApS przeciwko Kulturministeriet* (EU:C:2006:549).

23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.Urz. UE L 111 z dnia 5 maja 2009 r., s. 16) – dalej: dyrektywa 2009/24 („Pierwsza sprzedaż na terytorium Wspólnoty kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Wspólnoty tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii”). Przepisy te mają charakter jedynie klaryfikacyjny<sup>10</sup>, gdyż, jak wskazano powyżej, instytucja wyczerpania wywiedziona została przez Trybunał w Luksemburgu z przepisów traktatowych.

Wystąpienie skutku wyczerpania prawa uzależnione jest od spełnienia następujących przesłanek (co warte podkreślenia, w odniesieniu do konkretnego egzemplarza utworu):

1. istnienie oryginału lub egzemplarza utworu;
2. wprowadzenie go do obrotu (a zatem zgodnie z art. 6 pkt 6 pr. aut. publiczne udostępnienie oryginału albo egzemplarza utworu drogą przeniesienia ich własności dokonanego przez uprawnionego lub za jego zgodą<sup>11</sup>);
3. na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Dopuszczalność zastosowania konstrukcji wyczerpania prawa w stosunku do niematerialnych egzemplarzy utworów odrzucana była przez większość doktryny ze względu na niewypełnienie pierwszej z wymienionych przesłanek<sup>12</sup>. W środowisku cyfrowym nie da się bowiem wskazać konkretnego materialnego egzemplarza utworu (a jedynie nośnik, na którym jest zapisany). Niezwykle istotna jest także okoliczność, iż w przypadku

---

<sup>10</sup> M.M. Walter, L. Riede [w:] *European...*, s. 1001.

<sup>11</sup> Por. krytyczne uwagi co do treści art. 6 pkt 6 pr. aut. (w szczególności niezgodnego z prawem unijnym wymogu udostępnienia oryginału albo egzemplarza utworu): T. Targosz [w:] *Prawo...*, s. 773.

<sup>12</sup> Por. P. Podrecki, *Konstrukcja wyczerpania prawa w PrAut i możliwość jej zastosowania w obrocie utworami w Internecie*, MoP 2002, nr 24 (dodatek), s. 7; J. Barta, M. Markiewicz [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2001, s. 413; J. Barta, R. Markiewicz, *Z perspektywy legalnego dysponenta programu komputerowego*, ZNUJ 2012, z. 4, s. 30 wraz z powołowaną literaturą oraz K. Szobryn, *Ochrona programów komputerowych w prawie własności intelektualnej w Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 154–155 i powoływane przez nią pozycje; formułowany był jednak także pogląd przeciwny, por. J.P. Kolczyński, *Exhaustion of copyright of computer software online: a European (Polish, German, Austrian) and US perspective*, EIPR 2001, nr 33, s. 582–583; S. von Lewinski, M.M. Walter [w:] *European...*, s. 138.

ewentualnego dalszego zbycia takiego utworu, na „wtórny” nabywcę przeniesiona zostanie własność kolejnej kopii (wykonanej specjalnie w celu zrealizowania tej transakcji, np. poprzez przesłanie pliku pocztą elektroniczną, co równoważne jest z jego zwielokrotnieniem), a nie tego egzemplarza utworu, co do którego miało nastąpić wyczerpanie prawa autorskiego (chyba, że zbycie utworu nastąpiłoby wraz z nośnikiem danych, na którym plik został pierwotnie zapisany). Co więcej, trudno mówić o przeniesieniu własności w sytuacji, gdy obrót treściami cyfrowymi odbywa się poprzez zawieranie umów licencyjnych, które przewidują często jedynie uprawnienie (nawet nieograniczone w czasie) do korzystania z danego utworu w określony sposób, a zatem i zajście okoliczności określonych w 2. przesłance uznać można za wątpliwe. Wskazywano ponadto na brak możliwości kontroli nad obrotem samodzielnie zwielokrotnionymi plikami<sup>13</sup>.

W tym miejscu – w celu zachowania jasności dalszego wywodu – chciałbym podjąć się próby dokonania dystynkcji pomiędzy pojęciem materialnego a niematerialnego egzemplarza utworu<sup>14</sup>. *Criterion divisionis* nie może być wyłącznie cyfrowy bądź analogowy charakter takiego egzemplarza – prowadziłoby to bowiem do uznania np. płyty CD z muzyką za niematerialny egzemplarz utworu (co przy uwzględnieniu dalej poczynionych konstatacji wywoływałoby trudne do zaakceptowania skutki prawne). Proponuję zatem w odniesieniu do egzemplarzy cyfrowych stosowanie dodatkowego kryterium, jakim byłaby ocena trwałości związania danej treści cyfrowej z materialnym nośnikiem – w przypadku tych związanych nietrwale, np. plik zapisany na dysku twardym komputera lub w pamięci przenośnej USB, egzemplarz utworu miałby charakter niematerialny – w sytuacji powiązania trwałego, np. płyta DVD z utrwalonym na niej filmem, mielibyśmy do czynienia z egzemplarzami materialnymi. Zdaję sobie jednak sprawę z dyskusyjnego i arbitralnego charakteru takiego podejścia.

---

<sup>13</sup> E. Traple, *Elektroniczne kopie programów komputerowych jako przedmiot prawa wprowadzania do obrotu [w:] Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana profesorom Januszowi Barcie i Ryszardzie Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa 2013, s. 1343. Co prawda mowa jest tu o obrocie „samodzielnie zwielokrotnionymi nośnikami”, sformułowanie to należy jednak uznać za oczywistą omyłkę.

<sup>14</sup> Na problemy związane z rozróżnieniem tych pojęć zwraca uwagę A. Golaszewska, *Recepcja wyroku TS w sprawie Usedsoft GmbH przeciwko Oracle w odniesieniu do utworów rozpowszechnianych w formie cyfrowej innych niż programy komputerowe*, ZNUJ 2015, nr 4, s. 92–95.

Wątpliwości budzić może także samo określenie „niematerialny egzemplarz utworu”. Skoro utwór jako taki jest ze swej istoty bytem niematerialnym, to mogłoby się wydawać, że nie powinno tworzyć się konstrukcji niematerialnego utworu ucieleśnionego w niematerialnym nośniku. Podkreślić jednak należy, że pojęcie to jest jedynie pewną konwencją językową (być może nieco mylącą), zawsze można bowiem wskazać pewien *corpus mechanicum* takiego utworu (np. określony sektor na dysku twardym komputera). Ze względu jednak na przyjęcie się tego określenia nie tylko w literaturze przedmiotu i orzecznictwie, ale też w pewnym sensie w aktach normatywnych<sup>15</sup>, to bardziej zasadna jest moim zdaniem próba doprecyzowania tego terminu niż jego zmiany.

### 3. Orzeczenie w sprawie *UsedSoft*

Rzeczywisty przełom w rozumieniu instytucji wspólnotowego wyczerpania prawa przyniosło, stanowiące przyczynek do rozważań prowadzonych w niniejszym artykule, orzeczenie TS w sprawie *UsedSoft*. Nie jest tu moim zamierzeniem szczegółowa, krytyczna analiza stanowiska Trybunału w zakresie kwestii odnoszących się przede wszystkim do programów komputerowych, lecz jedynie przytoczenie okoliczności sprawy i zawartej w orzeczeniu argumentacji w stopniu niezbędnym, by odnieść się do kwestii rozszerzenia zakresu zastosowania tego rozstrzygnięcia także na inne rodzaje utworów.

Kanwę dla wyroku Trybunału stanowiła działalność niemieckiej spółki *UsedSoft GmbH* (dalej: *UsedSoft*). Sprzedawała ona „używane” licencje na programy komputerowe, do których prawa autorskie przysługiwały amerykańskiej spółce *Oracle International Corp.* (dalej: *Oracle*). W większości przypadków *Oracle* sprzedawała programy komputerowe bez użycia nośników materialnych, poprzez system pobierania plików z Internetu. Również poprzez Internet klienci zawierali z *Oracle* umowę licencyjną, która przewidywała, iż „W ramach płatności za usługi uzyskują Państwo, wyłącznie do

---

<sup>15</sup> Skoro w motywie 29 dyrektywy 2001/29 mowa jest o „materialnych kopi[ach] utworów”, a w *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty* o egzemplarzach wprowadzanych do obrotu jako „przedmioty niematerialne”, to *a contrario* muszą istnieć niematerialne odpowiedniki tych kopii czy egzemplarzy.



celów własnej działalności gospodarczej, bezterminowe, niewyłączne, nieprzenaszalne i wolne od opłat prawo korzystania z wszystkich produktów i usług Oracle udostępnionych Państwu na podstawie niniejszej umowy<sup>16</sup>. W ramach licencji Oracle świadczyło również usługi takie jak dostarczanie aktualizacji oraz programów służących naprawianiu błędów.

W związku z tym, iż licencje sprzedawane były w pakietach dla co najmniej 25 użytkowników, wielu przedsiębiorców dysponowało niewykorzystanymi licencjami, które odsprzedawali UsedSoft. Spółka ta oferowała następnie zakup tych licencji, twierdząc, iż również „umowa serwisowania” zawarta z Oracle przez licencjobiorcę początkowego nadal wywołuje skutki prawne.

Doprowadziło to do sporu prawnego między obiema spółkami, który w toku instancji dotarł aż do Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (niem. *Bundesgerichtshof*), który zwrócił się do Trybunału w Luksemburgu z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy ten, kto może powołać się na wyczerpanie prawa do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego, jest «uprawnionym nabywcą» w rozumieniu dyrektywy art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24?
- 2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy prawo do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego wyczerpuje zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 [...] sporządzenie przez nabywcę kopii poprzez [pobranie] programu z Internetu na nośnik danych z zgodą [podmiotu praw autorskich]?
- 3) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej również na pytanie drugie: czy również ten, kto nabył „używaną” licencję na oprogramowanie, może w odniesieniu do sporządzenia kopii programu powołać się «jako uprawniony nabywca», na podstawie art. 5 ust. 1 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, na wyczerpanie prawa do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego sporządzonej przez pierwszego nabywcę poprzez [pobranie] programu z Internetu na nośnik danych za zgodą [podmiotu praw autorskich], jeżeli pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo jej nie używa?”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 23.

<sup>17</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 34.

Pierwszą kwestią, którą rozstrzygnąć musiał Trybunał, była ocena dopuszczalności zastosowania konstrukcji wyczerpania prawa do pobranej z Internetu kopii programu komputerowego. W tym celu dokonał on autonomicznej wykładni pojęcia „pierwsza sprzedaż kopii programu komputerowego” zawartego w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24. Trybunał uznał, iż udostępnienie przez Oracle kopii programu komputerowego oraz zawarcie powiązanej z nią umowy licencyjnej mają na celu umożliwienie trwałego korzystania z tej kopii przez klientów tej spółki w zamian za zapłatę ceny, mającej umożliwić podmiotowi praw autorskich uzyskanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii utworu, którego jest on właścicielem, a zatem obie te czynności, badane jako całość, wiążą się z przeniesieniem prawa własności kopii danego programu komputerowego. Powołując się na pkt 59 opinii rzecznika generalnego<sup>18</sup> Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż nie ma w tym przypadku znaczenia fakt, iż dostawcy określają zawierane przez siebie umowy jako „licencyjne”<sup>19</sup>. „Sprzedaż w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 rozumieć należy jako obejmującą wszystkie formy wprowadzania do obrotu produktu, charakteryzujące się przyznaniem prawa korzystania z kopii programu komputerowego na czas nieoznaczony w zamian za jednorazową zapłatę ceny mającej umożliwić podmiotowi praw autorskich uzyskanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła”<sup>20</sup>. Przepis ten nie czyni zdaniem TS dystynkcji pomiędzy materialnymi a niematerialnymi kopiami programu komputerowego. Co więcej, pobranie programu z Internetu stanowić ma funkcjonalny odpowiednik wydania nośnika materialnego.

Istotne jest jednak, iż możliwość korzystania z programu przez dalszego nabywcę uwarunkowana została „dezaktywacją” programu przez

<sup>18</sup> Opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie C-128/11, *UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp.*, przedstawiona w dniu 24 kwietnia 2012 r. (EU:C:2012:234).

<sup>19</sup> Trybunał doszedł zatem do konkluzji zbieżnej z dotychczasowym orzecnictwem sądów niemieckich, przeciwnej, natomiast, do poglądów reprezentowanych przez sądy amerykańskie, które w zgodzie z przeważającą linią orzecniczą odmawiały zastosowania *first sale doctrine* w przypadku umów licencyjnych, por. B. Batchelor, L. Montani, *Exhaustion, essential subject matter and other CJEU judicial tools to update copyright for an online economy*, *JIPLP* 2015, nr 10 (8), s. 594; H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 74; P. Mezei, *Digital...*, s. 41–42 wraz z powołowanymi tam judykatami.

<sup>20</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 49.

zbywcę. Pod pojęciem tym rozumieć trzeba najpewniej usunięcie kopii programu z komputera zbywcy (jest to tzw. *forward-and-delete approach*).

Trybunał w Luksemburgu uznał ponadto, iż pojęcie „uprawnionego nabywcy” zawarte w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 (odpowiednio w art. 75 pr. aut. „osoba, która legalnie weszła w jego [programu komputerowego] posiadanie”) obejmuje swoim zakresem także nabywcę „używanego” oprogramowania<sup>21</sup>. W innym przypadku zasada wyczerpania prawa w odniesieniu do programów komputerowych miałyby charakter jedynie iluzoryczny.

Jak wskazują J. Barta i R. Markiewicz, Trybunał zastąpił dotychczasową, klasyczną konstrukcję wyczerpania prawa do „tego” egzemplarza utworu, konstrukcją wyczerpania prawa do „takiego samego” egzemplarza utworu<sup>22</sup>, gdyż „wtórny” nabywca licencji, który nie dysponuje żadną kopią programu uzyskaną od zbywcy, będzie mógł dokonać pobrania tej kopii ze strony internetowej podmiotu praw autorskich jako „uprawniony nabywca”<sup>23</sup>. Ponadto, egzemplarz zakupiony przez „wtórnego” nabywcę uwzględniać musi wszelkie modyfikacje, jakie wprowadzone zostały w nim w ramach „umowy serwisowania” łączącej „pierwotnego” nabywcę ze zbywcą<sup>24</sup>.

Stanowisko TS, choć pozornie jasne i proste, wzbudziło szereg wątpliwości, w szczególności co do charakteru prawnego umowy „odsprzedaży”, statusu „uprawnionego nabywcy”, czy zależności występujących między sprzedażą a licencją. Kwestie te jednak, ze względu na wąsko zakreślony temat niniejszej pracy oraz mniejszą ich doniosłość w przypadku innych niż programy komputerowe rodzajów utworów, nie będą stanowiły przedmiotu moich rozważań<sup>25</sup>. Zagadnienia te będą musiały zapewne znaleźć rozwinięcie w przyszłym orzecznictwie Trybunału.

<sup>21</sup> Inaczej niż rzecznik generalny Y. Bot, zob. pkt 98–100 opinii w sprawie *UsedSoft*.

<sup>22</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Z perspektywy...*, s. 33.

<sup>23</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 56.

<sup>24</sup> Tamże, pkt 67.

<sup>25</sup> Por. P. Wasilewski, „Odsprzedaż” niematerialnych kopii programów komputerowych, KPP 2014, z. 2, s. 393–448; J. Barta, R. Markiewicz, *Z perspektywy...*, s. 19–39; E. Traple, *Elektroniczne...*; K. Sztobryn, *Głosa do wyroku TS z dnia 3 lipca 2012 r., C-128/11. Zasada wyczerpania prawa a sprzedaż programu komputerowego on-line*, „Głosa” 2014, nr 2, s. 76–86; M. Siwicki, *Koncepcja wyczerpania autorskich praw majątkowych*

#### 4. „Cyfrowe” wyczerpanie prawa autorskiego w odniesieniu do innych kategorii utworów

Orzeczenie w sprawie *UsedSoft* rozstrzygnęło kwestię dopuszczalności zastosowania instytucji wyczerpania prawa autorskiego w odniesieniu do niematerialnych kopii programów komputerowych. Jak jednak podkreślił Trybunał, dyrektywa 2009/24 stanowi *lex specialis* w stosunku do dyrektywy 2001/29<sup>26</sup>, a zatem pytanie o dopuszczalność zastosowania tej instytucji w odniesieniu do innych niż programy komputerowe przedmiotów prawa autorskiego pozostaje otwarte. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia, zważywszy na rozbieżne orzecznictwo w poszczególnych Państwach Członkowskich<sup>27</sup> oraz przeciwstawne poglądy doktryny<sup>28</sup> jest obecnie niezwykle istotne.

---

w *dystrybucji cyfrowej*, (cz. I), EPS 2015, nr 4, s. 10–15; M. Siwicki, *Koncepcja wyczerpania autorskich praw majątkowych w dystrybucji cyfrowej*, (cz. II), EPS 2015, nr 6, s. 31–36; H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 73–78.

<sup>26</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 56; stanowisko to krytykują J. Barta, M. Markiewicz, *Z perspektywy...*, s. 35.

<sup>27</sup> Por. orzeczenia europejskich sądów omawiane przez: E. Linklater, *E-books distinguished from software, not exhausted*, JIPLP 2013, nr 8 (9), s. 685–686; E. Rosati, *Online copyright exhaustion in a post-Allposters world*, JIPLP 2015, nr 9 (10), s. 679; M.O. Cuevas, *Dutch copyright succumbs to aging as exhaustion extends to ebooks*, JIPLP 2015, nr 10 (1), s. 8–10; N. Rauer, D. Ettig, *Can e-books and other digital works be resold?*, JIPLP 2015, nr 10 (9), s. 713–716; sądy niemieckie konsekwentnie odmawiają szerokiego stosowania instytucji wyczerpania prawa autorskiego na gruncie dyrektywy 2001/29, do odmiennych konkluzji doszedł Sąd Okręgowy w Amsterdamie (nid. *Rechtbank Amsterdam*) w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., C/13/567567/KG ZA 14–795 SP/MV, *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers przeciwko Tomovi Kabinetovi*, omawianym przez M.O. Cuevasa, w którym odmówiono wydania nakazu zaprzestania działalności przez platformę umożliwiającą sprzedaż i zakup „używanych” książek elektronicznych, która funkcjonuje zresztą do dziś: <https://www.tomkabinet.nl>, 29.12.2016; wyrok ten zmieniony został przez sąd drugiej instancji, co warte jednak podkreślenia, nie ze względów dotyczących istoty sporu, a z powodu niewystarczających – zdaniem sądu – zabezpieczeń przed sprzedażą w serwisie nielegalnie pozyskanych kopii książek elektronicznych. Ze względu na ograniczenia formalne niniejszego artykułu nie będzie możliwe szczegółowe przedstawienie stanów faktycznych, w oparciu o które wydane zostały poszczególne judykaty oraz ich uzasadnień. Wydaje się jednak, że nie jest to potrzebne, gdyż argumenty podnoszone w nich za oboma konkurencyjnymi rozwiązaniami rozważane są w ramach dalszej części artykułu.

<sup>28</sup> Za zastosowaniem instytucji wyczerpania prawa do innych kategorii utworów *de lege lata* opowiadają się m.in.: M. Siwicki, *Koncepcja wyczerpania autorskich praw majątkowych w dystrybucji cyfrowej*, (cz. II), s. 34–36; T. Targosz [w:] *Prawo...*, s. 785; H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 76 wraz z powołowaną tam literaturą; M.M. Walter, L. Riede [w:] *European...*, s. 1010; pogląd przeciwny wyrażają m.in. P. Wasilewski, „*Odsprzedaż...*”, s. 442; E. Linklater, *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike?*, JIPITEC 2014, nr 5, s. 18.

#### 4.1 Normatywne tło regulacji instytucji wyczerpania prawa autorskiego w dyrektywie 2001/29

Przystępując do rozważenia tej kwestii, w pierwszej kolejności omówić należy treść relewantnych przepisów dyrektywy 2001/29. Artykuł 4 ust. 2 tejże dyrektywy stanowi, iż „Prawo do rozpowszechniania na obszarze Wspólnoty oryginału lub kopii danego utworu wyczerpuje się tylko w przypadku pierwszej sprzedaży **danego przedmiotu** [wszystkie zaznaczenia – M.G.] lub innego przeniesienia własności na obszarze Wspólnoty przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem”. Jest to zatem formuła zbliżona do tej zawartej w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, gdzie jednak mowa jest o „oryginale lub kopii danego utworu”, a zatem argumentować można, że w sferze językowej mniejszy nacisk położony jest w niej na materialny charakter egzemplarza utworu („przedmiot” vs. „oryginał lub kopia”)<sup>29</sup>. Tym, co dalej odróżnia w tej mierze dyrektywę 2001/29, są zawarte w jej preambule wskazania interpretacyjne odnoszące się do użytych w niej pojęć. Zgodnie z motywem 28 dyrektywy 2001/29 „Ochrona prawa autorskiego na mocy niniejszej dyrektywy obejmuje wyłączne prawo do kontrolowania dystrybucji utworu w postaci **materialnego nośnika**”. Motyw 29 dodaje, że „**Problem całkowitego wykorzystania**<sup>30</sup> **nie powstaje w przypadku usług, w szczególności usług świadczonych przez Internet**. Dotyczy to również materialnych kopii utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną, wykonanych przez użytkownika takiej usługi za zezwoleniem podmiotu praw autorskich. Stąd to samo stosuje się do najmu i użyczenia oryginału utworu lub jego kopii, które ze względu na swój charakter są usługami. W przeciwieństwie do CD-ROM lub CD-I, gdzie własność intelektualna ma postać materialnego nośnika, a mianowicie rzeczy, każda usługa świadczona przez Internet stanowi w istocie czynność, na którą należy uzyskać zezwolenie, o ile tak stanowi prawo autorskie lub prawo pokrewne”.

<sup>29</sup> Por. P. Mezei, *Digital...*, s. 29; okoliczność, iż w dyrektywie 2009/24 mowa jest tylko o „pierwszej sprzedaży”, a już nie o innych sposobach przeniesienia własności egzemplarza utworu nie ma większego znaczenia, por. M.M. Walter, L. Riede [w:] *European...*, s. 1009.

<sup>30</sup> Pojęcie „całkowitego wykorzystania” należy uznać w obliczu angielsko- i niemieckojęzycznej wersji dyrektywy (gdzie konsekwentnie mowa jest o „*exhaustion*” i „*Erschöpfung*”) za oczywisty błąd w tłumaczeniu.

Motyw 7 dyrektywy 2009/24 stanowił natomiast, iż „Do celów niniejszej dyrektywy pojęcie «program komputerowy» obejmuje programy w jakiegokolwiek formie”. Podnieść można oczywiście w ślad za ustaloną linią orzeczniczą TS, że „preambula aktu wspólnotowego nie ma mocy prawnie wiążącej i nie może być powoływana ani dla uzasadnienia odstępstw od przepisów danego aktu, ani w celu wykładni tych przepisów w sposób oczywiście sprzeczny z ich brzmieniem”<sup>31</sup>. W tym przypadku jednak motywy preambuły mają posłużyć nie do dokonania wykładni *contra legem*, lecz do wyboru jednego z możliwych znaczeń art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29, zgodnie z intencjami prawodawcy unijnego.

Literalne brzmienie właściwych przepisów zdaje się zatem świadczyć *prima facie* o wyłączeniu obrotu on-line z zakresu wyczerpania. Wyobrażalna jest jednak odmienna interpretacja. Motyw 28 odczytać można bowiem jako mający charakter otwarty (jedynie egzemplifikujący jedną z postaci korzystania z utworu, które chronione są przez dyrektywę; trudno przecież uznać, iż dyrektywa nie przyznaje podmiotom uprawnionym prawa do kontrolowania wprowadzania do obrotu kopii utworu w sytuacji, gdy odbywa się przy braku materialnego nośnika)<sup>32</sup>, a motyw 29 jako nieodnoszący się do sytuacji autonomicznie rozumianej sprzedaży utworu przez Internet<sup>33</sup>, a jedynie usług takich jak np. *streaming* filmów czy muzyki<sup>34</sup>. Hipoteza zawarta w drugim zdaniu tego przepisu dotyczyłaby takiego przypadku, gdy użytkownik usługi dokonałby na swoim komputerze (czy innym urządzeniu) utrwalenia utworu, z którym zapoznawał się w ramach tak świadczonej usługi (np. przy pomocy odpowiedniego oprogramowania), ale już nie sytuacji nabycia niematerialnej kopii utworu.

---

<sup>31</sup> Wyrok TS z dnia 24 listopada 2005 r., C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH przeciwko Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (EU:C:2005:716), pkt 32 oraz powołane tam judykaty.

<sup>32</sup> Co szczególnie dostrzegalne jest w niemieckojęzycznej wersji dyrektywy: „*Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werkes zu kontrollieren*”.

<sup>33</sup> Por. T. Targosz [w:] *Prawo...*, s. 784; H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 76.

<sup>34</sup> Jak przyjmuje się w polskiej doktrynie pod pojęciem usługi rozumieć należy „świadczenie – w ramach świadczeń działania (art. 353 § 2 KC) – czynienia (*facere*) niepolegające na daniu (*dare*)”, L. Ogiegło [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 574.

Interpretacja taka nie jest jednak uzasadniona. We wniosku dotyczącym dyrektywy Komisja Europejska stwierdziła jednoznacznie, iż pojęcia „kopii” oraz „oryginału i kopii” należy rozumieć w *acquis communautaire* jako odnoszące się jedynie do materialnych egzemplarzy utworu<sup>35</sup>. Interpretacja ta jest ponadto zgodna z *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*<sup>36</sup>, gdzie pojęcia te, użyte również w art. 6 Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim, sporządzonego w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 3, poz. 12 – dalej: WCT)<sup>37</sup> – „oryginał” i „zwielokrotnione egzemplarze” – strony traktatu uznały za odnoszące się wyłącznie do „utrwalonych zwielokrotnionych egzemplarzy, które mogą zostać wprowadzone do obrotu jako przedmioty materialne”<sup>38</sup>. Wypełnienie wymogów wynikających z WCT, do którego przystąpiła również UE, stanowiło natomiast jedną z głównych przyczyn przyjęcia dyrektywy 2001/29<sup>39</sup>. Z tej perspektywy, z powodu sprzeczności z utrwaloną w orzecznictwie TS zasadą interpretacji prawa wtórnego zgodnej z wiążącym UE prawem międzynarodowym<sup>40</sup>, zasadne wątpliwości budzi rozstrzygnięcie w sprawie *UsedSoft*. Jak już jednak zaznaczono powyżej, dopuszczalność zastosowania instytucji wyczerpania prawa w odniesieniu do programów komputerowych uznać

<sup>35</sup> *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society* (COM(97) 628 final), s. 27.

<sup>36</sup> Dostępne pod adresem: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295456](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456), 6.12.2016.

<sup>37</sup> „Artykuł 6. Prawo wprowadzania do obrotu.

<sup>1</sup> „Autorom utworów literackich i artystycznych przysługuje wyłączne prawo zezwalania na publiczne udostępnianie oryginału i zwielokrotnionych egzemplarzy utworów drogą sprzedaży lub innej formy przeniesienia własności.

<sup>2</sup> Niniejszy Traktat nie ogranicza swobody Umawiających się Stron określenia ewentualnych warunków, w których następuje wyczerpanie prawa, o którym mowa w ustępie 1, po dokonanej za zezwoleniem autora, pierwszej sprzedaży lub innej formy przeniesienia własności oryginału lub zwielokrotnionego egzemplarza utworu”.

<sup>38</sup> Interpretację *Agreed Statements*, zgodnie z którą odnoszą się one do egzemplarzy utworu, które muszą jedynie potencjalnie nadawać się do utrwalenia na nośniku materialnym, uznać należy za co najmniej nieuzasadnioną, por. P. Mezei, *Digital...*, s. 53; H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 77; M. Siwicki, *Koncepcja wyczerpania autorskich praw majątkowych w dystrybucji cyfrowej*, (cz. II), s. 35.

<sup>39</sup> *Proposal...*, s. 3.

<sup>40</sup> Por. A. Kalisz-Prakopik, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 180–181 wraz z powoływanym tam orzecznictwem i literaturą.

należy za kwestię przesądzoną. *De lege ferenda* rozważyć należy jednak ewentualną zmianę WCT w tym zakresie.

Na marginesie, zdając sobie oczywiście sprawę z autonomii pojęciowej poszczególnych gałęzi prawa, zauważyć można odmienne traktowanie materialnych i niematerialnych kopii utworów także w ramach unijnego prawa podatkowego, gdzie sprzedaż książek elektronicznych, choć jest to zupełnie nieuzasadnione, kwalifikowana jest jako świadczenie usług w rozumieniu art. 98 ust. 2 dyrektywy VAT<sup>41</sup>, a co za tym idzie nie można zastosować wobec nich obniżonej stawki podatku VAT<sup>42</sup>, co potwierdzone zostało niedawnymi orzeczeniami TS<sup>43</sup>. Obecny stan rzeczy ma jednak zgodnie z zamierzeniami Komisji Europejskiej ulec zmianie w ramach tworzenia Jednolitego Rynku Cyfrowego. Nie będzie to jednak oznaczać zmiany kwalifikacji prawnej sprzedaży książek elektronicznych, a jedynie możliwość objęcia tej kategorii „usług” obniżoną stawką podatku VAT<sup>44</sup>.

Wyrażane są ponadto poglądy, iż również dyrektywa o handlu elektronicznym dokonuje podobnej kwalifikacji sprzedaży niematerialnych egzemplarzy utworów w motywie 18, gdzie mowa jest, iż „Usługi społeczeństwa informacyjnego obejmują szeroki zakres rodzajów działalności gospodarczej prowadzonych w trybie on-line; takie rodzaje działalności mogą w szczególności polegać na sprzedaży towarów on-line”<sup>45</sup>. Stanowi-

---

<sup>41</sup> Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. UE L 347 z dnia 11 grudnia 2006 r., s. 1) w zw. z dyrektywą Rady 2010/88/UE z dnia 7 grudnia 2010 r. zmieniającą dyrektywę 2006/112/WE dotyczącą wspólnego systemu podatku od wartości dodanej w zakresie okresu obowiązywania minimalnej stawki podstawowej (Dz.Urz. UE L 326 z dnia 10 grudnia 2010 r., s. 1) i w zw. z załącznikami II i III do rzeczonyj dyrektywy i rozporządzeniem wykonawczym Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiającym środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112 (Dz.Urz. UE L 77 z dnia 23 marca 2011 r., s. 1).

<sup>42</sup> Por. E. Rosati, *The proposed new VAT rules on e-publications: do they have any implications for copyright and digital exhaustion*, <http://ipkitten.blogspot.com/2016/12/the-proposed-new-vat-rules-on-e.html>, 30.12.2016.

<sup>43</sup> Wyrok TS z dnia 5 marca 2015 r., C-479/13, *Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej* (EU:C:2015:141) oraz wyrok TS z dnia 5 marca 2015 r., C-502/13, *Komisja Europejska przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga* (EU:C:2015:143).

<sup>44</sup> *Wniosek dyrektywa Rady zmieniająca dyrektywę 2006/112/WE w odniesieniu do stawek podatku od wartości dodanej stosowanego do książek, gazet i czasopism* (COM/2016/0758 final), s. 2–3.

<sup>45</sup> Por. P. Mezei, *Digital...*, s. 53; dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego,



ska takie wydaje się uzasadnione w szczególności w odniesieniu do anglojęzycznego tekstu dyrektywy, który posługuje się pojęciem *sale of goods*.

Gdyby jednak takie samo znaczenie nadawać pojęciu usługi na gruncie unijnego prawa autorskiego, doprowadziłoby to do wyłączenia z zakresu zastosowania wyczerpania sprzedaży materialnych kopii utworów on-line<sup>46</sup>. Należy zatem odnieść się sceptycznie do takich prób.

Podsumowując tę część rozważań stwierdzić można, iż literalna wykładnia przepisów prawa unijnego oraz WCT prowadzi do wniosku o niedopuszczalności szerokiego zastosowania instytucji wyczerpania. Wynika to jednak nie z kwalifikacji sprzedaży niematerialnych kopii utworów przez Internet jako usługi (jest to bowiem nieuzasadnione), lecz przede wszystkim z ograniczeń zawartych w *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*.

#### 4.2 Wyczerpanie prawa autorskiego w najnowszym orzecznictwie TS

Przeciwko szerokiemu zastosowaniu instytucji wyczerpania prawa przemawiają także wnioski płynące z dotychczasowego orzecznictwa TS. Już w samym orzeczeniu w sprawie *UsedSoft* stwierdzone zostało, że „pierwszą sprzedaż kopii programu komputerowego” stanowi sytuacja, gdy przekazaniu kopii utworu towarzyszy zawarcie umowy licencyjnej, co odczytywać można jako wykluczenie wyczerpania w innych przypadkach<sup>47</sup>.

Obraz sytuacji komplikuje ponadto orzeczenie wydane w sprawie *Nintendo*<sup>48</sup>, w którym Trybunał stwierdził, iż „W zakresie, w jakim gra wideo, w tym wypadku jej elementy graficzne i dźwiękowe, przyczyniają się do oryginalności utworu, są one, wraz z całością danego dzieła, chronione prawem autorskim w ramach reżimu ustanowionego przez dyrektywę 2001/29”, a nie na mocy przepisów, stanowiącej zdaniem TS *lex spe-*

---

w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE L 178 z dnia 17 lipca 2000 r., s. 1).

<sup>46</sup> Na co zwraca uwagę Y. Bot w pkt 76 opinii w sprawie *UsedSoft*.

<sup>47</sup> Wyrok w sprawie *UsedSoft*, pkt 48; zwracają uwagę na tę kwestię J. Barta, M. Markiewicz, *Z perspektywy...*, s. 33.

<sup>48</sup> Wyrok TS z dnia 23 stycznia 2014 r., C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH przeciwko PC BOX Srl, 9Net Srl* (EU:C:2014:25).

*cialis*, dyrektywy 2009/24<sup>49</sup>. Konsekwencją tego rozstrzygnięcia może być zatem ograniczenie zakresu zastosowania doktryny *UsedSoft* w odniesieniu do niektórych rodzajów utworów (np. gier komputerowych<sup>50</sup>). Można jednak podnosić, iż jest to kolejny argument za jednolitym zastosowaniem instytucji wyczerpania na gruncie obu przywoływanych dyrektyw, tak by uniknąć niejednolitego, narażonego na kazuistykę, traktowania różnych typów utworów.

Swoją niechęć wobec szerokiego zastosowania instytucji wyczerpania prawa wyraził Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Allposters*<sup>51</sup> (wydanym, co prawda, na tle bardzo specyficznego stanu faktycznego, a mianowicie przeniesienia utworu w drodze procesu chemicznego z nośnika materialnego [papieru] na inny nośnik materialny [plótno]; wnioski Trybunału poparte zostały jednakże uniwersalnymi argumentami, odnoszącymi się m.in. do wykładni literalnej art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29 oraz art. 6 WCT), gdzie stwierdzono, iż wyczerpanie prawa wprowadzenia do obrotu ma zastosowanie do konkretnego przedmiotu materialnego (*corpus mechanicum* w odróżnieniu od *corpus mysticum*, którym jest samo „dzieło”)<sup>52</sup>.

Płonne okazały się nadzieje, że TS odniesie się do kwestii wyczerpania prawa w orzeczeniu w sprawie *Vereniging Openbare Bibliotheken*<sup>53</sup>, gdzie jedno z pytań sądu holenderskiego tyczyło się tej właśnie materii.

#### 4.3 Wprowadzenie do obrotu a inne pola eksploatacji utworu

Istotne jest, iż w przeciwieństwie do rozpowszechniania materialnych kopii utworów, w środowisku internetowym do zbycia egzemplarza

---

<sup>49</sup> Tamże, pkt 23.

<sup>50</sup> Por. W. Rost, *Glosa do wyroku TS z dnia 23 stycznia 2014 r., C-355/12*, LEX 2014; co do wątpliwości związanych z kwalifikacją gry komputerowej na gruncie prawa autorskiego por. I. Matusiak, *Gra komputerowa jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013, s. 176–177.

<sup>51</sup> Wyrok TS z dnia 22 stycznia 2015 r., C-419/13, *Art. & Allposters International BV przeciwko Stichting Pictoright* (EU:C:2015:27); por. także opinia rzecznika generalnego P.C. Villalóna w sprawie C-419/13, *Art. & Allposters International BV przeciwko Stichting Pictoright*, przedstawiona w dniu 11 września 2014 r. (EU:C:2014:2214), pkt 64–78.

<sup>52</sup> Tamże, pkt 40.

<sup>53</sup> Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r., C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken przeciwko Stichting Leenrecht* (EU:C:2016:856).

utworu niezbędne jest dokonanie jego zwielokrotnienia (a zdaniem niektórych autorów także czynności komunikowania publicznego<sup>54</sup>), a te pola eksploatacji nie ulegają wyczerpaniu w jego klasycznej postaci (z odmienną sytuacją mielibyśmy do czynienia w przypadku odsprzedaży kopii utworu zapisanej na nośniku danych, np. pamięci przenośnej<sup>55</sup>, wraz z tym nośnikiem – moim zdaniem logiczną konsekwencją poglądu o braku wyczerpania w przypadku cyfrowego obrotu kopiami utworów oraz przyjętych przeze mnie kryteriów wyróżnienia niematerialnych egzemplarzy utworów, jest uznanie, iż także takie działanie prowadziłoby do naruszenia praw wyłącznych podmiotu uprawnionego).

Dyrektywa 2001/29 nie posługuje się pojęciem „uprawnionego nabywcy” (tak jak to czyni dyrektywa 2009/24), któremu przysługuje prawo do dokonania zwielokrotnienia programu komputerowego w zakresie niezbędnym do użycia go zgodnie z zamierzonym celem. Uznanie przez TS tego przepisu za podstawę dokonania powielenia programu komputerowego przez nabywcę używanego oprogramowania budzi zresztą wątpliwości w doktrynie<sup>56</sup>. Podstawy takiej w odniesieniu do innego rodzaju treści cyfrowych nie mogą niewątpliwie stanowić przepisy o dozwolonym użytku prywatnym, gdyż nie będziemy mieli w takiej sytuacji do czynienia ani z przejściowym lub dodatkowym zwielokrotnieniem (art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/29), ani ze zwielokrotnieniem doko-

---

<sup>54</sup> P. Wasilewski, „Odsprzedaż”..., s. 397, przyp. 9; wyrok Sądu Krajowego w Bielefeldzie z dnia 5 marca 2013 r., 4 O 191/11, <http://openjur.de/u/621610.html>, 6.01.2016; odmiennie H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 76; interpretacja taka uzasadniona byłaby względami historycznymi, prawo udostępniania publicznego (ang. *making available to the public*) zostało bowiem wprowadzone do WCT w związku z nowymi formami eksploatacji utworów, które mają miejsce w środowisku internetowym i objąć miało wszelkie formy takiej eksploatacji. W toku prac nad traktatem zdecydowano się przy tym na tzw. *umbrella solution*, polegającą na tym, iż stronom WCT pozostawiona została swoboda w odniesieniu do techniki inkorporacji tego nowego pola eksploatacji do krajowych porządków prawnych, np. w USA weszło ono w zakres prawa wprowadzenia do obrotu, w UE natomiast stanowi szczególnie przypadek komunikowania publicznego. Ustawodawca unijny dal temu wyraz w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Niemniej podkreślić należy, że uznanie, iż pobranie zakupionego przez Internet niematerialnego egzemplarza utworu stanowi element jego wprowadzenia do obrotu, w żaden sposób nie narusza przepisów WCT. Por. P. Mezei, *Digital...*, s. 25–27, 42–43.

<sup>55</sup> Przykład taki rozważają: E. Laskowska, G. Mania, *Copyright as a service: how does the development of the music business determine the shape of copyright?*, ZNUJ 2016, z. 132, s. 97–98.

<sup>56</sup> P. Wasilewski, „Odsprzedaż”..., s. 403–405.

nanym przez osobę fizyczną do użytku prywatnego (art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29).

Oczywiście w sytuacji zastosowania instytucji wyczerpania w omawianym przypadku można byłoby dopuścić dokonanie tych czynności na mocy wniosku „z celu na środki”. Jeżeli bowiem prawo nakazywałoby podmiotom uprawnionym znoszenie dalszego obrotu cyfrowymi kopiami utworów, to nie można byłoby uznać, że monopol prawnoautorski naruszony zostaje poprzez dokonanie czynności, które są niezbędne dla osiągnięcia tego celu. Argumentację taką można jednak uznać za dalece niewystarczającą dla uzasadnienia wkroczenia w monopol prawnoautorski<sup>57</sup>.

Trybunał stwierdził w orzeczeniu w sprawie *UsedSoft*, iż „Przepisy dyrektywy 2009/24, a w szczególności jej art. 4 ust. 2 stanowią *lex specialis* w stosunku do dyrektywy 2001/29, efektem czego – nawet zakładając, że rozpatrywany przez sąd krajowy stosunek umowny lub jego część mogą również obejmować pojęcie «publicznego udostępniania» w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, «pierwsza sprzedaż kopii programu komputerowego» w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 powoduje, zgodnie z tym samym przepisem, wyczerpanie prawa do dystrybucji tej kopii”.

Wyrażony został także pogląd, że „pierwotne” nabycie pliku od uprawnionego podmiotu nie stanowi wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu, gdyż plik z utworem nie może stanowić przedmiotu własności na gruncie (w tym przypadku niemieckiego) prawa cywilnego<sup>58</sup>. Nie zgadzam się z takim podejściem i uważam, że przepisy dotyczące prawa własności powinny znaleźć w takiej sytuacji analogiczne zastosowanie ze względu na istnienie niezamierzonej przez ustawodawcę (krajowego, gdyż UE nie posiada kompetencji w obszarze prawa rzeczowego) luki. Stanowisko to jest zbieżne także z powyżej poczynionymi uwagami, oraz z wyrokiem w sprawie *UsedSoft* i autonomiczną definicją sprzedaży w nim

---

<sup>57</sup> Na brak takiej podstawy również na gruncie prawa amerykańskiego zwrócił uwagę także Sąd Dystryktu Południowego w stanie Nowy Jork w głośnym wyroku z dnia 30 marca 2013 r., *Capital Records LLC przeciwko ReDigi Inc.*, (<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>, 6.01.2016) w odniesieniu do wtórnego handlu plikami z muzyką.

<sup>58</sup> Por. orzeczenie powołane w przyp. 54.

zawartą. Gdyby uznać zresztą, że dyrektywa 2001/29 przewiduje zastosowanie instytucji wspólnotowego wyczerpania prawa autorskiego także w odniesieniu do niematerialnych egzemplarzy utworów, to odmowa jej zastosowania w tym kształcie przez sąd państwa członkowskiego z powołaniem się na krajowe przepisy prawa rzeczowego stanowiłaby oczywiste naruszenie zasady pierwszeństwa prawa UE<sup>59</sup>. Na gruncie prawa polskiego, jak trafnie wskazują J. Barta i R. Markiewicz, umowę o nabycie niematerialnej kopii utworu kwalifikować należałoby jako umowę nienazwaną, zbliżoną do umowy o sprzedaży energii (art. 555 k.c.)<sup>60</sup>. Kwestia reżimu prawnego, który powinien znaleźć zastosowanie do obrotu treściami cyfrowymi budzi jednak wiele wątpliwości i z pewnością zasługuje na odrębne opracowanie<sup>61</sup>.

