



**PRZEGLĄD PRAWNICZY**  
**UNIwersYTETU**  
**WARSAWSKIEGO**

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



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

**ROK XVI**  
**VOLUME 16**

**2017**

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

*Redakcja:*

Redaktor Naczelny (Editor-in-Chief)  
Maciej Troć

Sekretarz Redakcji  
Katarzyna Stradomska

Zastępcy Redaktora Naczelnego (Deputy Editors-in-Chief)  
Agata Bienia,  
Maciej Gil,  
Piotr Króliński

Kolegium Redakcyjne (Editors):

Katarzyna Bąkowska,  
Jakub Dorosz-Kruczyński,  
Magdalena Hudyma,  
Norman Wiktor Michalski,  
Monika Skrobot,  
Katarzyna Stokłosa,  
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

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

Organizacja druku: PanDawer, www.pandawer.pl

## WYKAZ SKRÓTÓW

AFPiFS	Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AUW	Acta Universitatis Wratislaviensis
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DOV	Die öffentliche Verwaltung
EIO	Europejska Inicjatywa Obywatelska
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
GN	Gospodarka Narodowa
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
KNF	Komisja Nadzoru Finansowego
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNC-ZD	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiory Dodatkowe
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPİKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PiP	Państwo i Prawo
PL	Przegląd Legislacyjny
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PPP	Przegląd Prawa Publicznego
PS	Przegląd Sądowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
RTK	Rocznik Teologii Katolickiej
RZFAUIP	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrechts
SA	sąd apelacyjny
SL	Studia Logica
SO	sąd okręgowy
SP	Studia Prawnicze
SPE	Studia Prawno-Ekonomiczne
SN	Sąd Najwyższy
SSL	Scandinavian Studies in Law
TK	Trybunał Konstytucyjny
VDVDDDS	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZFR	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZNUR	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego

## ABBREVIATIONS

AJS	American Journal of Sociology
APSR	American Political Science Review

ARLSS	Annual Review Law Social Science
DDR	Deutsche Demokratische Republik (German Democratic Republic)
EJST	European Journal of Social Theory
EJCS	European Journal of Cultural Studies
ICJR	International Criminal Justice Review
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
JHG	Journal of Historical Geography
JCS	Journal of Classical Sociology
JIPR	Journal of Indian Philosophy and Religion
LSR	Law & Society Review
PK	Przegląd Kulturoznawczy
PPQ	Philosophy and Public Quarterly
TFR	The French Review
TRC	The Truth and Reconciliation Commission
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UNCITRAL	United Nation Commission on International Trade Law
WRLEA	Wroclaw Review of Law, Economics, and Administration

## SPIS TREŚCI

<i>Benoît Pelletier, Aïton Maisonneuve</i> <b>A commentary on <i>Carter v Canada</i> and medical aid in dying</b> .....	227
<i>Mirosław Sadowski</i> <b>Law and Memory: The Unobvious Relationship</b> .....	262
<i>Vitaliia Lebid</i> <b>Legal Basis of Reporting Procedure as Means Of Cooperation Between the UN Human Rights Treaty Bodies and Non-Governmental Organisations</b> .....	291
<i>Wojciech Kosior, Jakub M. Łukasiewicz</i> <b>Umowa jako źródło władzy rodzicielskiej nad pasierbem – ujęcie modelowe na przykładzie angielskiego ustawodawstwa</b> .....	308
<i>Przemysław Jadtowski</i> <b>Skutki cofnięcia apelacji ponad zawarte w wyroku rozstrzygnięcie o kosztach postępowania cywilnego</b> .....	322
<i>Maria Smolny</i> <b>Europejska inicjatywa obywatelska – ocena obowiązujących regulacji, dotychczasowych doświadczeń oraz propozycji zmian</b> .....	337
<i>Sebastian Podmiotko</i> <b>Nowe kategorie praw i obowiązków związane z instytucją rachunku derywatów</b> .....	359
<i>Magdalena Latacz</i> <b>Wpływ konstytucji na kształtowanie standardów metodologicznych</b> .....	384
<i>Michał Sopiński</i> <b>Pojęcie rozumowania prawniczego i jego specyfika w świetle koncepcji rozumowania na gruncie filozofii, logiki oraz retoryki</b> .....	399
<i>Filip Wiaderek</i> <b>Zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy – możliwe konstrukcje instytucji w świetle orzecznictwa i ich konsekwencje praktyczne</b> .....	428
<i>Łukasz Piernienis</i> <b>Charakter wpisu hipoteki do księgi wieczystej przy subrogacji ustawowej – glosa – II CSK 548/10</b> .....	458



**ARTYKUŁY**

**(ARTICLES)**





*Benoît Pelletier\**  
*Afton Maisonneuve\*\**

## A COMMENTARY ON *CARTER V CANADA* AND MEDICAL AID IN DYING

### 1. Introduction & Context of *Carter*<sup>1</sup>

In 1993, a woman named Sue Rodriguez made a claim before the Supreme Court of Canada in order to be allowed, legally, to seek physician assistance in dying. She was suffering from ALS, or amyotrophic lateral sclerosis. ALS is a disease that affects nerve cells in the spinal cord, which causes muscles to atrophy and harden, one by one, causing vital organs to fail, eventually causing death.<sup>2</sup>