Moim zdaniem uzasadniony jest pogląd H. Redekera, wedle którego ekonomicznym odpowiednikiem wydania materialnego egzemplarza utworu w przypadku obrotu cyfrowego jest jego pobranie, a zatem w związku z funkcjonalną ekwiwalentnością tych czynności również udostępnienie pliku do pobrania traktować należy jako wprowadzenie egzemplarza utworu do obrotu<sup>62</sup>. Nawet gdyby uznać, iż w takim przypadku dochodzi zarówno do wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu, jak i komunikowania publicznego, to okoliczność ta sama w sobie nie stałaby na przeszkodzie wyczerpaniu prawa<sup>63</sup>. Dodać można, że proces pobierania plików zasadniczo różni się od typowych czynności stanowiących komunikowanie publiczne, takich jak np. nadanie, czy udostępnienie filmu na platformie VOD, które co do zasady nie prowadzą do powstania trwałej kopii utworu po stronie odbiorcy.

---

<sup>59</sup> Stanowisko TS wyrażone w sprawie *UsedSoft* krytykowane było również jako naruszające autonomię państw członkowskich w dziedzinie prawa rzeczowego, por. P. Mezei, *Digital...*, s. 40.

<sup>60</sup> J. Barta, M. Markiewicz, *Z perspektywy...*, s. 30, przyp. 33; por. także krytycznie o niedoskiej do skutku nowelizacji art. 555 k.c., zgodnie z którą przepisy o sprzedaży miałyby znaleźć odpowiednie zastosowanie także w przypadku umów o dostarczanie treści cyfrowych: T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, FP 2015, nr 1, s. 18 i n.

<sup>61</sup> Por. E. Kacperek, P. Zawadzki, *Charakter umów o pobranie z sieci treści chronionych prawem autorskim*, PPH 2009, nr 10, s. 29 i n.

<sup>62</sup> H. Redeker, *Das Konzept...*, s. 76.

<sup>63</sup> Tamże.

Z całą pewnością natomiast nie można doszukać się aktu komunikowania publicznego w udostępnieniu pliku z utworem „wtórnemu” nabywcy (np. poprzez wysłanie go pocztą elektroniczną) ze względu na brak spełnienia, eksponowanej w orzecznictwie TS dotyczącym tego pola eksploatacji, przesłanki „publiczności”, zakładającej nieokreśloną i dużą liczbę potencjalnych odbiorców<sup>64</sup>.

#### 4.4 (Dys)funkcjonalne aspekty ekstrapolacji doktryny *UsedSoft*

Ekstrapolacja stanowiska TS wyrażonego w orzeczeniu w sprawie *UsedSoft* na pozostałe rodzaje utworów nie znajduje w moim odczuciu także uzasadnienia funkcjonalnego, choć niewątpliwie stosowanie jednolitych zasad w stosunku do materialnych i niematerialnych nośników utworów wpłynęłoby pozytywnie na realizację zasady swobodnego przepływu towarów.

Należy bowiem zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, w odróżnieniu od utworów utrwalonych na nośnikach materialnych, te zapisane w formie cyfrowej nie ulegają zniszczeniu ani zużyciu. Brak zatem bodźca do zakupu „nowych” utworów, co uderza oczywiście w interesy ekonomiczne podmiotów uprawnionych. Programy komputerowe stanowią rodzaj utworu, który podlega niezwykle szybkiej dezaktualizacji, a co z tego wynika zmniejszającej się z upływem czasu przydatności oraz wartości. Tego samego z całą pewnością nie można powiedzieć o utworach muzycznych, filmowych, czy literaturze<sup>65</sup>. Nie można więc zgodzić się z poglądami o ekwiwalentności materialnych i niematerialnych kopii utworów.

Po wtóre, a co jeszcze bardziej istotne i czego nie dostrzegają autorzy opowiadający się za rozszerzeniem zakresu zastosowania instytucji wyczerpania, w przypadku utworów innych niż programy komputerowe, prawodawca unijny przewidział w art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29 możliwość

---

<sup>64</sup> Por. wyrok TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15, *G.S. Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. przeciwko Britt Geertruidzijne Dekker* (EU:C:2016:644), pkt 32, 36 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>65</sup> Podnosi się co prawda, że w przypadku niematerialnych kopii utworów utrata przez nie wartości wiązać może się np. ze zmianą stosowanych formatów (M.O. Cuevas, *Dutch...*, s. 9), trudno jednak uznać taką argumentację za przekonującą już choćby ze względu na łatwość zmiany formatu pliku.

ustanowienia w krajowych porządkach prawnych (i ustawodawca polski z upoważnienia tego korzysta w art. 23 ust. 2 pr. aut.) postaci dozwolonego użytku osobistego polegającej na zwielokrotnianiu utworu. W przypadku gdyby dopuścić wtórny obrót „używanymi” kopiami utworów w Internecie przy jednoczesnym tworzeniu ich kopii na użytek osobisty (co w środowisku cyfrowym nie wiąże się z jakimikolwiek kosztami oraz wymaga minimalnego nakładu czasu), to sprzedaż utworów w Internecie straciłaby dla podmiotów uprawnionych jakikolwiek ekonomiczny sens<sup>66</sup>. Doprowadziłoby to zapewne (tak jak zresztą w przypadku programów komputerowych w następstwie orzeczenia w sprawie *UsedSoft*<sup>67</sup>) do udostępniania utworów jedynie na ograniczony czas na mocy licencji lub w tzw. „chmurze”. Brak obecnie podstawy prawnej do nakazania podmiotowi, który odsprzedać chciałby zakupiony w Internecie utwór, by usunął on wszelkie posiadane przez siebie kopie, które stworzył w ramach dozwolonego użytku osobistego. Wydaje się, że taką podstawą (ani co do zakazu stworzenia takich kopii, ani co do obowiązku ich usunięcia po zbyciu kopii utworu zakupionego od uprawnionego podmiotu<sup>68</sup>) nie może być tzw. test trójstopniowy<sup>69</sup>,

---

<sup>66</sup> W prawie polskim brak przy tym odpowiednika § 53 ust. 4 niemieckiej ustawy prawnoautorskiej (*Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 [BGBl. I S. 1273]*): „Die Vervielfältigung a) graphischer Aufzeichnungen von Werken der Musik, b) eines Buches oder einer Zeitschrift, wenn es sich um eine im wesentlichen vollständige Vervielfältigung handelt, ist, soweit sie nicht durch Abschreiben vorgenommen wird, stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig oder unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 2 oder zum eigenen Gebrauch, wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt”, który co do zasady nie dopuszcza dokonywania zwielokrotnień istotnych, samodzielnych części książek lub czasopism w sposób inny niż przez dokonanie odpisu.

<sup>67</sup> Por. J. Schneider, *Spätfolgen der UsedSoft-Entscheidung des EuGH, Wie sieht die Softwarelizenz 2020 aus? Vorschläge zur Überlassung von Standardsoftware*, ITRB 2014, z. 5, s. 120–123.

<sup>68</sup> W sposób jeszcze bardziej skomplikowany przedstawiałaby się sytuacja w odniesieniu do osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego (art. 23 ust. 2 pr. aut.), z właścicielem niematerialnego egzemplarza utworu, który wykonał na ich rzecz – zgodnie z przysługującym mu prawem – kopie utworu. Niezwykle niepraktyczne byłoby wymaganie od nich usunięcia tych plików.

<sup>69</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test z art. 35 pr. aut. i pr. pokr.*, ZNUJ 2009, s. 15–16 („Artykuł 35 pr. aut. i pr. pokr. ma podwójną funkcję w polskim prawie autorskim. Po pierwsze, powinien być wykorzystywany do interpretacji treści poszczególnych ustawowych postaci dozwolonego użytku. Po drugie – wykraczając poza minimalne wymogi prawa wspólnotowego – test ten może być samodzielną podstawą dla zakwestionowania określonego zachowania wyraźnie objętego treścią danej postaci dozwolonego użytku, ale ocenianego wyłącznie w okresie, który nastąpił po dacie uchwalenia ustawy autorskiej i jej późniejszych nowelizacji, w których nie zmieniono danej postaci dozwolonego

szczególnie, iż tworzenie kopii plików z utworami stanowi często konieczny warunek korzystania z nich zgodnie z ich przeznaczeniem (np. skopiowanie książki elektronicznej z dysku komputera do pamięci czytnika). Test trójstopniowy nie może też oczywiście kreować pozytywnych obowiązków dla użytkowników utworów. Podobnie zatem jako właściciel materialnego egzemplarza książki może po jego zbyciu zachować wykonane przez siebie kopie, tak samo powinien móc uczynić nabywca książki elektronicznej. Dokonanie różnicowania w tym zakresie doprowadziłoby do niespójności w poglądach zwolenników szerokiego zastosowania instytucji wyczerpania – z jednej strony, jako argument za swoim stanowiskiem przywołują rzekomą ekwiwalentność materialnych i niematerialnych egzemplarzy utworów i wynikającą z tej konstatacji potrzebę równego ich traktowania przez prawo autorskie, z drugiej jednak strony, w ramach dozwolonego użytku osobistego następowaloby różnicowanie.

Jedyną szansą na zrealizowanie idei *forward-and-delete* jest zatem tworzenie zamkniętych platform dystrybucji i wymiany treści cyfrowych. Największe podmioty działające na tym rynku, czyli Amazon i Apple złożyły już w Stanach Zjednoczonych wnioski o udzielenie patentów chroniących taką technologię (w przypadku tego pierwszego odpowiedni patent został już przyznany)<sup>70</sup>.

Nawet gdyby dopuścić zastosowanie instytucji wyczerpania prawa do obrotu internetowego, to nie poprawiłoby to sytuacji konsumenta treści cyfrowych, a wręcz mogłoby ją pogorszyć. Sytuacja wyglądałaby inaczej jedynie w odniesieniu do tych egzemplarzy utworów, które zostały już wprowadzone do obrotu. Nawet zresztą, jeżeli podmioty uprawnione nadal dokonywałyby sprzedaży cyfrowych kopii utworów, to z pewnością odbywałoby się to przy znacząco wyższych cenach, tak by zrekompensować utratę zysku związaną z dalszą ich odsprzedażą przez kupujących.

Odejście od tradycyjnego stanowiska w zakresie wyczerpania wiązałoby się moim zdaniem także z naruszeniem zasady pewności prawa. Podmioty

---

użytku. Zaniechanie wprowadzenia zmian do danego przepisu należy bowiem traktować jako wyraz stanowiska ustawodawcy w sprawie istnienia zgodności z art. 35 pr. aut. i pr.”).

<sup>70</sup> D. Streitfeld, *Reselling the E-Goods. Order Reprints*, „The New York Times” z 8 marca 2013 r., s. B1, <http://www.nytimes.com/2013/03/08/technology/revolution-in-the-resale-of-digital-books-and-music.html>, 30.12.2016.



uprawnione wprowadzały bowiem cyfrowe kopie utworów do obrotu internetowego w zaufaniu do tradycyjnego kształtu instytucji wyczerpania prawa, nie spodziewając się tak daleko posuniętego aktywizmu sędziowskiego.

*Notabene*, należy zauważyć, iż potencjalne zastosowanie instytucji internetowego wyczerpania prawa miałyby zastosowanie do niewielkiej kategorii utworów (przede wszystkim chyba książek elektronicznych), gdyż legalny dostęp do muzyki i filmów w Internecie odbywa się obecnie najczęściej za pośrednictwem platform streamingowych, gdzie użytkownik zazwyczaj płaci bądź za kilkudniowy dostęp do danej treści (np. filmu na platformie VOD) bądź wnosi opłatę za okresowy dostęp do szerokiego wyboru treści (jak w przypadku takich portali jak Netflix czy Spotify – w przypadku tego ostatniego nawet za darmo)<sup>71</sup>.

## 5. Wnioski końcowe

Podsumowując, podkreślić chciałbym, iż w gałęzi prawa, na którą postęp technologiczny wywiera tak znaczący wpływ, jak to ma miejsce w przypadku prawa autorskiego, wykładnia dynamiczna, dostosowująca normatywną treść przepisów do błyskawicznie zmieniającej się rzeczywistości, powinna znaleźć jak najszersze zastosowanie, w szczególności na poziomie europejskim, gdzie zapewnione musi być właściwe funkcjonowanie mechanizmów wspólnego rynku<sup>72</sup>. Jej aplikacja nie może jednak przebiegać z pogwałceniem międzynarodowych zobowiązań wspólnoty oraz literalnej treści wykładanych przepisów. Dlatego też opowiedzieć należy się za niedopuszczalnością zastosowania konstrukcji wyczerpania prawa w odniesieniu do niematerialnych kopii utworów innych niż programy komputerowe. Byłoby to także, ze wskazanych w artykule względów, nieuzasadnione również funkcjonalnie, nie przyniosłoby bowiem użytkownikom końcowym spodziewanych korzyści, a w sposób znaczący naruszyło interesy podmiotów uprawnionych. Za

---

<sup>71</sup> O zmianie paradygmatów prawa autorskiego na przykładzie przemysłu muzycznego (od *material copy perspective* do *copyright as a service*) wraz z bardzo śmiałymi postulatami *de lege ferenda*: E. Laskowska, G. Mania, *Copyright...*, s. 91–103.

<sup>72</sup> Do takiego sposobu wykładania aktów prawa unijnego z zakresu własności intelektualnej odwołuje się m.in. rzecznik generalny M. Szpunar w opinii w sprawie C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken przeciwko Stichting Leenrecht* (EU:C:2016:459), pkt 27.

niepożądaną należy konsekwentnie uznać również nowelizację dyrektywy 2001/29, czy też WCT, która polegałaby na prostym rozszerzeniu zakresu zastosowania instytucji wyczerpania prawa autorskiego na wszelkie rodzaje utworów. Wydaje się zatem, że jedynej możliwości zmiany w tym zakresie, która miałaby szansę powodzenia, upatrywać należy w szeroko zakrojonej reformie prawa autorskiego<sup>73</sup> lub stworzeniu autonomicznego reżimu regulującego obrót treściami cyfrowymi.

### Streszczenie

Od momentu wydania przez TS wyroku w sprawie *UsedSoft* (C-128/11), zagadnienie dopuszczalności zastosowania instytucji wyczerpania prawa autorskiego w odniesieniu do wszelkich niematerialnych egzemplarzy utworów należy do najbardziej spornych kwestii w doktrynie prawa autorskiego. Pomimo, że większość przedstawicieli doktryny zdaje się dopuszczać taki zabieg, to literalna, funkcjonalna i systemowa wykładnia odpowiednich przepisów oraz analiza bieżącego orzecznictwa TS prowadzi do przeciwnego wniosku. Co więcej, ekstrapolacja rozstrzygnięcia w sprawie *UsedSoft* na inne niż programy komputerowe rodzaje utworów, miałyby negatywny wpływ na sytuację konsumentów na rynku cyfrowym.

**Słowa kluczowe:** wyczerpanie prawa autorskiego, *the first sale doctrine*, własność intelektualna, *UsedSoft*

---

<sup>73</sup> Tytułem przykładu wskazać można koncepcję *creative contribution* P. Aigraina, przedstawioną w książce *Sharing: Culture and the Economy in the Internet Age*, Amsterdam 2012, <http://www.oapen.org/search?identifier=409602;keyword=Aigrain>, 30.12.2016, czy też system opłat kompensacyjnych T. Fishera (por. publikacje dostępne na stronie <http://www.tfisher.org>, 30.12.2016); por. także przyp. 71.

## Exhaustion of copyright in the internet

### S u m m a r y

Following the judgement of the Court of Justice of the EU in the *UsedSoft* case (C-128/11), the issue of the admissibility of so-called “e-exhaustion” under the InfoSoc Directive belongs to the most vivid disputes in the copyright doctrine with diverging interpretations provided by the national courts. Although majority of scholars seems to support this concept, the textual, structural and functional interpretation of the relevant provisions as well as the analysis of the recent CJEU jurisprudence lead to the opposite conclusion. Moreover, the adoption of the *UsedSoft* doctrine to other (than computer programs) types of works would have a negative impact on the situation of the consumers on the digital market.

**Keywords:** exhaustion of copyright, copyright, the first sale doctrine, intellectual property, *UsedSoft* case

**Maciej Gil,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, Poland,  
e-mail: m.gil@student.uw.edu.pl.

**KARTA MIESZKAŃCA – PRÓBA OPISU INSTYTUCJI NA PODSTAWIE UCHWAŁ RAD GMIN  
AGLOMERACJI WARSZAWSKIEJ****1. Wprowadzenie do problematyki karty mieszkańca**

Polski system ustawodawczy nie zna ani pojęcia „karty mieszkańca”, ani „programu karty mieszkańca”, niemniej instytucja ta znana jest polskiemu porządkowi prawnemu. Występuje ona na szczeblu lokalnym, na poziomie najniższej jednostki samorządu terytorialnego, czyli gminy. Programy kart mieszkańca wprowadzane są do obrotu na podstawie uchwał organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego (dalej: „rada gminy”, przy czym oznacza to także „radę miejską” i „radę miasta”).

Funkcjonalnie karta mieszkańca podobna jest do Karty Dużej Rodziny, która została wprowadzona ustawą z dnia 5 grudnia 2014 r. o Karcie Dużej Rodziny (Dz.U. z 2016 r. poz. 785 ze zm.) – dalej: u.k.d.r. Artykuł 1 ust. 1 u.k.d.r. wskazuje na cele Karty Dużej Rodziny, czyli na przyznanie członkom rodziny wielodzietnej korzystniejszych uprawnień, które zgodnie z art. 1 ust. 2 u.k.d.r. polegają na preferencyjnym dostępie do towarów i usług lub innych form działalności.

Mimo że brak jest w obrocie prawnym podobnych, wspólnych dla całego kraju przepisów dotyczących karty mieszkańca, to sposób jej działania jest podobny, tzn. osoba posiadająca cechę x zyskuje dostęp do usług lub towarów po preferencyjnej cenie. Rzecz jasna ze względu na brak ogólnokrajowej regulacji w tym zakresie samorządy w różny sposób wskazują na przywileje płynące z posiadania karty mieszkańca, jednakże w nadzwyczaj jednolity sposób wskazują ową cechę x, o czym będzie mowa dalej.

W związku z powyższym, chcąc należycie zaprezentować instytucję karty mieszkańca i przedłożyć problemy związane z tą instytucją, należy niejako stworzyć wzorzec karty mieszkańca w sposób indukcyjny

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: jdk05800@gmail.com.

tj. analizując poszczególne uchwały rad gmin powołujące do życia karty mieszkańca i dalej wskazując cechy i problemy wspólne dla tej instytucji. Następnie wzorzec ten należy porównać z instytucją Karty Dużej Rodziny, który można przyjąć za wzór instytucji tego typu.

## 2. Występowanie kart mieszkańca w aglomeracji warszawskiej

Na dzień 1 stycznia 2016 r. istniało w Polsce 2 478 gmin<sup>1</sup>, w związku z czym ustalenie całkowitej liczby gmin, które podjęły uchwały będące podstawą do wprowadzenia kart mieszkańca jest kłopotliwe. Jednakże nawet pobieżne wyszukiwanie takich gmin poprzez odpowiednie uchwały w wojewódzkich dziennikach urzędowych i na stronach samych gmin pozwala zauważyć, że koncepcja programu karty mieszkańca jest szczególnie popularna w gminach składających się na aglomerację warszawską. W związku z powyższym na potrzeby niniejszego opracowania charakterystyka karty mieszkańca zostanie dokonana na podstawie uchwał rad gmin wchodzących w skład aglomeracji warszawskiej i dzielnic miasta stołecznego Warszawy.

Mimo uchwalenia w dniu 9 października 2015 r. ustawy o związkach metropolitalnych (Dz.U. poz. 1890 ze zm.)<sup>2</sup>, struktura taka nie została utworzona na obszarze obejmującym m. st. Warszawę i gminy sąsiednie, stąd chcąc określić jakie jednostki samorządu terytorialnego wchodzi w jej skład, należy sięgnąć do innych źródeł.

Obszar aglomeracji Warszawa określono w uchwale Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 12 lipca 2012 r. w sprawie likwidacji dotychczasowej aglomeracji Warszawa oraz wyznaczenia nowej aglomeracji Warszawa (Dz.Urz. Woj. Maz. poz. 5557) w jej § 2, który to obejmuje obszar m. st. Warszawy i niektóre miejscowości niektórych sąsiednich gmin. Taką definicję aglomeracji warszawskiej należy uznać za zbyt wąską i należy ją odrzucić. Inne określenie obszaru aglomeracji warszawskiej można znaleźć w informacji prasowej Ministerstwa Rozwoju

---

<sup>1</sup> <http://administracja.mac.gov.pl/adm/baza-jst/843,Samorzad-terytorialny-w-Polsce.html>, 20.08.2016.

<sup>2</sup> Ustawa ta została zresztą uchylona ustawą z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz.U. poz. 730).

z dnia 18 lutego 2016 r. w sprawie podziału statystycznego Mazowsza na dwie jednostki NUTS 2 ([https://www.mr.gov.pl/media/14929/Podzial\\_Mazowsza\\_180216.pdf](https://www.mr.gov.pl/media/14929/Podzial_Mazowsza_180216.pdf), 22.08.2016). Propozycja ta została wypracowana jako efekt debaty nad ewentualnym podziałem administracyjnym lub statystycznym województwa mazowieckiego na mniejsze jednostki<sup>3</sup>. Przyjęte przez Radę Ministrów założenia polegają na statystycznym podziale województwa na dwie jednostki typu NUTS 2, gdzie jedna ma obejmować: m. st. Warszawę oraz powiaty: nowodworski, legionowski, wołomiński, miński, otwocki, piaseczyński, pruszkowski, grodziski i warszawski zachodni. Tak zakreślony obszar obejmuje zatem 9 powiatów ziemskich, 69 gmin, jedno miasto na prawach powiatu wraz z jego 18 dzielnicami – jednostkami pomocniczymi.

W analizowanym obszarze program karty mieszkańca rozumianej jako instytucja, która uprawnia osoby fizyczne spełniające określone przesłanki, wdrożyły następujące gminy: Brwinów, Grodzisk Mazowiecki, Jabłonna, Kampinos, Konstancin, Legionowo, Marki, Nadarzyn, Pomiechówek, Pruszków, Ząbki i Zielonka a także m. st. Warszawa i dzielnica Bemowo m. st. Warszawy. Słowem – uczyniło to 13 gmin i 1 jednostka pomocnicza<sup>4</sup>. Odrębnej analizie w innym tekście powinny zostać poddane karty mieszkańca, które zapewniają preferencyjny dostęp tylko do biletów warszawskiej komunikacji miejskiej, co dotyczy m. st. Warszawy, Legionowa, Jabłonnej, Zielonki i Marek – uchwały te korzystają bowiem z innej podstawy prawnej i ich przedmiotem są ceny biletów komunikacji miejskiej – można powiedzieć, że w tych wypadkach sama instytucja karty mieszkańca schodzi na drugi plan, gdy na pierwszym pozostaje polityka kształtowania cen biletów. Ponadto szczegółową analizę w tym zakresie należy poprzedzić uwagami teoretycznymi na temat tego jaką prawną formą działania administracji jest karta mieszkańca.

---

<sup>3</sup> *Rząd wnioskuję o statystyczny podział Mazowsza*, <http://www.samorzad.lex.pl/czytaj/-/artykul/rzad-wnioskujecie-o-statystyczny-podzial-mazowsza>, 22.08.2016.

<sup>4</sup> Wykaz źródeł pozyskania uchwał będących przedmiotem analizy w niniejszym tekście zostanie zawarty w postaci załącznika dołączonego do niniejszej publikacji. W załączniku zostanie też wyjaśniony sposób zapisu skrótów analizowanych aktów prawa miejscowego. W tekście przywołanie uchwały będzie polegało na wskazaniu nazwy gminy, w której ona obowiązuje.

### 3. Karta mieszkańca jako prawna forma działania administracji

Polski ustawodawca nie skonstruował jak dotąd zamkniętego katalogu form działań organów administracji publicznej. W związku z powyższym próby stworzenia takiej klasyfikacji są cały czas zadaniem doktryny, gdzie najczęściej przywołuje się koncepcję prawnych form działania administracji przedstawioną przez J. Starościaka<sup>5</sup>. Należy przy tym zauważyć, że w nowszych opracowaniach podkreśla się nieadekwatność tej klasyfikacji we współczesnym świecie<sup>6</sup>. Stąd na potrzeby niniejszego opracowania zostanie zastosowana klasyfikacja prawnych form działania administracji opracowana przez E. Ochendowskiego. Zaznaczyć należy, że w nowszej literaturze wskazuje się, że z uwagi na kierowanie przez prawodawcę coraz to nowych zadań obciążających administrację publiczną podział ten traci na aktualności i należy rozważyć wprowadzenie nowej konstrukcji<sup>7</sup>.

E. Ochendowski dzieli formy działania administracji publicznej na dwie zasadnicze grupy: „czynności (akty) prawne” i „inne działania administracji publicznej”<sup>8</sup>. Czynności prawne dzielone są na czynności cywilnoprawne i administracyjnoprawne, co odpowiada działalności państwa w sferze *dominium* i *imperium*. Czynności administracyjnoprawne dzielone są dalej przez autora ze względu na ich adresata – na układ prawa powszechnego i na akty wewnętrzne administracji publicznej. Układ prawa powszechnego obejmuje zaś: akty tworzące normy ogólne, akty planowania (jeśli te nakładają obowiązki na podmioty zewnętrzne), akty tworzące sytuacje prawne dla obywateli, akty tworzące uprawnienia lub obowiązki dla oznaczonego adresata oraz akty egzekucyjne (o ile są czynnościami prawnymi)<sup>9</sup>.

Aby ocenić, jakie prawne formy działania administracji wiążą się z zagadnieniem programu kart mieszkańca należy zauważyć, że program

<sup>5</sup> J. Starościak, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957.

<sup>6</sup> K. Defecińska-Tomczak, Z. Kmiecik, *Dylematy typologii prawnych form działania administracji publicznej* [w:] *Ewolucja prawnych form administracji publicznej: księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin profesora Ernesta Knosali*, red. L. Zacharko [i in.], Warszawa 2008.

<sup>7</sup> A. Adamczyk, *Administracyjnoprawne formy działania administracji: teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 22–25.

<sup>8</sup> E. Ochendowski, *Prawo administracyjne: część ogólna*, Toruń 2013, s. 185 i n.

<sup>9</sup> Tamże, s. 191–194.

wymaga dwóch elementów<sup>10</sup>. Z jednej strony w wypadku każdego programu musi być tworzona osobna podstawa normatywna (jak już zostało zauważone, brak jest ogólnokrajowych przepisów w tym zakresie), a następnie wymagane jest prawne działanie administracji polegające na konkretyzacji przepisów generalnych i abstrakcyjnych w stosunku do danej jednostki. W tym miejscu należy zatem wprowadzić rozróżnienie semantyczne, gdzie przez pojęcie „program karty mieszkańca” będzie rozumiane działanie administracji polegające na tworzeniu odpowiedniego aktu normatywnego, z kolei przez pojęcie „karty mieszkańca” będzie rozumiane działanie administracji odnoszące się do jednostki.

W związku z powyższym należy zauważyć, że program karty mieszkańca jest tą prawną formą działania administracji, poprzez którą stanowiącymi są normy generalne i abstrakcyjne – a zatem w omawianym przypadku chodzi o akty prawa miejscowego. Z kolei sama karta mieszkańca zbliża się do formy aktu administracyjnego<sup>11</sup>. Otwartym zagadnieniem pozostaje kwestia tego, czy karta mieszkańca jest decyzją administracyjną.

Niekiedy przepisy prawa powszechnie obowiązującego wprost przesądzają o tym, czy dany akt administracyjny jest decyzją. Przykładowo w ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (Dz.U. z 2016 r. poz. 627 ze zm.) w art. 10 ustawodawca zaznaczył, że wydanie prawa jazdy przez starostę wymaga decyzji administracyjnej. Natomiast w art. 9 ust. 3 u.k.d.r. ustawodawca zastrzegł, że przyznanie karty nie wymaga decyzji administracyjnej, z kolei w art. 9 ust. 4 u.k.d.r. przyjęto, że odmowa wydania karty ma mieć formę decyzji administracyjnej. W odpowiednich uchwałach powołujących do życia program karty mieszkańca brak jest jednak wprost wskazania, czy wydanie albo odmowa wydania karty mieszkańca ma formę decyzji administracyjnej.

Niezależnie od tego należy wskazać na przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.) – dalej: k.p.a., dotyczące decyzji administracyjnej – art. 104 § 2 i art. 107 § 1 k.p.a. Pierwszy z przywołanych

<sup>10</sup> W niniejszym opracowaniu zostaną pominięte tzw. inne działania administracji publicznej, rozumiane jako działania nie-prawne, odnoszące się do zagadnienia kart mieszkańca.

<sup>11</sup> E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 114.



tu przepisów nakazuje załatwiać sprawy w formie decyzji administracyjnych, z kolei art. 107 § 1 k.p.a. wskazuje na elementy konstytuujące decyzję administracyjną. Ponadto zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych dominuje stanowisko, że to, czy akt administracyjny jest decyzją determinowany jest przez treść aktu a nie jego formę<sup>12</sup>.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe należy zauważyć, że przyznanie karty mieszkańca przez organ ma charakter działania władczego. Odnosi się do podmiotu zewnętrznego względem tego organu, zawiera normy prawne indywidualne i konkretne, oraz we władczy sposób określa pozycję prawną tego podmiotu (przyznaje mu konkretne uprawnienia). Należy zatem przyjąć, że z uwagi na te cechy bliżej jest karcie mieszkańca do aktu administracyjnego (decyzji administracyjnej), niż czynności materialno-technicznej. Należy uznać, że karty mieszkańca jako akty administracyjne powinny podlegać kontroli ze strony sądów administracyjnych na podstawie art. 3 § 2 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.).

#### 4. Podstawy prawne uchwał wprowadzających program karty mieszkańca

Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 83 ze zm.) – dalej: Konstytucja RP, akty prawa miejscowego mają moc powszechnie obowiązującą na obszarach działania jednostek, które ustanowiły takie akty. W doktrynie podkreśla się, że akty organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego wydawane są na podstawie i w granicach prawa (co wynika z art. 94 Konstytucji RP)<sup>13</sup>. Taki stan rzeczy przesądza samodzielny charakter aktu prawa miejscowego, aby ów mógł zostać uchwalony, w tym wypadku przez radę gminy, musi istnieć ku temu podstawa kompetencyjna – zawarta w normie prawa ustrojowego – i podstawa w postaci normy prawa materialnego<sup>14</sup>, która powoduje, że akt prawa

<sup>12</sup> Por np. wyrok NSA z dnia 25 lutego 1983 r., II SA 2083/82 (ONSA 1983, nr 1, poz. 14).

<sup>13</sup> L. Grzonka, *Legislacja administracyjna: zarys zagadnień podstawowych*, Warszawa 2015, s. 87.

<sup>14</sup> Tak NSA w wyroku z dnia 19 października 2007 r., I OSK 1288/07 (CBOSA): „Jednak konieczną przesłanką uznania aktu za akt prawa miejscowego jest jej podjęcie na podstawie przepisu prawa materialnego, który dopuszczalby do uregulowania danej materii w drodze aktu prawa miejscowego”.

miejscowego stanowiony jest w celu wykonania ustaw<sup>15</sup>. A zatem należy ocenić adekwatność podstaw prawnych uchwał powołujących program karty mieszkańca.

Wstępna analiza podstaw prawnych uchwał wprowadzających program kart mieszkańca pozwala na podzielenie ich na następujące grupy<sup>16</sup>:

1. uchwały podjęte tylko na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.) – dalej: u.s.g. – gminy: Brwinów, Kampinos, Nadarzyn, Pruszków, Konstancin;
2. uchwały podjęte na podstawie przepisów u.s.g. i przepisów ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 930 ze zm.) – dalej: u.p.s. – gmina: Grodzisk Mazowiecki;
3. niby-akty prawa miejscowego – gminy: Ząbki, Pomiechówek, Bemowo.

*Ad 1.* W tej grupie podstawy prawne polegają na kombinowaniu dwu przepisów z u.s.g. W każdym wypadku zostają przywołane przepisy art. 18 u.s.g. w związku z odpowiednimi przepisami art. 7 u.s.g.

Przepisy art. 18 u.s.g. wskazują na właściwość przedmiotową rady gminy. W omawianych uchwałach najczęściej przywoływano przepis art. 18 ust. 2 pkt 2 u.s.g., który określa wyłączne kompetencje rady gminy względem wójta. Zgodnie z dyspozycją tego artykułu rada gminy: ustala wynagrodzenie wójta, stanowi o kierunkach jego działalności i przyjmuje sprawozdania z jego działalności. Z uwagi na materie regulowane w przedmiotowych uchwałach, rady gmin mogły mieć na myśli „stanowienie o kierunkach działalności wójta”, pozostałe elementy dyspozycji tego przepisu należy bowiem uznać za zupełnie nieadekwatne. Zagadnienie „stanowienia o kierunkach działalności wójta” wynikające z wymienionego przepisu nie jest określone ani w orzecznictwie, ani w doktrynie<sup>17</sup>. W związku z powyższym wartość normatywna ww. przepisu w tym zakresie pozostaje pod znakiem zapytania. Jednakże biorąc pod uwagę

<sup>15</sup> D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2015, s. 84–85.

<sup>16</sup> Wykaz analizowanych uchwał w załączniku do artykułu.

<sup>17</sup> M. Augustyniak, T. Moll, *Art. 18 [w:] Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2016, s. 394.

fakt, że normy kompetencyjne nie mogą być interpretowane rozszerzająco<sup>18</sup>, to przepis ten będący podstawą prawną uchwały mającej za przedmiot wprowadzenie programu karty mieszkańca wydaje się nieadekwatny do przedmiotu uchwały. Zaś rada miejska w Pruszkowie zdecydowała się przywołać przepis art. 7 ust. 2 pkt 15 u.s.g., który przyznaje radzie gminy prawo do podejmowania uchwał na podstawie innych ustaw.

Drugim przepisem u.s.g. przywołanym przez ww. rady gmin jest przepis art. 7 ust. 1, który wymienia zadania gminy. Jedynie rada gminy Konstancin-Jeziorna wskazała konkretnie na przepis art. 7 ust. 1 pkt 6a u.s.g., a więc na zadanie z zakresu wspierania rodziny, pozostałe rady gmin wskazały ogólnie tylko art. 7 ust. 1 u.s.g. Należy odnotować, że z jednej strony nie budzi wątpliwości fakt, że wyliczenie zadań gminy w art. 7 u.s.g. ma charakter przykładowy<sup>19</sup>, zaś z drugiej strony ugruntowany jest pogląd, że przepisy stanowiące o zadaniach gminy nie mogą być samodzielną podstawą do podejmowania uchwał<sup>20</sup>. Stąd należy negatywnie ocenić praktykę stanowienia jakichkolwiek uchwał w innych materiach niż te wynikające wprost z u.s.g. na podstawie przepisów tej ustawy ustrojowej.

*Ad 2.* Jediną gminą w analizowanej próbie, która zdecydowała się przywołać przepisy prawa materialnego, uchwalając program karty mieszkańca jest Grodzisk Mazowiecki. Rada Miejska w Grodzisku wskazała na art. 18 ust. 2 pkt 15 u.s.g. jako normę kompetencyjną (ponieważ ów przepis pozwala radzie podejmować uchwały na podstawie innych ustaw, to wskazanie tego przepisu było zasadne) oraz na art. 17 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 110 ust. 10 u.p.s. Wskazany wyżej art. 17 u.p.s. wskazuje, że zadaniem własnym gminy jest podejmowanie innych programów społecznych wynikających z rozeznaczonych potrzeb gminy, z kolei art. 110 u.p.s. jest przepisem kompetencyjnym nakładającym na radę gminy obowiązek opracowywania i kierowania do wdrożenia lokalnych programów w zakresie pomocy społecznej na podstawie potrzeb w zakresie pomocy społecznej, przedstawionych

<sup>18</sup> M. Augustyniak, *Organizacja i funkcjonowanie rady gminy*, Warszawa 2012, s. 91–94.

<sup>19</sup> Tak WSA w Rzeszowie w wyroku z dnia 26 lutego 2008 r., II SA/Rz 706/07 (CBOSA).

<sup>20</sup> H. Izdebski wskazuje jakie uchwały mogą być podejmowane tylko na podstawie przepisów u.s.g. – H. Izdebski, *Samorząd terytorialny: podstany ustroju i działalności*, Warszawa 2014, s. 410.

przez kierownika ośrodka pomocy społecznej (dyspozycja art. 110 ust. 10 odsyła do art. 110 ust. 9). Przywołane tu przepisy u.p.s. doczekały się ciekawego orzecznictwa. Po pierwsze pojawiła się w orzecznictwie kontrowersja, czy „program”, o którym mowa w art. 110 ust. 10 u.p.s. ma charakter aktu prawa miejscowego. Kwestia ta została wyjaśniona przez NSA, który stwierdził, że ów przepis stanowi podstawę do uchwalania aktów prawa miejscowego (wyrok NSA z dnia 23 lutego 2016 r., I OSK 2742/15, CBOSA). Z kolei w innym orzeczeniu NSA zwrócił uwagę, że nie można dokonywać wykładni wymienionych przepisów ustawy w oderwaniu od definicji pomocy społecznej zawartej w art. 2 i 3 u.p.s.<sup>21</sup> W związku z powyższym należy dojść do wniosku, że o ile karta mieszkańca skierowana jest do ogółu mieszkańców, albo do mieszkańców gminy, którzy osiągają jakikolwiek dochód i rozliczają podatek od osób fizycznych w danej gminie, to nie może być ona ustanowiona na podstawie programu, o którym jest mowa w art. 110 ust. 10 u.p.s.

*Ad 3.* Ostatnią omawianą tu grupę programów mieszkańca stanowią programy funkcjonujące w gminach Pomiechówek i Ząbki oraz na obszarze dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy. Niniejsza grupa obejmuje te programy, które funkcjonują bez podstawy prawnej – nie-akty prawa miejscowego<sup>22</sup>.

W gminie Pomiechówek program karty mieszkańca funkcjonuje w oparciu o tzw. „Regulamin karty pomiechowskiej”. Ów dokument figurujący na oficjalnych stronach gminy nie zawiera przywołania podstawy

---

<sup>21</sup> Tak NSA w wyroku z dnia 2 października 2014 r., II OSK 736/14, LEX nr 1770002: „Należy bowiem zwrócić uwagę, że stosownie do art. 2 ust. 1 u.p.s. pomoc społeczna jest instytucją polityki społecznej państwa mającą na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwyciężanie trudnych sytuacji życiowych, których nie są one w stanie pokonać, wykorzystując własne uprawnienia, zasoby i możliwości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.p.s. pomoc społeczna wspiera osoby i rodziny w wysiłkach zmierzających do zaspokojenia niezbędnych potrzeb i umożliwia im życie w warunkach odpowiadających godności człowieka. W myśl zaś ust. 2 art. 3 u.p.s. zadaniem pomocy społecznej jest zapobieganie sytuacjom, o których mowa w art. 2 ust. 1, przez podejmowanie działań zmierzających do życiowego usamodzielnienia osób i rodzin oraz ich integracji ze środowiskiem. Ponadto, zgodnie z art. 15 ust. 5 i 6 u.p.s., pomoc społeczna polega w szczególności na realizacji zadań wynikających z rozeznaczonych potrzeb społecznych oraz na rozwijaniu nowych form pomocy społecznej i samopomocy w ramach zidentyfikowanych potrzeb”.

<sup>22</sup> Autorskie pojęcie utworzone przez analogię do pojęcia nieaktów administracyjnych – zob. więcej E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 128.

prawnej, ponadto nie zawiera oznaczenia organu samorządu terytorialnego, który wydał ów dokument. W związku z powyższym należy uznać, że nie jest on aktem prawa miejscowego, o jakim jest mowa w art. 94 Konstytucji RP, dokument ten pretenduje jedynie do bycia takim aktem.

Z kolei istnienie kart mieszkańca w gminie Ząbki i w dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy można stwierdzić na podstawie powszechnie dostępnych materiałów, nie można jednakowoż odnaleźć podstawy normatywnej do wprowadzenia programu.

W związku z powyższym programy, o których mowa w niniejszym punkcie nie będą przedmiotem dalszego opracowywania, omówione zostaną jedynie przepisy uchwał z grupy 1 i 2.

## 5. Ważniejsze postanowienia ogólne i postanowienia szczegółowe

Do grupy przepisów ogólnych należy zaliczyć takie przepisy, które określają zakres podmiotowy i przedmiotowy aktu normatywnego, określają jego cele jak i też definicje legalne. Przepisami szczegółowymi będą zaś takie, które dotyczą organów, przepisy materialne oraz przepisy organizacyjne i proceduralne<sup>23</sup>.

Wydaje się, że wprowadzając programy kart mieszkańca radom gmin, które je ustanowiły, zależało na podkreśleniu celu tak podjętego aktu normatywnego. Przepisy określające cel uchwały zostały bowiem unormowane w § 1 odpowiednich uchwał (Grodzisk Mazowiecki i Konstancin) albo w § 2 uchwał (Brwinów, Kampinos, Nadarzyn, Pruszków).

Cele programów przyjętych w Brwinowie, Pruszkowie i Grodzisku Mazowieckim są dwojakie. Z jednej strony program jest instrumentem polityki społecznej, z drugiej – jest narzędziem promocji, które ma zachęcić osoby fizyczne do osiedlania się na obszarze danej gminy. Ponadto gminy Grodzisk Mazowiecki, Kampinos, Konstancin i Nadarzyn wskazały w uchwałach na szczegółowe cele, które mają zostać osiągnięte za pośrednictwem programu, są to m.in. „zwiększanie mieszkańcom dostępności do kina, basenu i publicznego transportu

---

<sup>23</sup> S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 72.

zbiorowego” (Grodzisk Mazowiecki), „poszerzanie możliwości spędzania wolnego czasu przez mieszkańców” (Grodzisk Mazowiecki), „wsparcie lokalnego biznesu i punktów usługowych poprzez reklamę w zamian za oferowane rabaty” (Kampinos), „przekonanie mieszkańców zamieszkujących i zameldowanych na terenie gminy Nadarzyn aby rozliczali swoje dochody w Urzędzie Skarbowym w Pruszkowie” (Nadarzyn) itp.

Należy przy tym odnotować, że rada miejska w Grodzisku Mazowieckim, zarysowując tak cele stanowionej przez siebie uchwały, potwierdziła nieadekwatność podstawy prawnej skonstruowanej z przepisów u.s.g. i u.p.s. Takie ww. cele uchwały nie stanowią pomocy społecznej o jakiej jest mowa w u.p.s., a zatem uchwała ta nie jest ustanowiona w celu wykonania ww. ustawy, co powoduje, że grodziska uchwała została przyjęta z kwalifikowaną wadą prawną – rażącym naruszeniem prawa.

Ponadto ciekawe są cele wskazane w uchwale ustanowionej przez radę gminy Konstancin-Jeziorna. Ów akt normatywny stanowi, że został ustanowiony w celu ułatwienia mieszkańcom korzystania z gminnej infrastruktury kulturalnej, oświatowej, sportowej, turystycznej itp. W związku z powyższym należy zatem wyprowadzić wniosek, że mieszkańcy gminy będą dzielić się na mieszkańców, którzy mają ułatwiony dostęp do wskazanej infrastruktury i takich, którzy taki dostęp będą mieli utrudniony. Taka sytuacja może budzić wątpliwości na gruncie art. 1 ust. 1 u.s.g., o czym będzie mowa dalej.

Następnym zagadnieniem, które zwraca uwagę w programach kart mieszkańca jest zakres podmiotowy takich programów. Zgodnie z § 2 ust. 1 uchwały brwinowskiej program jest skierowany do osób, których miejscem zamieszkania jest gmina Brwinów. Jednakże § 2 ust. 4 uchwały wskazuje dwie przesłanki niezbędne do uzyskania karty – bycie mieszkańcem gminy Brwinów, który rozlicza podatek od dochodów osób fizycznych albo podatek rolny z tytułu prowadzonego gospodarstwa rolnego w Urzędzie Skarbowym w Pruszkowie i wskazał gminę Brwinów jako miejsce zamieszkania, bez względu na to czy taka osoba osiągnęła dochód. Ponadto osobami uprawnionymi są także członkowie rodzin wyżej wymienionych osób w rozumieniu odpowiednich przepisów u.p.s.

Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w § 6 uchwały grodziskiej, § 1 ust. 2 uchwały kampinoskiej, § 1 ust. 2 uchwały nadarzyńskiej, § 5 uchwały pruszkowskiej. Najważniejszą różnicą jest pominięcie ww. podatku rolnego w programach innych niż brwinowski oraz rezygnacja z wymogu deklarowania miejsca zamieszkania w odpowiedniej gminie w uchwałach kampinoskiej i nadarzyńskiej.

Inne rozwiązanie od powyższych przyjęto w § 2 uchwały konstancińskiej, gdzie wskazano jedną przesłankę uzyskania karty – bycie mieszkańcem gminy.

W związku z powyższym należy zauważyć, że zasadniczo zakres podmiotowy konstruowany jest poprzez wskazanie dwu przesłanek: bycia mieszkańcem odpowiedniej gminy i opłacania w niej danego podatku. Kontrowersji nie budzi pojęcie „mieszkańca gminy”, albowiem znajduje ono umocowanie w art. 1 ust. 1 u.s.g. Powszechnie przyjmuje się, że o byciu mieszkańcem rozstrzyga się według art. 25 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.)<sup>24</sup>, gdzie o miejscu zamieszkania przesądzają dwa elementy – faktyczne przebywanie w danym miejscu i zamiar stałego przebywania w tym miejscu<sup>25</sup>; oba te elementy muszą występować łącznie. Z kolei zagadnienie właściwości miejscowej urzędów skarbowych w przedmiocie podatku dochodowego od osób fizycznych normowane jest w § 4 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie właściwości organów podatkowych (Dz.U. Nr 165, poz. 1371), zgodnie z którym właściwość miejscowa urzędu skarbowego w przedmiocie podatku dochodowego od osób fizycznych uzależniona jest od miejsca zamieszkania danej osoby. Taka sytuacja prowadzi zatem do konkluzji, że płacenie podatków dochodowych od osób fizycznych w miejscu zamieszkania jest obowiązkiem obywatela, jednakże przepis ten ma charakter *lex imperfecta* i pozbawiony jest sankcji prawnych za niedopełnienie obowiązku wynikającego z jego dyspozycji.

Owo dwuelementowe wyznaczenie zakresu podmiotowego uchwały prowadzi do sytuacji, kiedy mieszkańcy gminy zostają podzieleni na tych

<sup>24</sup> B. Dolnicki, *Art. 11 [w:] Ustawa o samorządzie...*, s. 24.

<sup>25</sup> *Kodeks cywilny – Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1999, s. 96.

placących podatek od dochodów osób fizycznych i takich, którzy takiego podatku po prostu nie płacą albo płacą go poza miejscem zamieszkania. Takie rozróżnienie mieszkańców może budzić wątpliwości na gruncie przepisów u.s.g. i przepisów Konstytucji RP. Podobne zagadnienie było rozpoznawane przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 lipca 2014 r., I OSK 1054/14, CBOSA, gdzie problem dotyczył zakresu podmiotowego uchwały w sprawie pomocy społecznej wyznaczonego poprzez wskazanie przesłanek w postaci miejsca zamieszkania i zameldowania oraz innych cech relewantnych (m.in. wielodzietność). Naczelny Sąd Administracyjny zwrócił wówczas uwagę m.in., że: „Tym samym ww. przepisy godzą w wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zasadę równości. Wprawdzie, jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, możliwe jest niekiedy odstępianie od tej zasady, jednakże takie odstępstwo musi zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach. Argumenty te natomiast muszą: po pierwsze – mieć charakter istotny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści; po drugie – mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych; a po trzecie – pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów”.

Należy tu znowu przywołać cele wymienionych programów. W każdym z analizowanych przypadków rady gmin przyjęły, że program karty mieszkańca jest instrumentem polityki społecznej. Tymczasem dwuelementowe konstruowanie zakresu podmiotowego takiej uchwały prowadzi do sytuacji, że dostępu do preferencyjnych cen towarów i usług nie uzyskają osoby, które nie rozliczają podatku dochodowego od osób fizycznych, a więc osoby teoretycznie najbiedniejsze. W związku z powyższym taka sytuacja może budzić wątpliwości co do zgodności tak wyznaczonego zakresu podmiotowego z art. 1 u.s.g. i art. 32 Konstytucji RP.



Z kolei wyznaczenie zakresu podmiotowego uchwały tylko poprzez wskazanie kryterium miejsca zamieszkania w sposób bardzo wyraźny spotyka się z problemem dotyczącym też konstrukcji dwuelementowej. Model taki został przyjęty w konstancińskim programie i prowadzi on do sytuacji faktycznego zróżnicowania mieszkańców gminy. Dochodzi bowiem do sytuacji, kiedy to mieszkańcy gminy wszyscy będący formalnie w prawie do uzyskania preferencyjnych cen towarów i usług zostaną faktycznie rozróżnieni, albowiem kartę mieszkańca przyznaje się na wniosek osoby uprawnionej (o czym będzie jeszcze mowa dalej) i w związku z takim stanem rzeczy można przyjąć, że będzie istniała pewna grupa mieszkańców, która po prostu nie wystąpi o wydanie karty, a tym samym nie uzyska preferencyjnych cen towarów i usług na podstawie programu. Zachodzi zatem wątpliwość, czy możliwa jest w demokratycznym państwie prawnym sytuacja, kiedy to obywatel znajdzie się w gorszej sytuacji prawnej, albowiem nie dopełnił pewnych fakultatywnych czynności przewidzianych przez radę gminy.

W poszczególnych programach przyjęto różne rozwiązania, jeżeli chodzi o uprawnienia uzyskiwane przez podmiot po uzyskaniu karty. W analizowanej próbie można wskazać trzy rozwiązania w tej kwestii. Pierwsze polega na enumeratywnym wymienieniu w uchwale uprawnień jakie przysługują danemu podmiotowi po otrzymaniu karty. Tak uchwały grodziska i konstancińska wskazują ulgi cen w usługach świadczonych przez gminę (m.in. transport publiczny, usługi kulturalne oferowane przez gminne podmioty – np. kino), ponadto uchwała grodziska przyznaje pierwszeństwo dzieciom osób posiadających taką kartę w procesie rekrutacji do publicznych przedszkoli. Drugim rozwiązaniem jest model przyjęty w uchwałach pruszkowskiej i brwinowskiej, gdzie znalazły się przepisy blankietowe pozwalające wójtowi w drodze zarządzenia na określenie dostępu do usług publicznych oraz odesłania do innych uchwał organów jednostek samorządu terytorialnego w sprawie takiego dostępu. Niezależnie od wskazanych rozwiązań wszystkie uchwały określają, że preferencyjne ceny towarów i usług oferowane przez podmioty prywatne zostaną określone w porozumieniach między gminą a podmiotami prywatnymi.

W kwestii przepisów proceduralnych należy zwrócić uwagę na te normujące sposób wszczęcia postępowania w sprawie wydania karty i charakteru prawnego samej karty.

W uchwałach brwinowskiej, grodziskiej, kampinoskiej i konstancin-skiej znajdują się przepisy, które stanowią, że postępowanie w sprawie wydania karty wszczyna się na wniosek osoby zainteresowanej. Natomiast zagadnienie to nie jest unormowane w uchwale nadarzyńskiej. Brak takiego przepisu można uznać za lukę prawną, bowiem to przepisy prawa materialnego winny określać, czy postępowanie administracyjne wszczynane jest na wniosek albo z urzędu<sup>26</sup>.

Żadna uchwała nie przesądza, czy kartę mieszkańca należy identyfikować z decyzją administracyjną w sprawie albo czy poza wydaniem karty wydawana jest także decyzja administracyjna. Brak jest też unormowania sytuacji, kiedy wniosek w sprawie zostanie rozpatrzony negatywnie. Jediną próbą podejścia do tego zagadnienia jest przepis § 5 uchwały grodziskiej, który stanowi, że karta mieszkańca jest potwierdzeniem uprawnień, o których jest mowa w odpowiednich przepisach uchwały. Taka konstrukcja prawna powoduje, że karta mieszkańca ma charakter zbliżony do zaświadczenia, jednakże nie rozstrzyga sposobu zakończenia postępowania administracyjnego w sprawie wydania karty.

Artykuł 94 Konstytucji RP przyznaje jednostkom samorządu terytorialnego prawo stanowienia aktów prawa miejscowego, jednakże nie określa którym organom jednostek samorządu terytorialnego przysługuje taka kompetencja<sup>27</sup>. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia pozostawiono decyzji ustawodawcy – i tak art. 41 ust. 1 u.s.g. przyznaje organom stanowiącym gminy ogólną właściwość w stanowieniu aktów prawa miejscowego i przesądza tu formę uchwały dla takich aktów, natomiast art. 41 ust. 2 u.s.g. wprowadza wyjątek od powyższej zasady przyznając organom wykonawczym jednostek samorządu terytorialnego prawo do stanowienia aktów prawa miejscowego zawierających przepisy porządkowe w formie zarządzenia. Należy jednak zauważyć, że uprawnienie to jest ograniczone przesłanką

<sup>26</sup> R. Hasuer, *Wszczęcie postępowania administracyjnego*, RPEiS 1998, z. 1, s. 3.

<sup>27</sup> A. Bień-Kacala, I. Wróblewska, *Akty prawa miejscowego z perspektywy 25 lat samorządu terytorialnego w Polsce*, GSP 2015, t. XXXIV, s. 343–344.

przedmiotową – zarządzenia może wydawać wójt tylko w przypadkach niecierpiących zwłoki, a ponadto taka działalność prawotwórcza wójta podlega dalszym ograniczeniom, o których mowa w art. 41 ust. 3–5. Niezależnie od takich zarządzeń przysługuje wójtowi prawo wydawania zarządzeń o charakterze wewnętrznym<sup>28</sup>. W związku z powyższym wszelkie zarządzenia wójtów dotyczące programów kart mieszkańca i kart mieszkańca należy uznać za akty prawa wewnątrz obowiązującego.

Jak już zostało zauważone powyżej uchwały wprowadzające programy kart mieszkańca zawierają przepisy blankietowe, które zawierają upoważnienia do wydania przez wójta zarządzeń odnośnie do różnych materii. Analizowane uchwały przewidują wydanie zarządzenia przez wójta w zakresie:

1. określenia w nim wzoru wniosku o wydanie karty, regulaminu wydawania karty i wzoru karty (§ 3 ust. 2 uchwały brwinowskiej; § 8 ust. 2 uchwały grodziskiej; § 3 uchwały konstancińskiej; § 6 ust. 2 uchwały pruszkowskiej),
2. unormowania w nim uprawnień wynikających z faktu posiadania karty (§ 7 uchwały pruszkowskiej; § 5 uchwały nadarzyńskiej; § 5 uchwały kampinoskiej).

Dla celów niniejszego opracowania nie są istotne poszczególne przepisy zawarte w zarządzeniach wydanych na podstawie ww. norm kompetencyjnych. Rozważanie powinno dotyczyć raczej dopuszczalności stanowienia takich przepisów blankietowych w wymienionych uchwałach i dopuszczalności takiego, jak opisany wyżej, zakresu przedmiotowego zarządzenia.

Dominujący w doktrynie pogład wskazuje, że zarządzenie mimo charakteru wewnątrz obowiązującego musi być wydane na podstawie ogólnej normy kompetencyjnej zawartej w ustawie<sup>29</sup>. Stąd pojawiają się w orzecznictwie sądów administracyjnych kontrowersje co do dopuszczalność normowania w uchwałach organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego szczegółowo zakresu przedmiotowego danego zarządzenia, albowiem ogólne uprawnienie do wydawania zarządzeń

<sup>28</sup> Zob. więcej M. Chlipała, *Zarządzenia wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w orzecznictwie sądów administracyjnych*, ST 2010, nr 12, s. 17 i n.

<sup>29</sup> B. Jaworska-Dębska, R. Budzisz, *Rola organu wykonawczego jednostek samorządu terytorialnego w procesie stanowienia prawa na szczeblu lokalnym* [w:] *Legislacja administracyjna: teoria, orzecznictwo, praktyka*, red. M. Stahl, Z. Duniewska, Warszawa 2012, s. 389.

przez wójta wynika z tych przepisów u.s.g., które przyznają mu kompetencję do wykonywania uchwał rad gmin<sup>30</sup>.

Wśród materii wymienionych w pkt 1 należy zauważyć, że wzory wniosków i kart mają charakter powszechnie obowiązujący. Dopuszczalność takich załączników nie budzi kontrowersji na gruncie § 29 ust. 2 w zw. z § 143 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283). Jednakże zarówno wniosek jak i karta nie są adresowane do jednostek podległych podmiotowi stanowiącemu w ten sposób przepisy prawne, a zatem wydanie zarządzenia w tym zakresie wydaje się niedopuszczalne. Unormowanie regulaminu wydawania karty w drodze zarządzenia byłoby z kolei dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim normy regulaminu adresowane by były jedynie do jednostek podległych wójtowi.

Z kolei materie z grupy 2 dotyczą kwestii praw i obowiązków obywatela. Zagadnienie dopuszczalności nakładania na obywatela obowiązków (a zatem też przyznawania mu uprawnień) w drodze zarządzenia było przedmiotem orzecznictwa sądów administracyjnych, które wykluczają taką możliwość (wyrok NSA z dnia 2 grudnia 2015 r., I OSK 811/14, CBOSA).

## 6. Publikacja i wejście w życie uchwały wprowadzającej kartę mieszkańca

Ostatnim zagadnieniem, które należy rozważyć w niniejszym tekście jest zagadnienie publikowania przedmiotowych uchwał i czasu ich spoczynku. Wydawać by się mogło, że demokratyczne państwo prawne, jakim jest Rzeczpospolita Polska, określa bardzo wyraźne standardy w tych kwestiach, wzbudzają one jednak praktyczne kontrowersje wśród analizowanych gmin<sup>31</sup>.

Warunkiem niezbędnym do wejścia w życie aktów prawa miejscowego (uchwał, zarządzeń o charakterze powszechnie obowiązującym) jest ich ogłoszenie, co wynika bezpośrednio z dyspozycji art. 88 ust. 1 Konstytucji

---

<sup>30</sup> Tak WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r., III SA/Wr 591/13 (CBOSA): „Istotność naruszenia prawa przez Radę Gminy C. polega na tym, że brak podstawy prawnej do tego, aby organ stanowiący gminy wyznaczał wójtowi granice określające szczegółowo katalog obowiązkowych elementów zarządzenia, które wydaje wójt na podstawie przyznanej mu kompetencji do wykonywania uchwał rady.”

<sup>31</sup> Por. wykaz uchwał załączony do tekstu i odpowiednie źródła.

RP, która jednakże w zakresie trybu i zasad ich promulgacji odsyła do ustawy. Artykuł 13 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 296) – dalej: u.o.a.n., który stanowi, że akty prawa miejscowego stanowione przez organy gminy podlegają publikacji w odpowiednim wojewódzkim dzienniku urzędowym. Istotny przepis dotyczący publikacji aktów prawa miejscowego stanowionych przez gminę zawarty jest też w art. 90 ust. 1 u.s.g., który nakłada na wójta obowiązek przedkładania wojewodzie uchwał rady gminy celem przeprowadzenia nadzoru pod względem legalności. Wojewoda ponadto na podstawie art. 23 u.o.a.n. wydaje wojewódzki dziennik urzędowy. Stąd wniosek, że uchwały przesłane do wojewody celem zbadania ich zgodności z prawem w procesie nadzoru podlegają publikacji. Ponadto warto zauważyć, że ustawodawca niekonsekwentnie posługuje się terminem „akt prawa miejscowego” i nazwą „uchwała” w związku z czym ciężko jest ustalić stosunek zakresowy tych dwóch pojęć. Niemniej funkcjonuje w doktrynie pogląd, według którego uchwałami w rozumieniu art. 90 ust. 1 u.s.g. nie są uchwały o charakterze decyzji administracyjnych<sup>32</sup>.

W związku z powyższym, jeśli przedmiotowe uchwały byłyby zwolnione z obowiązku ogłoszenia w wojewódzkim dzienniku urzędowym, to nie mogą być aktami prawa miejscowego w konstytucyjnym rozumieniu tego terminu i należy im odmówić przedmiotu normatywności<sup>33</sup>. Jednakże analiza przepisów przedmiotowych uchwał prowadzi do konkluzji, że te zawierają normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, a zatem są aktami normatywnymi, które podlegają procesowi nadzoru ze strony wojewody i publikacji w odpowiednim wojewódzkim dzienniku urzędowym.

---

<sup>32</sup> A. Matan, *Art. 90 [w:] Ustawa o samorządzie...*, s. 1133.

<sup>33</sup> Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 listopada 2008 r., II SA/Wr 273/08 (CBOSA), zauważył, że: „Akty prawa miejscowego są to akty o charakterze normatywnym. Za ich pomocą organy administracji publicznej w sposób władczy (jednostronny) określają reguły zachowania dotyczące generalnie (nieimiennie) oznaczonych kategorii podmiotów w abstrakcyjnie (a więc również niekonkretnie) wskazanych sytuacjach. Zatem cechą charakterystyczną tego typu aktów jest wprowadzenie do porządku prawnego nowych norm prawnych, obowiązujących w sposób generalny i abstrakcyjny na terenie właściwości danego organu. W przypadku organów gminy, wydawane przez nie akty prawa miejscowego nakładają najczęściej na oznaczonych rodzajowo członków społeczności lokalnej obowiązek oznaczonego zachowania się w sytuacjach wskazanych w takich przepisach”.

Odnosnie do czasu spoczynku przedmiotowych uchwał należy zauważyć, że przedmiotowe uchwały dzielią się na dwie kategorie. Uchwały brwińska, grodziska i konstancińska powtarzają przepis art. 13 pkt 2 u.o.a.n. stanowiący, że podlegają publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym i w sposób prawidłowy na gruncie art. 4 ust. 1 u.o.a.n. wskazują datę ich wejścia w życie określając termin 14 dniowy lub dłuższy.

Z kolei uchwały pruszkowska, nadarzyńska i kampinoska pomijają kwestię ich publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym i wskazują datę wejścia w życie uchwał na dzień ich podjęcia. Zlikwidowanie okresu spoczynku aktu normatywnego jest co prawda dopuszczalne w świetle art. 4 ust. 2 u.o.a.n., jednakże możliwość taka ograniczona jest dwiema przesłankami, które muszą wystąpić łącznie<sup>34</sup>:

- a) ważny interes państwa wymaga natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego,
- b) zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie.

W niniejszym przypadku ciężko jest uznać, że ważny interes państwa wymagalby natychmiastowego wejścia w życie ww. uchwał.

## 7. Konkluzje

Istnienie instytucji karty mieszkańca świadczy, że od czasu uchwalenia Konstytucji RP w 1997 r. i reformy samorządowej z roku 1998 zasada demokratycznego państwa prawnego i zasada legalizmu nie ugruntowała się na gruncie polskiego samorządu terytorialnego.

Uchwały powołujące do życia programy kart mieszkańca podejmowane są bez podstawy prawnej. Nie należy lekceważyć problemu z uwagi na fakt, że nie mają one charakteru represyjnego w stosunku do obywatela. Przede wszystkim są one świadectwem instrumentalnego traktowania prawa przez podwarszawskich samorządowców, kiedy to tworzenie danej instytucji ze względu na jej kształt nie może służyć wykonywaniu celów przed nią stawianych – np. w zakresie pomocy społecznej. Ponadto ciężko

---

<sup>34</sup> Pogląd ten podzielany jest też przez sądy administracyjne. Tak WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 20 marca 2013 r., IV SA/Po 19/13 (CBOSA).

jest uznać kartę mieszkańca za instrument, który ma służyć gminom do zachęcania obywateli do odprowadzania w nich podatków – z uwagi na problemy z dochodami własnymi<sup>35</sup>. Z kolei chcąc uznać kartę mieszkańca za narzędzie promocji należy odpowiedzieć na pytanie, czy ceną może być prawne albo faktyczne (tak jak w wypadku gminy Konstancin) różnicowanie mieszkańców? Zresztą wskazując jedną przesłankę niezbędną do uzyskania karty – bycie mieszkańcem – pojawia się kolejna wątpliwość: czy nie byłoby korzystniej obniżyć w ogóle koszty usług oferowanych przez gminę niezależnie od jakichkolwiek przesłanek?

Opisywana tu instytucja jest świadectwem niskiej świadomości rad gmin (a właściwie personalnej obsady tych organów) w zakresie zagadnień teoretycznoprawnych, co widać przy spojrzeniu na kartę jako prawną formę działania administracji, i niskiej kultury prawnej. Negatywnie należy bowiem ocenić praktykę, kiedy to uchwała się akt prawa miejscowego obciążony kwalifikowanymi wadami prawnymi, a jednocześnie nie przedkłada się go celowo wojewodzie, aby ten w procesie nadzoru zweryfikował ten akt.

Niemniej analizując przedmiotowe zagadnienie, uwidaczniają się istotne problemy z zakresu prawa administracyjnego. W kwestii podstaw prawnych wymienionych uchwał można stawiać pytania o związanie prawem jednostek samorządu terytorialnego w świetle ich konstytucyjnego statusu. Z kolei brak rozstrzygnięć nadzorczych dotyczących uchwał opublikowanych w wojewódzkim dzienniku urzędowym jest raczej świadectwem nieefektywności nadzoru wojewody nad aktami prawa miejscowego stanowionymi przez jednostki samorządu terytorialnego i inne podmioty<sup>36</sup>. Przy okazji tego problemu pojawia się też pytanie o to, czy rzeczywiście wszystkie uchwały powinny być publikowane w wojewódzkim dzienniku urzędowym, czy nie byłoby wystarczającym ogłaszanie ich np. w Biuletynach Informacji Publicznej? Zagadnienia te wymagają odrębnego rozważenia.

---

<sup>35</sup> Por. *Dochody 2478 gmin cz. 1. (1–499)* w roku 2015, dane za: <http://samorząd.pap.pl/depesze/redakcyjne.praca.akt/168212/Dochody-2478-gmin-cz-1-1-499>, 22.08.2016.

Miejsce: 89. Pruszków, 94. Grodzisk Mazowiecki, 108. Konstancin Jeziorna, 210. Brwinów.

<sup>36</sup> Z wyjątkiem rozstrzygnięcia nadzorczego wojewody z dnia 26 marca 2015 r., LEX-I.4131.49.2015. MS, [http://www.bip.kampinos.pl/admin/wysiwyg/FileUpload/files/%20UCHWA%C5%81Y%202015/R\\_nadzorcze\\_%20uchwala\\_27\\_15.pdf](http://www.bip.kampinos.pl/admin/wysiwyg/FileUpload/files/%20UCHWA%C5%81Y%202015/R_nadzorcze_%20uchwala_27_15.pdf), 20.09.2016, które jednakże nie dotyczy omawianych w tekście zagadnień.

Jednakże biorąc pod uwagę obecny stan prawny należy negatywnie ocenić praktykę uchwalania programów kart mieszkańca przez gminy. O takiej ocenie decyduje przede wszystkim naruszenie zasady legalizmu wynikającej z art. 7 Konstytucji RP – zarówno przez gminy jak i wójtów. Tolerowanie naruszeń prawa polegających przede wszystkim na rozszerzającej wykładni przepisów kompetencyjnych może z czasem doprowadzić do sytuacji, w której taki sposób myślenia będzie prowadził do stanowienia w sposób nieuprawniony przepisów prawnych nakładających na obywatela także obowiązki obok uprawnień.

### Załącznik

Uchwały będące przedmiotem niniejszego tekstu:

1. Brwinów – uchwała Rady Miejskiej w Brwinowie z dnia 22 czerwca 2016 r., nr XXX.269.2016 (Dz.Urz. Woj. Maz. poz. 8386);
2. Grodzisk Mazowiecki – uchwała Rady Miejskiej w Grodzisku Mazowieckim z dnia 13 sierpnia 2014 r., nr 781/2014, w sprawie przyjęcia programu działań zmierzających do poprawy warunków życia mieszkańców gminy Grodzisk Mazowiecki (Dz.Urz. Woj. Maz. poz. 8299);
3. Kampinos – uchwała VI/27/15 w sprawie wprowadzenia Karty Mieszkańca Gminy Kampinos, <http://www.bip.kampinos.pl/kat/id/335>, 20.09.2016 (brak publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym);
4. Konstancin – uchwała Rady Miejskiej Konstancin–Jeziorna z dnia 10 września 2014 r., nr 635/VI/47/2014, w sprawie przyjęcia Programu „Konstancińska Karta Mieszkańca” (Dz.Urz. Woj. Maz. poz. 9780);
5. Nadarzyn – uchwała nr XLIV/446/2014 w sprawie uchwalenia Programu Karta Nadarzyniaka, <http://bip.nadarzyn.pl/261,rok-2014.html?wiecej=867>, 20.09.2016 (brak publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym);
6. Pruszków – uchwała nr XVI.164.2016 w sprawie przyjęcia Programu „Pruszkowskiej Karty Mieszkańca”, <http://pruszkow.bip.gmina>.



- pl/index.php?id=609, 20.09.2016 (brak publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym);
7. Pomiechówek – brak uchwały, jedynie „Regulamin Karty Pomiechowskiej”, [https://karta.pomiechówek.pl/pomiechówek\\_regulamin.pdf](https://karta.pomiechówek.pl/pomiechówek_regulamin.pdf), 20.09.2016;
  8. Ząbki – brak uchwały, jednakże karta istnieje, co wynika z: <http://www.zabki.pl/banery/karta-mieszka-ca-jestem-z-z-bek>, 20.09.2016;
  9. Dzielnica m. st. Warszawy Bemowo – brak uchwały, jednakże karta istnieje, co wynika z: <http://karta.bemowo.waw.pl/>, 20.09.2016.

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest omówienie instytucji karty mieszkańca. Instytucja ta nieznaną jest polskiemu porządkowi prawnemu na poziomie ustawowym, lecz stanowi wytwór praktyki legislacyjnej gmin. Zjawisko to można zaobserwować szczególnie w działalności gmin składających się na aglomerację warszawską. Z jednej strony taka praktyka ma być zachętą skierowaną do mieszkańców gminy, by Ci płacili podatki dochodowe od osób fizycznych w miejscu zamieszkania (co zresztą jest obowiązkiem wynikającym z przepisów prawa podatkowego; przy czym obowiązek ten ma charakter *lex imperfecta*). Z drugiej strony przedmiotowe zagadnienie należy rozpatrywać w kontekście prawnych form działania administracji i charakteru aktów prawa miejscowego w polskim porządku prawnym (szczególnie w kontekście konstytucyjnej zasady legalizmu i konsekwencji z nią związanych). Opracowanie zawiera także opis praktyki samorządowej w zakresie stanowienia gminnych programów karty mieszkańca.

**Słowa kluczowe:** samorząd terytorialny, administracja publiczna, legalizm, źródła prawa, legislacja administracyjna

## **Card of inhabitant – an attempt to describe the institutions based on local regulations of the Warsaw Agglomeration communes**

### **S u m m a r y**

The article focuses on the card of inhabitant – institution unknown for Polish legislation on the state-wide level which was, however, introduced by local self-governments, especially those which are part of the Warsaw Agglomeration. The described institution must be recognized as an instrument of encouraging inhabitants to pay taxes in communes where they live. The obligation to pay taxes by a natural person in the place of residence arises from the regulations of Polish tax law, however, there is no sanction for breach of this obligation. On the other hand, the problem of the card must be analysed in the context of, first, the legality principle provided in the Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland which obliges public authorities to act within the limits of the law and, second, the way how local governments in Poland should exercise legislative powers. The article is composed of two main parts: in the first, the theoretical one, the card is considered in the context of the general theory of legal forms of administration actions in Poland; the second includes the analysis how local governments introduced the institution.

**Keywords:** local governments, public administration, legalism, sources of law, administrative legislation

**Jakub Dorosz-Kruczyński,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02–927 Warszawa, Poland,  
e-mail: jdk05800@gmail.com.

WAŻENIE WINY W PRZYPADKU ORZĘKANIA ROZWODU – UWAGI NA TEMAT  
AMERYKAŃSKIEJ DOKTRYNY COMPARATIVE RECTITUDE

## 1. Wprowadzenie

Dnia 4 września 1969 roku ówczesny Gubernator Stanu Kalifornia, Ronald W. Reagan, złożył podpis pod pierwszą w historii Stanów Zjednoczonych Ameryki ustawą umożliwiającą orzeczenie rozwodu bez potrzeby wykazywania przed sądem winy współmałżonka<sup>1</sup>. Mimo iż nowe przepisy dotyczyły wielu zagadnień z zakresu prawa rodzinnego, doktryna zgodnie odnotowywała, iż to właśnie regulacje związane z tzw. *dissolution of marriage* stanowiły o ich przełomowym charakterze. Jak pisał w roku 1970 Profesor Aidan R. Gough: „*The Family Law Act [...] marks the first legislative eradication of marital fault as the governing principle of divorce in any American jurisdiction*”<sup>2</sup>. Uchwalenie *Family Law Act* okazało się początkiem gruntownej modernizacji amerykańskiego prawa rozwodowego, które – pozostając pod wpływem przejętego z Wielkiej Brytanii dorobku systemu *common law*<sup>3</sup> – przez dziesiątki lat wiązało udzielenie rozwodu (bądź orzeczenia separacji prawnej) z potrzebą udowodnienia winy jednej ze stron sporu<sup>4</sup>. W latach 1970–1975 blisko połowa stanów zdecydowała się na nowelizację dotychczasowych przepisów. Wraz z upływem kolejnej dekady wszystkie – z wyjątkiem Arkansas – posiadały zmodernizowane przepisy rozwodowe<sup>5</sup>. Nowe prawo prezentowało odmienne od

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, e-mail: p.krolinski@hotmail.com.

<sup>1</sup> Por. H.H. Kay, *Equality and Difference: A Perspective on No-Fault Divorce and Its Aftermath*, CLR 1987, nr 1, s. 1.

<sup>2</sup> Por. A.R. Gough, *Community Property and Family Law: The Family Law Act of 1969*, CLTD 1970, s. 2.

<sup>3</sup> Por. L. Brown, J. Shoaf, *Marriage and divorce*, GJGL 2011, s. 501.

<sup>4</sup> Por. A.R. Gough, *Community...*, s. 7.

<sup>5</sup> Por. L.D. Wardle, *No-Fault Divorce and the Divorce Conundrum*, BYULR 1991, s. 79.

dotychczasowego spojrzenie na instytucję małżeństwa, uzależniając jego trwałość od rzeczywistej woli stron.

Historia amerykańskiego prawa rodzinnego znakomicie prezentuje pierwotne, istotnie zakorzenione w prawie kanonicznym, myślenie o instytucji małżeństw<sup>6</sup>. Abstrahując od oczywistych różnic, wynikających z legislacyjnej suwerenności poszczególnych stanów, prawodawstwo tamtejsze aż do schyłku lat 60. XX wieku konsekwentnie funkcjonowało w oparciu o model tzw. *fault-based divorces*. Podczas gdy małżeństwo pozostawało jedyną prawnie relewantną ścieżką prowadzącą do założenia rodziny, regulacje z nim związane niechętnie poddawano modyfikacjom, obawiając się naruszenia tradycyjnego rdzenia instytucji.

Z perspektywy czasu uzasadniony wydaje się wniosek, iż pionierskie działania legislatury kalifornijskiej nadały tempo przemianom, których społeczeństwo amerykańskie oczekiwało od lat. O niesprawiedliwościach związanych z funkcjonowaniem systemu *fault-based* komentatorzy amerykańscy pisali przez dziesięciolecia, jednak zarówno doktryna, jak i judykatura zgodnie przyjmowały, że w obliczu tak głębokiego niedowładu praktyki rozwodowej, niezbędne są zmiany na poziomie ustawowym. Wadliwie funkcjonujący system prowadził do patologii, których emanacją były m.in. „podróże rozwodowe” – pary, które od lat nie mogły uzyskać rozwodu we własnym stanie (choćby z uwagi na zasadę rekryminacji, o której poniżej), przekraczały granice stanowe w poszukiwaniu jurysdykcji, która umożliwi im rozwiązanie małżeństwa. Praktyka ta łączyła się najczęściej z intencjonalnym wprowadzaniem sądu w błąd co do ziszczenia się podstaw rozwodowych (*grounds for divorce*). Zarówno strona wnosząca pozew o rozwód (*libellant/plaintiff*), jak i strona pozwana (*libellee/defendant*), najczęściej w zmowie, zeznawały przed sądem nieprawdę, tak aby osiągnął on przekonanie o tym, iż ustawowe podstawy udzielenia rozwodu zostały spełnione<sup>7</sup>. Co oczywiste, wiązało się to nierzadko ze sprzecznym

---

<sup>6</sup> Por. S.B. Kitchin, *A History of Divorce*, London 1912, s. 211.

<sup>7</sup> Por. L.D. Wardle, *No-Fault...*, s. 104.

z rzeczywistością przypisywaniem winy stronie, którą z pewnością można było przedstawić jako winną tego, co w polskim prawie rodzinnym nazywa się rozkładem pożycia.

Nim jednak doszło do ostatecznego uchwalenia nowego prawa, zarówno sądy, jak i doktryna amerykańskiego prawa rodzinnego starały się niwelować niesprawiedliwości trwale związane z funkcjonowaniem systemu *fault-based*. W obliczu konieczności zaakceptowania ustawowo zdefiniowanych podstaw udzielenia rozwodu oraz tzw. przeszkód rozwodowych (*bars to divorce*), praktyka amerykańska wykształciła interesujące rozwiązanie prawne, umożliwiające rozwiązanie małżeństwa w realiach poprzedzających wspomnianą na wstępie „rewolucję”<sup>8</sup> końca lat 60-tych ubiegłego wieku. Doktryna *comparative rectitude*, bo o niej mowa, była rozwiązaniem przelomowym. Dzięki jej zastosowaniu, niezależnie od występowania winy po obu stronach sporu, orzeczenie rozwodu stawało się możliwe. Jej inkorporacja w struktury amerykańskiego prawa rozwodowego początku XX wieku znacząco zwiększyła dyskrecyjną władzę sędziego. Dopuszczalność ważenia winy była tym, czego prawo rozwodowe potrzebowało najbardziej, nim możliwe stały się zmiany na poziomie ustawodawczym. Doktryna *comparative rectitude* była w istocie jednym z demarkacyjnych etapów procesu przechodzenia od systemu opartego na przesłance winy, do tego, wedle którego prawo amerykańskie funkcjonuje obecnie.

Aby w pełni zrozumieć charakter przedstawianej doktryny, należy w pierwszej kolejności rozważyć realia prawne, w których powstała. Kolejna część artykułu poświęcona zostanie opisowi systemu *fault-based divorce* oraz tzw. przeszkodom rozwodowym. W przypadku tych ostatnich, na szczególną uwagę zasługuje zasada rekryminacji. Na dalszym etapie dokonam zasadniczego przedstawienia doktryny *comparative rectitude*. W ostatniej części pracy omówię obecnie funkcjonujący system. Analizę swoją oprę o stosowne orzecznictwo oraz literaturę przedmiotu.

---

<sup>8</sup> Por. D.S. Hershkowitz, D.R. Liebert, *Divorce Reform in California: From Fault to No-Fault...and Back Again?*, Assembly Committee on Judiciary, s. 132, <http://ajud.assembly.ca.gov/sites/ajud.assembly.ca.gov/files/reports/1197%20divorcereform97.pdf>, 16.09.2016.

## 2. System *fault-based divorces* oraz tzw. przeszkody rozwodowe

Nie sposób wskazać dziś na jurysdykcję stanową, której prawo nie znalazłoby systemu *no-fault based divorce*<sup>9</sup>. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że system prawa amerykańskiego nie odrzucił w pełni modelu rozwodu opartego o przesłankę ustawowo zdefiniowanej winy jednego z małżonków. Wyróżnić można *de facto* dwie grupy – pierwszą, do której należą stany, które całkowicie zrezygnowały z systemu *fault-based divorce* oraz drugą, do której przynależą jurysdykcje zezwalające na dokonanie wyboru pomiędzy starym oraz nowym modelem<sup>10</sup>.

Stosunkowo wyraźny jest więc pewnego rodzaju konserwatyzm rządzący amerykańskim spojrzeniem na prawo rozwodowe. Większość stanów (33) nie zdecydowała się na definitywne odrzucenie starego modelu, dając jedynie obywatelom dodatkową możliwość, której dotychczas brakowało<sup>11</sup>. Sceptycyzmu wobec całkowitego przejścia do modelu *no-fault* dopatrzeć można się także w niektórych wypowiedziach amerykańskiej doktryny prawa rodzinnego<sup>12</sup>. Okoliczności te uzasadniają potrzebę dokładniejszego przedstawienia systemu *fault-based divorce*.

Jak było już podnoszone, naczelnym założeniem omawianego modelu jest potrzeba wykazania przed sądem faktu ziszczenia się choćby jednej z wyróżnionych ustawowo podstaw udzielenia rozwodu. Rozwiązanie takie jest konsekwencją przypisywania małżeństwu zupełnie wyjątkowej roli w społeczeństwie. W wyroku w sprawie *Maynard v. Hill* Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, iż: „*Marriage, as creating the most important relation in life, as having more to do with the morals and civilization of a people than any other institution, has always been subject to the control of the legislature. That body prescribes the age at which the parties may contract to marry, the procedure or form essential to constitute marriage, the duties and obligations it*

---

<sup>9</sup> Por. B. Bird, *Which States Are No-Fault Divorce States*, <http://info.legalzoom.com/states-nofault-divorce-states-20400.html>, 20.08.2016.

<sup>10</sup> Por. M.M. Wechsler, *Fault and No-Fault Divorce Law for Each US State*, <http://www.thelaw.com/law/fault-and-no-fault-divorce-law-for-each-us-state.200/>, 20.08.2016.

<sup>11</sup> Por. D.A. Vlosky, P.A. Monroe, *The Effective Dates of No-Fault Divorce Laws in the 50 States*, FR 2002, nr 4, s. 317.

<sup>12</sup> Por. P.N. Swischer, *Marriage and some troubling issues with no-fault divorce*, RULR 2005, s. 245.

*creates, its effects on the property rights of both [parties], present and prospective, and the acts which may constitute grounds for its dissolution*<sup>13</sup>. Znaczenie małżeństwa uzasadnia więc – w przekonaniu amerykańskiego Sądu Najwyższego – potrzebę szczególnej kontroli ustawodawczej. Wyróżniane ustawowo podstawy rozwodowe stanowić powinny emanację konkretnych, uznawanych przez społeczeństwo, pryncypiów moralnych. Pierwotne zespolenie instytucji małżeństwa z religią sprawiło, że akceptowalne moralnie, a co za tym idzie prawnie, stało się wyłącznie udzielenie rozwodu z powodu ziszczenia się kilku, arbitralnie narzuconych przez ustawodawcę zdarzeń. Pomimo iż każdy stan posiada swobodę w definiowaniu tych podstaw, niektóre z nich, z uwagi na swoje szczególne znaczenie, obecne były we wszystkich jurysdykcjach.

Za najistotniejsze podstawy rozwodowe uznać należy: (i) okrutne traktowanie współmałżonka (*cruelty*), (ii) zdradę (*adultery*) oraz (iii) porzucenie (*abandonment/desertion*). Poza powyższymi wskazuje się także na: (iv) popelnienie ciężkiego przestępstwa (*conviction of crime*), (v) chorobę psychiczną współmałżonka (*mental illness*), (vi) pijaństwo/uzależnienie od narkotyków (*drunkenness/drug addiction*), (vii) niewywiązywanie się z obowiązku wzajemnej pomocy (*nonsupport*), (viii) długoletnie przebywanie w więzieniu przez jednego z małżonków (*long-term imprisonment*), (ix) zarażenie chorobą weneryczną (*infection with a sexually transmitted disease*), (x) ciążę żony, o której mąż nie wiedział w chwili zawierania związku małżeńskiego (*pregnancy of the wife at the time of marriage unknown to husband*) lub (xi) impotencję (*impotence*). Zgodnie z badaniami statystycznymi przeprowadzonymi przez Departament Zdrowia, Edukacji i Opieki Społecznej Stanów Zjednoczonych, do roku 1967 za najczęstsze podstawy rozwodowe uchodziły: zdrada, okrucieństwo oraz porzucenie<sup>14</sup>.

Aby udowodnić okrucieństwo małżonka, powód musiał wykazać przed sądem dokładny przebieg zarzucanego postępowania, które powinno być ponadto na tyle poważne, aby skutecznie wywierać negatywny wpływ na jego (powoda) zdrowie fizyczne lub psychiczne. Co do

<sup>13</sup> Por. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/125/190/case.html>, 20.08.2016.

<sup>14</sup> Por. *100 Years of Marriage and Divorce Statistics United States, 1867–1967*, [https://www.cdc.gov/nchs/data/series/sr\\_21/sr21\\_024.pdf](https://www.cdc.gov/nchs/data/series/sr_21/sr21_024.pdf), 20.08.2016.

zasady przyjmuje się, że pojedyncze zachowanie nie jest wystarczające do tego, aby przypisać współmałżonkowi okrutne traktowanie, niemniej doktryna dopuszcza takie rozwiązanie w sytuacji wystąpienia wyjątkowo silnego aktu przemocy, najczęściej fizycznej. Analogicznie, przez wiele lat sądy z rezerwą odnosiły się do przypadków zarzutu okrutnego traktowania wyłącznie w wymiarze psychicznym, wymagając zazwyczaj wykazania dodatkowo elementu przemocy fizycznej<sup>15</sup>. Wraz z upływem lat judykatura dostrzegła znaczenie oraz niebezpieczeństwa związane z okrutnym traktowaniem na polu psychologicznym, czego przykładem jest wyrok w sprawie *Muhammad v. Muhammad* z 1993 roku, w którym Sąd Najwyższy stanu Missisipi orzekł, że za okrutne traktowanie uzasadniające udzielenie rozwodu uznać należy zmuszanie żony przez męża do przeprowadzenia się wraz z nim na teren radykalnej komuny muzułmańskiej. W tym przypadku zmuszanie do przeniesienia się wbrew woli oraz wizja funkcjonowania w obcych realiach kulturowych okazały się wystarczające, pomimo iż mąż nigdy nie stosował wobec żony przemocy fizycznej<sup>16</sup>. Z kolei, aby uzyskać rozwód na podstawie cudzołóstwa współmałżonka, powód musiał udowodnić przed sądem okoliczność umożliwiającą popełnienie zdrady małżeńskiej (np. niezapowiedziany, samotny wyjazd małżonka na 10-dniową konferencję) oraz skłonność do jej popełnienia. Podkreśla się, że choć przeważnie sądy wymagają przyznania się (*corroboration*) oskarżanego małżonka do faktu popełnienia zdrady małżeńskiej, w wielu przypadkach godzą się jednak na wyłączne prezentowanie poszlak (*circumstantial evidence*) z uwagi na intymny charakter kontaktów seksualnych<sup>17</sup>. Co się zaś tyczy porzucenia, to w jego przypadku powód musiał wykazać przed sądem trzy okoliczności: (i) intencjonalne opuszczenie, (ii) połączone z brakiem woli dalszego wspólnego zamieszkiwania, (iii) pozbawione usprawiedliwienia oraz zgody współmałżonka<sup>18</sup>. Przykładem zastosowania porzucenia jako podstawy rozwodowej jest sprawa *Reid v. Reid*,

<sup>15</sup> Por. D.K. Weisberg, *Emanuel Law Outlines – Family Law*, Nowy Jork 2014, s. 116.