Mrs. Rodriguez' prognosis was between two and fourteen months. Although she could function in the short term, she knew her situation would deteriorate rapidly and she would not be able to survive without life support and enduring tremendous suffering. She feared that her fate, if left to pass away naturally, would be to die due to choking, inability to breathe on her own or pneumonia.<sup>3</sup> Notably, although a person with ALS loses control over their body, they are fully and tragically mentally competent and aware of their physical condition. Mrs. Rodriguez therefore asked the Courts to allow her to seek a physician's assistance in ending her life at the time of her choosing. She did not want to end her life prematurely by committing suicide, yet she also did not want to experience the slow and painful death which ALS would inevitably impose.

---

\* Full Professor, Faculty of Law, University of Ottawa, Doctor of Laws, ex-member of the External Panel on Options for a Legislative Response to *Carter v. Canada*, e-mail: benoit.pelletier@uottawa.ca.

\*\* LL.L., J.D., Associate, Kelly Santini LLP, e-mail: amaisonneuve@kellysantini.com.

<sup>1</sup> *Carter v Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331, para 1.

<sup>2</sup> For more information on ALS, see the ALS Association website, <http://www.alsa.org/about-als/what-is-als.html>, 10.12.2017.

<sup>3</sup> See *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 SCR 519, p. 588.

The Supreme Court has long recognized the notions of human dignity, personal autonomy and the ability to control one's physical and psychological integrity free of state interference as values falling under the scope of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.<sup>4</sup> However, in 1993, Canadian society had not seemed to come to a consensus regarding the decriminalization of physician-assisted suicide let alone the constitutionality of an active or passive regime.<sup>5</sup> It was therefore not surprising that the Supreme Court delivered a divided decision in *Rodriguez*, with five out of nine judges opting for a more cautious approach, prioritising human life and protection of the vulnerable. The majority held that, although s. 7 was impugned by s. 241(b) of the *Criminal Code*,<sup>6</sup> the principles of fundamental justice justified the denial of Canadians' rights to control the time and circumstances of their own death. The majority's concern was in the lack of appropriate safeguards and the high risks of abuse, which underpinned the reasoning that the blanket prohibition was not arbitrary or unfair as its principal interest was protection of the vulnerable.<sup>7</sup> The majority also assumed, without deciding on the subject, that if the blanket prohibition infringed s. 15 of the *Charter*, it would be justified under s. 1.

Alternatively, two of the four dissenting judges (McLachlin and L'Heureux-Dubé) based their opinions on a s. 7 infringement, stating it was not justified by s. 1. They refused to apply s. 15 in the case because they found it did not involve discrimination following the true focus of s. 15.<sup>8</sup> Lamer C.J. held that the law violated s. 15 only, and Cory J found

---

<sup>4</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 ("Charter"). Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major, writing for the majority in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, *Ibid*, p. 521 and 588. Also see *Conway v. Fleming*, [1999] OJ No 880 (QL); *Wakeford v. Canada*, 1998 CanLII 14931 (ON SC), para 26; *R. c. Turmel*, 2001 CanLII 40032 (QC CS), para 127.

<sup>5</sup> Of note, the decriminalization of assisted suicide had not occurred internationally at the time of *Rodriguez*, albeit several proposals for reform that were brought forward in Washington and California, to name a few. *Supra* note 3, p. 582.

<sup>6</sup> Which prohibits anyone from aiding or abetting a person to commit suicide.

<sup>7</sup> *Supra* note 3, p. 522.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 524. Also see *Carter v Canada (Attorney General)*, [2012] BCSC 886, at para 889.

that it violated both s. 7 and s. 15 for the same reasons expressed by his dissenting colleagues.<sup>9</sup>

Cory J compared a capable patient's legal ability to refuse treatment,<sup>10</sup> with an incapable and terminally ill patient who decides to terminate life preserving treatment and whose decision is executed by another person as per the patient's instructions. He saw no difference between the two, thus found no reason to deprive the latter of the legal ability to choose to end their lives via an intermediary. "Since the right to choose death is open to patients who are not physically handicapped, there is no reason for denying that choice to those that are."<sup>11</sup>

Despite the division in *Rodriguez*, legal recognition of physician-assisted dying would not be on the horizon until two decades later, when the highest court in Canada was presented once again with the question of whether the blanket prohibition provided by s. 241(b) was unconstitutional – but in a different Canadian context compared to that of 1993.