<sup>16</sup> Por. <http://law.justia.com/cases/mississippi/supreme-court/1993/92-ca-470-1.html>, 20.08.2016.

<sup>17</sup> Por. D.K. Weisberd, *Emanuel...*, s. 117; przykład rozwodu opartego na dowodach poszlakowych – wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Missisipi z dnia 6 maja 2008 r., *Lister przeciwko Lister*, <http://caselaw.findlaw.com/ms-court-of-appeals/1384292.html>, 20.08.2016.

<sup>18</sup> D.K. Weisberd, *Emanuel...*, s. 118.



w której żona, po tym jak opuściła męża, wniosła pozew rozwodowy, uzasadniając go m.in. długotrwałą impotencją małżonka (*constructive desertion*). Pomimo spełnienia przez żonę dwóch pierwszych przesłanek, sąd uznał występujące po stronie męża okoliczności za niewystarczające do tego, aby usprawiedliwić porzucenie<sup>19</sup>.

Wyłącznie za sprawą wykazania przed sądem którejs z wskazanych powyżej okoliczności możliwe było rozwiązanie małżeństwa. Wobec sztywnych ram skutecznie ograniczających szanse uzyskania rozwodu, wiele małżeństw przez dziesięciolecia trwało w związkach prawnych, które nie znajdowały odzwierciedlenia w rzeczywistości. Judykatura amerykańska zna przypadki małżonków, którzy po 40 latach realnej separacji decydowali się na wniesienie pozwu o rozwód, nie byli jednak w stanie uzyskać go z uwagi na ugruntowaną linię orzecniczą nieuznającą konkretnych okoliczności za wystarczające podstawy rozwodowe<sup>20</sup>.

Problem podstaw rozwodowych nie był jednak odosobniony. Niepozabawione znaczenia były także tzw. *fault divorce defenses*, czyli okoliczności, których wykazanie uniemożliwiało udzielenie przez sąd rozwodu (stąd pojawiające się we wcześniejszej części artykułu określenie *bar to divorce*). Poza rekryminacją (*recrimination*), której zgodnie z wcześniejszą zapowiedzią poświęcę szczególną uwagę, do przedmiotowych okoliczności zaliczano: (i) darowanie winy (*condonation*), (ii) pobłażanie przewinieniom małżonka (*connivance*), (iii) pojednanie w trakcie procesu rozwodowego (*reconciliation*) oraz (iv) prowokację (*provocation*).

O darowaniu winy należy mówić w sytuacji, gdy jeden z małżonków w sposób wyraźny lub dorozumiany przebacza drugiemu przewinienia małżeńskie (*marital misconduct*) – np. zdradę. Pobłażanie jest z kolei aktem świadomej akceptacji oraz niewyrażania sprzeciwu wobec przewinień małżonka. W myśl tej przeszkody rozwodowej, żona żyjąca przez lata z jawnie zdradzającym ją mężem, spotka się w sądzie z odmową udzielenia rozwodu z powodu pobłażania przewinieniom małżonka. Przyczyny milczenia żony, dopóki nie znajdą uzasadnienia w którejs z ustawowo zdefiniowanych

<sup>19</sup> Por. <http://law.justia.com/cases/virginia/supreme-court/1993/921001-1.html>, 20.08.2016.

<sup>20</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Massachusetts z dnia 11 grudnia 1973 r., *Lynch przeciwko Lynch*, <http://masscases.com/cases/app/1/1massappct589.html>, 20.08.2016.

podstaw rozwodowych (np. okrutnym traktowaniu przyjmującym postać przemocy fizycznej), są z punktu widzenia orzekającego sądu prawnie irrelewantne. Pojednanie to okoliczność budząca największe zrozumienie. Oznacza ona, że w przypadku, gdy małżonkowie, pomimo toczącego się procesu rozwodowego, ponownie wspólnie zamieszkują z zamiarem odnowienia więzi małżeńskiej, proces o rozwód staje się bezprzedmiotowy. Budzi to pewne skojarzenia z polskim porządkiem prawnym, w którym wykazanie kontaktu fizycznego pomiędzy małżonkami w trakcie toczącego się procesu rozwodowego stanowi o braku rzeczywistego rozpadu jednej z trzech zasadniczych więzi małżeńskich, a co za tym idzie, uniemożliwia stwierdzenie przez sąd trwałego i zupełnego rozkładu pożycia, co stanowi z kolei warunek konieczny orzeczenia rozwodu. Ostatnia ze wspomnianych przeszkód rozwodowych to prowokacja. Mamy z nią do czynienia wówczas, gdy jeden z małżonków skutecznie wykaże przed sądem, że rzeczywistą podstawą jego zachowania było działanie/zaniechanie drugiego małżonka. Jeśli więc jeden z małżonków oskarżany jest o porzucenie, bronić może się tym, że w istocie porzucił gospodarstwo domowe, z tym jednak zastrzeżeniem, że za namową drugiej strony. W takiej sytuacji, zgodnie z przekonaniem judykatury amerykańskiej, orzeczenie rozwodu na korzyść strony prowokującej jest niezgodne z prawem.

Z perspektywy tematu niniejszej pracy najistotniejsza pozostaje tzw. zasada rekryminacji. Bezpośrednią odpowiedzią na jej funkcjonowanie okazała się doktryna *comparative rectitude*. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż omawiana zasada zasadniczo różni się od regulacji zawartej w art. 56 § 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2015 r. poz. 2082 ze zm.) – dalej: k.r.o. W myśl ustaleń polskiej doktryny prawa rodzinnego „zasada rekryminacji stanowi wyraz ujemnej oceny uzyskiwania korzyści z naganego postępowania i środek realizacji motywacyjno-wychowawczej funkcji prawa w kierunku wystrzegania się naganego postępowania, skutkującego rozkładem pożycia małżeńskiego”<sup>21</sup>. Tym samym polskiej zasadzie rekryminacji przypisuje się dwie suwerenne funkcje: (i) prewencyjną, której zadaniem jest oddziaływanie w kierunku zapobiegania niewykonywaniu obowiązków małżeńskich i samowolnemu zrywaniu

<sup>21</sup> Por. B. Czech [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 345.

związków małżeńskich, oraz (ii) represyjną, która ma na celu uniemożliwienie uzyskania rozwodu wyłącznie winnemu małżonkowi bez zgody niewinnego małżonka. Pomimo tego, że w przypadku obu systemów zasada ta spełnia rolę, jak zwykle się określać ją w literaturze przedmiotu – „strażnika instytucji małżeństwa”<sup>22</sup>, pomiędzy rozumieniem amerykańskim a polskim występuje jedna zasadnicza różnica. Otóż w myśl polskiej ustawy, zasada rekryminacji uniemożliwia zasadniczo (należy wszakże mieć na uwadze ustawowe wyjątki) orzeczenie rozwodu w sytuacji, gdy jednego z małżonków można określić jako „wyłącznie winnego rozkładu pożycia”. Inaczej prezentuje się rozumienie zasady rekryminacji w systemie amerykańskim, gdyż tam niejako *ex definitione* wymaga ono przyjęcia założenia o występowaniu winy po obu stronach sporu. Doktryna tamtejsza definiuje rekryminację jako zasadę, wedle której strona wnioskująca o rozwód nie uzyska go, jeśli drugiej stronie uda się wykazać w trakcie procesu, że pierwsza jest również winna popełnienia przewinienia małżeńskiego<sup>23</sup>. Innymi słowy, amerykańskie rozumienie zasady rekryminacji zakłada, że w sytuacji, gdy obie strony są winne przewinienia małżeńskiego w postaci np. zdrady, żadne z nich nie powinno być przez sąd gratyfikowane za sprawą udzielonego rozwodu.

Początków zasady rekryminacji należy dopatrywać się w prawie moźeszowym. Kitchin wskazuje, że właściwe znaczenie zasadzie rekryminacji jako przeszkodzie rozwodowej nadane zostało przez wschodnio-europejskie oraz rosyjskie sądownictwo kościelne. Doktryna amerykańska łączy je natomiast z zasadą *compensatio criminis*, którą za Bouvierem<sup>24</sup> definiuje jako kontr-zarzut, czyniony stronie przeciwnej m.in. właśnie przy okazji procesu rozwodowego<sup>25</sup>. Za odpowiedni przykład jej funkcjonowania może posłużyć sprawa *Kucera v. Kucera* z 1962 roku, w której rozwodzący się małżonkowie czynili sobie przed sądem wzajemne zarzuty<sup>26</sup>. Żona zarzucała mężowi

<sup>22</sup> Por. M. Rzewuska, *Zasada rekryminacji – „strażnik instytucji małżeństwa”*, SP 2013, nr 22, s. 5–14.

<sup>23</sup> Por. H. Bigman, *Retrimination As A Defense To A Divorce*, ILRNYU 1950–1951, s. 15.

<sup>24</sup> Por. J. Bouvier, *A law dictionary: adapted to the Constitution and laws of the United States of America, and of the several states of the American union, with references to the civil and other systems of foreign law. Volume 1*, Filadelfia 1856, s. 255.

<sup>25</sup> Por. J.R. Canterbury, *Retrimination and Comparative Rectitude*, WLLR 1963, s. 354.

<sup>26</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego stanu Dakota Północna z dnia 26 października 1962 r., *Kucera przeciwko Kucera*, <http://law.justia.com/cases/north-dakota/supreme-court/1962/7905-2.html>, 20.08.2016.

okrutne traktowanie, mąż odpowiadał tym samym, dołączając nadto zarzut zdrady małżeńskiej. Sąd pierwszej instancji orzekł rozwód na korzyść żony. Po wniesionej przez męża apelacji, sąd drugiej instancji uznał, że choć mąż nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie tezy o rzekomej zdradzie małżeńskiej, to jednak skutecznie wykazał okrutne traktowanie oraz fakt porzucenia. Tym samym małżeństwo Państwa Kucera zostało ponownie zawiązane za sprawą działania zasady rekryminacji.

Przykład Państwa Kucera nie jest osamotniony. Na kanwie zbliżonego stanu faktycznego Sąd Najwyższy stanu Oregon w sprawie *Smith v. Smith* odmówił udzielenia rozwodu, wskazując, że żadna ze stron „nie przyszła do sądu z czystymi rękoma”<sup>27</sup>. Sąd zastosował tym samym doktrynę rekryminacji, uzasadniając jej aplikację faktem, że żadna ze stron nie pozostała bez winy. Już w latach 30. ubiegłego wieku, gdy zapadał komentowany wyrok, doktryna amerykańska wyrażała niepokój spowodowany potencjalnymi konsekwencjami stosowania przez sądy zasady rekryminacji oraz ścisłej realizacji maksymy „*he who comes into equity must come with clean hands*”<sup>28</sup>. Opór przed taką praktyką nie powinien zresztą dziwić. Bezkrytyczne stosowanie zasady rekryminacji prowadziło do sprzecznych ze zdrowym rozsądkiem oraz wolą małżonków rozstrzygnięć. Wobec braku odmiennej linii orzeczniczej, sądy zmuszone były odmawiać udzielenia rozwodu w sytuacjach występowania winy po obu stronach sporu. Tym, co wywoływało największe kontrowersje, był dysonans pomiędzy konserwatywnym przekonaniem o kardynalnym znaczeniu małżeństwa oraz usilnym podtrzymywaniem relacji, które *de facto* stały w sprzeczności z ideą związku małżeńskiego.

### 3. Doktryna *comparative rectitude*

W obliczu tak zarysowanych realiów prawnych doktryna *comparative rectitude* okazała się rozwiązaniem wyczekiwany i potrzebnym. Podstawowym spostrzeżeniem było odnotowanie występowania sztucznie utrzymywanych małżeństw, które nie były w stanie prowadzić wspólnego

<sup>27</sup> Por. C.H. Coad, *Divorce, Recrimination, Equity*, „*Unclean hands*”, OLR 1933–1934, s. 335.

<sup>28</sup> C.H. Coad, *Divorce...*, s. 340.

pożycia<sup>29</sup>. Problemem stawianym przed omawianą doktryną były więc małżeństwa pragnące rozwodu, w których obie strony winne są przewinień małżeńskich. Zdając sobie sprawę z niesprawiedliwości związanych z dotychczasową praktyką, judykatura oraz doktryna amerykańska doszły do konkluzji stanowiącej remedium możliwe do zaakceptowania w realiach systemu *fault-based*. W sytuacji, w której obie strony legitymowały się przewinieniami małżeńskimi, jedynym wyjściem umożliwiającym orzeczenie rozwodu było ważenie winy. W tym właśnie tkwiła istota doktryny *comparative rectitude*. Istotnie rozszerzała ona władzę sędziego, umożliwiając mu porównanie sytuacji poszczególnych małżonków, odniesienie jej do charakteru i kondycji małżeństwa, a w efekcie podjęcie decyzji o tym, aby orzec rozwód na korzyść jednej ze stron, tj. tej, która zawniła w mniejszym stopniu.

Idea doktryny *comparative rectitude* została wyrażona w jurysprudencji amerykańskiej po raz pierwszy w roku 1857. Sędzia Sądu Najwyższego stanu Luizjana, Henry Martyn Spofford<sup>30</sup>, zgłaszając głos przeciwny w sprawie *Trowbridge v. Carlin*<sup>31</sup>, powiedział: „[...] *the party complaining must be comparatively innocent of conduct similar to that complained of, in order to obtain a decree; mutual insults and outrages, the fruit of mutual provocations, unless there be a great and palpable disproportion of guilt as between the parties, furnish no sufficient ground of action to either*”<sup>32</sup>. Szczególnie istotna w przytoczonej wypowiedzi jest jej druga część. Pomimo iż, jak się zdaje, sędzia Spofford nie wyraził tego wprost, z jego słów wyczytać można istotną zmianę sposobu patrzenia na problematykę winy małżeńskiej. Powyższy *passus* wyraźnie wskazuje na dostrzeżenie przez sądy potrzeby odniesienia zachowań poszczególnych małżonków nie tylko do treści prawa, ale także do siebie nawzajem. Kluczowa dla sądu była ocena proporcji możliwych do przypisania stronom przewinień. Zastosowanie zapoczątkowanej przez sędziego Spofforda doktryny rozszerzono w wyroku *Hale v. Hale* z 1887 roku. Jak

<sup>29</sup> Por. *Divorce: When the doctrine of comparative rectitude applied in Florida?*, FLR 1949, s. 140.

<sup>30</sup> Por. sylwetka sędziego H.M. Spofforda na stronie internetowej Sądu Najwyższego stanu Luizjana: [https://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Spofford\\_Henry.aspx](https://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Spofford_Henry.aspx), 20.08.2016.

<sup>31</sup> Por. *In the Supreme Court of Louisiana. Henrietta Trowbridge vs. C. T. Carlin, Her Husband. C. T. Carlin vs. Henrietta Trowbridge, His Wife*, ALR 1858, nr 12, s. 741.

<sup>32</sup> Por. H.N. Morse, *The Doctrine Of Comparative Rectitude In Louisiana And Texas*, LLN 1949, s. 29.

stwierdził sędzia Sądu Najwyższego stanu Teksas, Justice Moore: „[...] *it is not sufficient that the plaintiff should be merely less in fault than the defendant. He has no cause to complain or right to be relieved from the obligation of a contract which he has violated in a like manner as the defendant; and where the difference between himself and the defendant is merely a slight difference in their degree of guilt, the court will not interfere*”<sup>33</sup>. Przywołana wypowiedź wyraźnie eksponuje założenia przyjęte przez sędziego Spofforda. Tym razem sąd zdecydowanie wskazał na możliwość wagi winy obu stron. Na tym etapie rozwoju doktryny *comparative rectitude* najważniejsze pozostaje jednak akcentowanie niemożliwych do zaakceptowania dysproporcji pomiędzy przewinieniami małżonków. Na początku swego funkcjonowania przedstawiana doktryna służyła więc przypadkom skrajnym.

Dopuszczenie możliwości wagi winy było niezbędnym, jednakże szybko dostrzeżono, iż jego początkowy rygorizm był paradoksalnie bliższy ścisłemu stosowaniu zasady rekryminacji. W rozstrzyganej przed Sądem Najwyższym stanu Luizjana sprawie *Jolly v. Weber*, sędzia Poché<sup>34</sup> przedstawił złagodzoną formułę doktryny *comparative rectitude*, którą określił jako „przewagę dowodów winy” (*preponderance of evidence*). Uzasadniając swoją decyzję, wskazał, iż: „*The issue in thus narrowed to the consideration of the charges of cruel treatment, excesses and outrages, reciprocally made by the two spouses. As is usually the case in such causes, the evidence is distressingly conflicting. The record contains testimony which is damaging to both parties. But in our opinion the preponderance of the evidence is decidedly favorable to the wife*”<sup>35</sup>. Zaprezentowany wywód wyraża rodzącą się wówczas tendencję ku temu, aby rozstrzygnięcia rozwodowe w większej mierze odpowiadały rzeczywistej potrzebie małżonków, w mniejszym zaś stopniu realizowały dyspozycje surowych norm wyrastających z treści przepisów prawa – w tym, przede wszystkim, zasady rekryminacji.

Piśmiennictwo amerykańskie wyraźnie wskazywało, że rodzący się imperatyw wagi winy stoi w jawnej opozycji do niepodzielnie

---

<sup>33</sup> H.N. Morse, *The Doctrine...*

<sup>34</sup> Por. sylwetka sędziego F.P. Poché'a na stronie Sądu Najwyższego stanu Luizjana: [http://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Poche\\_Felix.aspx](http://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Poche_Felix.aspx), 20.08.2016.

<sup>35</sup> Por. H.N. Morse, *The Doctrine...*, s. 29.

dotychczas rządzącej praktyką rozwodową doktryny *clean hands*, o której wspominam powyżej<sup>36</sup>. Rozwiązanie takie mogło budzić, i istotnie budziło, szereg kontrowersji w ciągle silnie zakorzenionej w realiach sądownictwa kościelnego konserwatywnej Ameryce końca XIX wieku. Kitchin wskazuje wręcz, że w opisywanym czasie sędziowie interpretujący przepisy ustaw odwoływali się do – jak to określali – „niepisanego prawa”, skutkiem czego decyzje swoje częstokroć opierali na angielskim prawie kościelnym (*ecclesiastical law*), prawie kanonicznym (*Canon law*), fragmentach Biblii oraz na Modlitewniku Powszechnym (*English Book of Common Prayer*)<sup>37</sup>. Nie powinno stąd dziwić, że na historię rozwoju doktryny *comparative rectitude* składają się również okresy stopniowego powracania do jej początkowego rygoryzmu. Relewantny przykład stanowi wyrok w sprawie *Beck v. Beck* z 1885 roku. Członek składu rozstrzygającego, sędzia Sądu Najwyższego stanu Teksas, Asa Hoxei Willie<sup>38</sup> stwierdził, iż: „*The cruelty must not approach to mutuality, nor be exercised sometimes by the one and sometimes by the other, though differing somewhat in degree. If the recrimination on the part of the injured spouse is insignificant compared with the great provocation on the part of the other, a divorce may be granted*”<sup>39</sup>. Rozstrzygnięcie tego typu oznaczało zdecydowany powrót do optyki przyjmowanej przez sędziów Spofforda oraz Moore’a. Paradoksalnie stan Teksas, który wraz z Luizjaną formował początki doktryny *comparative rectitude*, na długie lata pozostał jurysdykcją respektującą rygorystyczne, sporadyczne oraz obwarowane wieloma warunkami stosowanie doktryny ważenia winy<sup>40</sup>.

Początki XX wieku to okres, w którym opisane wyżej rozumienie doktryny *comparative rectitude* święci niemalże nieprzejednane triumfy. Co więcej, zdarzały się jurysdykcje kompletnie ignorujące dokonania Teksasu i Luizjany. Stanem, w którym najsilniej bagatelizowano

<sup>36</sup> Tamże, s. 30.

<sup>37</sup> Por. S.B. Kitchin, *A History...*, s. 218.

<sup>38</sup> Por. sylwetka sędziego Asa Hoxei Williego na portalu Tarlton Law Library: <https://tarltonapps.law.utexas.edu/justices/profile/view/117>, 20.08.2016.

<sup>39</sup> Por. H.N. Morse, *The Doctrine...*, s. 29.

<sup>40</sup> Por. także wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Teksas z dnia 25 marca 1911 r., *Staples przeciwko Staples*, <https://casetext.com/case/staples-v-staples-2>, 20.08.2016.

problematykę ważenia winy, była Wirginia<sup>41</sup>. Skutkiem tych podziałów były znaczne dysproporcje pomiędzy ilością udzielanych rozwodów w poszczególnych stanach. Zasadniczo więc Stany Zjednoczone Ameryki funkcjonowały na początku XX wieku w oparciu o 3 różne doktryny dotyczące rozwodu<sup>42</sup>. Pierwszą z nich, reprezentowaną m.in. przez stan Południowa Karolina, była ścisła aplikacja doktryny rekryminacji<sup>43</sup>. Drugą stanowiło ograniczone, obwarowane wieloma warunkami stosowanie rygorystycznej wersji ważenia winy. W tym przypadku nie posługiwano się najczęściej nazwą *comparative rectitude*, obawiając się związanych z tym konsekwencji<sup>44</sup>. To stanowisko prezentowane było m.in. w stanie Arkansas<sup>45</sup>. Trzeci typ tworzyły jurysdykcje, w których bezpośrednio stosowano doktrynę ważenia winy. Poza wymienionymi powyżej, stanem najmocniej realizującym jej postulaty był Nowy Meksyk<sup>46</sup>.

Już na przełomie lat 40. i 50. ubiegłego stulecia doktryna amerykańska odnotowywała fakt coraz szerszego podzielenia przez poszczególne stany zdania, iż w szeroko pojętym interesie społecznym leży udzielanie rozwodów małżeństwom, które funkcjonują *de facto* wyłącznie na płaszczyźnie prawnej<sup>47</sup>. Przyjęcie doktryny *comparative rectitude* sprawiło, że na gruncie procesów rozwodowych podobną prawnej, jeśli nie większą od niej, rolę, zaczęła odgrywać refleksja socjologiczna<sup>48</sup>. W sprawie *Curry v. Curry* Sąd Najwyższy stanu Utah stwierdził, iż: „*It seems to us but an illusion to suppose that we could, by a ukase of this court, remand the parties back into a state of reconciliation and happiness. In reality that would only leave them in a state of unhappiness and anxiety from which, as a practical matter, some other solu-*

---

<sup>41</sup> Por. E.H. Pierce Jr., *Recrimination v. Comparative Rectitude in Divorce Suits*, WMRVL 1949–1953, s. 123.

<sup>42</sup> Niektórzy autorzy wyróżniają cztery kategorie – por. J.R. Canterbury, *Recrimination...*, s. 356.

<sup>43</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego stanu Karolina Południowa z dnia 4 kwietnia 1950 r., *Jeffords przeciwko Jeffords*, <http://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/1950/16334-1.html>, 20.08.2016.

<sup>44</sup> Por. *Divorce: When...*, s. 141.

<sup>45</sup> Por. H. Bigman, *Recrimination...*, s. 19.

<sup>46</sup> Por. E.H. Pierce Jr., *Recrimination...*, s. 124; wyrok Sądu Najwyższego stanu Nowy Meksyk z dnia 9 października 1935 r., *Chavez przeciwko Chavez*, <https://www.courtlistener.com/opinion/3590823/chavez-v-chavez>, 20.08.2016.

<sup>47</sup> Por. E.H. Pierce Jr., *Recrimination...*, s. 357.

<sup>48</sup> Por. D.R.F., *Comparative Rectitude Doctrine Extended In Utah*, ULR 1958–1959, s. 144.



*tion would be sought anyway*<sup>49</sup>. Powyższe stanowisko pochodzi z roku 1958, zostało tym samym wyrażone niewiele ponad 10 lat przed prezentowaną na wstępie pracy „rewolucją” legislacyjną zainicjowaną przez stan Kalifornia. Doktryna ważenia winy pełniła rolę niejako przejściową, służąc za zdolny do zaakceptowania wstęp do ostatecznej reformy prawa rozwodowego. Z drugiej zaś strony jej rola nie została definitywnie przekreślona po roku 1969, kiedy to uchwalony został *Family Law Act*. Proces modernizacji przepisów rozwodowych trwał latami, a to z uwagi na suwerenność legislacyjną poszczególnych stanów. Przykład Kalifornii stanowił niewątpliwym impuls do wprowadzenia zmian również na wschodnim wybrzeżu Stanów Zjednoczonych Ameryki, niemniej właśnie tam nowelizowanie prawa rozwodowego przebiegło z największym oporem<sup>50</sup>. Na tym etapie doktryna *comparative rectitude* spełniała kolejne zadanie, gdyż w sytuacji coraz częstszego występowania systemu *non-fault*, była tym chętniej przytaczana przez sądy pozostałych jurysdykcji, które dotychczas pozostawały względem niej zdecydowanie nieufne. Zdaje się, zważywszy na realia funkcjonowania praktyki legislacyjnej krajów systemu *common law*, że okoliczność ta wymiennie przyspieszyła wprowadzenie oczekiwanych zmian. Jedykatura amerykańska dostarcza wielu przykładów orzeczeń, w których sądy, funkcjonujące nadal w oparciu o system *fault-based*, powołują się podczas rozstrzygania na doktrynę ważenia winy. W sprawie *Woicik v. Woicik* sędzia Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork, Max Bloom<sup>51</sup> wyraźnie odwołał się do długoletniej praktyki stosowania doktryny *comparative rectitude*, uzasadniając tym swoją decyzję o konieczności porównania i dokonania oceny poszczególnych przewinień małżonków<sup>52</sup>. Podobnie w sprawie *Douglas v. Douglas*, w której, pomimo iż sąd uznał, że nie jest władny w oparciu o przedstawione w sprawie dowody zdecydować, która ze stron jest winna w większym stopniu, a tym samym udzielić rozwodu,

<sup>49</sup> Por. <http://law.justia.com/cases/utah/supreme-court/1958/8562-0.html>, 20.08.2016.

<sup>50</sup> Por. J.D. Barics, *New York Divorce Essentials Grounds for Divorce in New York under DRL 170*, <http://www.jdbar.com/Articles/Grounds-Divorce/grounds-divorce.html>, 20.08.2016.

<sup>51</sup> Sylwetka sędziego Maxa Blooma na portalu internetowym sądownictwa stanu Nowy Jork: <https://www.nycourts.gov/courts/ad1/centennial/Bios/mbloom2.shtml>, 20.08.2016.

<sup>52</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork z dnia 10 maja 1971 r., *Woicik przeciwko Woicik*, 66 Misc.2d 357 (N.Y.Sup. 1971).

wyraźnie podkreślił znaczenie oraz użyteczność doktryny *comparative rectitude*<sup>53</sup>.

#### 4. System *no-fault divorce*

Należy powtórzyć, że wprowadzenie systemu *no-fault* nie oznaczało *per se* definitywnego wyeliminowania z prawa amerykańskiego rozwodów opartych na przesłance winy. Struktura prawa amerykańskiego pozwala na wybór pomiędzy dwoma systemami. Poszczególne stany, mimo iż gremialnie funkcjonują na wspólnych zasadach *no-fault*, wprowadzają na poziomie ustawodawczym dodatkowe wymagania stawiane przed małżonkami pragnącymi rozwodu. Relevantnym przykładem są dyspozycje zawarte w ustawach stanów Nowy Jork, Missisipi oraz Tennessee, wymagające określonego czasu pozostawania przez małżonków w faktycznej separacji, a nadto wyraźnie zadeklarowanej, wspólnej woli uzyskania rozwodu<sup>54</sup>. Różnice te wynikają z wielu przyczyn, takich jak m.in. odmienny czas wprowadzania ustaw *no-fault*, zróżnicowany sposób adaptacji zaleceń *American Bar Association* czy chociażby kształt obowiązującego w danym stanie systemu *fault-based*. Do najwcześniejszych podstaw orzeczenia rozwodu w oparciu o system *no-fault* należy zaliczyć: (i) fakt pozostawania przez małżonków w faktycznej separacji objawiającej się osobnym oraz niezależnym od siebie zamieszkiwaniem (*living separate and apart*) oraz (ii) występującą między małżonkami szeroko pojętą niezgodność (*incompatibility*).

Doktryna amerykańska podjęła się – w oparciu o orzecznictwo sądów różnych stanowych jurysdykcji – próby zdefiniowania pierwszej z wymienionych podstaw. Przyjmuje się więc, że na omawianą podstawę składają się zarazem fizyczna separacja małżonków, jak i ich wewnętrzna, choć wymagająca zewnętrznej emanacji, wola rozwiązania związku małżeńskiego. Znaczne różnice pomiędzy poszczególnymi stanami dostrzec można przy okazji definiowania przez sądy przesłanki faktycznej separacji.

<sup>53</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Luizjana z dnia 15 lutego 1976 r., *Douglas przeciwko Douglas*, 342 So.2d 1124 (La.App., 1976).

<sup>54</sup> Por. H.D. Krause, L.D. Elrod, M. Garrison, J.T. Oldham, *Family Law Cases, Comments, And Questions*, [bm] 2007, s. 582.

Zdarzają się rozstrzygnięcia przyjmujące za wystarczające nocowanie pod wspólnym dachem, ale w osobnych sypialniach; takie, które dla spełnienia przesłanki wymagają zamieszkiwania w osobnych gospodarstwach domowych; oraz takie, które idąc krok dalej, żądają publicznego ekspozowania rozpadu pożycia małżeńskiego przez małżonków<sup>55</sup>. Odnosnie do rozumienia pierwszej ze wskazanych przesłanek udzielenia rozwodu wskazać należy, że niekiedy sądy wymagają intencjonalnego pozostawania przez małżonków w separacji, przyjmując tym samym, że niezależne od ich woli oddzielnie zamieszkiwanie (np. pobyt w więzieniu jednego, bądź obojga małżonków) nie uzasadnia rozwiązania małżeństwa. Jest to rozwiązanie zaskakujące na gruncie systemu *no-fault*, gdyż konstrukcyjnie wybitnie zbliżone do systemu opartego na winie, w którym długoletnie pozostawanie jednego z małżonków w więzieniu stanowiło nierzadko podstawę do udzielenia rozwodu. Wydaje się, że sytuacja ta dowodzi, iż na gruncie amerykańskim ciężko przyjąć fakt występowania dwóch absolutnie różnych systemów prawa rozwodowego. Bardziej uzasadniona wydaje się konkluzja, że za sprawą znacznej władzy dyskrecjonalnej tkwiącej po stronie sądów, kształty poszczególnych systemów ulegają ciągłym modyfikacjom, wzajemnie się przenikając. Jako że większość tych zmian odbywa się w oderwaniu od jakichkolwiek zabiegów legislacyjnych, szczególnie aktualna wydaje się naczelna maksyma systemu *common law*: „*Equity follows the law*”.

Druga z podstaw nie znajdowała natomiast tak częstego zastosowania w praktyce rozwodowej, stąd piśmiennictwo amerykańskie nie prezentuje na tym polu zbyt wielu refleksji. Niemniej szczególnie istotne, choć spodziewane, jest odnotowanie warunku dotyczącego okoliczności, których ziszczenie się uzasadniać może orzeczenie rozwodu. Sądy amerykańskie, przy okazji interpretowania omawianej przesłanki, zgodnie podkreślały, iż mniejsze oraz sporadyczne klótnie nie pozwalają na przyjęcie założenia o występowaniu niezgodności pomiędzy małżonkami. Wynika z tego, że

---

<sup>55</sup> Por. D.K. Weisberd, *Emanuel...*, s. 122; w celu zilustrowania niespełnienia przez powoda trzeciej z zaprezentowanych przesłanek por. wyrok Sądu Najwyższego stanu New Jersey z dnia 10 stycznia 1975 r., *Ellam przeciwko Ellam*, [http://www.leagle.com/decision/1975490132NJSuper358\\_1443/ELLAM%20v.%20ELLAM](http://www.leagle.com/decision/1975490132NJSuper358_1443/ELLAM%20v.%20ELLAM), 20.08.2016.

dokonując oceny, sądy ferowały w wyrokach zarówno o stopniu nasilenia klótni oraz o okresie, w jakim miały one miejsce. Dopiero wykazanie spełnienia dwóch elementów uzasadniało orzeczenie rozwodu. Trudno nie oprzeć się pokusie stwierdzenia, że tak zarysowana praktyka zdecydowanie wskazywała na silne przyzwyczajenie sądów do orzekania na podstawie zasad rządzących systemem *fault-based divorce*.

Obecnie wszystkie stany posiadają przepisy zezwalające na orzeczenie rozwodu w oderwaniu od zagadnienia winy<sup>56</sup>. Prezentują one, a pośród nich szczególnie te uchwalone po roku 1970, kiedy to ogłoszono *Uniform Marriage and Divorce Act* (dalej: UMDA)<sup>57</sup>, różne rozwiązania prawne, wszystkie jednak posiadają wspólne założenia bazowe. Punktem zbieżnym jest przekonanie o tym, że rozwód nie powinien w pierwszym rzędzie służyć wskazywaniu winnych, gdyż rozpad małżeństwa nie musi łączyć się z winą któregokolwiek z małżonków. Pod hasłem „rozvodu” ustawy z tamtego okresu widziały efekt stopniowego rozpadu więzi łączącej małżonków<sup>58</sup>.

Odnosząc się do zagadnienia różnic dzielących poszczególne porządki stanowe, wskazać należy przede wszystkim na odmienne podejście do zagadnienia definicji ustawowej pojęcia „braku winy”. Niektóre stany, podkreślając możliwość udzielenia rozwodu bez potrzeby orzekania o winie, posługują się przesłanką występujących pomiędzy małżonkami „różnic nie do pogodzenia” (*irreconcilable differences*)<sup>59</sup>. Spotykać można także pojęcie, wspominanej powyżej, niezgodności (*incompatibility*) lub nieodwracalnego rozłamu łączącej małżonków więzi (*irremediable breakdown of marriage*)<sup>60</sup>. Inne jurysdykcje decydują się na wymóg osobnego zamieszkiwania przez określony czas<sup>61</sup>. Okres ten różni się w zależności od stanu oraz okoliczno-

---

<sup>56</sup> Por. D.K. Weisberd, *Emanuel...*, s. 123.

<sup>57</sup> Por. <http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Marriage%20and%20Divorce%20Act,%20Model>, 20.08.2016.

<sup>58</sup> Por. D.K. Weisberd, *Emanuel...*, s. 123.

<sup>59</sup> Przykład stanowi m.in. Missisipi – por. *Mississippi Code* (2015), §93–5–2, <http://law.justia.com/codes/mississippi/2015/title-93/chapter-5/section-93-5-2/>, 20.08.2016.

<sup>60</sup> Por. W. Durand, *Instaguide to Family Law in Tennessee*, <http://www.selegal.org/Self-Help/Booklets/INSTAGUIDE%20TO%20FAMILY%20LAW.pdf>, 20.08.2016, s. 3.

<sup>61</sup> Rozwiązanie takie stosuje stan Luizjana – por. *Louisiana Civil Code*, art. 102–104, <https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=108532>, 20.08.2016.

ści związanych z małżeństwem. Dla przykładu – prawo stanowe Luizjany stanowi, że w przypadku małżeństw pozbawionych małoletnich dzieci okres ten wynosi 180 dni, zaś podczas obecności małoletniego potomstwa – 365 dni. Dodatkową różnicą, o której warto wspomnieć, jest występowanie lub brak elementu zgody małżonków. Według prawa stanu Missouri rozwód oparty o model *no-fault* orzeczony może zostać wyłącznie wtedy, gdy oboje małżonkowie wyrażą na to zgodę. W przypadku braku zgody jednego z nich możliwe będzie wyłącznie orzekanie na podstawie systemu uznającego winę małżonka za niezbędną przesłankę udzielenia rozwodu<sup>62</sup>. Zdarzają się także jurysdykcje, które – odmiennie od Missouri – wymagają wyłącznie zgody jednego z małżonków.

## 5. Zakończenie

Doktryna *comparative rectitude* stanowi interesujący punkt wyjścia dla rozważań dotyczących amerykańskiego prawa rozwodowego. Jej sformułowanie oraz późniejsze stopniowe uwzględnianie podczas orzekania było jedną z przyczyn, które w wymierny sposób przysłużyły się modernizacji amerykańskiego prawa rozwodowego. Wydaje się jednak, że prezentowana doktryna została za sprawą późniejszych zmian ustawodawczych zapomniana. Większość przytaczanej przeze mnie literatury, która bezpośrednio odnosi się do zagadnienia ważenia winy, datowana jest na pierwsze dziesięciolecie XX wieku. Nie udało mi się odnaleźć pracy naukowej, która pochodziłaby z okresu po 1969 roku oraz dotyczyła bezpośrednio omawianej przeze mnie tematyki. Dodam także, że na gruncie polskiej doktryny prawa rodzinnego nie spotkałem się z wypowiedziami odnoszącymi się do tej problematyki.

Z drugiej jednak strony przyznać należy, że rozwój prawa opiera się na pewnego rodzaju ciągłości chronologicznej, w której rozwiązanie pierwotne stanowi – choćby w części – uzasadnienie dla następcy. Tak rozumiana „ewolucja” wymaga dla swego sprawnego funkcjonowania świadomej analizy rozwiązań i okoliczności, które doprowadziły ją do

---

<sup>62</sup> Por. *Missouri Revised Statutes*, §452.320.1, <http://www.moga.mo.gov/mostatutes/stathtml/45200003201.html>, 20.08.2016.

obecnego stanu. Stąd też podczas studiowania amerykańskiego prawa rozwodowego należy sięgać wstecz, jeszcze przed rok 1969. Rozwiązanie takie pozwala na dostrzeżenie całokształtu problemów związanych z ówczesnym systemem. To z kolei umożliwia zdefiniowanie problemów oraz spostrzeżenie, iż nie zostały one przez doktrynę oraz judykaturę pozostawione bez odpowiedzi. Komplementarne zestawienie rozwiązań obecnych, z tymi które dawniej rządziły prawem amerykańskim, zapewnia szansę na uzmysłowienie sobie faktu, że pomiędzy dwoma punktami granicznymi tkwi doktryna, bez której najprawdopodobniej ewolucja tegoż prawa wyglądałaby zgoła inaczej. Za sprawą tak zarysowanych przekonań zdecydowałem się na przedstawienie polskiemu Czytelnikowi doktryny *comparative rectitude*.

Na koniec pozwolę sobie na spostrzeżenie, iż omawiana przeze mnie doktryna legitymuje się jeszcze jednym dodatkowym powodem ku temu, aby o niej wspominać. Sytuacje faktyczne, które stają się przedmiotem analizy sądów, są zazwyczaj znacząco skomplikowane. Szczególnie w sprawach rozwodowych rzadko kiedy wyłącznie jedna ze stron jest winna sytuacji, która w ostateczności doprowadziła małżonków przed oblicze sądu. Mogą się także zdarzyć przypadki, w których jedna ze stron, w porównaniu z drugą, o wiele bardziej zasługuje na miano „winowajcy”. W takich realiach uznanie drugiej strony, której uchybienia obowiązkom małżeńskim są znikome, za winną rozkładu pożycia, zdecydowanie klóci się z poczuciem sprawiedliwości. Ponadto, jak wiadomo, wymierzenie wpływa to na dalszym etapie na kwestie takie jak m.in. alimentacja. Okoliczność ta jest zresztą odnotowywana przez sądy powszechne<sup>63</sup> oraz Sąd Najwyższy<sup>64</sup>. Orzecznictwo wyraźnie wskazuje na fakt, że na gruncie art. 57 § 1 k.r.o. nie jest możliwe ważenie winy małżonków w trakcie procesu rozwodowego. Rozwiązanie takie budzić może poważne zastrzeżenia, a sytuacja sądownictwa polskiego do złudzenia przypominać

---

<sup>63</sup> Por. wyrok SA w Krakowie z dnia 28 listopada 2012 r., I ACa 1091/12 (LEX nr 1289462); wyrok SA w Krakowie z dnia 21 listopada 2013 r., I ACa 1122/13 (LEX nr 1477116); wyrok SA w Katowicach z dnia 11 maja 2010 r., I ACa 46/10 (LEX nr 1120372).

<sup>64</sup> Por. wyrok SN z dnia 22 października 1999 r., III CKN 386/98 (LEX nr 1217913) oraz wyrok SN z dnia 10 listopada 1999 r., I CKN 233/98 (LEX nr 1232417).

pozycję sądów amerykańskich przed powstaniem doktryny *comparative rectitude*.

### Streszczenie

Amerykańskie prawo rozwodowe dokonało swojej zasadniczej redefinicji wraz z końcem lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia. Porzucenie modelu opartego na przesłance winy odpowiadało postulatом zgłaszanym na przestrzeni lat zarówno przez środowisko sędziowskie, jak i doktrynę prawa rodzinnego. Nim doszło jednak do przyjęcia systemu, który w miejsce winy małżonka postawił klarownie zdefiniowane podstawy rozwodowe, prawo amerykańskie stanęło przed potrzebą wykreowania doktryny, która pozwoliłaby na skuteczne orzeczenie rozwodu w sytuacji występowania winy po stronie każdego z małżonków. Doktryna *comparative rectitude*, polegająca na ważeniu winy małżonków, umożliwiła odparcie szkodliwych skutków zasady rekryminacji, stanowiąc tym samym milowy krok na drodze do przyjęcia przez prawo amerykańskie systemu *non-fault based divorce*.

**Słowa kluczowe:** rozwód, wina, ważenie, doktryna rekryminacji, Stany Zjednoczone Ameryki

## Comparing the degree of fault in case of a divorce – comments on American comparative rectitude doctrine

### S u m m a r y

The American divorce law made its principal redefinition at the end of the 60s of the last century. The rejection of the fault-based divorce met the demands which had been put over the years both by the judicial community and the doctrine of family law. Prior to the adoption of the non-fault based divorce, American law faced the challenge of creating a doctrine that would allow an effective divorce judgment in the cases where both sides could have been considered guilty. The comparative rectitude doctrine, which involves weighing of the spouses' faults, has made it possible to counter the damaging effects of the principle of recrimination, thus constituting a milestone for US non-fault based divorce.

**Keywords:** divorce, fault, comparative rectitude, recrimination, United States of America

**Piotr Króliński,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: p.krolinski@hotmail.com.



## KORELACJA AUTONOMII JEDNOSTKI Z WOLNOŚCIĄ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

### 1. Wprowadzenie

Prawo do autonomii jednostki jest powszechnie uznanym prawem człowieka, którego ochronę zapewnia w szczególności europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) – dalej: Konwencja. Autonomia jest ściśle powiązana z godnością i wolnością – pojęcia te wzajemnie się przenikają, zarówno na gruncie prawnym, jak i filozoficznym. Wzajemne zależności pomiędzy wolnością i autonomią wydają się być wyjątkowo istotne, z uwagi na zbieżność w zakresie pojmowania obu tych pojęć. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie jest jednak konsekwentny w zakresie wyjaśniania tych korelacji. Z jednej strony wskazuje, że autonomia jest fundamentalną zasadą konwencyjną, na równi z zasadą poszanowania godności i wolności. Z drugiej strony zaś podnosi, że autonomia jest prawem podmiotowym wynikających z godności i wolności człowieka jako ich *specialis*<sup>1</sup>. W doktrynie wskazuje się na niebezpieczeństwa wynikające z takiej niekonsekwencji<sup>2</sup>. Dotyczyć to może między innymi problematyki związanej z kwalifikacją prawną uprawnień jednostki oraz interpretacją przepisów Konwencji<sup>3</sup>.

Z uwagi na praktyczny wymiar tego problemu celowe wydaje się podjęcie próby wyjaśnienia zależności pomiędzy autonomią a wolnością.

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: mana.sabrina@gmail.com.

<sup>1</sup> N.R. Koffeman, (*The right to personal autonomy in the case law of European Court of Human Rights*, Leiden 2010, s. 8.

<sup>2</sup> Tamże, s. 10.

<sup>3</sup> Tamże.

Głównym celem artykułu będzie interpretacja tych korelacji. W tym celu przeprowadzono analizę orzecznictwa ETPC. Opisanie zależności pomiędzy autonomią i wolnością a godnością człowieka wykraczałoby poza ramy tej pracy, w związku z czym nie zostaną one tutaj uwzględnione.

## 2. Autonomia jednostki a prawo do prywatności

Konwencja nie zawiera w swojej treści bezpośredniego odniesienia do pojęcia autonomii. Autonomia jednostki jest tutaj elementem prawa do prywatności, którego głównym celem jest ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją państwa lub innych podmiotów w jej życie<sup>4</sup>. Niektórzy autorzy twierdzą nawet, że prawo do prywatności jest najpełniejszą emanacją autonomii jednostki<sup>5</sup>.

Prawo do prywatności unormowane zostało w art. 8 Konwencji. Przepis ten statuuje prawo każdego człowieka do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, jego mieszkania i korespondencji. Prawo to nie jest jednak nieograniczone. Artykuł 8 ust. 2 Konwencji wskazuje bowiem dodatkowo, że „niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób”. Katalog przyczyn uzasadniających ingerencję w prawo do prywatności ma charakter wyczerpujący, a inne, niewymienione w Konwencji motywy nie mogą być podstawą naruszenia tego prawa<sup>6</sup>. Artykuł 8 Konwencji nie tylko zmusza władze państwowe do powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji w życie jednostki, może także nakładać na państwa pozytywne obowiązki w zakresie ochrony tego prawa<sup>7</sup>. Obowiązki te mogą wymagać przyjęcia środków potrzebnych do zabezpieczenia poszanowania życia prywatnego, nawet w sferze relacji między jednostkami.

<sup>4</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, *Tysiąc przeciwko Polsce* (HUDOC), § 109.

<sup>5</sup> M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 110 i n.

<sup>6</sup> M. Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego* [w:] Szkoła Praw Człowieka, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006, s. 211 i n.

<sup>7</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r., nr 8978/80, *X i Y przeciwko Holandii* (HUDOC), § 23.

Obejmuje to zarówno postanowienia określające zasady rozstrzygania sporów przez organ nadzorujący, środki przymusu chroniące prawa jednostki, jak również realizację, gdy jest to właściwe, szczególnych środków<sup>8</sup>.

Zakres przedmiotowy prawa do prywatności jest wyznaczany w szczególności przez pojęcie życia prywatnego. W ujęciu najbardziej ogólnym można stwierdzić, że jest ono powiązane z ideą swobody jednostki w kształtowaniu sposobu swojego życia. Swoboda ta jest rozumiana jako samodzielność determinowania swojej osobowości oraz autonomiczność w podejmowaniu decyzji w tym zakresie<sup>9</sup>. W doktrynie ze szczególną intensywnością zaznaczany jest brak zawarcia w Konwencji i orzecznictwie ETPC precyzyjnej definicji życia prywatnego<sup>10</sup>. Europejski Trybunał Praw Człowieka używa pojęcia życia prywatnego w sposób bardzo elastyczny, w konsekwencji czego termin ten interpretowany jest szeroko. Na przestrzeni lat pojęcie to było stosowane w sprawach dotyczących różnych aspektów życia. W szczególności odnosiło się do prawa do nazwiska, ochrony wizerunku i reputacji, możliwości poznania pochodzenia rodzinnego, integralności fizycznej i psychicznej, tożsamości seksualnej i społecznej, życia seksualnego i orientacji seksualnej, zdrowego środowiska naturalnego, samostanowienia i autonomii osoby, ochrony przed przeszukaniem i zajęciem majątku, czy też przetwarzania i ochrony danych osobowych oraz tajemnicy rozmów telefonicznych i korespondencji<sup>11</sup>. W zakresie prawa do prywatności bez wątplenia mieści się więc również prawo do swobodnego kształtowania sposobu swojego życia oraz podejmowania najważniejszych decyzji z nim związanych, co rozumiane jest właśnie jako autonomia jednostki. Orzecznictwo ETPC wyróżnia przy tym kilka, szczególnie silnie powiązanych z ochroną autonomiczności jednostki sfer, takich jak np. kwestie związane z przerywaniem własnego życia, a także prawem do swobodnego podejmowania decyzji w sprawie prokreacji, prawem do stosowania

<sup>8</sup> M.in. wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r., nr 8978/80, *X i Y przeciwko Holandii* (HUDOC), § 23; wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, *Tysiąc przeciwko Polsce* (HUDOC), § 110.

<sup>9</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 490.

<sup>10</sup> Tamże, s. 492–493.

<sup>11</sup> I. Roagna, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Strasburg 2012, s. 12.

środków ochrony przed nieplanowaną ciążą oraz korzystaniem z zabiegów przerywania ciąży<sup>12</sup>.

### 3. Pojęcie autonomii jednostki w orzecznictwie ETPC

Pierwszym orzeczeniem, w którym ETPC użył pojęcia autonomii osobistej, był wyrok z dnia 7 kwietnia 1996 roku, w sprawie *Johansen przeciwko Norwegii*<sup>13</sup>. Próbę zdefiniowania tego terminu ETPC podjął jednak dopiero w wyroku w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>14</sup>. Europejski Trybunał Praw Człowieka użył tam jednak dwóch pojęć – samostanowienia i autonomiczności jednostki, dając jednocześnie do zrozumienia, że pojęcia te są ściśle ze sobą powiązane, lecz należy je różnić. Europejski Trybunał Praw Człowieka zdefiniował jednak tylko pojęcie autonomiczności, którą ujął jako „możliwość prowadzenia własnego życia zgodnie z własną wolą i z własnym wyborem”<sup>15</sup>. Wskazał jednocześnie, że autonomia ta może obejmować także działania, które można uznać za szkodliwe dla jednostki<sup>16</sup>.

Warto zaznaczyć, że ETPC nie jest konsekwentny w stosowanej przez siebie terminologii. Dodatkowo w jego orzecznictwie pojawia się duża niekonsekwencja w zakresie określania statusu prawnego autonomii jednostki. Z jednej strony Trybunał podnosi, że autonomia jest ważną zasadą leżącą u podstaw Konwencji<sup>17</sup>. Z drugiej strony zaś wskazuje na istnienie swoistego prawa podmiotowego w postaci prawa do autonomii jednostki, zwanego także prawem do samostanowienia<sup>18</sup>. Europejski Try-

---

<sup>12</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 501–503.

<sup>13</sup> Wyrok ETPC z dnia 7 września 1996 r., nr 17383/90, *Johansen przeciwko Norwegii* (HUDOC), § 72.

<sup>14</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>15</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 61.

<sup>16</sup> Tamże.

<sup>17</sup> Tak np. w wyroku ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 61 oraz w wyroku ETPC z dnia 12 stycznia 2010 r., nr 4158/05, *Gillan i Quinton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 61.

<sup>18</sup> Tak np. wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 71; wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 25579/05, *A, B, i C przeciwko Irlandii*

bunał Praw Człowieka nie podjął przy tym próby wyjaśnienia owych nieścisłości. W doktrynie zwraca się uwagę na niebezpieczeństwa wynikające z takiej niekonsekwencji<sup>19</sup>. Dotyczyć to może między innymi problemów związanych z kwalifikacją prawną uprawnień jednostki oraz interpretacją przepisów Konwencji<sup>20</sup>.

Pojęcie autonomii jednostki podnoszone jest w niezwykle szerokim spektrum spraw, nie tylko tych odnoszących się do naruszenia prawa do prywatności. Bezpośrednio związany z pojęciem autonomii osobistej jest także art. 3 Konwencji, który chroni integralność fizyczną i psychiczną jednostki poprzez zakaz tortur oraz zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania. Autonomia wiąże się również bezpośrednio z kwestiami dotyczącymi wyborów w zakresie interwencji medycznych – tzw. autonomia pacjenta<sup>21</sup>. Kwestia ochrony autonomii jednostki poruszana jest także w sprawach dotyczących naruszenia prawa do wolności<sup>22</sup>, w sprawach dotyczących wolności wyznania<sup>23</sup> oraz wolności wyrażania opinii<sup>24</sup>. Nawet wolność zgromadzeń jest ściśle z autonomią powiązana. Trybunał w tym przypadku wskazuje, że pojęcie autonomii jednostki musi być postrzegane jako niezbędna konsekwencja wolności wyboru, zawartej w prawie do zgromadzeń<sup>25</sup>.

Trybunał podkreślił także, że pojęcie autonomii personalnej stanowi ważną zasadę leżącą u podstaw wykładni gwarancji Konwencji i konieczne jest uznanie tej samodzielności przez prawo. Łączy się to z koniecznością poszanowania godności człowieka oraz niektórych aspektów jakości jego

---

(HUDOC), § 212 i 216; wyrok ETPC z dnia 10 listopada 2005 r., nr 44774/98, *Leyla Sabın przeciwko Turcji* (HUDOC), § 12; wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r., nr 27617/04, *R.R. przeciwko Polsce* (HUDOC), § 180.

<sup>19</sup> N.R. Koffeman, *(The right to) personal autonomy...*, s. 10.

<sup>20</sup> Tamże.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z dnia 9 marca 2004 r., nr 61827/00, *Glass przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>22</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 2 października 2012 r., nr 41242/08, *Pleso przeciwko Węgrom* (HUDOC).

<sup>23</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 12 czerwca 2014 r., nr 56030/07, *Fernandez Martinez przeciwko Hiszpanii* (HUDOC).

<sup>24</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 28 października 2010 r., nr 49327/11, *Gough przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>25</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2006 r., nr 52562/99 i 52620/99, *Sorensen i Rasmussen przeciwko Danii* (HUDOC), § 54.

życia, a także z koniecznością poszanowania jego wolności, tzn. zarówno swobody wyboru postępowania, jak i wolności osobistej. Należy mieć na uwadze, że zasadniczym przepisem chroniącym wolność osobistą jest art. 5 Konwencji. Artykuł 8 zaś znajduje zastosowanie do innych form ograniczenia tej wolności<sup>26</sup>.

#### 4. Pojęcie wolności w orzecznictwie ETPC

Pojęcie wolność może być różnie rozumiane, a wszelkie próby sprowadzenia tego terminu do jednej wykładni i szczegółowego opisanego jego znaczenia wydają się z góry skazane na porażkę. Z punktu widzenia nauki prawa, wolność powinna być rozpatrywana w kontekście politycznym, tzn. w kontekście wolności przejawiającej się w konkretnych zachowaniach ludzi wobec innych – zarówno w aspekcie społecznym, państwowym i prawnym<sup>27</sup>. Wolność dzieli się na wolność pojedynczej jednostki oraz wolność zbiorowości. W doktrynie pojawia się również rozróżnienie na wolność negatywną i pozytywną<sup>28</sup>. Wolność negatywna obejmuje brak przymusu ze strony innych podmiotów. Wolność pozytywna oznacza zaś możliwość decydowania o własnym życiu.

Orzecznictwo ETPC nie definiuje wprost pojęcia wolności. Termin ten jest przez ETPC szeroko rozumiany, a w Konwencji poruszany jest w różnych aspektach. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na rozumienie wolności jako wolności od zniewolenia, która została zagwarantowana w art. 5 Konwencji. Przepis ten zawiera wyczerpującą listę dopuszczalnych podstaw pozbawienia wolności. W konsekwencji, żadne pozbawienie wolności nie będzie zgodne z prawem, jeżeli nie jest oparte na jednej z podstaw wyznaczonych przez art. 5 ust. 1 Konwencji<sup>29</sup>. Jednakże, zastosowanie jednej podstawy niekoniecznie wyklucza zastosowanie innych<sup>30</sup>. Pojęcie wolności wiąże się tutaj ze swobodą przemieszcza-

<sup>26</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 490–491.

<sup>27</sup> E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, *Prawne aspekty wolności – zbiór studiów*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, Toruń 2008, s. 4.

<sup>28</sup> Tamże.

<sup>29</sup> Wyrok ETPC z dnia 4 kwietnia 2000 r., nr 26629/95, *Litwa przeciwko Polsce* (HUDOC), § 49.

<sup>30</sup> Wyrok ETPC z dnia 2 września 1998 r., nr 23807/94, *Erkalo przeciwko Holandii* (HUDOC), § 50.

nia się (tzw. wolnością lokomocyjną) i nie należy jej mylić z wolnością w szerokim tego słowa znaczeniu. Wolność wynikająca z art. 5 Konwencji rozumiana powinna być więc jako „wolność od osadzenia w miejscu izolacji”<sup>31</sup>.

W sprawach o naruszenie prawa do wolności, określonego w art. 5 Konwencji, często poruszana jest także kwestia autonomii jednostki. Odnosi się to w szczególności do sytuacji osób umieszczanych przymusowo w zakładach psychiatrycznych oraz osób ubezwłasnowolnionych. W przypadkach dotyczących przymusowej hospitalizacji ETPC potwierdził, że osoba, której wolność ma być w ten sposób ograniczona, musi mieć prawo do bycia wysłuchaną osobiście lub w razie potrzeby, poprzez swojego pełnomocnika<sup>32</sup>. Trybunał wyraził także pogląd, że zdolność prawna danej osoby ma decydujące znaczenie dla wykonywania wszystkich praw i wolności<sup>33</sup>. Ograniczenie zdolności prawnej stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego, w szczególności w prawo do autonomii, chyba że można wykazać, że nastąpiło „zgodnie z prawem”, realizowało uzasadniony cel i było „niezbędne” do jego osiągnięcia<sup>34</sup>. Bezpośrednim skutkiem ubezwłasnowolnienia może więc być nie tylko pozbawienie wolności, np. przez umieszczenie w zamkniętej placówce, ale także pozbawienie wolności wyboru i swobody w podejmowaniu decyzji o własnym życiu, co stanowi naruszenie podstawowej zasady autonomii, leżącej u podstaw gwarancji Konwencji<sup>35</sup>. Pozbawienie autonomii w tym przypadku dotyczyć może w szczególności prawa do decydowania o przeprowadzanych zabiegach medycznych i formie leczenia. Hospitalizacja

---

<sup>31</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 158.

<sup>32</sup> Co zostało podkreślone w zdaniu częściowo odrębnym sędziów: Tulkens, Spielmann, Lafranque oraz Kalaydjewa w wyroku ETPC z dnia 17 stycznia 2012 r., nr 36760/06, *Stanev przeciwko Bułgarii* (HUDOC).

<sup>33</sup> Wyrok ETPC z dnia 27 marca 2008 r., nr 44009/05, *Shtukaturov przeciwko Rosji* (HUDOC), § 71; wyrok ETPC z dnia 13 października 2009 r., nr 36500/05, *Salontaji-Drobnjak przeciwko Serbii* (HUDOC), § 140 i n.; wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r., nr 5193/09, *X i Y przeciwko Chorwacji* (HUDOC), § 102–04.

<sup>34</sup> Wyrok ETPC z dnia 22 stycznia 2013 r., nr 33117/02, *Lashin przeciwko Rosji* (HUDOC), § 77.

<sup>35</sup> Tamże; wyrok ETPC z dnia 27 marca 2008 r., nr 44009/05, *Shtukaturov przeciwko Rosji* (HUDOC), § 71.

psychiatryczna bowiem często pociąga za sobą interwencję medyczną podejmowaną wbrew woli pacjenta, np. w postaci przymusowego podawania leków<sup>36</sup>. Trybunał wskazał jednocześnie, że działanie państwa nieuwzględniające autonomii osobistej narusza prawo do życia osobistego i godność człowieka<sup>37</sup>.

Wolność nabiera odmiennego znaczenia w przepisach art. 9–11 Konwencji, które odnoszą się do wolności w rozumieniu swobody. W zakresie wolności określonych w tych przepisach mieszczą się konkretne prawa podmiotowe jednostek, takie jak prawo do wolności słowa lub do swobody zrzeszania się w związki zawodowe. Wolność w rozumieniu tych przepisów oznacza swobodę w konkretnym działaniu i podejmowaniu decyzji oraz swobodę w wyrażaniu siebie i swoich poglądów.

Wolność myśli, sumienia i wyznania została zagwarantowana w art. 9 Konwencji. Przepis ten jako punkt wyjścia przyjmuje perspektywę wewnętrznej autonomii jednostki (*forum internum*) i formułuje gwarancję swobody myśli, sumienia i wyznania oraz nadaje jej absolutny charakter<sup>38</sup>. Podstawową treścią art. 9, w odniesieniu do *forum internum*, jest swoboda posiadania i kształtowania wybranego przez siebie wyznania lub przekonań. Wybór ten ma przy tym charakter bezwzględnie autonomiczny i może zależeć tylko od woli jednostki<sup>39</sup>. Wolność myśli, sumienia i wyznania jest więc ściśle powiązana z autonomią jednostki. Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazuje, że korzystanie z wolności określonych w art. 9 Konwencji wiąże się w sposób bezpośredni z prawem do autonomii jednostki, określonym w art. 8 Konwencji<sup>40</sup>. Autonomia rozciąga się nie tylko na życie prywatne jednostki, ale także na jej życie zawodowe<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Wyrok ETPC z dnia 3 lipca 2012 r., nr 34806/04, *X przeciwko Finlandii* (HUDOC), § 212.

<sup>37</sup> Częściowo zdanie odrębne sędziego Kalaydjiewa w wyroku ETPC z dnia 17 stycznia 2012 r., nr 36760/06, *Stanev przeciwko Bułgarii* (HUDOC).

<sup>38</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 556.

<sup>39</sup> Tamże, s. 560.

<sup>40</sup> Wyrok ETPC z dnia 12 czerwca 2014 r., nr 56030/07, *Fernandez Martinez przeciwko Hiszpanii* (HUDOC), § 126.

<sup>41</sup> Tamże; wyrok ETPC z dnia 6 października 2010 r., nr 302/02, *Świadkowie Jehowy w Moskwie przeciwko Rosji* (HUDOC), § 117.



W wyroku ETPC w sprawie *Świadkowie Jehowy w Moskwie przeciwko Rosji*<sup>42</sup>, podkreślone zostało, że autonomia obejmować może także możliwość podejmowania działań, które mogą być postrzegane za fizycznie szkodliwe. Trybunał uznał w tej sprawie, że odmowa transfuzji krwi była wyrazem woli poszczególnych członków społeczności, którzy skorzystali z prawa do osobistej autonomii w sferze chronionej zarówno w ramach Konwencji, jak i prawa krajowego. Trybunał wskazał, że w sferze pomocy medycznej, nawet jeśli odmowa przyjęcia określonego leczenia może prowadzić do zgonu, wprowadzenie leczenia bez zgody dorosłego pacjenta będzie kolidować z jego prawem do integralności fizycznej oraz rzutować na prawa chronione na mocy art. 8 Konwencji<sup>43</sup>. Wolność podjęcia decyzji o przyjęciu lub odmowie konkretnego leczenia, a także wybór alternatywnej formy leczenia, dokonywany z uwagi na przekonania religijne, jest w istocie emanacją prawa do samostanowienia i autonomii osobistej. Dalej ETPC wskazuje, iż aby wolność miała sens, pacjenci muszą mieć prawo do dokonywania wyborów, które są zgodne z ich własnymi poglądami, niezależnie od tego, jak niemądre lub irracjonalne mogą się wydawać innym. Trybunał podkreśla także, że wolność wyboru i samostanowienia stanowią podstawowe elementy życia. Państwo, poza sytuacjami, gdzie dochodzi do potrzeby ochrony osób trzecich, musi powstrzymać się od ingerencji w indywidualną wolność wyboru jednostki – taka ingerencja może jedynie zmniejszyć, a nie zwiększyć wartość życia<sup>44</sup>.

Wolność myśli, sumienia i wyznania jest bezpośrednio związana z wolnością wyrażania opinii, która została zagwarantowana w art. 10 Konwencji. Wolność do wyrażania opinii<sup>45</sup> składa się z triady uprawnień – z prawa do posiadania własnych poglądów, prawa do przekazywania informacji i idei oraz prawa do poszukiwania oraz otrzymywania infor-

---

<sup>42</sup> Wyrok ETPC z dnia 6 października 2010 r., nr 302/02, *Świadkowie Jehowy w Moskwie przeciwko Rosji* (HUDOC).

<sup>43</sup> Tamże, § 135.

<sup>44</sup> Tamże, § 134.

<sup>45</sup> W doktrynie podkreśla się, że poprawniejsze konwencyjne tłumaczenie powinno brzmieć „swoboda wypowiedzi”, tak np. M.A Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 413; I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 27–28.

macji i idei. Warto podkreślić, że wolność wynikająca z art. 10 Konwencji może obejmować wszystkie formy wyrażania opinii, także te, które mogą zostać uznane za kontrowersyjne<sup>46</sup>. Trybunał wyróżnił obok wolności słowa i autonomii mediów także autonomię akademicką (np. w wyroku w sprawie *Mustafa Erdogan przeciwko Turcji*<sup>47</sup>).

Trybunał w wyroku *Vordur Olafsson przeciwko Islandii*<sup>48</sup> wskazał ponadto, że ochrona osobistych opinii, zagwarantowana na mocy art. 9 i 10 Konwencji, jest jednym z celów gwarancji wolności zrzeszania się. Taka ochrona może być skuteczna jedynie przez gwarancję pozytywnego i negatywnego prawa do wolności zrzeszania się, określonego w art. 11 Konwencji<sup>49</sup>. W odniesieniu do wolności zrzeszania się ETPC także podkreślał, że pojęcie osobistej autonomii jest ważną zasadą leżącą u podstaw interpretacji gwarancji konwencyjnych. Pojęcie to musi być postrzegane jako niezbędna konsekwencja wolności wyboru jednostki, zawartej w art. 11 oraz potwierdzenie znaczenia negatywnego aspektu przepisu<sup>50</sup>.

## 5. Korelacja autonomii jednostki z wolnością człowieka

Biorąc pod uwagę przedstawione wcześniej stanowiska ETPC możemy zauważyć podobieństwo w pojmowaniu wolności i autonomii. W omawianych wyrokach znajdujemy wspólne cechy wolności w sensie pozytywnym z autonomią jednostki. Oba te pojęcia odnoszą się bowiem do podejmowania przez jednostki decyzji dotyczących ich życia. Trybunał podnosił wielokrotnie, że szacunek dla ludzkiej godności i wolności osobistej stanowi istotę Konwencji. W omawianym w niniejszym artykule wyroku w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu*

---

<sup>46</sup> Wyrok ETPC z dnia 28 października 2010 r., nr 49327/11, *Gough przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 182.

<sup>47</sup> Wyrok ETPC z dnia 27 maja 2014 r., nr 346/04 i 39779/04, *Mustafa Erdogan przeciwko Turcji* (HUDOC).

<sup>48</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2010 r., nr 20161/06, *Ólafsson przeciwko Islandii* (HUDOC).

<sup>49</sup> Tamże, § 46.

<sup>50</sup> Wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2006 r., nr 52562/99 i 52620/99, *Sorensen i Rasmussen przeciwko Danii* (HUDOC), § 55.

*Królestwu*<sup>51</sup>, do katalogu podstaw gwarancji Konwencji dodano także autonomię jednostki. Godność, wolność i autonomia są ze sobą ściśle powiązane, a ich wzajemna korelacja nie została wystarczająco wyjaśniona. W literaturze podnosi się, że ETPC ukształtował dwa główne podejścia do tej kwestii<sup>52</sup>. Pierwsze podejście stanowi założenie, że autonomia jednostki jest ważną zasadą leżącą u podstaw Konwencji, na równi z godnością i wolnością. Takie stanowisko wyrażono przykładowo w sprawach *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>53</sup>, *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>54</sup> oraz *Gillan i Quinton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>55</sup>. W wyroku *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC wskazał przy tym, że zasada ta jest równie ważna co zasada poszanowania godności człowieka<sup>56</sup>.

Drugie podejście zakłada, że autonomia jednostki wynika z wolności i godności człowieka, jako ich *specialis*. Autonomia ma być prawem samym w sobie, o określonej treści oraz wynikającym z godności człowieka jako jego wartości podstawowej<sup>57</sup>. Trybunał wskazywał wielokrotnie na istnienie swobodnego prawa do autonomii, zwanego także prawem do samostanowienia. Pierwszy raz użyto tego pojęcia w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>58</sup>. Trybunał potwierdzał też to stanowisko m.in. wskazując, że prawo do autonomii jednostki wchodzi w skład prawa do prywatności, zagwarantowanego w art. 8 Konwencji<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>52</sup> N.R. Koffeman, *(The right to) personal autonomy*..., s. 5.

<sup>53</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>54</sup> Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r., nr 25680/94, *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>55</sup> Wyrok ETPC z dnia 12 stycznia 2010 r., nr 4158/05, *Gillan i Quinton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>56</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), wspólne zdanie odrębne sędziów Turmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann i Ziemele, § 13.

<sup>57</sup> N.R. Koffeman, *(The right to) personal autonomy* ..., s. 7.

<sup>58</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>59</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 25579/05, *A., B. i C. przeciwko Irlandii* (HUDOC); wyrok ETPC z dnia 10 listopada 2005 r., nr 44774/98, *Leyla Sabih przeciwko Turcji* (HUDOC); wyrok

Przy badaniu wzajemnych zależności pomiędzy autonomią a wolnością oraz ocenie głównych dróg ich eksplanacji, warto zwrócić uwagę na to, że ETPC rozróżnia autonomię jednostki od jej prawa do samostanowienia. Na takie zróżnicowanie wskazuje wprost wyrok *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>60</sup>, a także wyroki w sprawach R.R. *przeciwko Polsce*<sup>61</sup> oraz *A.K. przeciwko Łotwie*<sup>62</sup>. Dla prawidłowej analizy omawianego zagadnienia konieczne wydaje się podjęcie próby usystematyzowania stanowisk ETPC w zakresie obu tych pojęć.

## 6. Autonomia jako zasada ogólna

Autonomia jednostki jest ogólną zasadą leżącą u podstaw gwarancji Konwencji<sup>63</sup>, na równi z godnością i wolnością człowieka. W orzeczeniach ETPC te trzy pojęcia umiejscawiane są obok siebie, bez wskazywania hierarchii ich wartości. Ogólne zasady zawarte w Konwencji są wyrazem nadrzędnych wartości przyświecających prawom człowieka. Nie stanowią one poszczególnych praw podmiotowych, mogą być jednak ich źródłem i pomagają w interpretacji poszczególnych przepisów Konwencji. W związku z multikulturowością państw-stron Konwencji oraz różnym „bagażem” aksjologicznym ich prawodawstw, konieczne było przyjęcie wspólnych wartości, stanowiących podstawę praw człowieka zawartych w Konwencji.

Przy omawianiu podstawowych wartości takich jak autonomia, wolność czy godność podkreślić należy to, że nie są to pojęcia czysto prawne. Ze względu na swoje fundamentalne znaczenie nie powinny być postrzegane tylko w kategoriach normatywnych, bez brania pod uwagę ich aspektów filozoficznych, psychologicznych i społecznych. Niecelowe jest

---

ETPC z dnia 8 listopada 2011 r., nr 18968/07, *V.C. przeciwko Słowacji* (HUDOC); wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, *Tysiąc przeciwko Polsce* (HUDOC).

<sup>60</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>61</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r., nr 27617/04, R.R. *przeciwko Polsce* (HUDOC), § 197.

<sup>62</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2014 r., nr 33011/08, *A.K. przeciwko Łotwie* (HUDOC), § 61 i 63.

<sup>63</sup> Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., nr 2346/02, *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 61.

też wyznaczanie precyzyjnych granic tych pojęć, gdyż wydają się być one ze sobą nierozzerwalnie związane. Godność stanowi podstawę wszelkich praw człowieka, jednak nie może być o niej mowy w przypadku braku wolności czy autonomii. Wolność też jest ściśle powiązana z godnością i autonomią. Wszystkie te pojęcia, jako zasady ogólne oraz podstawy interpretacji gwarancji Konwencji, wzajemnie się przenikają, zarówno na gruncie prawnym, jak i filozoficznym. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że autonomia jako wartość odnosi się nie tylko do art. 8 Konwencji, ale do wszystkich jej przepisów. Z autonomii można przy tym wywodzić bardziej szczegółowe prawa i wolności, np. wolność religii, wolność sumienia lub prawo do zrzeszania się<sup>64</sup>. Z tej ogólnej zasady prawa wywodzi się także prawo do samostanowienia, które stanowić może swoiste prawo podmiotowe<sup>65</sup>. Należy więc z całą stanowczością rozróżnić prawo do autonomii, zwane także prawem do samostanowienia od autonomii rozumianej jako wartość lub zasada ogólna.

## 7. Autonomia jednostki jako prawo podmiotowe

Prawa człowieka stanowią zespół praw podmiotowych, służących ochronie interesów jednostki. Brak jest jednak jednolitej i wyczerpującej definicji praw podmiotowych. Poglądy doktryny dotyczące ich istoty i charakteru są rozbieżne, co jest przyczyną sporu od wielu lat<sup>66</sup>. Z różnie przyjmowanych definicji tego pojęcia można jednak wyodrębnić jego poszczególne elementy konstrukcyjne. W pierwszej kolejności należy wskazać tu na element dotyczący sfery „możliwości postępowania”. Dotyczy to tzw. uprawnień, wśród których należy wyróżnić roszczenia, uprawnienia kształtujące oraz zarzuty. Sfera możliwości postępowania może wynikać ze stosunku cywilnoprawnego oraz powinna zostać przyznana przez porządek prawny w celu realizacji czy ochrony interesów podmiotu. Wszystkie te elementy składają się na pojęcie prawa

---

<sup>64</sup> Tamże.

<sup>65</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>66</sup> M. Safjan [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z Radwański, B. Kordasiewicz, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 687–692.

podmiotowego<sup>67</sup>. Prawo podmiotowe obejmuje przy tym zarówno element materialny, w postaci możliwości realizacji swojego interesu zgodnie z własną wolą, jak i element formalny, który polega na możliwości żądania udzielenia ochrony prawnej w sytuacji zagrożenia lub naruszenia prawa podmiotowego<sup>68</sup>.

Jedną z omawianych wcześniej koncepcji zakłada, że autonomia jednostki jest prawem samym w sobie, wynikającym z godności i wolności osobistej jako ich *specialis*<sup>69</sup>. W tym kontekście należy doszukiwać się prawa podmiotowego, określanego mianem prawa do autonomii bądź prawa do samostanowienia. Nie jest ono określone wprost w Konwencji, ale jest uznane w orzecznictwie<sup>70</sup>. Stwierdzenie, że prawo do autonomii wynika z godności i wolności człowieka jako ich *specialis* wydaje się być jednak niewyczerpujące. Nie odnosi się ono bowiem w żaden sposób do autonomii jednostki, która w orzecznictwie ETPC postawiona została na równi z godnością oraz wolnością i która ma dla samostanowienia znaczenie kluczowe<sup>71</sup>. Dlatego też nie można jej tutaj pominąć. Nie bez znaczenia są także nierozzerwalne współzależności między tymi trzema pojęciami. Niemniej jednak, prawo do samostanowienia wynika w szczególności z ogólnej zasady autonomii jednostki. Zakres przedmiotowy tego prawa określony został w orzecznictwie ETPC, związanym z art. 8 Konwencji<sup>72</sup>.

Niektórzy autorzy podnoszą jednak, że prawo do samostanowienia, w związku z tym, że nie jest jasno określone w Konwencji i ograniczona jest możliwość wyznaczenia szczegółowego zakresu tego prawa, nie powinno zostać uznane za prawo podmiotowe<sup>73</sup>. Nie sposób jednak się z tym stanowiskiem zgodzić. Idąc tym tokiem rozumowania, większość

---

<sup>67</sup> Tamże, s. 700–701.

<sup>68</sup> A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 120.

<sup>69</sup> N.R. Koffeman, *(The right to) personal autonomy...*, s. 8.

<sup>70</sup> Wyrok ETPC z dnia 3 października 2013 r., nr 552/10, *I.B. przeciwko Grecji* (HUDOC), § 65.

<sup>71</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>72</sup> Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r., nr 39272/98, *M.C. przeciwko Bułgarii* (HUDOC), zdanie odrębne sędzi Tulkens, § 1.

<sup>73</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

praw podmiotowych wynikających z art. 8, nie mogłaby zostać za takowe uznana. Trybunał z całą pewnością zalicza jednak do chronionej sfery życia prywatnego prawo do swobody (autonomii) w kształtowaniu sposobu własnego życia i podejmowania najważniejszych decyzji w tym zakresie<sup>74</sup>. Trybunał nie chciał rozbudowywać katalogu praw i wolności zapisanych w tekście Konwencji. Unika więc zarówno formułowania treści ogólnego prawa do autonomii, jak i tworzenia szczegółowych praw oraz wolności wynikających wprost z nakazu poszanowania życia prywatnego<sup>75</sup>. Niemniej jednak ETPC kilkakrotnie wprost wskazał na istnienie prawa do samostanowienia (np. w wyrokach w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>76</sup>, *A., B. i C. przeciwko Irlandii*<sup>77</sup>, *Dubska i Krejzova przeciwko Czechom*<sup>78</sup>).

Prawo do autonomii, określone w orzecznictwie ETPC dotyczącym art. 8 Konwencji, wynikające z ogólnej zasady autonomii jednostki, spełnia wszystkie kryteria do uznania go za prawo podmiotowe. Okoliczność tą potwierdza także liczne orzecznictwo już przywołane. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że jest to prawo podmiotowe wynikające z normy prawnej, zawartej w art. 8 Konwencji<sup>79</sup>. Trybunał wskazał w tym zakresie, że „choć wczesniejsze orzecznictwo nie ustaliło pojęcia prawa do samostanowienia, ale jest ono zawarte w artykule 8 Konwencji”. Dodatkowo ETPC potwierdził, że prawo to nie ogranicza się jedynie do negatywnego aspektu ochrony, może również nakładać na państwa obowiązki pozytywne<sup>80</sup>. Nie sposób jest się też nie zgodzić z twierdzeniem, że jednostka ma prawo żądać od państwa

<sup>74</sup> Wyrok ETPC z dnia 6 lutego 2001 r., nr 44599/98, *Bensaid przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC), § 43.

<sup>75</sup> L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 551.

<sup>76</sup> Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>77</sup> Wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 25579/05, *A., B. i C. przeciwko Irlandii* (HUDOC).

<sup>78</sup> Wyrok ETPC z dnia 12 listopada 2014 r., nr 28473/12, *Dubska i Krejzova przeciwko Czechom* (HUDOC).

<sup>79</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 15 marca 2012 r., nr 4149/04 i 41029/04, *Aksu przeciwko Turcji* (HUDOC); wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r., nr 28957/95, *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (HUDOC).

<sup>80</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r., nr 8978/80, *X i Y przeciwko Holandii* (HUDOC), § 23.

konkretnego zachowania, aby móc w pełni z tego prawa korzystać<sup>81</sup>. Trybunał wskazał także, że nieposzanowanie prawa do autonomii skutkuje uznaniem działania, jako niezgodnego z wymogami poszanowania godności i wolności człowieka<sup>82</sup>.

## 8. Wnioski

W orzecznictwie ETPC autonomia jednostki rozumiana może być w dwojaki sposób – jako wartość sama w sobie albo jako swoiste prawo podmiotowe. Te dwa ujęcia autonomii należy jednak rozróżnić. Czym innym jest bowiem autonomia stanowiąca zasadę leżącą u podstaw wielu praw człowieka, w tym także prawa do samostanowienia, a czym innym prawo do samostanowienia, które choć nie zostało wskazane wprost w Konwencji, uznawane jest przez ETPC jako samodzielne prawo podmiotowe. Rozróżnienie to ma kluczowe znaczenie dla interpretacji poszczególnych zapisów Konwencji.

Wolność także może być rozumiana jako zasada ogólna oraz może także wyrażać się w szczegółowych prawach człowieka np. w prawie do wolności słowa czy wolności zrzeszania się. Zarówno wolność (rozumiana w sensie pozytywnym), jak i autonomia odnoszą się do możliwości podejmowania przez jednostkę decyzji dotyczących jej życia. Utożsamianie tych pojęć nie wydaje się być jednak zabiegiem prawidłowym. Wolność stanowi bowiem pewien stan, w którym jednostce zapewniona jest swoboda decydowania o własnym życiu. Autonomia z kolei odnosi się do ochrony jednostki przed bezprawną ingerencją w podejmowanie tych decyzji. Autonomia jest więc związana z samym procesem podejmowania decyzji. Autonomia i wolność spełniają więc inne funkcje, ale się wzajemnie uzupełniają.

Analiza orzecznictwa ETPC pozwala na przyjęcie tezy, że autonomia jednostki winna być uznawana za kluczowy element wolności. Odnosi się to zarówno do wolności od izolacji, określonej w art. 5 Konwencji, jak i do wolności określonych w innych postanowieniach Konwencji.

---

<sup>81</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, *Tysiąc przeciwko Polsce* (HUDOC).

<sup>82</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 listopada 2011 r., nr 18968/07, *V.C. przeciwko Słowacji* (HUDOC).



Trybunał poruszał kwestię autonomii jednostki w odniesieniu do niemal wszystkich postanowień Konwencji. Najczęściej dochodzi do tego w zakresie naruszenia art. 8, w którym sformulowano prawo podmiotowe, zwane prawem do autonomii lub prawem do samostanowienia jednostki. Prawo to wynika jednak z zasady o szerszym charakterze, stanowiącej fundament wszystkich gwarancji konwencyjnych. W ocenie ETPC pozbawienie lub ograniczenie autonomii jednostki stanowi swoiste naruszenie jej wolności i odwrotnie – działania naruszające wolność jednostki mogą zostać uznane za naruszające jej autonomię. Oba te pojęcia są ze sobą nierozzerwalnie związane, co pozwala przyjąć, że bez poszanowania autonomii jednostki nie może być mowy o wolności człowieka.

### Streszczenie

Autonomia jednostki jest fundamentalnym prawem człowieka zagwarantowanym m.in. w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jest ona ściśle związana z godnością i wolnością. Pojęcia te wzajemnie się przenikają, zarówno na gruncie prawnym, jak i filozoficznym. Wzajemne zależności pomiędzy wolnością i autonomią są wyjątkowo istotne z uwagi na podobieństwa w pojmowaniu obu tych pojęć. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie jest jednak konsekwentny w zakresie wyjaśniania tych zależności, co może skutkować problemami z kwalifikacją prawną uprawnień jednostki oraz interpretacją zapisów Konwencji. Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwoliła na ustalenie wzajemnych zależności pomiędzy autonomią i wolnością. Artykuł wyjaśnia pojęcie autonomii i wolności, ich podobieństwa i różnice oraz wzajemny wpływ na realizację praw z nimi związanych.

**Słowa kluczowe:** autonomia, godność, wolność, prawa człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka

## **The correlation of individual autonomy with freedom in jurisprudence of the European Court of Human Rights**

### **S u m m a r y**

The autonomy of the individual is a fundamental human right guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It is closely linked to the human dignity and freedom. These concepts intertwine, both on legal and philosophical ground. Mutual relationship between freedom and autonomy is especially important because of the similarities in the understanding of these concepts. The European Court of Human Rights is not consistent in explaining these relationships which may cause problems relating to the legal rights of the individual and the interpretation of the provisions of the Convention. Analysis of the case law of the European Court of Human Rights made it possible to determine the interactions between autonomy and freedom. The paper explains the concept of autonomy and freedom, their similarities, differences, and mutual influence on the exercise of the rights associated with them.

**Keywords:** autonomy, dignity, freedom, human rights, European Court of Human Rights

**Sabrina Mana-Walasek**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa,  
e-mail: mana.sabrina@gmail.com.

**REGULACJA DYSTRYBUCJI SELEKTYWNEJ A OGRANICZENIA WERTYKALNE W HANDLU ELEKTRONICZNYM W ŚWIETLE UNIJNEGO PRAWA KONKURENCJI****1. Uwagi wprowadzające**

Powszechnym zjawiskiem jest koegzystencja tradycyjnej sieci dystrybucyjnej z siecią internetową sprzedaży detalicznej, a pomiędzy tymi sieciami może dochodzić do napięć i konfliktów<sup>1</sup>. Wstępne wyniki badania sektorowego Komisji z 15 września 2016 r. wskazują, że wraz z rozwojem *e-commerce* znacznie wzrosło zastosowanie systemów selektywnej dystrybucji<sup>2</sup>. Nic w tym dziwnego, gdyż pełna swoboda w sprzedaży internetowej może prowadzić bowiem do sytuacji, w której przy zakupie produktu liczy się przede wszystkim jego cena. W konsekwencji zniechęca to producentów i dystrybutorów do inwestycji w budowanie świadomości klienta co do właściwości zakupionego produktu, obsługę sprzedażową, wizerunek i renomę produktu, w prestiż marki czy lojalność klienta<sup>3</sup>. Producenci markowych produktów poświęcają dużo środków, aby ich towary były sprzedawane w profesjonalny sposób<sup>4</sup>. Remedium na te problemy może być wdrożenie systemu dystrybucji selektywnej, który będzie ograniczać sprzedaż internetową.

W związku z tym pojawia się pytanie, czy ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym (ang. *vertical restraints*, dalej: VRs) – w przypadku

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02–927 Warszawa, e-mail: artur.szmagielski@wpia.uw.edu.pl.

<sup>1</sup> A. Kirsch, W. Weesner, *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, JILP 2006, nr 12, s. 298–299.

<sup>2</sup> Komisja Europejska, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, pkt 223, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_preliminary\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf), 20.02.2017.

<sup>3</sup> A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, IKAiR 2013, nr 3, s. 24.

<sup>4</sup> A. Bolecki, *Sprzedaż w Internecie przez nieautoryzowanych dystrybutorów a prawa do znaku towarowego*, <http://www.codozasady.pl/sprzedaz-w-internecie-przez-nieautoryzowanych-dystrybutorow-a-prawa-do-znaku-towarowego>, 2.01.2016.

dystrybucji selektywnej – przyczyniają się do wzrostu efektywności<sup>5</sup> i tym samym są ekonomicznie zasadne czy też pozbawiają konsumentów istotnych zalet płynących ze sprzedaży internetowej. Innymi słowy, czy przeważa ich pro- czy antykonkurencyjny charakter oraz jakimi kryteriami należy się kierować, aby to ocenić?

## 2. Wpływ handlu elektronicznego na konkurencję detaliczną

Niewątpliwie istnieje wiele pozytywnych skutków wywołanych przez Internet, które nie powinny być lekceważone podczas opracowywania skutecznej polityki konkurencji w UE. Istnieje powszechny konsensus, że handel elektroniczny pozwolił zwiększyć niezależność konsumentów w zakresie rozszerzenia rynku geograficznego, zwiększył możliwość wyboru, ułatwił nabywanie dóbr oraz ułatwił sposób porównywania cen pomiędzy różnymi sklepami. Internet spowodował redukcję geograficznych barier w handlu. Zgodnie z często cytowanym zwrotem – w Internecie wszystko jest „oddalone tylko o jedno kliknięcie” (ang. *just one click away*)<sup>6</sup>. Spowodowane jest to nie tylko wzmocnieniem kanału komunikacji, tj. większej możliwości kontaktowania się, ale również zmniejszeniem kosztów przez przedsiębiorców, mogących teraz „obsłużyć” znacznie szerszy krąg geograficzny<sup>7</sup>. Jest to niezwykle istotne z perspektywy integracyjnego celu prawa konkurencji UE. Handel elektroniczny wzmacnia bowiem wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, a tym samym przyczynia się do sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego.

---

<sup>5</sup> Efektywność na cele niniejszego artykułu będzie rozumiana jako efektywność całej gospodarki (ang. *total welfare*) w znaczeniu szkoły chicagowskiej, a zatem jako sytuacja, w której zasoby społeczeństwa są alokowane tak, żeby w możliwie największym stopniu zaspokoić potrzeby konsumentów. Zob. A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 46.

<sup>6</sup> Por. K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, EPS 2014, nr 10, s. 35.

<sup>7</sup> Zob. szerzej Ch. Forman, A. Goldfarb, S. Greenstein, *How Did Location Affect Adoption of the Commercial Internet? Global Village vs. Urban Leadership*, JUE 2005, nr 58, s. 389–420; A. Hortaçsu, F.A. Martínez-Jerez, J. Douglas, *The Geography of Trade in Online Transactions: Evidence from eBay and MercadoLibre*, AEJM 2009, nr 1, s. 53–74.

Z drugiej strony, handel elektroniczny otwiera także drogę do zachowań rynkowych, które mogą prowadzić do koncentracji rynku oraz ograniczeń konkurencji. Występujący w Internecie efekt sieciowy (ang. *network effect*) z łatwością może przyczynić się do koncentracji rynku, co z kolei może przerodzić się w dominację pojedynczego przedsiębiorstwa. Koszty wejścia w przypadku detalicznej sprzedaży internetowej są kosztami utopionymi, a atutem pierwszego przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek (ang. *first-mover advantage*) jest możliwość czerpania korzyści z samego pierwszeństwa w opanowywaniu danego segmentu. Przejrzystość informacji oraz łatwość w porównywaniu cen może przyczynić się także do koordynacji zachowań rynkowych oraz uzgodnionych praktyk<sup>8</sup>.

W niektórych branżach producenci i dystrybutorzy przez lata budowali systemy dystrybucji, które miały ułatwiać kupowanie produktów oraz przyczyniać się do dobrobytu konsumentów. Rozpowszechnienie sprzedaży internetowej może w pewnym zakresie być zagrożeniem dla tych systemów, dlatego też ważnym jest zrozumienie, kiedy pewne ograniczenia tego kanału dystrybucji będą ekonomicznie zasadne<sup>9</sup>. Nie budzi bowiem wątpliwości, że pełna sprzedaż online może negatywnie wpływać na ocenę niektórych markowych produktów. Zbudowanie marki i luksusowego wizerunku produktu nie jest tanie, co w oczywisty sposób zwiększa koszty sprzedaży. W kontekście sprzedaży internetowej można wskazać na takie problemy jak np. słaba jakość prezentowania produktów, czy też brak możliwości ich realnej weryfikacji. Co więcej, o ile sprzedawanie produktów podrobionych nie jest niczym nowym i wyróżnia oba typy sprzedaży (online i offline), o tyle w dystrybucji internetowej mamy do czynienia ze zjawiskiem, nieznanym do tej pory w sprzedaży tradycyjnej, a mianowicie zjawiskiem określanym jako *amplifying*, czyli opłacaniem pewnych osób za wstawianie w sieci pozytywnych opinii po rzekomym zakupie towaru, udających w ten sposób usatysfakcjonowanych klientów.

---

<sup>8</sup> Co do zasady, niepewność strategiczna, czyli brak pewności co do aktualnych i przyszłych działań konkurentów intensyfikuje natężenie konkurencji na danym rynku właściwym.

<sup>9</sup> P. Buccirosi, *Vertical restrictions on e-commerce and selective distribution*, JCLE 2015, nr 11, s. 759.

### 3. Definicja i istota dystrybucji selektywnej

System dystrybucji selektywnej to sieć wertykalnych porozumień między dostawcą a jego dystrybutorami, które nakładają na dystrybutorów określone obowiązki w zakresie sposobu dystrybucji towarów dostawcy<sup>10</sup>. Jego celem jest zapewnienie sprzedaży, zgodnie z wymogami organizatora sieci dystrybucji, np. w celu promocji wybranego obrazu marki lub wprowadzenie dodatkowych usług towarzyszących sprzedaży, np. serwisu gwarancyjnego<sup>11</sup>. Dystrybucja selektywna jest uznawana za efektywny mechanizm dystrybucji produktów złożonych technicznych, takich jak: samochody, komputery i aparaty fotograficzne lub produktów, których sprzedaż zależy od stworzenia określonego wizerunku marki, takich jak: perfumy, kosmetyki, biżuteria i innych towarów luksusowych. W przypadku pierwszego rodzaju wskazanych produktów – jakość dodatkowych usług technicznych wyraźnie wpływa na decyzje konsumenckie. Natomiast w przypadku dóbr luksusowych – dostawcy chcą, aby potencjalni nabywcy mieli lub kojarzyli odpowiedni obraz ich produktów. Wizerunek marki jest bowiem nieodłączną cechą charakterystyczną tego produktu. W związku z tym dostawcy muszą zagwarantować, że dane miejsce sprzedaży będzie spójne z marką danego produktu oraz jego reputacją<sup>12</sup>.

Z punktu widzenia wzajemnej pozycji stron porozumienia na szczeblach obrotu gospodarczego zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień ma zastosowanie do porozumień horyzontalnych oraz wertykalnych. Porozumienie horyzontalne stanowi porozumienie między przedsiębiorstwami działającymi na tym samym poziomie obrotu, zaś porozumienie wertykalne – na różnych szczeblach obrotu<sup>13</sup>. Co oczywiste, umowy dystrybucji selektywnej należą do kategorii porozumień wertykalnych, gdyż strony niniejszego porozumienia znajdują się na różnym poziomie obrotu gospodarczego.

---

<sup>10</sup> M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, IKAiR 2016, nr 7, s. 9.

<sup>11</sup> A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law*, Oksford 2011, s. 667.

<sup>12</sup> P. Buccirosi, *Vertical...*, s. 762.

<sup>13</sup> A. Szmigielski, *Stosowanie klauzuli największego uprzywilejowania w działalności handlowej platform internetowych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, EPS 2016, nr 3, s. 28.

Prawną definicję tego systemu dystrybucji zawiera art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia Komisji nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 102 z dnia 23 kwietnia 2010 r., s. 1) – dalej: rozporządzenie nr 330/2010, zgodnie z którym stanowi je system dystrybucji zawierający dwie cechy: i) dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych w tym porozumieniu kryteriów; ii) dystrybutorzy zobowiązują się nie odsprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie. Zgodnie z pierwszą wyróżnioną cechą – dystrybucja selektywna polega na sprzedawaniu towarów jedynie podmiotom spełniającym określone kryteria (tj. dystrybutorom autoryzowanym), co jest często stosowane w przypadku produktów markowych. Natomiast zgodnie z drugą wyróżnioną cechą istotą systemu dystrybucji selektywnej jest to, że dystrybutorzy selektywni mogą sprzedawać określone produkty lub usługi tylko odbiorcom wchodzącym w skład tego systemu. Tym samym mają oni bezwzględny zakaz sprzedaży sprzedawcom nieautoryzowanym, tj. niedopuszczonym do systemu dystrybucji selektywnej<sup>14</sup>.

#### 4. Ekonomiczne aspekty VRs oraz systemu dystrybucji selektywnej

Jak wskazano powyżej, intensywna dystrybucja towarów online nie zawsze jest w interesie producentów lub dystrybutorów. Załóżmy, że dany przedsiębiorca poniósł duże koszty wprowadzenia danego towaru na rynek, a także ich sprzedaży w sklepach fizycznych (ang. *brick and mortar shops*). Tego typu wydatki nie są ponoszone przez sprzedawcę internetowego, który nie płaci m.in. za czynsz najmu lokalu oraz z łatwością może on zaoferować różnorodne produkty i ich substytuty. Innymi słowy, autoryzowany dystrybutor musi ponosić koszty prowadzenia

---

<sup>14</sup> A. Bolecki, *Ograniczenia...*, s. 74.

lokalu z profesjonalną obsługą i odpowiednim stanem magazynowym, a głównym kosztem nieautoryzowanego dystrybutora internetowego jest minimagazyn i dostęp do Internetu<sup>15</sup>.

Konsumenci mogą korzystać z tradycyjnych sklepów, aby przetestować dany produkt oraz skorzystać z doradztwa wykwalifikowanego personelu, a następnie nabyć ten produkt po bardziej konkurencyjnej cenie – za pośrednictwem Internetu. Tego typu sytuacja jest określana tzw. efektem gapowicza (ang. *free-riding effect*), gdyż określony podmiot (tj. sklep internetowy) odnosi korzyści związane z cudzym nakładem (tj. funkcjonowaniem sklepu fizycznego). Zastosowanie odpowiednich uregulowań w umowie dystrybucji selektywnej, ograniczającej sprzedaż internetową, może chronić przed taką sytuacją. Ograniczenie sprzedaży online w ramach sieci dystrybucji wynika także z chęci ochrony reputacji danej marki. Istotą dystrybucji selektywnej jest bowiem to, że autoryzowani dystrybutorzy muszą spełnić określone kryteria o charakterze jakościowym – często związane z odpowiednią prezentacją luksusowych i markowych produktów w sklepie fizycznym<sup>16</sup>. Pomimo postępującego rozwoju technicznego, wirtualny świat nie umożliwia – w tym aspekcie – takiej możliwości testowania oraz prezentacji m.in. perfum czy biżuterii.

Z drugiej strony, w literaturze przedmiotu wskazuje się na trzy rodzaje antykonkurencyjnych skutków dystrybucji selektywnej, do których należą: zamknięcie rynku, ułatwienie zмовы oraz złagodzenie konkurencji<sup>17</sup>. System dystrybucji selektywnej może zwiększyć bariery wejścia, w szczególności na rynku niższego rzędu, ponieważ zwiększa koszty stałe oraz koszty utopione, które dystrybutor musi ponieść by sprostać wymaganiom określonym przez producenta. Należy przy tym odróżnić dystrybucję „czysto” jakościową od dystrybucji ilościowej. W pierwszym przypadku dystrybutorzy są wybierani według obiektywnych kryteriów takich jak np. jakość lokalu oraz

---

<sup>15</sup> K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, PPH 2011, nr 11, s. 37.

<sup>16</sup> Tamże.

<sup>17</sup> P. Buccirosi, *Vertical...*, s. 752.



odpowiednia kwalifikacja personelu, lecz nie następuje ograniczenie ich ilości. Natomiast w drugim przypadku system dystrybucji zwiększa wymagania stawiane dystrybutorom o kryteria ilościowe (np. o wymóg określonego obrotu) czy też bezpośrednio ustalając ich ilość<sup>18</sup>. Ryzyko zamknięcia jest stosunkowo niskie w przypadku dystrybucji selektywnej „czysto” jakościowej, natomiast w drugim przypadku staje się znacznie silniejsze<sup>19</sup>.

## 5. Ogólne zasady oceny dystrybucji selektywnej

Poczynione inwestycje w usługi sprzedażowe i pozytywny wizerunek jednego sklepu przekłada się na pozytywny wizerunek innych miejsc sprzedaży danego produktu. I odwrotnie – negatywny wizerunek danego sklepu, m.in. ze względu na niewystarczającą prezentację produktów oraz złą obsługę, przekłada się na negatywny odbiór danego produktu w innych miejscach sprzedaży. Pożądanym jest więc, aby każdy ze sprzedawców prezentował jednolite i wysokie standardy. Dostawca (producent) musi być zatem w stanie dokonywać wyboru odpowiednich dystrybutorów oraz nakładać na sprzedawców detalicznych odpowiednie ograniczenia, które zapewnią wysoki poziom sprzedaży.

Ograniczenia w konkurencji powodowane przez porozumienie dystrybucji selektywnej są uznawane w związku z tym za legalne, jeżeli są one łącznie: i) uzasadnione charakterem danego produktu, ii) proporcjonalne do celów, do których dążą, iii) określone jednolicie (tj. nie są stosowane w sposób dyskryminujący)<sup>20</sup>. Dystrybucja selektywna spełniająca te kryteria jest uznawana za „czysto” jakościową. Jednakże powyższe kryteria sformułowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE są nie tylko kazuistyczne, lecz także rygorystyczne. Niewiele

---

<sup>18</sup> K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji* [w:] *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, red. A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, Warszawa 2008, s. 248.

<sup>19</sup> P. Buccirosi, *Vertical...*, s. 752.

<sup>20</sup> Zob. wyrok TS z dnia 25 października 1977 r., 26/76, *Metro SB-Großmärkte przeciwko Komisji* (ECR 1977, nr 6, s. 1875), pkt 20; a także wyrok TS z dnia 11 grudnia 1980 r., 31/80, *L'Oréal przeciwko PVBA De Nieuwe AMCK* (ECR 1980, nr 8–9, s. 3775), pkt 15 i 16.

funkcjonujących systemów dystrybucji selektywnej można uznać więc za systemy „czysto” jakościowe<sup>21</sup>. W kontekście sprzedaży internetowej, Trybunał sformułował z kolei generalną zasadę, że ograniczenia metod sprzedaży, np. sprzedaży online, mogą być dopuszczalne, ale musi to wynikać z ich prawnego i gospodarczego kontekstu. Oznacza to, że ograniczenia takie muszą być odpowiednie (dla osiągnięcia deklarowanego celu), niezbędne (celu nie da się osiągnąć innymi środkami) oraz proporcjonalne *sensu stricto* (korzyść z użytego środka przeważa nad stopniem ograniczenia konkurencji)<sup>22</sup>.

Nawet jeżeli producent lub dostawca opracował więc stosunkowo prosty system dystrybucji selektywnej, który opiera się wyłącznie na „obiektywnych wymaganiach technicznych”, taki system będzie wyłączony spod oceny art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 47) – dalej: TFUE – tylko wówczas, gdy wymogi te są obiektywnie konieczne do sprzedaży określonych produktów. Jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości UE – wymaga to rozważenia, czy charakterystyka danego produktu wymaga wdrożenia systemu dystrybucji selektywnej w celu utrzymania jego jakości oraz zapewnienia jego odpowiedniego używania<sup>23</sup>. Komisja Europejska zaakceptowała system dystrybucji selektywnej (wymagający od sprzedawców specjalistycznej wiedzy, przeszkolenia personelu, odpowiednich pomieszczeń lub odpowiednich ustaleń serwisowych) w sprawach dotyczących: i) produktów zaawansowanych technicznie (np. samochody, TV, kamery, produkty hi-fi, komputery); ii) produktów luksusowych (np. wysokiej jakości zegarki, biżuteria, kosmetyki i perfumy); iii) innych produktów (np. jeansy, ceramiczna zastawa stołowa, gazety, rowery)<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> A. Gurin, L. Peepkorn, *Vertical Agreements* [w:] *The EU Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 2014, pkt 9.250.

<sup>22</sup> Zob. wyrok TS z dnia 13 października 2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS przeciwko Président de l’Autorité de la concurrence i Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, (EU:C:2011:649) – dalej: wyrok w sprawie *Pierre Fabre*.

<sup>23</sup> Tamże.

<sup>24</sup> *Bellamy & Child. European Community Law of Competition*, red. P.M. Roth, A. MacNab, V. Rose, Oxford 2008, pkt 6.092.

W przypadku, gdy dany system dystrybucji selektywnej nie spełnia ww. kryteriów, należy ocenić możliwość wyłączenia grupowego albo wyłączenia indywidualnego<sup>25</sup>.

## 6. Możliwość wyłączenia grupowego oraz wyłączenia indywidualnego

Niezbędne są odpowiednie narzędzia prawa konkurencji pozwalające odróżnić dozwolone zachowania przedsiębiorców od zakazanych praktyk. Przeważającym podejściem w wielu krajach, jak np. USA, jest zastosowanie reguły rozsądku (ang. *rule of reason*), która wymaga dokonania zbalansowania – w każdym indywidualnym przypadku – pro- i antykonkurencyjnych skutków danej umowy dystrybucyjnej<sup>26</sup>. W UE dodatkowo istnieje szereg domniemań prawnych dotyczących legalności lub nielegalności określonych praktyk w ramach tzw. wyłączeń grupowych. W przypadku umów dystrybucji selektywnej zastosowanie ma rozporządzenie nr 330/2010 oraz zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (SEC (2010) 411, wersja ostateczna) – dalej: wytyczne Komisji. Z dobrodziejstwa ww. rozporządzenia korzysta zarówno dystrybucja jakościowa, jak i ilościowa<sup>27</sup>.

Ogólne założenie tych regulacji jest takie, że w przypadku braku znacznej siły rynkowej<sup>28</sup> (na rynku wyższego i niższego szczebla) – VRs mogą być prokonkurencyjne, gdyż są stosowane w celu zwiększenia efektywności. W związku z tym na mocy art. 3 rozporządzenia nr 330/2010 istnieje domniemanie, że w przypadku gdy każda ze stron porozumienia nie przekracza 30% udziałów w rynku, to wówczas VRs generalnie spełnia przesłanki wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust 3 TFUE, a zatem jest legalne. Od niniejszej zasady ogólnej istnieją pewne wyjątki. Niektóre bowiem z zachowań rynkowych są kwalifikowane jako praktyki najczęściej ograniczające konkurencję (ang. *hardcore restrictions*). Dla praktyk tych ogólne domniemanie jest odwrócone – otóż nawet jeżeli strony

<sup>25</sup> M. Kozak, *Odmowa statusu autoryzowanego dystrybutora w systemie dystrybucji selektywnej – glosa do wyroku TS z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover France SAS*, EPS 2012, nr 12, s. 49.

<sup>26</sup> Zob. szerzej D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 3.

<sup>27</sup> M. Marek, *Wyłączenie...*, s. 13.

<sup>28</sup> Ponieważ siła rynkowa jest trudna do zmierzenia, jest to szacowane udziałem stron w rynku.

porozumienia nie mają znacznej siły rynkowej, to mimo to ich umowa mieści się w zakresie art. 101 ust. 1 TFUE.

W związku z powyższym umowa wertykalna, która ustanawia system dystrybucji selektywnej (jakościową lub ilościową), nawet w połączeniu z VRs, będzie uznana za legalną, jeżeli zarówno udziały dostawcy jak i kupującego będą równe lub poniżej 30%. Porozumienie to będzie jednak nielegalne, gdy będzie zawierało tzw. klauzulę czarną, o której mowa w art. 4 rozporządzenia nr 330/2010. Klauzule czarne w porozumieniach wertykalnych stanowią najcięższe ograniczenie konkurencji, skutkujące wykluczeniem możliwości skorzystania z wyłączenia grupowego, niezależnie od wielkości udziału w rynku stron porozumienia. Do enumeratywnie wymienionych klauzul czarnych należą: i) klauzule cenowe, ii) klauzule podziałowe, iii) klauzule wprowadzające podmiotowe ograniczenia sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej, iv) klauzule ograniczające wzajemne dostawy między dystrybutorami działającymi w ramach systemu dystrybucji selektywnej oraz v) klauzule ograniczające prawa dostawcy do sprzedaży komponentów<sup>29</sup>.

W każdym indywidualnym przypadku, gdy porozumienie nie kwalifikuje się do zwolnienia grupowego, gdyż udziały każdej ze stron przekraczają wymagany próg 30%, strony mogą ubiegać się o zwolnienie indywidualne na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, tj. na podstawie reguły rozsądku. Artykuł 101 ust. 3 TFUE umożliwia przedsiębiorstwom dokonanie efektywnego usprawiedliwienia swoich praktyk pod warunkiem spełnienia czterech przesłanek tj. korzyści pod względem efektywności, słusznego udziału dla konsumentów, nieodzowności ograniczeń oraz braku eliminowania konkurencji.

## 7. Kwalifikacja VRs – sprzedaż bierna i czynna

Ograniczenie sprzedaży za pośrednictwem Internetu może być kwalifikowane jako klauzula podziałowa, o których mowa w art. 4 lit. b rozporządzenia nr 330/2010. Narzucane lub wymagane ograniczenia w zakresie sprzedaży internetowej stanowią ciążące na dystrybutorach

---

<sup>29</sup> Art. 5 lit. c. rozporządzenia nr 330/2010.

ograniczenia odsprzedaży. Limitują one możliwość dotarcia przez dystrybutorów z ofertą handlową do szerszego terytorialnie, nieograniczonego kręgu nabywców, bowiem bez istnienia ograniczeń oferta byłaby faktycznie „obecna globalnie”, tj. wykraczając poza obszary na jakich dystrybutor prowadzi działalność<sup>30</sup>.

Aby właściwie ocenić, czy dane ograniczenie sprzedaży internetowej stanowi najcięższe ograniczenie konkurencji należy się odnieść do opublikowanych wraz z ww. rozporządzeniem – wytycznych, w których Komisja w obszernym zakresie wyjaśnia zasady kwalifikacji prawnej ograniczenia sprzedaży internetowej.

Pod pojęciem sprzedaży biernej (pasywnej) rozumie się zgodnie z definicją Komisji, odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Formę sprzedaży biernej stanowią np. ogólne reklamy (promocje), które nie są specjalnie ukierunkowane na określoną kategorię klientów i z uwagi na swoją treść, formę, sposób przekazu itp. są one metodą dotarcia do wszelkich nabywców. Przeciwnieństwem sprzedaży biernej jest sprzedaż czynna (aktywna), która polega na nawiązywaniu przez sprzedawcę kontaktów z indywidualnymi klientami lub określoną grupą klientów lub klientami na określonym terytorium, mających na celu doprowadzenie do transakcji (czyli nabycia przez klienta „aktywnie” zaoferowanego towaru lub usługi). Istotą sprzedaży aktywnej jest więc istniejąca po stronie sprzedawcy inicjatywa w zakresie poszukiwania potencjalnych nabywców towarów lub usług oferowanych przez tego pierwszego. Komisja jako przykłady zachowań stanowiących przejaw sprzedaży aktywnej, podała m.in. wysyłanie bezpośrednich listów, wysyłanie niezamawianych wiadomości pocztą elektroniczną, specjalnie ukierunkowane reklamy w Internecie, które są adresowane do określonej grupy klientów lub do klientów z określonego obszaru.

Z powyższego podziału wynika istotna różnica w kwalifikacji prawnej ograniczenia sprzedaży internetowej. Sprzedaż bierna

---

<sup>30</sup> K. Kohutek, *Komentarz do art. 4 rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX 2011.

korzysta bowiem z większej ochrony, niż sprzedaż czynna, która może podlegać dalej idącym ograniczeniom w umowach. Ograniczenia sprzedaży aktywnej są zdecydowanie mniej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia sprzedaży pasywnej i tylko te ostatnie stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji<sup>31</sup>. Zasadniczo jednak sprzedaż przez Internet jest kwalifikowana właśnie jako forma sprzedaży biernej, chyba że łączy się ona z dodatkowymi, aktywnymi staraniami sprzedawcy o pozyskanie klientów, to wówczas jest traktowana jako sprzedaż aktywna<sup>32</sup>.

## 8. Test ekwiwalencji

Podstawowym testem umożliwiającym ocenę VRs jest tzw. zasada ekwiwalencji. Zgodnie z nią żadna metoda dystrybucji towarów, czy to internetowa, czy też sprzedaż offline (stacjonarna) nie jest faworyzowana ani dyskryminowana. W przypadku dystrybucji selektywnej odnosi się to w szczególności do odpowiedniego kształtowania warunków (kryteriów) uczestnictwa przez sprzedawców w danych systemach dystrybucji. W związku z tym w przypadku dystrybucji internetowej dostawca (producent) może wymagać wprowadzenia określonych standardów jakościowych odnoszących się do wykorzystywanych stron internetowych, lecz kryteria te muszą być równoważne z wymogami odnoszącymi się do sprzedaży w sklepach fizycznych<sup>33</sup>.

Nie oznacza to jednak, że kryteria dotyczące sprzedaży online muszą być identyczne jak kryteria sprzedaży offline. Innymi słowy, powinny one dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji<sup>34</sup>. Jak podkreśla A. Bolecki, powyższy wymóg

<sup>31</sup> Bellamy..., s. 439.

<sup>32</sup> Zob. wytyczne Komisji, pkt 52; K. Kohutek, *Internetowa...*, s. 38.

<sup>33</sup> Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wszelkie zobowiązania odwołujące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym; zob. wytyczne Komisji, pkt 56.

<sup>34</sup> A. Bolecki, *Ograniczenia...*, s. 29.

należy rozumieć w ten sposób, że wszelkie ograniczenia w sprzedaży przez Internet powinny być obiektywnie uzasadnione<sup>35</sup>.

Test ekwiwalencji polega na porównaniu sprzedaży określonej grupy produktów online ze sprzedażą tych samych lub substytucyjnych produktów offline. Jeśli okaże się, że sprzedaż przez Internet zawiera ograniczenie, które nie jest wymagane w sprzedaży offline tych produktów i których nie da się wytłumaczyć inaczej niż chęcią sztucznego utrudnienia sprzedaży internetowej, wówczas ograniczenie takie zostanie uznane za nieekwiwalentne i nieproporcjonalne, a w konsekwencji zakazane. Słusznie zauważa przy tym K. Kohutek, że kryterium ekwiwalentności może być jednak przedmiotem licznych sporów z uwagi na odmienny charakter dystrybucji online i offline<sup>36</sup>.

Restrykcyjne podejście do ograniczenia sprzedaży internetowej nie jest zatem równoznaczne z całkowitym zakazem kształtowania warunków organizacji sprzedaży internetowej. Wśród tego rodzaju dopuszczalnych wymogów można wymienić np.:

- a) wymóg odpowiedniej szaty graficznej (wizerunku) strony internetowej dystrybutora, w tym np. wymóg zamieszczania lub prezentowania na niej w określony sposób znaków handlowych (logo) dostawcy;
- b) dostępność wykwalifikowanego personelu dla doradztwa na rzecz klientów, przy czym nie tylko za pośrednictwem Internetu (tj. zwłaszcza przez email), ale także np. telefonicznie;
- c) zapewnienie odpowiednich informacji dotyczących produktu (co może być spełnione przez ich zamieszczenie na samej stronie internetowej, względnie „uzupełniane” przez możliwość konsultacji z personelem – doradcami)<sup>37</sup>.

W związku z powyższym należy wskazać, że tak jak producent może wprowadzić pewne wymogi co do lokalizacji sklepu stacjonarnego (np. wymóg, aby sklep był wolnostojący, wymóg położenia sklepu na tłocznej

---

<sup>35</sup> Tamże, s. 30.

<sup>36</sup> K. Kohutek, *Internetowa...*, s. 40.

<sup>37</sup> Por. S. Wartinger, L. Solek, *Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems*, WC 2016, nr 2, s. 304.

ulicy lub w miejscu uważanym za prestiżowe), tak może określić pewne wymogi co do sprzedaży produktów za pośrednictwem Internetu.

### 8.1. Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet

Całkowity zakaz sprzedaży internetowej, kwalifikowany jako *hard-core restriction*, zasadniczo będzie niedopuszczalny i niezgodny z art. 101 TFUE. Dany przedsiębiorca nie może przy tym bronić się i wysuwać argumentów, zgodnie z którymi specyfika niektórych produktów (np. perfum) wymaga jego osobistego zweryfikowania i przetestowania<sup>38</sup>. W takim duchu wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie *Pierre Fabre*.

W sprawie tej francuska spółka zajmująca się produkcją artykułów kosmetycznych<sup>39</sup> zakazała swoim dystrybutorom sprzedaży swoich produktów za pośrednictwem Internetu. Jednocześnie wymagała, aby były one sprzedawane wyłącznie w fizycznych punktach sprzedaży w obecności dyplomowanego farmaceuty. W postępowaniu przed francuskim organem antymonopolowym spółka *Pierre Fabre* na poparcie swojego stanowiska wysunęła trzy rodzaje argumentów: i) obecność farmaceuty w punkcie sprzedaży jest niezbędna, aby klient mógł w każdych okolicznościach zasięgnąć indywidualnej opinii specjalisty opartej na bezpośredniej obserwacji skóry i włosów<sup>40</sup>; ii) faktyczny zakaz sprzedaży przez Internet zmierza do poprawy dystrybucji, zapobiegając ryzyku naruszenia praw do znaku towarowego oraz czerpania nienależnych korzyści kosztem autoryzowanych dystrybutorów; iii) wymagane ograniczenie jest konieczne do ochrony renomy produktów.

Trybunał, odpowiadając w trybie prejudycjalnym na pytanie francuskiego sądu antymonopolowego, nie przychylił się do powyższych

---

<sup>38</sup> M. Dolmans, A. Leyden, *Internet & Antitrust: An overview of EU and national case law*, „e-Competitions” 2012, nr 45647, s. 4.

<sup>39</sup> Przedmiotowe produkty były artykułami kosmetycznymi i pielęgnacyjnymi, które nie kwalifikują się do kategorii leków, toteż nie podlegają monopolowi aptekarzy przewidzianemu przez francuski Kodeks zdrowia publicznego. Zob. wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 10.

<sup>40</sup> Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 17.



argumentów producenta. W opinii Trybunału Sprawiedliwości UE całkowity zakaz sprzedaży internetowej ze względu na ochronę prestiżu wizerunku oraz potrzebę indywidualnej porady specjalisty nie jest obiektywnie uzasadniony, ponieważ wymóg ten nie jest stosowany w sposób proporcjonalny do realizacji wskazanych celów. Produkty kosmetyczne, podobnie jak soczewki kontaktowe czy też leki bez recepty nie wymagają bowiem aż tak dużej ochrony przed nieodpowiednim używaniem, iż uzasadnione byłoby całkowite wyłączenie ich dystrybucji internetowej<sup>41</sup>. Podobnie cel polegający na ochronie prestiżowego wizerunku nie powinien stanowić celu zasługującego na ochronę dla ograniczenia konkurencji i nie może tym samym stanowić uzasadnienia, że klauzula umowna służąca realizacji takiego celu nie podlega art. 101 ust. 1 TFUE<sup>42</sup>.

Co istotne, Trybunał wskazał, że zakaz ten stanowi celowe ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, a zatem uznawany jest za naruszający konkurencję ze względu na sam swój charakter, co nie wymaga analizy potencjalnych antykonkurencyjnych skutków. Nie jest zatem konieczne badanie skutków porozumienia, jeżeli został stwierdzony jego antykonkurencyjny cel. System dystrybucji selektywnej w braku obiektywnego uzasadnienia zasadniczo należy traktować więc jako „ograniczenie ze względu na cel”<sup>43</sup>.

Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet, jako ograniczenie w sprzedaży biernej, stanowi klauzulę czarną, która uniemożliwia wyłączenie grupowe. Niemniej jednak zakaz ten może być dozwolony na podstawie wyłączenia indywidualnego, określonego w art. 101 ust. 3 TFUE<sup>44</sup>. Przykładowo zgodnie z wytycznymi Komisji, producent może zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet, jeśli jest to konieczne dla przestrzegania publicznego zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów

---

<sup>41</sup> Tamże, pkt 44.

<sup>42</sup> Tamże, pkt 46.

<sup>43</sup> A. Svetlicinii, N. Sad, *'Objective Justifications' of 'Restrictions by Object' in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?*, ELR 2011, nr 11, s. 349.

<sup>44</sup> Wyrok w sprawie *Pierre Fabre*, pkt 47.

bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych<sup>45</sup>. Należy zauważyć, że będą to jednak bardzo rzadkie przypadki, które nie obejmują ochrony renomy produktów<sup>46</sup>.

## 8.2. Zakaz sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych

Problematyka oceny postanowienia umownego, w którym dystrybutor (producent) zakazuje swoim sprzedawcom (dystrybutorom) sprzedaży swoich produktów za pośrednictwem platform internetowych jest niezwykle aktualna i doniosła. W dniu 25 kwietnia 2016 r. do Trybunału Sprawiedliwości UE wpłynęło bowiem pytanie prejudycjalne od sądu apelacyjnego we Frankfurcie w sprawie selektywnego systemu dystrybucji produktów luksusowych Coty. Trybunał ma więc wyważyć, czy ochrona prestiżu marki może uzasadniać niniejsze ograniczenie wertykalne. Wyrok w tej sprawie będzie miał duże znaczenie dla wszystkich producentów, którzy budują system dystrybucji po to, aby chronić renomę swoich produktów.

Komisja wskazuje, iż „dostawca może zażądać od dystrybutorów, aby wykorzystywali platformy osób trzecich do dystrybucji produktów objętych porozumieniem jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów w związku z wykorzystywaniem Internetu przez dystrybutorów”<sup>47</sup>. Jako przykład dopuszczalnego uzgodnionego między dostawcą a dystrybutorem wymogu dotyczącego wykorzystywania Internetu, Komisja wskazała wymóg, zgodnie z którym klienci nie mogą wchodzić na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę zawierającą nazwę lub logo platformy osoby trzeciej. Z powyższej regulacji nie wynika jednoznacznie, czy standardy i warunki uzgodnione przez dostawcę i jego dystrybutorów powinny dotyczyć wyłącznie kwestii jakościowej organizacji sprzedaży za pośrednictwem Internetu (jak np. szata graficzna, logo dostawcy), czy też pod pojęciem tym mieści się możliwość nałożenia na dystrybutorów zakazu prowadzenia sprzedaży

<sup>45</sup> Wytyczne Komisji, pkt 60.

<sup>46</sup> Zob. szerzej L. Vogel, *EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012*, JECLP 2012, nr 3, s. 271–286.

<sup>47</sup> Wytyczne Komisji, pkt 54.

na określonych rodzajach stron internetowych (np. wszystkie portale aukcyjne) albo na konkretnie wskazanych internetowych platformach podmiotów trzecich (np. Allegro, eBay)<sup>48</sup>.

Pomimo zarysowanych wątpliwości interpretacyjnych wydaje się, że uzgodniony między dostawcą a dystrybutorami wymóg, zgodnie z którym zakazane jest wykorzystywanie internetowych platform podmiotów trzecich nie stanowi najcięższego ograniczenia konkurencji, o ile taki zakaz wynika z niespełnienia przez te platformy standardów i warunków uzgodnionych między tym dostawcą a dystrybutorami. Jako uzasadnienie dla wprowadzenia ograniczeń w sprzedaży internetowej na danych platformach internetowych można wskazać na niezachowanie przez niektóre platformy internetowe (aukcje internetowe, porównywarki cenowe, *marketplaces*) standardów i wymogów jakościowych. W szczególności umieszczanie nieprofesjonalnych zdjęć produktów, nieodpowiedni graficzny i słowny opis aukcji, nieodpowiednia obsługa klienta, prezentowanie produktu jako pojedynczego wyniku wyszukiwania zamiast jako elementu całej gamy produktów. Ponadto niskie koszty wystawiania produktów na aukcje oraz łatwy dostęp – wymaga tylko rejestracji użytkownika, powodują, że na portalach aukcyjnych prowadzi sprzedaż wielu nieprofesjonalnych użytkowników. W ten sposób nowe markowe produkty występują jednocześnie z produktami używanymi, produkty z nowych kolekcji lub edycji kolekcjonerskich występują ze starymi kolekcjami. W połączeniu z często nieprofesjonalnymi zdjęciami i nieprofesjonalnym graficznym i słownym opisem aukcji trudno oprzeć się wrażeniu, że platformy aukcyjne przypominają współczesny bazar, tj. miejsce, które nie licuje ze sprzedażą markowych produktów<sup>49</sup>.

W związku z powyższym, należy stanąć na stanowisku, że zakaz sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych, ustanowiony w systemie dystrybucji selektywnej może być obiektywnie uzasadniony i tym samym spełniać kryterium ekwiwalencji. Na takim stanowisku stoi także Komisja Europejska, która wskazała, że zakaz ten nie powinien być kwalifikowany

---

<sup>48</sup> G. Accardo, *Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution under EU and U.S. Competition Laws*, TTLFWP 2013, nr 12, s. 82; podobnie F. Amato, *Internet Sales and the New EU Rules on Vertical Restraints*, CPIJ 2010, nr 2, s. 10.

<sup>49</sup> A. Bolecki, *Ograniczenia...*, s. 32.

jako *hardcore restriction*. Dotyczy on bowiem kwestii jakościowych (tj. jak należy sprzedawać dane produkty), a nie kwestii ograniczenia terytorium lub kręgu klientów (tj. gdzie i komu dystrybutorzy sprzedają swoje produkty)<sup>50</sup>.

## 9. Podsumowanie

W celu efektywnej sprzedaży i promocji produktów umowa dystrybucji selektywnej może określać warunki, stanowiące ograniczenie dla pełnej sprzedaży internetowej. Z jednej więc strony, system ten przejawia wiele korzyści ekonomicznych, a z drugiej strony, może stanowić antykonkurencyjne porozumienie. Zasadniczy problem VRs w ramach dystrybucji selektywnej wynika więc z powyżej dokonanej analizy. Otóż konkurencja jest zjawiskiem wielowymiarowym, także w niektórych aspektach może być ze sobą w konflikcie – podczas, gdy w założeniach idealnego świata chcielibyśmy mieć produkty o najwyższej innowacyjności i najbardziej profesjonalnych usługach sprzedażowych oraz po cenie, zgodnie z modelem doskonałej konkurencji, równej kosztom krańcowym, to w rzeczywistym świecie nie jest to możliwe do spełnienia<sup>51</sup>. Konkurencja cenowa nie jest bowiem jedyną i najważniejszą formą konkurencji. Niektóre formy konkurencji, takie jak wysoka jakość oraz renoma produktów uzasadniają redukcję konkurencji cenowej. System dystrybucji selektywnej ze względu na swój zamierzony efekt (np. ochrony prestiżu marki) stanowi więc element konkurencyjny zgodny z art. 101 ust. 1 TFUE.

Z przedstawionych rozważań wynika, że pomimo korzyści gospodarczej wynikającej z dystrybucji internetowej, może ona również doprowadzić do sytuacji, w której producenci zostaną zniechęceni do budowania wizerunków swoich produktów oraz inwestowania w usługi sprzedażowe. W wielu przypadkach prawo i polityka konkurencji wymaga zatem porównania potencjalnych antykonkurencyjnych skutków praktyki na jednym rynku lub w określonym wymiarze konkurencji z prawdopodobnymi

---

<sup>50</sup> Komisja Europejska, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD (2016) 312, pkt 472.

<sup>51</sup> S. Enchelmaier, *Selective Distribution and the Internet: Lessons from Case C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (13 October 2011)* [w:] *Competition on the Internet*, red. G. Surblytė, Berlin 2015, s. 6.

prokonkurencyjnymi skutkami tej samej praktyki na innym rynku lub w innym wymiarze.

Ograniczenie sprzedaży internetowej w postaci całkowitego jej zakazu, kwalifikowane jako ograniczanie sprzedaży biernej oraz „klauzula podziałowa”, stanowi przykład najcięższego ograniczenia konkurencji. Jednakże jak wskazano w artykule, restrykcyjne podejście do ograniczenia sprzedaży internetowej nie jest równoznaczne z całkowitym zakazem kształtowania warunków organizacji sprzedaży internetowej, o ile będzie to obiektywnie uzasadnione oraz proporcjonalne. W tym celu należy posłużyć się testem ekwiwalencji, a zatem należy porównać sprzedaż określonej grupy produktów online ze sprzedażą tych samych lub substytucyjnych produktów offline. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje obiektywne uzasadnienie danego ograniczenia oraz czy jest ono proporcjonalne. Innymi słowy, należy wywarzyć pro- i antykonkurencyjne skutki danego systemu dystrybucji selektywnej.

### Streszczenie

Zwiększona przejrzystość oraz oszczędność kosztów spowodowana przez handel elektroniczny jest często uważana za pozytywną ewolucję handlu w kierunku zwiększonej konkurencji. Internet jest uważany za katalizator zdolności nabywczej konsumentów. Mogą oni łatwo uzyskać dostęp do ogromnej ilości informacji, mają możliwość porównywania cen oraz wyboru spośród szerokiej gamy produktów, a także mogą dotrzeć do niemalże każdego sprzedawcy na całym świecie. Jednak nieograniczona dystrybucja produktów przez Internet nie zawsze jest korzystna dla każdego uczestnika stosunków gospodarczych. Niektórzy dostawcy lub dealerzy mogą być zainteresowani ograniczeniem tej metody dystrybucji. Nałożenie takich obostrzeń stanowi ograniczenie odsprzedaży, które może budzić poważne obawy z perspektywy unijnego prawa konkurencji.

**Słowa kluczowe:** dystrybucja selektywna, handel elektroniczny, Internet, ograniczenia wertykalne, prawo konkurencji Unii Europejskiej

## **Vertical restrictions on e-commerce under provisions of selective distribution in European Union competition law**

### **S u m m a r y**

The increased transparency and cost efficiency brought about by the electronic commerce (e-commerce) is often considered a positive evolution of trade towards increased competition. The Internet is generally considered a catalyst for consumers' purchasing ability. Consumers can easily access a huge amount of information, compare prices, choose among a wider variety of products and virtually reach any seller around the world. However, unlimited distribution of products via Internet is not always beneficial to every participant of economic relations. Some suppliers or dealers may be interested in restricting the use of this method of distribution. Imposing such limitations constitutes resale restriction which may raise concerns under EU competition law.

**Keywords:** selective distribution, electronic commerce, Internet, vertical restraints, European Union competition law

**Artur Szmigielski,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: artur.szmigielski@wpia.uw.edu.pl.

**UBEZPIECZENIE OCHRONY PRAWNEJ NA POLSKIM RYNKU UBEZPIECZENIOWYM****1. Wprowadzenie**

Konieczność codziennego podejmowania rozmaitych decyzji, nawiązywania z innymi podmiotami stosunków prawnych, czy w końcu szeroko rozumiane funkcjonowanie człowieka w przestrzeni publicznej i prawnej powoduje, że nie jesteśmy w stanie uniknąć sporów interpersonalnych, zarzutu wejścia w konflikt z prawem. Nierzadko konsekwencją takich zdarzeń jest potrzeba dochodzenia lub obrony swoich praw przed sądem powszechnym, co wiąże się z koniecznością zainwestowania środków pieniężnych, często przewyższających finalnie wartość przedmiotu sporu. Nadto, osiągnięcie pożądanego celu, tj. uzyskanie korzystnego dla nas rozstrzygnięcia sądu, najczęściej wymaga skorzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, w postaci powierzenia prowadzenia sprawy zawodowemu pełnomocnikowi, obrońcy. W dobie coraz bardziej obszernych, często zmieniających się i niezrozumiałych dla osób nieposiadających prawniczego wykształcenia regulacji prawnych, próba samodzielnego działania tak przed sądem, jak i innymi organami władzy publicznej obarczona jest wysokim ryzykiem spowodowania skutków niekorzystnych dla naszych interesów. Nie sposób nie zgodzić się zatem, iż prowadzenie sporów prawnych oraz ponoszenie związanych z tym kosztów stanowi realne ryzyko naruszenia dóbr majątkowych zainteresowanego. Mając na uwadze sposób funkcjonowania rynku ubezpieczeniowego, istnienie ryzyka zajścia niepożądanego zdarzenia rodzi potrzebę, a dla ubezpieczyciela okazję, zabezpieczenia przedmiotu ryzyka przed ewentualnymi skutkami ziszczenia się ryzyka w postaci stworzenia i zaoferowania konsumentom odpowiedniego produktu. Wychodząc naprzeciw tej potrzebie na rynku ubezpieczeniowym

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, e-mail: martostrowska@gmail.com.

powstało ubezpieczenie ochrony prawnej (dalej: ubezpieczenie OP), które po raz pierwszy pojawiło się we Francji w 1905 roku. Pierwsze towarzystwo ubezpieczeń specjalizujące się w dochodzeniu odszkodowań z tytułu szkód górniczych powstało natomiast w 1910 roku w Niemczech, które do dziś pozostają pionierem w sprzedaży ubezpieczeń OP.

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie specyfiki ubezpieczenia OP, modelu jego funkcjonowania oraz wskazanie przyczyn, dla których do tej pory ubezpieczenie to nie zyskało w Polsce na popularności. Artykuł został podzielony na cztery części. W pierwszej z nich autorka przedstawia charakterystyczne dla ubezpieczenia OP elementy składowe oraz mechanizm jego funkcjonowania. Ma to na celu wyjaśnienie istoty omawianego produktu, jak również dokonanie wstępnej analizy konstrukcji prawnych zachodzących w wykonaniu umowy ubezpieczenia po zakupieniu polisy.

Druga część stanowi krótkie studium wybranego problemu związanego z realizacją świadczeń stron umowy ubezpieczenia w praktyce, jakim jest prawo do swobodnego wyboru pełnomocnika. Zagwarantowane ubezpieczonemu przez regulacje unijne, a w trybie ich implementacji również przez regulacje krajowe, niejednokrotnie stanowiło bowiem przedmiot rozważań Trybunału Sprawiedliwości. Swobodny wybór pełnomocnika przez ubezpieczonego ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania ubezpieczenia OP, jak również jest silnie związane z jego ideą, jednak w świetle obecnego przepisu konstytuującego to prawo należy wyrazić obawę, iż jego literalne brzmienie wyraźnie ogranicza swobodę ubezpieczonego co do możliwości wyboru podmiotu wspierającego jego interesy.

W ostatniej części przedstawiona zostanie sytuacja ubezpieczenia OP na polskim rynku ubezpieczeniowym oraz refleksje na temat rzeczywistych barier w rozwoju rynku ubezpieczeń OP w Polsce. Ten fragment tekstu ma służyć unaocznieniu faktu, że niskie wskaźniki sprzedaży produktu nie oznaczają braku zapotrzebowania na ochronę ryzyka ponoszenia kosztów prowadzenia sporów prawnych, a jedynie na niski poziom kultury prawnej oraz świadomości o dostępności produktu.



## 2. Konstrukcja prawna i model funkcjonowania ubezpieczenia ochrony prawnej

### 2.1. Regulacja prawna

Polski ustawodawca przez długi czas nie przedstawiał definicji ubezpieczenia OP. Do 1 stycznia 2016 roku, pod obowiązującą wówczas ustawą z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. Nr 124, poz. 1151), ubezpieczeniu OP poświęcono w tejże ustawie jeden artykuł, w którym oprócz zasady wyodrębnienia umowy ubezpieczenia OP<sup>1</sup> oraz obowiązku powstrzymania się od wykonywania podobnej działalności przez pracownika zajmującego się obsługą roszczeń<sup>2</sup> sformulowano jedynie prawo do swobodnego wyboru pełnomocnika. Artykuł 14, o którym mowa, stanowił niefortunną, jak komentowano<sup>3</sup>, próbę implementacji dyrektywy Rady nr 87/344/EWG z dnia 22 czerwca 1987 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczenia ochrony prawnej (Dz. Urz. WE L 185 z dnia 4 lipca 1987 r., s. 77) – dalej: dyrektywa nr 87/344/EWG. W braku definicji szczegółowy zakres ubezpieczenia OP określany był każdorazowo przez zakłady ubezpieczeń w ogólnych warunkach ubezpieczenia (dalej: OWU), co dawało ubezpieczycielom szeroką swobodę, a zarazem znaczącą przewagę w kreowaniu stosunku ubezpieczenia nad konsumentem.

Kres niekompletnej regulacji położyło wejście w życie ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. poz. 1844) – dalej: u.d.u.r. – wraz z którą od 1 stycznia 2016 roku

---

<sup>1</sup> Zgodnie z art. 14 ust. 1 przyjmuje się, że umowa ubezpieczenia OP nie może obejmować dodatkowo innych grup ubezpieczeń, chyba że ubezpieczenia te uwzględnione zostały w odrębnej części umowy ubezpieczenia oraz została dla nich ustalona odrębna składka ubezpieczeniowa.

<sup>2</sup> Zgodnie z art. 14 ust. 3 zakład ubezpieczeń wykonujący działalność w zakresie ubezpieczeń OP ma obowiązek zapewnić, aby pracownik zakładu ubezpieczeń zajmujący się obsługą roszczeń z tytułu umowy ubezpieczenia w tym zakresie nie wykonywał podobnej działalności (i) w zakresie innej grupy ubezpieczeń prowadzonej przez ten zakład ubezpieczeń, (ii) w innym zakładzie ubezpieczeń, który jest podmiotem dominującym lub zależnym wobec tego zakładu ubezpieczeń, wykonującym działalność ubezpieczeniową w dziale II załącznika do ustawy.

<sup>3</sup> S. Szmak, *Wybór prawnika w ubezpieczeniu ochrony prawnej – regulacje wybranych państw europejskich oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE*, PA 2012, nr 2, s. 78.

w polskim porządku prawnych zaczęła obowiązywać definicja legalna ubezpieczenia OP. I tak, zgodnie z treścią art. 27 ust. 1 u.d.u.r. „ubezpieczenie ochrony prawnej, o którym mowa w dziale II w grupie 17 załącznika do ustawy, polega na zobowiązaniu się zakładu ubezpieczeń w zamian za opłacenie składki ubezpieczeniowej do poniesienia kosztów postępowania sądowego oraz wykonania innych usług związanych bezpośrednio z ochroną ubezpieczeniową, w szczególności w celu: (i) zapewnienia odszkodowania z tytułu poniesionej przez ubezpieczonego straty, szkody lub uszkodzenia ciała przez ugodę pozasądową lub w postępowaniu cywilnym lub karnym; (ii) obrony w postępowaniu karnym lub reprezentowania ubezpieczonego w postępowaniu cywilnym, karnym, administracyjnym lub innym postępowaniu lub w związku z roszczeniem zgłoszonym wobec tej osoby”.

Obok dokładnego określenia czym jest ubezpieczenie OP ustawodawca poszerzył również zakres implementacji wskazanej wcześniej dyrektywy poprzez szersze przyjęcie wyrażonych w niej norm. W pierwszej kolejności należy wskazać na rozstrzygnięcie kwestii ewentualnego sporu między zakładem ubezpieczeń udzielającym ochrony w zakresie ochrony prawnej a samym ubezpieczonym. Przepis wskazuje na możliwość zawarcia przez strony osobnej od umowy ubezpieczenia umowy o poddanie takiego sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego lub o jego rozstrzygnięcie w inny, zapewniający porównywalną gwarancję obiektywności sposób. O możliwości zawarcia takiej umowy ubezpieczony powinien zostać poinformowany w umowie ubezpieczenia.

Podobnie, w przypadku pojawienia się „sprzeczności interesów lub różnicy zdań w sprawie rozstrzygnięcia sporu” ubezpieczyciel lub jednostka zajmująca się likwidacją szkody obowiązani są poinformować ubezpieczonego o przysługującym mu prawie do swobodnego wyboru pełnomocnika oraz o możliwości zawarcia osobnej umowy w przedmiocie sposobu rozstrzygnięcia sporu między zakładem ubezpieczeń a ubezpieczonym. Brzmienie tego przepisu budzi jednak wątpliwości natury praktycznej. Po pierwsze, ustawodawca nie wskazał w jakich warunkach obowiązek informacyjny spoczywa na ubezpieczycielu, a w jakich na jednostce zajmującej się likwidacją szkody. Taka redakcja przepisu

niewątpliwie kreuje realne ryzyko powstawania negatywnych sporów kompetencyjnych pomiędzy wskazanymi podmiotami, a w efekcie niewykonanie obowiązku ustawowego i idące za tym straty finansowe generowane w postaci kar nakładanych przez organ nadzoru. Po drugie, brak wytycznych co do sposobu informowania ubezpieczonego pozwala na przyjęcie wykładni, zgodnie z którą obowiązek informacyjny zostaje spełniony zarówno poprzez udzielenie odpowiedniej informacji ustnie, jak i na piśmie. Również i w tym przypadku praktyka, nie tylko ubezpieczeniowa, pokazuje, że w obliczu wyboru jednej spośród tych dwóch form wybór formy ustnej jest z oczywistych względów częstszy. Jednocześnie nie będzie zbyt pochopnym zaryzykowanie twierdzenia, iż w dłuższej perspektywie wykonywanie omawianego obowiązku w praktyce stanie się iluzoryczne. W przekonaniu tym utwierdza w końcu fakt, iż nie wskazano adresatom obowiązku precyzyjnego momentu, w którym powinni udzielić informacji. Niewątpliwie należy usprawiedliwić to praktyczną trudnością w określeniu momentu powstania sprzeczności interesów, czy różnicy zdań. Nie zmienia to jednak faktu, iż w obecnym brzmieniu przepisu egzekwowanie obowiązku informacyjnego będzie istotnie utrudnione.

Podkreślenia wymaga również wprowadzenie wyłączenia zastosowania art. 27 u.d.u.r. do ubezpieczenia OP dotyczącego sporów lub ryzyk wynikających pośrednio lub bezpośrednio z użytkowania statków żeglugi morskiej oraz działalności ubezpieczyciela, który świadczy usługi lub ponosi koszty obrony ubezpieczonego w związku z umową ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, jeżeli działalność ta jest równocześnie prowadzona we własnym interesie w ramach takiej ochrony ubezpieczeniowej. Nie będzie miał on zastosowania także do działalności w zakresie ubezpieczenia ochrony prawnej podejmowanej przez zakład ubezpieczeń udzielający ochrony w zakresie pomocy, jeżeli działalność ta prowadzona jest w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej niż to, w którym znajduje się miejsce zamieszkania ubezpieczonego lub jeżeli działalność ta stanowi część umowy dotyczącej wyłącznie pomocy na korzyść osób, które popadły w trudności w czasie podróży lub podczas nieobecności w miejscu zamieszkania.

Wreszcie nie można zapomnieć, iż do umowy ubezpieczenia OP stosuje się również przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.) – dalej: k.c. – a w szczególności przepisy o umowie ubezpieczenia. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na fakt, iż ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w pełni uregulowane w Kodeksie cywilnym zawiera w sobie elementy ubezpieczenia OP. W doktrynie postawiono nawet tezę, że konstrukcja obowiązkowego ubezpieczenia OC składa się z ubezpieczenia OC i ubezpieczenia OP<sup>4</sup>. Problematyka podobieństwa wskazanych ubezpieczeń wymaga głębszej analizy, która nie jest jednak przedmiotem niniejszego artykułu.

## 2.2. Świadczenia stron umowy ubezpieczenia ochrony prawnej

W świetle sformułowanych w Kodeksie cywilnym zasad, świadczenie ubezpieczyciela w każdej umowie ubezpieczenia ma charakter złożony. Z jednej bowiem strony przybiera ono postać ochrony ubezpieczeniowej, poprzez przejęcie ryzyka ubezpieczeniowego na czas trwania umowy, a z drugiej strony ubezpieczyciel zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci odszkodowania lub zapłaty ustalonej z góry sumy pieniężnej. W efekcie niejednoznaczna pozostaje odpowiedź na pytanie, co jest przedmiotem świadczenia ubezpieczyciela, a zagadnienie to wciąż dzieli doktrynę<sup>5</sup>. W ocenie autorki rozsądniejsze wydaje się jednak przyjęcie koncepcji zgodnej z literalnym brzmieniem art. 805 k.c., zgodnie z którym „przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się (...) spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku”. Przepis ten wprost wskazuje, że przedmiotem świadczenia ubezpieczyciela jest konkretne świadczenie, np. odszkodowanie, które należy spełnić następczo po zajściu przewidzianego w umowie wypadku. Ochrona ubezpieczeniowa natomiast udzielana jest przez ubezpieczyciela najczęściej z chwilą opłacenia składki, a zatem jeszcze przed zajściem wypadku. Dużo prościej kwestia przedmiotu świadczenia

<sup>4</sup> M. Orlicki, *Ubezpieczenia obowiązkowe*, Warszawa 2011, s. 163.

<sup>5</sup> Za teorią świadczenia pieniężnego opowiada się m.in. W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 2009, s. 529, a za teorią ponoszenia ryzyka – M. Krajewski, *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2011, s. 244–245.

wygląda po stronie ubezpieczającego. W tym przypadku jednomyślnie przyjmuje się, iż jest to zapłata składki, a zatem świadczenie pieniężne.

W tak przedstawioną ogólną konstrukcję świadczeń stron wpisują się także świadczenia stron umowy ubezpieczenia OP. Po stronie ubezpieczającego jest to standardowa składka ubezpieczeniowa, natomiast po stronie ubezpieczyciela jego świadczenia zostały częściowo skonkretyzowane w omówionym wyżej art. 27 u.d.u.r. I tak, zakład ubezpieczeń zobowiązuje się do (i) poniesienia kosztów postępowania sądowego oraz (ii) wykonania innych usług związanych bezpośrednio z ochroną ubezpieczeniową, w szczególności w celu zapewnienia odszkodowania z tytułu poniesionej przez ubezpieczonego straty, szkody lub uszkodzenia ciała przez ugodę pozasądową lub w postępowaniu cywilnym lub karnym oraz obrony w postępowaniu karnym lub reprezentowania ubezpieczonego w postępowaniu cywilnym, karnym, administracyjnym lub innym postępowaniu lub w związku z roszczeniem zgłoszonym wobec tej osoby. Są to zatem dwa rodzaje świadczeń: świadczenie pieniężne w postaci finansowania kosztów postępowania sądowego oraz inne usługi związane bezpośrednio z ochroną ubezpieczeniową. Ostatnie z nich, określone bardzo ogólnie, konkretyzują się w treści OWU kształtowanych przez ubezpieczyciela, któremu, z uwagi na otwarty katalog celów przedmiotowych usług, pozostawiono w tym zakresie duży margines swobody.

W praktyce omawiane świadczenia ubezpieczyciela dzieli się zazwyczaj na **ochronę prawną** (*legal protection*), w ramach której znajduje się finansowanie kosztów prowadzenia postępowania sądowego oraz **asystę prawną** (*legal assistance*), na którą składają się owe „inne usługi”. Zakres poszczególnych świadczeń różni się oczywiście w zależności od zakładu ubezpieczeń oraz uzależniony jest od wysokości płaconej składki.

Do najważniejszych kosztów opłacanych przez ubezpieczyciela w ramach ochrony prawnej należą: honorarium pełnomocnika, koszty sądowe (opłaty od pism procesowych, koszty świadków i biegłych itd.), zasądzone koszty strony przeciwnej w przegranym przez ubezpieczonego procesie, koszty komornika, koszty niezbędnych podróży do sądów oraz niezbędnych tłumaczeń, koszty poręczenia majątkowego przewidzianego

dla uniknięcia tymczasowego aresztowania, koszty postępowania administracyjnego. Świadczenia te mogą być finansowane przez ubezpieczyciela z góry lub mogą być refundowane po przedstawieniu przez ubezpieczonego stosownych rachunków.

Z kolei w zakresie asysty prawnej zakłady ubezpieczeń starają się urozmaicać owe „inne usługi” celem uatrakcyjnienia swojego produktu i tym samym pozyskania nowego klienta. Standardową już usługą praktykowaną przez większość zakładów jest udzielanie telefonicznych informacji i porad prawnych. Ubezpieczony w każdym czasie ma możliwość skonsultowania swoich wątpliwości natury prawnej korzystając z infolinii. Ideą jaka przyświeca tego typu usługom jest prewencja. Ubezpieczony, który w sytuacji zajścia wypadku (np. wypadku samochodowego) musi podjąć szybką decyzję, celem uniknięcia negatywnych konsekwencji, może uzyskać szybką pomoc telefoniczną, dzięki której ma szansę uniknąć ryzyka, czyli kosztów postępowania sądowego lub administracyjnego. Inną usługą świadczoną w ramach asysty jest telefoniczna pomoc w organizacji prac niezbędnych przy dochodzeniu roszczeń (np. przygotowanie dokumentacji), czy wreszcie dokonanie oceny zasadności roszczenia ubezpieczonego oraz szans na pozytywne dla ubezpieczonego rozstrzygnięcie planowanego postępowania sądowego. Wspólnym mianownikiem wskazanych usług jest ich prewencyjny charakter i obopólna korzyść. Uniknięcie albo optymalizacja warunków, w jakich toczyć się będzie postępowanie sądowe stanowi korzyść nie tylko dla ubezpieczonego, ale również dla zakładu ubezpieczeń, gdyż obowiązek zapłaty świadczenia po jego stronie nie powstanie albo koszty postępowania będą możliwie zredukowane.

### **2.3. Zakres ubezpieczenia i wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczyciela**

Zakres ubezpieczenia OP ubezpieczyciel określa krzyżowo tzn. poprzez przyjęcie warunków i sytuacji, w jakich zdarzył się wypadek ubezpieczeniowy przy jednoczesnym odwołaniu się do konkretnej gałęzi prawa lub rodzaju sprawy. Na rynku dostępne są obecnie produkty, które koncentrują się na ochronie prawnej spraw z życia prywatnego, życia zawodowego, spraw z zakresu prowadzonej działalności gospodarczej lub rolniczej

oraz z zakresu komunikacji drogowej. W ramach wymienionych dziedzin aktywności ubezpieczonego oferowana przez zakład ubezpieczeń ochrona prawna obejmować będzie wypadki mieszczące się w zakresie przedmiotowym określonych w umowie gałęzi prawa. Standardowa umowa oferować będzie ochronę prawną w zakresie prawa pracy, prawa karnego, spraw z Kodeksu wykroczeń i dochodzenia odszkodowań, prawa własności intelektualnej oraz szeroko rozumianego prawa umów. Katalog proponowanych przez ubezpieczyciela gałęzi prawa nie jest oczywiście przypadkowy. Sporządzony on został na podstawie statystyk dotyczących częstotliwości występowania problemów należących do konkretnych dziedzin prawa. Z tego względu znaczna część spraw z zakresu prawa rodzinnego nie została objęta ochroną ubezpieczeniową. Ciekawe wnioski w kontekście owych statystyk zostały zaprezentowane przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w latach 2012–2013 kiedy to przeprowadzono badania w ramach projektu systemowego pt. „Opracowanie kompleksowych i trwałych mechanizmów wsparcia dla poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce”. W wyniku badań wykazano, że czynnikami wpływającymi na poszukiwanie pomocy prawnej przez obywateli są wiek, płeć, wykształcenie, wysokość dochodów oraz stan cywilny. Jednocześnie wynika z nich, że najczęściej dotykającymi Polaków problemami są te z zakresu prawa rodzinnego, spadkowego i cywilnego. Stanowią one odpowiednio ok. 20%, 15% i 15% wszystkich zgłaszanych problemów prawnych. Sprawy z zakresu prawa karnego z kolei określono jako względnie rzadkie (ok. 4%)<sup>6</sup>.

W teorii ubezpieczeniem OP można objąć niemal każdy problem, jednak z uwagi na fakt, iż jest to produkt sprzedażowy zakłady ubezpieczeń ograniczają i z rozwagą kształtują zakres ubezpieczenia tak, by sprzedaż polis była dla nich ekonomicznie korzystna. Podstawowym instrumentem ograniczania zakresu ubezpieczenia są wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczyciela. Stosuje się je we wszystkich rodzajach ubezpieczeń z podobnych powodów. Pierwszym z nich jest wysokie prawdopodobieństwo lub pewność zrealizowania się ryzyka w przeszłości. Ubezpieczenie takiego ryzyka wymagałoby wysokiej składki, a tym

---

<sup>6</sup> J. Winczorek, *Ubezpieczenia ochrony prawnej a rynek usług prawniczych w Polsce w świetle danych empirycznych*, WU 2013, nr 3, s. 29.

samym zniechęcałoby klienta. W przypadku ubezpieczenia OP do „drogich ryzyk” należą m.in. wspomniane wcześniej sprawy z zakresu prawa spadkowego, rodzinnego, czy opiekuńczego. Drugim powodem stosowania wyłączeń jest niechęć ubezpieczyciela do wspierania przestępczości i niewłaściwych postaw społecznych. Ochrona ubezpieczeniowa nie będzie się zatem rozciągać np. na przestępstwa i wykroczenia popełnione umyślnie. Dodatkowo, w obawie przed planowaniem przez ubezpieczonego przejęcia na siebie ryzyka innej osoby, ubezpieczyciel nie odpowiada również za sprawy cedowane na ubezpieczonego.

### **3. Prawo do swobodnego wyboru pełnomocnika**

Jak zaznaczono we wstępie artykułu, pełna realizacja prawa do swobodnego wyboru pełnomocnika stanowi podstawę dla prawidłowego funkcjonowania ubezpieczenia OP. Gdyby bowiem przyjąć, że interesy ubezpieczonego w postępowaniu sądowym miałyby reprezentować pełnomocnik wskazany przez ubezpieczyciela, powstałaby sytuacja skrajnego wręcz konfliktu interesów po stronie ubezpieczyciela. Jak powszechnie wiadomo, celem ubezpieczyciela jest poniesienie jak najniższych kosztów likwidacji szkody, dlatego też nietrudno przewidzieć, że wskazując ubezpieczonemu pełnomocnika kierowałby się najprawdopodobniej wyłącznie kryterium ekonomicznym. Z kolei wolą ubezpieczonego jest uzyskanie pozytywnego dla siebie rozstrzygnięcia postępowania sądowego lub administracyjnego. Będzie on poszukiwał zatem pełnomocnika o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach, co nie idzie w parze z finansowymi preferencjami ubezpieczyciela. Niemniej, w praktyce ubezpieczeniowej zakłady ubezpieczeń zwykle przedstawiały ubezpieczonemu informację na temat dostępnych usług prawniczych w danym regionie. W świetle omawianego uprawnienia ubezpieczonego praktyka taka wydaje się legalnie wątpliwa. Trudno bowiem wskazać moment, w którym polecanie pełnomocnika przez ubezpieczyciela przybiera postać narzucania jego usług ubezpieczonemu i tym samym naruszania prawa do wolnego wyboru prawnika.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, realizacja prawa wolnego wyboru prawnika przez ubezpieczonego powinna mieć miejsce



najwcześniej z chwilą wszczęcia danego postępowania. Mając jednak na uwadze cel nadania ubezpieczonemu owego uprawnienia należałoby przyjąć, że może on skorzystać z przysługującego mu prawa już na etapie czynności przygotowujących dane postępowanie<sup>7</sup>.

Niezależnie jednak od powyższych uwag, problematyka dotycząca omawianego uprawnienia skupia się przede wszystkim na wątpliwościach wokół katalogu podmiotów uprawnionych do obrony, reprezentowania lub wspierania interesów ubezpieczonego w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. Jak wskazano wyżej, źródłem omawianego uprawnienia jest art. 4 ust. 1 dyrektywy nr 87/344/EWG, zgodnie z którym „umowa ubezpieczenia ochrony prawnej wyraźnie stwierdza, że: a) w przypadku przysługującej możliwości skorzystania z pomocy prawnika lub innej osoby mającej zgodnie z prawem krajowym odpowiednie kwalifikacje, w zakresie obrony, reprezentowania lub wspierania interesów ubezpieczonego w dochodzeniu lub postępowaniu, ubezpieczony ma prawo do swobodnego wyboru takiego prawnika lub innej osoby; b) ubezpieczony ma prawo swobodnego wyboru prawnika lub, jeżeli preferuje takie rozwiązanie i prawo krajowe na to zezwala, innej osoby mającej odpowiednie kwalifikacje, do obrony jego interesów w przypadku wystąpienia sprzeczności interesów”. Jednocześnie ten sam artykuł w ust. 2 definiuje pojęcie prawnika jako osoby uprawnionej do prowadzenia działalności zawodowej w jednej z kategorii ustanowionych w dyrektywie Rady nr 77/249/EWG z dnia 22 marca 1977 r. mającej na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 78 z dnia 26 marca 1977 r., s. 17) – dalej: dyrektywa nr 77/249/EWG. Implementacja owych regulacji na gruncie prawa polskiego znajduje dziś swój wyraz w brzmieniu art. 27 ust. 3 u.d.u.r. i co warto podkreślić, nie było ono przedmiotem nowelizacji. Jego treść pozostała niezmienną. Prawo do swobodnego wyboru pełnomocnika polega zatem na tym, że ubezpieczonemu przysługuje prawo do swobodnego wyboru adwokata lub radcy prawnego w zakresie obrony, reprezentowania lub wspierania jego interesów w postępowaniu sądowym lub

---

<sup>7</sup> Z. Brodecki, M. Serwach, M. Glicz, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych – komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 124.

administracyjnym. T. Kacprzyk słusznie poddaje krytyce redakcję tego przepisu. Jak wskazuje, odnosi się on jedynie do postępowania sądowego i administracyjnego nie rozstrzygając kwestii postępowania przedsądowego. Co więcej, pełnomocnika utożsamiono tylko z adwokatem i radcą prawnym, podczas gdy w katalogu osób uprawnionych do reprezentowania klientów w postępowaniach sądowych i administracyjnych znajdują się również inne podmioty. Wątpliwa pozostaje więc możliwość ich wyboru w ramach omawianego prawa<sup>8</sup>.

Relevantna w tym kontekście będzie treść art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – dalej: k.p.c. – zgodnie z którym „pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a w sprawach własności przemysłowej także rzecznik patentowy, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony oraz osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia, współuczestnik sporu, jak również rodzice, małżonek rodzeństwo lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia”. O ile nie jest dziwnym pominięcie w art. 27 ust. 3 u.d.u.r. nieprofesjonalnych pełnomocników<sup>9</sup>, o tyle niewskazanie w nim rzecznika patentowego budzi poważne wątpliwości i w ocenie autorki nie ma uzasadnionych podstaw do tego, by poprzez wyłączenie rzecznika patentowego, ograniczać prawo swobodnego wyboru pełnomocnika.

Ciekawym w świetle możliwości wyboru prawnika jest również status prawnika zagranicznego, który uzyskał uprawnienia do wykonywania zawodu w państwie członkowskim Unii Europejskiej. Powszechnie przyjmuje się, że zakres uprawnień takich prawników nie różni się od uprawnień prawników polskich i to właśnie z tej przyczyny zawód prawnika został objęty zakresem przedmiotowym dyrektywy nr 77/249/EWG. Posługując się zatem zasadami rozumowania dedukcyjnego, jak również zasadą prymatu przepisów prawa Unii Europejskiej, a w szczególności

---

<sup>8</sup> T. Kacprzyk, *Wybrane aspekty ubezpieczenia ochrony prawnej*, RU 2013, nr 1, [http://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz\\_Kacprzyk\\_Wybrane\\_aspekty\\_ubezpieczenia\\_ochrony\\_prawnej\\_Rozprawy\\_Ubezpieczeniowe\\_nr\\_14\\_1\\_2013\\_21865](http://rf.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz_Kacprzyk_Wybrane_aspekty_ubezpieczenia_ochrony_prawnej_Rozprawy_Ubezpieczeniowe_nr_14_1_2013_21865), 9.03.2016.

<sup>9</sup> Zob. wyrok TS z dnia 26 maja 2011 r., C-293/10, *Gebhard Stark przeciwko D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG* (EU:C:2013:717).

przepisów dotyczących podstawowych swobód, nie sposób nie przyjąć za słuszne twierdzenia o możliwości reprezentowania przez prawników zagranicznych interesów ubezpieczonych.

#### 4. Ubezpieczenie ochrony prawnej w Polsce; bariery w rozwoju

Na tle poczynionych wyżej uwag, warto zarysować w tym miejscu pozycję ubezpieczenia OP na polskim rynku ubezpieczeniowym i wskazać przyczyny, dla których nie jest ono tak popularne jak w Niemczech, czy Francji.

Jak wynika ze sprawozdań statystycznych Komisji Nadzoru Finansowego, w 2008 r. wysokość składki przypisanej wynosiła w Polsce 73,6 mln złotych brutto, a wysokość wypłaconych świadczeń – 4,6 mln złotych brutto. Od tego czasu dalsze sprawozdania KNF wykazują tendencję wzrostową tych danych. I tak, w 2011 r. odnotowano wysokość składki przypisanej w kwocie 170 mln złotych brutto i 8,1 mln złotych brutto wypłaconych świadczeń<sup>10</sup>. Dla porównania, przeciętna szkodowość w dziedzinie ubezpieczeń OP na europejskim rynku ubezpieczeń wyniosła w 2008 r. 60%, podczas gdy w Polsce sięgała ona jedynie 10%<sup>11</sup>. Niemniej, cały czas obserwuje się wzrost liczby zakupionych polis, co wskazuje na rosnące zainteresowanie Polaków produktem i dostrzeganie przez nich korzyści płynących z jego posiadania. Niewątpliwie zatem polski rynek ubezpieczeniowy stanowi potencjał dla rozwoju ubezpieczeń OP. Ważne w tym kontekście będzie zidentyfikowanie barier hamujących ów rozwój oraz wskazanie ewentualnych rozwiązań stymulujących wzrost sprzedaży produktu.

Jednym z podstawowych i najczęściej wymienianym czynnikiem wpływającym na brak popularności ubezpieczenia OP jest niska świadomość prawna polskiego społeczeństwa i związana z tym niechęć do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, czy dochodzenia swoich

---

<sup>10</sup> Sprawozdania statystyczne KNF za rok 2008 i n., [https://www.knf.gov.pl/?articleId=57191&p\\_id=18](https://www.knf.gov.pl/?articleId=57191&p_id=18), 9.03.2016.

<sup>11</sup> Raport RIAD (*International Association of Legal Protection Insurance*), *The legal protection insurance market in Europe*, [http://riad-online.eu/fileadmin/documents/homepage/News\\_and\\_publications/Market\\_Data/RIAD-2010\\_EN.pdf](http://riad-online.eu/fileadmin/documents/homepage/News_and_publications/Market_Data/RIAD-2010_EN.pdf), 9.03.2016.

praw w postępowaniach sądowych<sup>12</sup>. Perspektywa długoletniego postępowania, jego pomnażających się wciąż kosztów, a w końcu brak zaufania do wymiaru sprawiedliwości stały się przyczyną obecnej sytuacji. W tych okolicznościach, Polacy w pierwszej kolejności najczęściej samodzielnie próbują poradzić sobie z problemem radząc się rodziny, a dopiero w braku innych możliwości zwracają się do profesjonalistów. To również wiąże się z powszechnym zjawiskiem braku prewencyjnego myślenia. W większości przypadków bowiem Polacy rozpoczynają poszukiwanie pomocy prawnej *post factum*, a jak wynika z badań to od podaży na usługi prawne uzależniony jest w znacznej mierze rozwój rynku ubezpieczeń ochrony prawnej<sup>13</sup>.

Kolejną równie istotną barierą w rozwoju ubezpieczenia OP jest brak szerszej popularyzacji produktu. Klienci rzadko sami poszukują takiego ubezpieczenia, ponieważ nie jest ono im znane oraz, z uwagi na niską świadomość prawną, nie są świadomi istnienia potrzeby ubezpieczeniowej. Być może przyczyną takiego stanu jest przeszkoda w postaci powszechnego niezrozumienia produktu zarówno wśród potencjalnych ubezpieczonych, jak i wśród pośredników ubezpieczeniowych. Praktyka pokazuje, że ubezpieczeni myślą posiadanie ubezpieczenia OP z usługą kancelarii prawnej, przez co żyją w błędnym przekonaniu, że ubezpieczyciel oferuje kompleksową usługę prowadzenia postępowania sądowego lub administracyjnego.

Do braku świadomości o istnieniu ubezpieczenia OP na rynku przyczynia się z kolei sposób jego sprzedaży. Największa liczba sprzedanych polis OP, to te sprzedane w modelu *add on* polegającym na oferowaniu ubezpieczenia OP w pakiecie z innym ubezpieczeniem lub usługą, np. leasingiem. Równie często polisa oferowana jest wraz z usługą bankową (*bancaassurance*). Konsumenci, którzy zakupili ubezpieczenie w ten sposób najczęściej nie wiedzą, że je posiadają. Dlatego też, w przypadku ziszczenia się ryzyka nie mają szansy by z niego skorzystać. O wiele mniejszą część sprzedanych polis stanowią ubezpieczenia OP sprzedane

---

<sup>12</sup> DI, *Diagnoza świadomości prawnej Polaków 2016*, <http://di.com.pl/diagnoza-swiadomosci-prawnej-polakow-2016-54682>, 11.05.2016.

<sup>13</sup> J. Winczorek, *Ubezpieczenie...*, s. 18.

w modelu *stand alone*, tj. jako samodzielne, specjalistyczne<sup>14</sup> – nietrudno stwierdzić, że to właśnie z tych ubezpieczeń wypłacana jest przeważająca większość świadczeń.

## 5. Wnioski

Ubezpieczenie OP ma w Polsce względnie krótką tradycję. Jest jednak szeroko rozwinięte w niektórych krajach zachodnich, których społeczeństwa odznaczają się wysoką kulturą prawną. W niniejszym artykule przedstawiono przedmiotowy produkt jako jeden z kanałów dostępu do pomocy prawnej, który w swojej istocie nakierowany jest nie tylko na zapewnienie konsumentom ochrony ich interesów majątkowych, ale również jego potencjalną funkcją jest stymulacja prawniczego rynku pracy. Nie można zatem nie zgodzić się, że oprócz oczywistych korzyści jakie odnosi ze sprzedaży polisy ubezpieczyciel, realne korzyści uzyskuje także ubezpieczony, który świadomie posługując się zakupionym produktem, np. korzystając prewencyjnie z asysty prawnej, jest w stanie zapobiec powstaniu ryzyka.

W końcu, dyskusja nad instytucją tego ubezpieczenia jest potrzebna nie tylko ze względu na ogólną potrzebę wzrostu świadomości prawnej wśród polskiego społeczeństwa, ale również ze względu na rozwój polskiego rynku ubezpieczeń w ogóle. Posiadane dane na temat rynku ubezpieczeń OP w Polsce oraz innych krajach wskazują bowiem, że największe znaczenie dla rozwoju tego rynku ma poziom rozwinięcia rynku ubezpieczeń jako takiego, a nie występowania określonych cech systemu prawnego, czy społecznego. Można zatem wyrazić nadzieję, że praca nad zrozumieniem istoty i problemów związanych z omawianym ubezpieczeniem ma szansę na optymalizację funkcjonowania różnych aspektów polskiego rynku ubezpieczeń.

---

<sup>14</sup> Europ Assistance Polska, *Ogólnopolskie badanie bancassurance*, <http://www.europ-assistance.pl/pl/juz-co-piaty-polak-nabyl-swoje-ubezpieczenie-w-banku-wyniki-ogolnopolskiego-badania-bancassurance>, 15.05.2016.

## Streszczenie

Ubezpieczenie ochrony prawnej to ważny, lecz w Polsce wciąż mało popularny produkt ubezpieczeniowy. Jego mechanizm działania osadza się na udzielaniu przez ubezpieczyciela ochrony ubezpieczeniowej na wypadek ziszczenia się ryzyka w postaci popadnięcia przez ubezpieczonego w konflikt z prawem. Świadczenie ubezpieczyciela konkretyzuje się tu w różny sposób – od udzielania porad prawnych aż po pokrycie kosztów postępowania sądowego. Co do zasady, nie jest przy tym istotne w jakiej roli w postępowaniu występuje sam ubezpieczony. Obecnie, choć polska regulacja prawna ubezpieczenia ochrony prawnej stanowi efekt implementacji dyrektywy unijnej, konstrukcja przepisu krytykowana jest przez środowisko. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest m.in. istotne ograniczenie przez polskiego ustawodawcę realizacji prawa ubezpieczonego do swobodnego wyboru pełnomocnika. Poza problemem regulacji prawnej omawianego produktu ubezpieczeniowego, artykuł porusza również kwestie innych czynników wpływających na poziom zainteresowania ochroną prawną, takich jak świadomość społeczna i prawna polskiego społeczeństwa.

**Słowa kluczowe:** polski rynek ubezpieczeniowy, ubezpieczenie ochrony prawnej, swobodny wybór pełnomocnika, koszty postępowania sądowego i administracyjnego, świadomość społeczna

## Legal protection insurance in the Polish insurance market

### S u m m a r y

Legal protection insurance is an important insurance product but still not popular in the Polish insurance market. In exchange for insurance premium, legal protection insurers provide legal advice and cover litigation costs, regardless of whether the insured is the claimant or the defendant. Although the current regulation of legal protection insurance in Poland is a result of implementation of the European Union's directive, it is criticized for improper application. The directive obligates the insurer to grant to the insured the right to select a lawyer of his choice who takes on the insured's case from the insurer, continues to manage the procedure on behalf of the insured and, if necessary, represents him in court. However, Polish provision limits that choice. Low social awareness, lack of promotion and improper application of legal protection insurance in Poland are still main problems that should be tackled.

**Keywords:** Polish insurance market, legal protection insurance, free choice of lawyer, legal expenses, social awareness

**Marta Ostrowska,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: [martostrowska@gmail.com](mailto:martostrowska@gmail.com).

**MIEDZY ZASADĄ PRAWORZĄDNOŚCI A BEZPIECZEŃSTWEM PRAWNYM OBYWATELI  
– PROBLEMATYKA TRWAŁOŚCI DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ NA TLE WYROKU  
TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO W SPRAWIE P 46/13**

## 1. Wprowadzenie

W odniesieniu do zagadnienia trwałości decyzji administracyjnej, kluczowe znaczenie należy przypisać zasadzie ogólnej, wyrażonej w art. 16 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168) – dalej: k.p.a. – stanowiącej, że decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania mogą nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie lub ustawach szczególnych. Kodeksowa formuła w swym podstawowym przekazie odzwierciedla potrzebę i funkcję gwarancyjną postępowania administracyjnego<sup>1</sup> dla stabilizacji obrotu prawnego, ukształtowanego na podstawie konkretyzacji przepisów prawa materialnego w odniesieniu do indywidualnie określonych spraw, w ramach której jednostki nabywają prawa bądź zostają obciążone stosownym obowiązkiem<sup>2</sup>.

Zwłaszcza wobec tego pierwszego wymiaru oddziaływania decyzji administracyjnej, konstytucyjnego znaczenia nabiera zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasada bezpieczeństwa prawnego obywateli, wywodzone z art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej: Konstytucja RP.

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: [dariusz\\_manka@yahoo.com](mailto:dariusz_manka@yahoo.com).

\*\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: [mat.muchel@gmail.com](mailto:mat.muchel@gmail.com).

<sup>1</sup> T. Woś, *Prawo administracyjne procesowe w systemie norm prawa administracyjnego* [w:] *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2015, s. 33.

<sup>2</sup> Tamże, s. 128.



Trwałość decyzji administracyjnej winna w tym ujęciu urzeczywistniać przytoczone zasady poprzez regulacje prawno-procesowe, petryfikujące stan ukształtowany na mocy przyznanych jednostce w decyzji administracyjnej uprawnień bądź obowiązków, wywiedzionych z prawa materialnego. Ma to zapobiegać tzw. „pułapce prawnej”, destabilizacji obrotu prawnego oraz poczuciu niepewności prawa i nietrwałości nabytych przez jednostkę drogą decyzji administracyjnej uprawnień. Z drugiej zaś strony, zasada ogólna wyrażona w art. 16 k.p.a. przewiduje nadzwyczajne tryby wzruszania ostatecznej decyzji administracyjnej, co znajduje swe podstawy w innej zasadzie konstytucyjnej, jaką jest zasada praworządności (legalizmu), wywodzona z art. 7 Konstytucji RP. Ponieważ zasady ogólne mają charakter wiążących norm prawnych i mogą być stosowane samodzielnie<sup>3</sup>, posiadają przemożny wpływ na kształt i praktykę postępowania administracyjnego jurysdykcyjnego. Oddziaływanie tej zasady na kształt procedury administracyjnej wyraża się w potrzebie zapewnienia weryfikacji decyzji wydawanych przez organy administracji publicznej, które dotknięte są kwalifikowanymi wadami i w konsekwencji pozostają w sprzeczności ze standardami praworządnego państwa. W doktrynie przyjmuje się, że ma to odzwierciedlenie w ramach: instytucji wznowienia postępowania – w odniesieniu do wad proceduralnych oraz w ramach stwierdzenia nieważności ostatecznej decyzji – w odniesieniu do naruszeń prawa materialnego. Relacja wskazanych trybów opiera się na zasadzie niekonkurencyjności<sup>4</sup>. W przypadku art. 156 k.p.a., przewidującego możliwość stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej i wskazującego przesłanki takiej nieważności, wyrazem kompensacji możliwości każdorazowego wzruszania decyzji, przyznającej jednostce prawo lub perspektywę prawa jest instytucja przedawnienia zawarta w art. 156 § 2 k.p.a. Przepis ten zawiera tzw. negatywną przesłankę stwierdzenia nieważności decyzji<sup>5</sup> stanowiącą, że nie stwierdza się nieważności decyzji z niektórych

---

<sup>3</sup> Wyrok NSA z dnia 4 czerwca 1982 r., I SA 258/82 (ONSA 1982, nr 1, poz. 54).

<sup>4</sup> J. Borkowski, A. Krawczyk, *Postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 9, *Prawo procesowe administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 257.

<sup>5</sup> Tamże, s. 294.

z wymienionych w art. 156 k.p.a. przyczyn, jeżeli od dnia jej doręczenia lub ogłoszenia upłynęło dziesięć lat, a także gdy decyzja wywołała nieodwracalne skutki prawne.

Na potrzeby niniejszego opracowania funkcjonalnego znaczenia nabiera przesłanka upływu czasu, czyli przedawnienia, które w odniesieniu do prawa administracyjnego ma swoiste znaczenie. Problem rozstrzygnięty w ramach postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym zrodził się na tle braku wśród przesłanek wyłączających możliwość stwierdzenia nieważności decyzji z uwagi na upływ czasu, w przypadku, gdy została ona wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa. Pytanie prawne zadane przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zostało postawione na tle stanu faktycznego dotyczącego sprawy tzw. gruntów warszawskich. Sąd pytający dążył do zbadania, czy wskazane pominięcie jest zgodne z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz z zasadą bezpieczeństwa prawnego obywateli. Trybunał w sprawie o sygnaturze P 46/13 stanął przed zadaniem ustalenia wzajemnej relacji pomiędzy zasadą praworządności a wspomnianymi zasadami, wywodzonymi z art. 2 Konstytucji RP w odniesieniu do szczególnej kreacji uprawnień i obowiązków jednostki wywodzonych z prawa materialnego, dokonywanej w ramach decyzji administracyjnej.

Na kanwie tego stanu prawnego i zarzuconego w pytaniu prawnym pominięcia prawodawczego w tym zakresie, Trybunał podjął szerokie rozważania nad istotą wskazanych zasad na tle funkcji decyzji administracyjnej oraz konsekwencji tej problematyki dla obrotu prawnego. Uogólniając, Trybunał, w odniesieniu do zawisłego przed nim problemu prawnego, stanął na stanowisku przewagi zasady bezpieczeństwa prawnego i przychylił się do potrzeby zapewnienia stabilności obrotu i porządku prawnego. Trybunał wskazał także, że leży to w interesie porządku publicznego<sup>6</sup>. Zastrzegł jednak, że unormowanie zawarte w art. 156 § 2 k.p.a. ma stanowić kompromis między zasadą trwałości decyzji administracyjnej (podpartą zasadą bezpieczeństwa prawnego) a zasadą praworządności, rozumianą jako możliwość wzruszenia ostatecznej decyzji

<sup>6</sup> Wyrok TK z dnia 12 maja 2015 r., P 46/13 (OTK-A 2015, nr 5, poz. 62).

administracyjnej. Niemniej jednak, Trybunał uznał, że postawione przed nim pominięcie prawodawcze, dotyczące braku zaliczenia do negatywnej przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej upływu czasu w przypadku wydania decyzji w braku podstawy prawnej lub z rażącem naruszeniem prawa, burzy wspomniany kompromis. Według rozumowania Trybunału dzieje się tak, ponieważ zaliczenie do stosowania instytucji dawności, czyli negatywnej przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji innych, „gatunkowo porównywalnych” przesłanek jest nieuzasadnione, zwłaszcza wobec nieostrości pominiętej przesłanki i związanego z tym „ryzyka prawnego” dla jednostki<sup>7</sup>.

Autorzy artykułu w pełni zgadzają się z przyjętym rozumowaniem oraz rozstrzygnięciem problemu przedstawionego Trybunałowi w pytaniu prawnym. Jednakże nie aprobują określenia relacji zasady praworządności i zasady bezpieczeństwa prawnego na gruncie przepisów proceduralnych dotyczących decyzji administracyjnych jako kompromisu równorzędnych zasad. W ich przekonaniu z uwagi na funkcję gwarancyjną postępowania administracyjnego, zadania administracji publicznej i jej rolę w kreowaniu stosunków prawnych i ochronie uprawnień zagwarantowanych jednostce w przepisach prawa materialnego, prymat należy się zasadzie bezpieczeństwa prawnego i związanej z tym zasadzie trwałości decyzji administracyjnej.

Dla dowiedzenia swojego stanowiska autorzy uznali za celowe rozpatrzenie przedstawionego problemu w oparciu o zglębienie dwóch odsłon badanego zagadnienia. Pierwszą z nich jest tło doktrynalne – zarówno w odniesieniu do tytułowych zasad konstytucyjnych oraz funkcji i istoty działania administracji publicznej, jak i doktrynalnego podłoża decyzji administracyjnej. Z drugiej strony artykuł ma wskazać na doniosłe aspekty praktyczne przytoczonych dylematów, co zważywszy na kontrowersyjność tematu tzw. dekretu Bieruta, wydaje się być wysoce wskazane. Dla pełnego wymiaru rozważań konieczne wydaje się więc przeprowadzenie analizy doktrynalnej ewolucji powyższych zasad oraz zarysowanie ich dzisiejszego rozumienia na gruncie ustawy zasadniczej oraz prawa administracyjnego w odniesieniu do praktyki obrotu.

---

<sup>7</sup> Tamże.

## 2. Zarys historycznego rozwoju zasad legalizmu i pewności prawa

Zarówno zasada legalizmu (praworządności, związania administracji prawem), jak i zasada pewności prawa (zaufania do państwa) mają bogatą tradycję. Początki pierwszej z nich możemy odnaleźć w osiemnastowiecznej Francji, która przeżywała wówczas okres walki z pozaprawnymi, stosowanymi uznaniowo formami działalności władcy, których geneza sięgała jeszcze stosunków feudalnych<sup>8</sup>. Szczególnie przejawiały się one na gruncie prawa karnego. Król francuski dysponował np. uprawnieniem do stosowania tzw. *lettre de cachet*, czyli pisma kierowanego do odpowiednich służb, w którym mógł zażądać zatrzymania kogokolwiek, na czas nieokreślony, bez podania przyczyny. Pierwszymi, którzy usiłowali walczyć z tak rażąca arbitralnością władzy byli przedstawiciele tzw. szkoły humanitarnej w prawie karnym<sup>9</sup>. Widać już wyraźnie u nich załączki myślenia o związaniu władzy prawem, które to w pełni rozwinie się w następnym stuleciu. Wychodząc z prawa naturalnego, domagali się równości wobec represji karnej i kodyfikacji przepisów. Dla naszych rozważań kluczowe są jednak ich postulaty oparcia prawa karnego na dwóch, jeszcze rzymskich zasadach: „nie ma przestępstwa bez ustawy” (*nullum crimen sine lege*) oraz „nie ma kary bez ustawy” (*nulla poena sine lege*). Według humanistów społeczeństwo powinno znać prawo karne zebrane w ustawie i tylko ustawa ma określać, jakie czyny podlegają represji karnej, oraz jaki ma być charakter kary<sup>10</sup>. Opisywane wyżej idee były jednymi z kluczowych punktów programu reform postulowanych przez rewolucjonistów francuskich z 1789 roku. Zasada legalizmu została wysłowna *explicite* po raz pierwszy w aktach przez nich stworzonych<sup>11</sup>. Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z dnia 26 sierpnia 1789 r. głosiła w art. VII, że „nikt nie może być oskarżony, zatrzymany ani

<sup>8</sup> Por. G.L. Seidler, H. Groszyk, A. Pieniążek, *Wprowadzenie do nauki o państwie i prawie*, Lublin 2003, s. 203.

<sup>9</sup> W tym kontekście szczególnie istotne były pisma C. Beccarii oraz Voltaire'a.

<sup>10</sup> Por. B. Lesiński, W. Rozwadowski, *Historia prawa*, Warszawa–Poznań 1980, s. 285.

<sup>11</sup> Por. W. Sokolewicz, *Komentarz do artykułu 7 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 1.

więziony bez podstaw prawnych określonych w ustawie i z zachowaniem form przez nią wskazanych”<sup>12</sup>. Z kolei Konstytucja z dnia 3 września 1791 r. stanowiła w art. 3, iż „nie ma we Francji władzy wyższej niż władza ustawy [...]”.

Z kolei źródeł zasady pewności prawa można doszukiwać się już w cywilnym prawie intertemporalnym z okresu średniowiecza, natomiast jej rozkwit przypada na przelom XVIII i XIX wieku i jest związany z wpływami teorii prawno-naturalnych w prawoznawstwie<sup>13</sup>. Na początku była związana z problemem obowiązywania prawa w czasie. Jej fundamentem do dzisiaj jest rzymska paremia „prawo nie działa wstecz” (*lex retro non agit*). Prawno-naturaliści przez prawo pewne rozumieli prawo zrozumiałe, napisane w języku narodowym a nie po łacinie, powszechne w znaczeniu likwidacji partykularyzmów, kompletne, spójne i niesprzeczne wewnątrznie, a przede wszystkim – skodyfikowane. To właśnie kodyfikacja była dla J. Benthama narzędziem do walki z „niepewnością” i „niedoskonałością” prawa angielskiego<sup>14</sup>.

Okolo połowy XIX wieku wspomniane powyżej idee zostają niejako inkorporowane do doktryny „państwa prawnego” rozwijanej wówczas w niemieckiej nauce prawa przez R. von Mohla i stają się jej częściami składowymi, otrzymując jednocześnie znaczenie zbliżone do tego, jakie dzisiaj się im przypisuje. *Rechtsstaat* stanowił przeciwieństwo tzw. państwa policyjnego (*Polizeistaat*), gdzie człowiek był poddanym, pozbawionym jakichkolwiek praw wobec władzy. Jak pisze H. Izdebski, państwo policyjne z definicji odrzucało wszelką ideę granicy, poza którą władzy nie wolno sięgać, podczas gdy podstawowym założeniem państwa prawnego było wyraźne nakreślenie takiej granicy<sup>15</sup>. W tradycji anglosaskiej odpowiednikiem państwa prawa jest powstała w średniowieczu doktryna „rządów prawa” (*rule of law*), postulująca, aby prawo stało ponad ludźmi,

---

<sup>12</sup> Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z dnia 26 sierpnia 1789 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/francja-18.html>, 29.05.2016.

<sup>13</sup> Por. M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym*, Warszawa 2008, s. 37.

<sup>14</sup> Por. B. Lesiński, W. Rozwadowski, *Historia...*, s. 233. *Nota bene* J. Benthamowi zawdzięczamy autorstwo terminu „kodyfikacja”, nigdy zresztą nie wprowadzonego w życie w jego ojczyźnie.

<sup>15</sup> Por. H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2012, s. 243 i n.

także tymi sprawującymi władzę<sup>16</sup>. Wraz z rozwojem konstytucjonalizmu w Europie w drugiej połowie XIX i w XX wieku zasada państwa prawnego została rozwinięta. W teorii prawa wyróżniono jej aspekt formalny (dotyczący stosowania prawa) – zespół formalnoprawnych instytucji i gwarancji praworządności, determinujących zakres, formę i metody działania organów władz publicznych, oparty na ustawie jako podstawowym źródle prawa – oraz materialny, czyli państwo prawa jako państwo opierające się na porządku obiektywnych wartości (ocena prawa z punktu widzenia wartości pozaprawnych)<sup>17</sup>. Wskazano też szereg zasad prawno-ustrojowych składających się na rzeczoną doktrynę, takich jak ochrona zaufania obywateli do państwa, legalizmu, ochrony praw słuszenie nabytych czy przyzwoitej legislacji. Idea państwa prawnego pojawia się w konstytucjach wielu państw europejskich powstałych po zakończeniu I wojny światowej (m.in. Finlandii, Czechosłowacji). Dzisiejsza koncepcja państwa prawnego, już z przymiotnikiem „demokratyczne”<sup>18</sup>, została wyrażona po II wojnie światowej szczególnie w ustawach zasadniczych RFN oraz Hiszpanii.

### 3. Zasada legalizmu we współczesnym polskim konstytucjonalizmie i prawie administracyjnym

Na gruncie Konstytucji RP zasadę praworządności statuuje art. 7: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Dotyczy ona wszystkich organów państwa dysponujących *imperium* – zarówno tworzących, jak i stosujących prawo. Nielegalne jest każde działanie aparatu państwowego pozbawione podstawy prawnej oraz naruszające przewidziane w prawie procedury. Wobec władzy nie działa więc reguła znajdująca zastosowanie do działań obywateli: „co nie jest zakazane jest dozwolone”. J. Nowacki dokonuje w tym kontekście rozróżnienia

---

<sup>16</sup> Tamże, s. 250.

<sup>17</sup> Tamże, s. 246; J. Wróblewski, *Wartość a decyzja sądowa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1973, s. 83; J. Goździkiewicz-Biechońska, *Wadliwość decyzji administracyjnych w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2011, s. 147.

<sup>18</sup> Według R. von Mohla państwo prawne może funkcjonować również w ustrojach innych niż demokratyczne –por. H. Izdebski, *Doktryny...*, s. 244.

między „przestrzeganiem prawa” (obywatel) a praworządnością (organy władzy publicznej)<sup>19</sup>. Trybunał nadał art. 7 samoistne znaczenie „dyrektywy interpretacji przepisów kompetencyjnych w sposób ścisły i z odrzuceniem w odniesieniu do organów władzy publicznej zasady: co nie jest zakazane, jest dozwolone”<sup>20</sup>. W. Sokolewicz definiuje legalizm działania organów władzy publicznej jako stan, w którym po utworzeniu w drodze prawnej rozwijają one aktywność na podstawie i w granicach prawa, zaś prawo określa ich zadania i kompetencje oraz tryb postępowania; postępowanie to prowadzi do wydawania rozstrzygnięć w przepisanej przez prawo formie, na należytej podstawie prawnej i w zgodności z wiążącymi dany organ przepisami materialnymi<sup>21</sup>. „Prawo” powinno być rozumiane w kontekście art. 7 szeroko, nie tylko jako ogół przepisów, lecz jako „całokształt normotwórczych aktów uznawanych za prawo” oraz ogólnych zasad prawa<sup>22</sup>.

Wyprowadzaną z Konstytucji praworządność działania administracji Z. Kmiecik uważa jednocześnie za pierwszoplanową zasadę prawa administracyjnego, na gruncie którego jest ona czasem nazywana zasadą związania administracji prawem<sup>23</sup>. To normy administracyjnoprawne – zwłaszcza proceduralne – regulują bowiem w praktyce funkcjonowanie organów władzy publicznej wobec obywateli. W k.p.a. opisywaną zasadę wyraża art. 6: „Organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa” oraz częściowo art. 7: „W toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności [...]”. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 16 marca 1994 r., W 8/93 (OTK 1994, nr 1, poz. 18), badając relację art. 7 Konstytucji RP oraz art. 6 k.p.a., wskazał, iż konstytucyjna zasada praworządności jest konkretyzowana

<sup>19</sup> Por. J. Nowacki, *Praworządność. Wybrane problemy teoretyczne*, Warszawa 1977, s. 27 i n.

<sup>20</sup> Por. wyrok TK z dnia 27 maja 2002 r., K 20/01 (OTK-A 2002, nr 3, poz. 34).

<sup>21</sup> Por. W. Sokolewicz, *Komentarz... [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 5 i przytoczona tam literatura.

<sup>22</sup> Tamże, s. 8; J. Goździkiewicz-Biechońska, *Wadliwość...*, s. 147; H. Izdebski, *Doktryny...*, s. 265; W. Jakimowicz, *Zasada legalności działań administracji publicznej a ochrona publicznych praw podmiotowych [w:] Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Szczecin–Jarocin 2006, s. 296 i n.

<sup>23</sup> Por. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 47.

przez normy procedury administracyjnej. Na związku zasady konstytucyjnej z normami prawa administracyjnego wskazuje również W. Sokolewicz, uznając zasadę legalizmu za częściowo pokrywającą się z wypracowaną przez doktrynę prawa administracyjnego zasadą kompetencyjności, opierającą się na postulatcie działania organów na podstawie i w ramach kompetencji im tylko przyznanej dla rozstrzygnięcia danej sprawy<sup>24</sup>.

Zasada legalizmu na gruncie procedury administracyjnej stanowi jedną z fundamentalnych dyrektyw postępowania dla organu. To na nim ciąży bowiem obowiązek zapobiegania naruszeniom prawa w toku postępowania i czuwania nad jego przestrzeganiem przez strony (w tym jego samego)<sup>25</sup>. W kontekście powyższych rozważań B. Adamiak pisze, iż: „Organ obowiązany jest wykazać działanie na podstawie prawa w ciągu całego postępowania oraz przez przytoczenie w decyzji podstawy prawnej i uzasadnienia [...]”<sup>26</sup>. Praworządność odgrywa również istotną rolę m.in. w interpretacji zagadnienia, które pośrednio stało się przedmiotem rozważań Trybunału w tytułowym orzeczeniu, czyli kwestii trwałości ostatecznych decyzji oraz ewentualnego usuwania decyzji nieprawidłowych z porządku prawnego. Nieodłącznym elementem praworządności jest konieczność wzruszenia bezprawnych aktów administracyjnych<sup>27</sup>. We fragmencie uzasadnienia czytamy: „Zasada praworządności uzasadnia w szczególności te rozwiązania prawne, których celem jest eliminowanie z obrotu niezgodnej z prawem ostatecznej decyzji administracyjnej [...]”. Prawidłowe rozstrzygnięcia winny obowiązywać, zaś w przypadku jakiegokolwiek nieprawidłowości należy je skorygować a w ostateczności usunąć z porządku prawnego. Problem pojawia się wtedy, gdy jak w stanie faktycznym, który analizował Trybunał w sprawie P 46/13, korekcie podlega decyzja wydana – przynajmniej teoretycznie – prawidłowo. Należy podzielić w tym miejscu zdanie A. Wiktorowskiej, która wskazuje, że celem korygowania decyzji prawidłowej może być tylko uznanie

<sup>24</sup> Por. W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 8.

<sup>25</sup> Por. J. Goździkiewicz-Biechońska, *Wadliwość...*, s. 148.

<sup>26</sup> Por. B. Adamiak, *Komentarz do art. 6 [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2016, s. 76.

<sup>27</sup> Por. J. Goździkiewicz-Biechońska, *Wadliwość...*, s. 150.



jej niesłuszności lub niecelowości z punktu widzenia interesu państwa<sup>28</sup>. Rozpatrując powyższą ewentualność, wchodzimy więc na płaszczyznę pozaprawną – obszar polityki i wartości, jakimi kierują się rządzący.

#### **4. Pewność prawa i zaufanie obywatela do państwa we współczesnym polskim konstytucjonalizmie i prawie administracyjnym**

Pewność prawa na gruncie polskiej ustawy zasadniczej posiada swoje źródło w zasadzie zaufania obywatela do państwa, która z kolei wywodzona jest bezpośrednio z klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Istotą zasady ochrony zaufania, nazywanej również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>29</sup> zasadą lojalności państwa wobec obywateli, jest powinność organów władzy, aby traktować obywatela z zachowaniem minimalnych reguł uczciwości, unikając zastawiania na niego „pułapek”<sup>30</sup>. Jak wskazuje W. Sokolewicz, omawiana zasada wykazuje pewne pokrewieństwo z cywilistyczną zasadą dotrzymywania umów<sup>31</sup>. Konstytucja nakłada na ustawodawcę obowiązek określenia koniecznej interwencji w sferę prywatności obywateli w sposób precyzyjny, ograniczający zakres swobody organów władzy publicznej, gdyż jednostka ma prawo oczekiwać, iż prawodawca nie będzie zmieniał norm w sposób arbitralny<sup>32</sup>. Pewność prawa wymaga – kontynuuje W. Sokolewicz – przydania prawu cech, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne oraz umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną i aktualną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych swoich działań<sup>33</sup>.

Dopiero powstanie poczucia zaufania do władzy, umotywowanego przewidywalnością jej działań może ukształtować stan pewności prawa.

<sup>28</sup> Por. A. Wiktorowska, *Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego*, Warszawa 1985, s. 223.

<sup>29</sup> Por. m.in. wyrok TK z dnia 21 grudnia 2005 r., K 45/05 (OTK-A 2005, nr 11, poz. 140) czy wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., K 27/00 (OTK 2001, nr 2, poz. 29).

<sup>30</sup> Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 62.

<sup>31</sup> W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, s. 33 i przytoczona tam literatura.

<sup>32</sup> Tamże, s. 33–34, 36.

<sup>33</sup> Tamże, s. 36. Autor wskazuje ponadto na aksjologiczne korzenie zasady pewności prawa w wartościach takich jak wolność i godność jednostki.

Jak wskazaliśmy we wcześniejszym fragmencie tekstu, w systemie rządów opartym na arbitralnej woli monarchy (lub jakiegokolwiek innej władzy) poddany nie mógł być pewny niczego ze strony rządzących, którzy w każdej chwili mogli zmienić prawo lub wydać decyzję o wtrąceniu go do więzienia czy rekwizycji jego majątku. Doktryna państwa prawnego miała znieść, a przynajmniej ograniczyć, tą niepewność jutra. Jak pisze A. Błaś, państwo prawa oznacza przede wszystkim zwiększenie pewności obywatela w relacjach z państwem<sup>34</sup>. J. Zimmerman stawia nawet tezę, że można sformułować publiczne prawo podmiotowe do pewności<sup>35</sup>. Trybunał w jednym z orzeczeń definiuje pewność prawa „jako pewność tego, iż w oparciu o obowiązujące prawo obywatel może kształtować swoje stosunki życiowe”<sup>36</sup>. Zapewnianie obywatelom poczucia pewności, stabilności porządku prawnego, która niewątpliwie winna stanowić fundamentalną dla administracji dyrektywę postępowania w relacjach z obywatelami. Z. Kmiecik określił ją w jednym z opracowań jako „konsekwencję w sprawowaniu administracji”<sup>37</sup>.

Jak podnosi Trybunał w uzasadnieniu tytułowego wyroku, treścią zasady bezpieczeństwa prawnego jest ochrona praw i ekspektatyw (tzw. ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych<sup>38</sup>) słusznie nabytych. Konstytucyjnej ochronie podlegają zarówno prawa nabyte *in abstracto*, tj. na podstawie ustawy przed złożeniem wniosku o ich przyznanie, jak i prawa nabyte *in concreto*, czyli w drodze ostatecznego rozstrzygnięcia np. organu administracji<sup>39</sup>.

Na płaszczyźnie procedury administracyjnej trzeba w kontekście powyższych rozważań wskazać po pierwsze wyrażoną w art. 8 k.p.a. zasadę ogólną pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy

<sup>34</sup> Por. A. Błaś, *Zasada zaufania obywatela do państwa* [w:] *Księga jubileuszowa profesora Marka Mazurkiewicza: studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, red. R. Mastalski, Wrocław 2001, s. 206.

<sup>35</sup> Por. J. Zimmerman, *Pewność* [w:] *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, red. A. Błaś, Warszawa 2012, s. 200.

<sup>36</sup> Por. wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 r., P 3/00 (OTK 2000, nr 5, poz. 138).

<sup>37</sup> Por. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 66.

<sup>38</sup> Por. orzeczenie TK z dnia 3 grudnia 1996 r., K 25/95 (OTK 1996, nr 6, poz. 52).

<sup>39</sup> Por. M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego* [w:] *Zasady podstawowe konstytucji polskiej*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 85; T. Zieliński, *Ochrona praw nabytych – zasada państwa prawnego*, PiP 1992, z. 3, s. 10.

publicznej. A. Wróbel podkreśla jej kontekst konstytucyjny i umocowanie, również w aspekcie procesowym, w art. 2 ustawy zasadniczej<sup>40</sup>. Po drugie, prawa nabyte, jak wskazano powyżej, w drodze decyzji administracyjnej chronione są przez instytucję jej trwałości (ostateczności), sankcjonowaną treścią art. 16 § 1 k.p.a.: „Decyzje administracyjne, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie lub ustawach szczególnych”. Trwałość decyzji oznacza stan, w którym weryfikacja decyzji odbywa się wyłącznie w ściśle określonych ustawowo warunkach a nie niemożliwość odwołania raz wydanego rozstrzygnięcia. Dodatkową gwarancją pewności jest tzw. domniemanie ważności (mocy obowiązującej) decyzji ostatecznej, polegające na tym, że „decyzje te obowiązują tak długo, dopóki nie zostaną uchylone lub zmienione przez nową decyzję opartą na odpowiednim przepisie prawnym”<sup>41</sup>. W uzasadnieniu tytułowego wyroku, Trybunał stwierdza, że zasada zaufania uzasadnia rozwiązania prawne przewidujące ochronę trwałości ostatecznej decyzji, a wśród nich ograniczenia czasowe możliwości stwierdzenia ich nieważności. Usunięcie wadliwej decyzji administracyjnej z porządku prawnego może nastąpić tylko wtedy, gdy ponad wszelką wątpliwość ustalone zostało istnienie jednej z enumeratywnie określonych w art. 156 § 1 k.p.a. przyczyn nieważności, a nie zachodzą przewidziane w art. 156 § 2 k.p.a. przesłanki stwierdzenia niezgodności decyzji z prawem. Rozstrzygnięcie ostateczne zostaje w powyższym trybie usunięte ze skutkami *ex tunc*. Dla porządku należy dodać, iż wyłączenie uchylenia wadliwej decyzji nie zamyka katalogu instrumentów realizujących zasadę ochrony praw nabytych. Istnieją ciągle w porządku prawnym różnorakie ścieżki odszkodowawcze, jak również możliwości konwalidacji stanu powstałego na skutek wadliwej decyzji (np. na gruncie prawa budowlanego)<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Por. A. Wróbel, *Komentarz do art. 8 [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. A. Wróbel, M. Jaśkowska, Warszawa 2013, s. 91.

<sup>41</sup> Por. W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 122–123.

<sup>42</sup> Por. J. Goździkiewicz-Biechońska, *Wadliwość...*, s. 158.

## 5. Wzajemne relacje między zasadą zaufania do państwa a zasadą legalizmu

Ustalenie wzajemnej relacji, a co więcej ewentualnej preponderancji jednej z opisywanych zasad – przed którym to zadaniem stanął Trybunał podczas orzekania w tytułowej sprawie – jest zadaniem sprawiającym nie-małe trudności. Na wstępie należy podkreślić, co zrobił również Trybunał w uzasadnieniu, jedno źródło praworządności (legalizmu) i pewności prawa na gruncie prawa polskiego, jakim jest klauzula demokratycznego państwa prawnego (art. 2). Po wtóre, żadna z rzeczonych zasad nie ma charakteru absolutnego i w razie konfliktu muszą one być ze sobą harmonizowane, a czasem w danym stanie faktycznym jedna z zasad może uzyskać przewagę. Trybunał stanowczo stwierdza, iż praworządność ma charakter instrumentalny względem pewności prawa i zaufania obywatela do państwa, „w tym sensie, że działanie na podstawie i w granicach prawa jest warunkiem koniecznym realizacji zasad pewności i zaufania”. Obowiązek działania organów na podstawie oraz w granicach prawa służy, jak uważa M. Kisielowska, zapewnieniu pewności w znaczeniu pewności podjęcia decyzji oraz treści powziętej decyzji<sup>43</sup>. Jednakże rozpatrując opisywany problem, należy uwzględnić celną uwagę A. Wiktorowskiej, iż „pewność obrotu prawnego leży nie tyle w niepodważalności decyzji, ile raczej w uwzględnieniu w treści decyzji interesów opartych na prawie. [...] Może się zdarzyć, że pewność zostanie zachwiana właśnie przez niepowtarzalność decyzji”<sup>44</sup>.

## 6. Konsekwencje praktyczne kolizji zasad praworządności oraz bezpieczeństwa prawnego obywateli

Wielowątkowość rozpatrywanej tematyki, jeśli chodzi o jej wymiar doktrynalny, ściśle przekłada się na doniosłe znaczenie praktyczne omawianego problemu. Wystarczy wyjść od konstatacji, będącej w zasadzie truizmem, że decyzja administracyjna, jako władcza forma działania administracji publicznej jest podstawowym instrumentem konkretyzacji przyznanych jednostce w przepisach prawa materialnego uprawnień

---

<sup>43</sup> Por. M. Kisielowska, *Pewność sytuacji prawnej jednostki a trwałość ostatecznej decyzji administracyjnej* [w:] *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, red. A. Błaś, Warszawa 2012, s. 150.

<sup>44</sup> Por. A. Wiktorowska, *Zasady...*, s. 208.

i obowiązków<sup>45</sup>. Uznaje się ją za najbardziej typową formę prawną działania administracji publicznej, gdyż „tylko administracja może się nią posługiwać”<sup>46</sup>. Decyzja niejako modeluje, czy też skraja normy prawa materialnego pod ściśle określone okoliczności, formułując normę zachowania o charakterze konkretnym, wobec indywidualnie określonego adresata<sup>47</sup>. Dodatkowo publiczny charakter tego aktu wyraża się zabezpieczeniem wykonania decyzji w formie przymusu państwowego. Co więcej, w doktrynie przyjmuje się, że aktom administracyjnym przysługuje domniemanie legalności. Już powojenna doktryna prawnicza uznawała to za nieodłączny element istoty aktu administracyjnego<sup>48</sup>. Oznacza to, że akt administracyjny, choć dotknięty wadą, uznaje się za obowiązujący, dopóki nie zostanie wzruszony w odpowiedniej procedurze, przewidzianej przepisami prawa<sup>49</sup>. Jest to niejako refleksem oparcia rozstrzygnięcia zawartego w decyzji właśnie na przepisach prawa. Istotne jest także określenie definicji i funkcji działalności administracji publicznej, co pozwoli dostrzec jej szczególny wymiar dla sfery praw i obowiązków jednostki. Jedną z prób zdefiniowania administracji publicznej charakteryzuje ją jako określony zespół działań i czynności oraz organy administracji i inne określone prawem podmioty realizujące te działania<sup>50</sup>. Oddaje to pewną dwuwymiarowość administracji publicznej, jako zespolenia czynnika przedmiotowego i podmiotowego. To wszak potrzeba realizacji zadań publicznych wymusiła istnienie organów administracji publicznej, konsekwentnie – organy administracji publicznej są podmiotowym czynnikiem realizacji tych zadań. Wszystko to składa się na wniosek, że istota administracji publicznej, zakres jej działania w sektorze publicznym i związana z tym waga decyzji administracyjnej dla jednostki wymagają ścisłego podejścia do trwałości podstawowej formy działania administracji publicznej, jaką jest akt administracyjny. Stąd teza tego artykułu stanowiąca o słuszności

<sup>45</sup> Por. Z. Cieślak, *Nauka administracji*, Warszawa 2012, s. 110.

<sup>46</sup> Por. J. Starościak, *System Prawa Administracyjnego*, t. 3, Warszawa 1978, s. 56.

<sup>47</sup> J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1975, s. 232–233.

<sup>48</sup> Por. A. Peretiatkowicz, *Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego*, Poznań 1946, s. 59.

<sup>49</sup> Por. Z. Cieślak, *Nauka...*, s. 111.

<sup>50</sup> Por. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998, s. 91.

uznania przez Trybunał braku wyłączenia możliwości stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej wydanej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa z uwagi na znaczny upływ czasu za niezgodne z art. 2 Konstytucji, a konkretnie wywodzonej z tego przepisu zasady bezpieczeństwa prawnego obywateli. Zwłaszcza wobec nieostrości przesłanki rażącego naruszenia prawa, określanej w doktrynie, jako przesłanka niestypizowana<sup>51</sup>.

Powyższe rozważania znajdują potwierdzenie w licznych kazusach i dylematach praktycznych podobnych do tej będącej tłem rozstrzygnięcia Trybunału w sprawie P 46/13. Jest to o tyle poważne zagadnienie, że dotyczy się pewnego styku prawa administracyjnego i prawa cywilnego. Bowiem w gruncie rzeczy trwałość najczęściej ma służyć stabilizacji stosunków cywilnoprawnych. I to właśnie ta autonomia stosunków cywilnoprawnych względem działalności organów administracji publicznej powinna być jedną z podstaw prymatu zasady bezpieczeństwa prawnego. Stosunki te nie mogą być przecież modyfikowane, a tym bardziej kwestionowane przez organy administracji publicznej, a także sądy administracyjne. Nawiązuje do tego także przesłanka „nieodwracalności skutków prawnych”, występująca obok dawności w przepisie art. 156 § 2 k.p.a., która dotyczy się właśnie elementów prawnych, nie zaś faktycznych i zakłada brak możliwości odwrócenia władztwem organów administracji publicznej wykreowanych w następstwie decyzji administracyjnej stosunków prawnych, przede wszystkim cywilnoprawnych<sup>52</sup>.

O tym, jak ostrożnie należy odnosić się do instytucji stwierdzenia nieważności decyzji z rażącym naruszeniem prawa, świadczy orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 marca 2016 r., II OSK 1625/14 (LEX nr 1994378), w którym sąd orzekający oddalając skargę kasacyjną podkreślił, że nie można uznać, że postanowienie narusza prawo, jeśli przepisy będące podstawą jego wydania budzą wątpliwości interpretacyjne. Nawiązuje to zatem do zjawiska, które przytoczył

---

<sup>51</sup> Por. M. Kamiński, *Stwierdzenie nieważności orzeczenia administracyjnego* [w:] *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2015, s. 468.

<sup>52</sup> Por. E. Śladkowska, *O nieodwracalności skutków prawnych w rozumieniu art. 156 § 2 k.p.a.*, ST 2008, nr 1–2, s. 113–124.

w uzasadnieniu swojego stanowiska Trybunał, a które dotyczyło tendencji do uznaniowości przy stosowaniu tej przesłanki. Przytoczone rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego zdaje się strzec ścisłego stosowania przesłanki rażącego naruszenia prawa.

Orzeczeniem, które doskonale wyjaśnia wątpliwości konstytucyjne braku ograniczenia czasowego dla stwierdzenia nieważności decyzji wydanej z rażącym naruszeniem prawa, oraz objaśnia w tym kontekście instytucję przedawnienia w prawie administracyjnym jest postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 września 2013 r., I Sa/Wa204/12 (LEX nr 1855581), w którym zostało postawione pytanie prawne w rozpatrywanej sprawie P 46/13. Sprawa dotyczyła tzw. nieruchomości warszawskiej, przejętej na mocy dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279) – dalej: dekret warszawski. Zgodnie z art. 7 dekretu warszawskiego, byli właściciele nieruchomości mogli w ciągu 6 miesięcy od dnia objęcia w posiadanie gruntu przez gminę zgłosić wniosek o przyznanie na tym gruncie jego dotychczasowemu właścicielowi prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy za opłatą symboliczną. Byli właściciele nieruchomości objętej postępowaniem w sprawie, w której postawiono pytanie prawne, nie dopełnili tego obowiązku w wyznaczonym terminie. Decyzją Prezydenta Warszawy z 1948 r. przywrócono byłym właścicielom termin na złożenie stosownego wniosku. Samorządowe Kolegium Odwoławcze wszczęło postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji przywracającej termin, stwierdzając decyzją z lutego 2009 r. nieważność decyzji przywracającej termin na złożenie stosownego wniosku. Tym samym powstała sytuacja zakwestionowania legalności decyzji Prezydenta Warszawy z 1948 r., w następstwie której byli właściciele nabyli w trybie art. 7 dekretu warszawskiego ekspektatywę prawa własności czasowej. Fakt uzyskania pełnego prawa własności czasowej, przemianowanej następnie na prawo użytkowania wieczystego<sup>53</sup>, nie jest w niniejszej sprawie konieczny do zarysowania problemu, który zrodził się na mocy stwierdzenia nieważności decyzji Prezydenta Warszawy

---

<sup>53</sup> Prawo to wprowadzono do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. Nr 32, poz. 159).

z 1948 r. po ponad 60 latach istnienia domniemania legalności tej decyzji, a w związku z tym korzystania przez podmioty prawa z uprawnień przyznanych jej mocą, w tym przypadku ekspektatywy prawa.

Dla zaznaczenia wagi problemu i dowiedzenia zasadności rozstrzygnięcia Trybunału oraz dalej idącej tezy niniejszego artykułu, zwłaszcza w odniesieniu do styku działania organów administracji publicznej a stosunków cywilnoprawnych, wystarczy zacytować następujący fragment uzasadnienia: „Kwestia upływu czasu i jego wpływu na akt administracyjny ma niezwykle istotne znaczenie dla prawa administracyjnego. Przy tym, zdaniem Sądu, na gruncie prawa administracyjnego przedawnienie o charakterze niweczącym musi być traktowane odmiennie aniżeli instytucja przedawnienia w prawie cywilnym, czy też w prawie karnym. Szczegółość ta polega na tym, że w prawie administracyjnym korzystanie przez osobę z praw wynika co do zasady z aktu administracyjnego, zatem inaczej niż w prawie cywilnym, osoba która korzysta z prawa, nie robi tego samowolnie, ale wykonuje uprawnienia zagwarantowane jej przez organ władzy publicznej. W sytuacji zatem, kiedy nabycie prawa lub ekspektatywy nastąpiło w wyniku niezgodnego z prawem działania organu, rodzi się pytanie, czy słusznym jest, bez żadnych granic czasowych, nakładanie sankcji (dolegliwości) na stronę, która przez bardzo długi okres wywodziła swoje prawa z aktu administracyjnego i jest przekonana o jego trwałości”. Jak widzimy, specyfika dawności w prawie administracyjnym, wynikająca z wywodzenia praw przez jednostkę z decyzji administracyjnej, czyli władczej formy działania administracji publicznej, rodzi konieczność zagwarantowania trwałości decyzji. W powyższym ujęciu na pierwszy plan wysuwa się bowiem gwarancyjna funkcja postępowania administracyjnego, która przez swoją doniosłość dla powstania i korzystania przez podmiot prawa z uprawnień wywodzonych z prawa materialnego winna petryfikować przyznaną kreację uprawnień i obowiązków, cieszącej się domniemaniem legalności i odbieranej przez jednostkę jako trwałą.

Pomimo, że wyrok Trybunału w sprawie P 46/13 ma charakter wyroku zakresowego, dotyczy określonego rozumienia przepisu i nie powoduje derogacji przedmiotu kontroli konstytucyjnej z systemu prawnego, rozstrzygnięcie Trybunału zostało zaaprobowane przez orzecznictwo sądów



administracyjnych, które dowodzi zasadności i potrzeby ochrony praw lub stosunków powstałych czy nabytych na mocy decyzji administracyjnej i podziela pogląd co do niezbędności istnienia dawności wobec korzystania z przymiotu legalności decyzji administracyjnej przez długi okres czasu<sup>54</sup>.

## 7. Zakończenie

Przedstawiona materia ma głębokie usadwienie doktrynalne i szerokie oddziaływanie praktyczne. Doniosłość roli administracji publicznej i istota decyzji administracyjnej czyni procedurę stwierdzenia nieważności decyzji niezwykle wielowątkową i częstokroć kontrowersyjną. W trybie tym łączą się bowiem różne nurty ideologiczne i doktrynalne. W praktyce zaś w rachubę wchodzi także specyficzne zetknięcie prawa administracyjnego z prawem cywilnym i związana z tym autonomia stosunków cywilnoprawnych. Rolę administracji publicznej można określić jako kreatora stosunków faktycznych i przede wszystkim prawnych o charakterze konkretnym i indywidualnym, istniejących na mocy aktów administracyjnych. Do tego częstokroć, tak jak w sprawie zawisłej przed Trybunałem, tyczy się to stosunków własnościowych, naznaczonych dodatkowo aspektami politycznymi, historycznymi i ideologicznymi. Wobec tego konieczna jest w przekonaniu autorów petryfikacja stanu powstałego na skutek rozstrzygnięcia organu. Zwłaszcza, jeśli wziąć pod uwagę nieostrość przesłanki braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa. Bezpieczeństwo obrotu i towarzyszące temu bezpieczeństwo prawne obywateli musi być traktowane jako racja nadrzędna nad praworządnością, rozumianą i ujawniającą się jako nieograniczona możliwość zakwestionowania decyzji administracyjnej, co uzasadnia zwłaszcza praktyka obrotu. Gdy spojrzeć na to z perspektywy sfery praw podmiotowych jednostki, gdzie przyjęcie primatu zasady legalizmu może wywołać komplikacje i niepewność w sferze

---

<sup>54</sup> Por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 lutego 2016 r., III SA/Kr 1377/15 (CBOSA); wyrok WSA w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2016 r., IV SA/Gl 277/15 (CBOSA); wyrok NSA z dnia 15 stycznia 2016 r., I OSK 993/14 (CBOSA); wyrok NSA z dnia 17 listopada 2015 r., II OSK 584/14 (CBOSA); wyrok NSA z dnia 22 października 2015 r., I OSK 1977/14 (CBOSA); wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 czerwca 2015 r., I SA/Wa 382/15 (CBOSA); wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 maja 2015 r., I SA/Wa 323/15 (CBOSA).

prawno-rzeczowej, bez trudu można zauważyć, że podmiot prawa może znaleźć się w pewnej „huśtawce prawnej”, w której otrzymany od organu administracji publicznej przejaw konkretyzacji prawa materialnego nie musi nieść za sobą stanu nieodwołalności i nienaruszalności dokonanych na jej podstawie czynności tak faktycznych, jak i prawnych. W efekcie burzy to zaufanie do organów państwa, jak i do samego państwa jako pewnej rzeczywistości polityczno-prawnej podkopuje bezpieczeństwo prawne obywateli, oddziałując negatywnie na percepcję podmiotów prawa wobec obowiązującego systemu prawnego. Niweczy to także odbiór społeczny organów administracji publicznej jako wykonawców prawa i pewnych „pasów transmisyjnych” pomiędzy normami zawartymi w przepisach, a jednostkami znajdującymi się w konkretnie i indywidualnie określonych sytuacjach.

### Streszczenie

Celem artykułu jest analiza konfliktu między dwoma podstawowymi zasadami polskiego prawa konstytucyjnego: zasady praworządności i bezpieczeństwa prawnego. Autorzy chcą pokazać problem odnosząc się do wyroku TK o sygn. P 46/13. Mimo aprobaty rozstrzygnięcia, nie zgadzają się z kształtem wzajemnych relacji między wskazanymi zasadami nakreślonym przez Trybunał. Zdaniem autorów, zasada pewności prawa powinna mieć pierwszeństwo, zważywszy na wynikającą z niej trwałość decyzji administracyjnych, funkcję gwarancyjną postępowania administracyjnego, obowiązki administracji publicznej i jej rolę w kreowaniu stosunków prawnych oraz ochronie praw jednostek. Aby lepiej uzasadnić swoją opinię autorzy podzielili artykuł na dwie części. Jako pierwsze zostało omówione doktrynalne tło tytułowych zasad prawnych. Następnie skupiono się na praktycznych problemach mogących pojawić się w następstwie zderzenia się owych zasad, zwłaszcza w kontekście tzw. Dekretu Warszawskiego, wprowadzonego przez władze komunistyczne w 1945 r., na podstawie którego wywłaszczono prywatnych właścicieli nieruchomości w Warszawie.

**Słowa kluczowe:** praworządność, pewność prawa, Dekret Warszawski, decyzja administracyjna, konflikt zasad

## **Between the rule of law and the legal stability – the issue of the durability of final administrative decision in the sentence P 46/13 of the Constitutional Tribunal**

### **S u m m a r y**

The aim of this article is to analyze a conflict between two basic principles of Polish constitutional law – the rule of law and the legal stability. The authors want to present this issue referring to the sentence P 46/13 which was ruled by the Constitutional Tribunal. In spite of approving the verdict, the authors disagree with a balance between following principles established by the court. The authors argue that priority should be given to the principle of legal stability which implicates the durability of final administrative decision, regarding the guarantee function of the administrative procedure, duties of public administration and its role in creating legal relations and protecting rights. In order to support that opinion, the authors decided to divide the article in two parts. Firstly, the doctrinal background of the principles of rule of law and legal stability is examined. Secondly, the article describes practical issues which may emerge from a clash of these two principles, referring especially to the case of the so-called “Warsaw Decree”, issued by the Polish communist government in 1945 which expropriated real estate owners in the City of Warsaw.

**Keywords:** rule of law, legal stability, Warsaw Decree, administrative decision, clash of principles

**Dariusz Mańka,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02–927 Warszawa, Poland,  
e-mail: [dariusz\\_manka@yahoo.com](mailto:dariusz_manka@yahoo.com).

**Mateusz Muchel,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02–927 Warszawa, Poland,  
e-mail: [mat.muchel@gmail.com](mailto:mat.muchel@gmail.com).

## ZAPROSZENIE DO WSPÓŁPRACY

### **Redakcja PPUW**

serdecznie zaprasza osoby zainteresowane do zamieszczania na łamach PPUW własnych tekstów o tematyce prawniczej (artykułów, esejów, glos, recenzji oraz sprawozdań).

Artykuły powinny być dostosowane do zasad znajdujących się na stronie  
<http://lawreview.wpia.uw.edu.pl>

### **KONTAKT Z REDAKCJĄ:**

[ppuw@wpia.uw.edu.pl](mailto:ppuw@wpia.uw.edu.pl)

Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w tekstach autorskich skrótów oraz zmian redakcyjnych. Teksty są adiustowane, a następnie autoryzowane. Za ostateczne brzmienie tekstu odpowiada autor.

[www.lawreview.wpia.uw.edu.pl](http://www.lawreview.wpia.uw.edu.pl)