Indeed, the political and legal landscape had changed; in 2014, several bills had already been tabled at Parliament, and John C. Major, former justice of the Supreme Court who was on the bench for *Sue Rodriguez*, had publicly called Parliament to update legislation on the subject one year earlier.<sup>12</sup> Certain sociological realities had also shifted the context in Canada. One underlying theme that seemed to underpin the Supreme Court's reasoning is the limited reduction in suffering offered by the Canadian palliative care system.<sup>13</sup> Not only could a prohibition from seeking physician-assisted death when faced with a grievous and irremediable medical condition cause tremendous psychological trauma to a person, it

---

<sup>9</sup> More specifically, Cory J agreed with Justice McLachlin's reasons stating that s. 7 was infringed, because "dying is an integral part of living, [and] is entitled to the constitutional protection provided by s. 7". However, he also agreed with Chief Justice Sopinka's disposition and s. 15 analysis in that it "can be applied to grant the same relief at least to handicapped terminally ill patients." *Supra* note 3, p. 630 and 631.

<sup>10</sup> He refers to this as the "right to die with dignity". *Supra* note 3, p. 630.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 526.

<sup>12</sup> D. McCue, *Assisted suicide laws need updating, says former Supreme Court justice*, CBC News, 25 October 2013, <http://www.cbc.ca/news/assisted-suicide-laws-need-updating-says-former-supreme-court-justice-1.2251454>, 10.12.2017.

<sup>13</sup> *Supra* note 1, para 23, 107.

could also push a person to take their own life sooner than they would if physician-assisted death were available.<sup>14</sup> It seems that the sociological, political and legal context in Canada was at a pivotal point, setting the stage for the Supreme Court to take a new stand on physician-assisted death in 2015.<sup>15</sup>

## 2. The *Carter* Case

### 2.1. Facts

Like Mrs. Rodriguez, Gloria Taylor had ALS. Propelled by the fear of living “in a bedridden state, stripped of dignity and independence”,<sup>16</sup> she brought her claim to seek physician-assisted death before the British Columbia Supreme Court,<sup>17</sup> alongside the British Columbia Civil Liberties Association, Dr. William Shoichet,<sup>18</sup> Lee Carter and Hollis Johnson.

Lee Carter and Hollis Johnson are the daughter and son-in-law of Kay Carter, a woman who suffered from spinal stenosis, a non-fatal condition that compresses the spinal cord. Although surgery was an option to relieve some of the compression, Mrs. Carter declined due to significant risks associated with the operation. Like ALS, her body steadily deteriorated yet her cognisant functions remained intact. Mrs. Carter could not move without assistance and was confined to a wheelchair. In 2009, she decided to seek physician assisted death in Switzerland with the help of her daughter and son-in-law. In January 2010, she travelled to the DIGNITAS clinic in Switzerland, where she passed away peacefully, surrounded by her children.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> *Supra* note 1, para 90.

<sup>15</sup> For more on the political and legal context leading up to the *Carter* decision, see Dr. Harvey Max Chochinov (chair), Professor Catherine Frazee (panel member), and Professor Benoît Pelletier (panel member), *External Panel on Options for a Legislative Response to Carter v. Canada, Final Report*, 15 December 2015, p. 44 (“Federal Panel Report”), p. 32.

<sup>16</sup> *Supra* note 1, para 12.

<sup>17</sup> *Carter v Canada (Attorney General)*, [2012] BCSC 886.

<sup>18</sup> Physician based in Victoria, BC, who supports the constitutionalizing of physician-assisted death; *Ibid*, paras 72–76.

<sup>19</sup> *Supra* note 17, paras 57–71.

For Mrs. Carter, dying with dignity in Switzerland was an option as she had the financial capacity to do so.<sup>20</sup> That said, Lee Carter and Mr. Johnson, who planned and facilitated the trip, could technically have been prosecuted for aiding Mrs. Carter in acquiring physician-assisted death due to the *Criminal Code* provisions.<sup>21</sup> Additionally, although they were able to provide for a dignified death for Mrs. Carter in Switzerland, they claimed they should have been able to seek physician-assisted death without having to go through the grueling task of coordinating and taking the trip. They said Mrs. Carter ought to have been surrounded by all family and friends she wished, in Vancouver.<sup>22</sup>

Unfortunately, going to Switzerland was not an option for Mrs. Taylor as she did not have the financial means, which meant she could not seek physician-assisted death in Canada due to the *Criminal Code* provisions. Ultimately, she was left with the “cruel choice” of deciding between taking her own life while she was still physically capable of doing so, or forfeiting her ability to exercise any control over the manner and timing of her death.<sup>23</sup>

## 2.2. Trial & appeal

The trial judge had the daunting task of deciding whether the claimants had the constitutional right to seek physician-assisted dying. After reviewing a vast array of submissions from counsel, testimonies and expert witnesses, as well as the law in several foreign jurisdictions on the same matter,<sup>24</sup> the trial judge found that, although the adjudicative facts were similar in both cases,<sup>25</sup> both the s. 1 and s. 7 analyses along with the legislative context had changed since *Rodriguez*,<sup>26</sup> thus allowing a lower

---

<sup>20</sup> The cost of travel, accommodations, medical consultations and services acquired at DIGNITAS came up to approximately \$ 32 000 CAD. See *supra* note 16, para 70.

<sup>21</sup> *Supra* note 1, para 17.

<sup>22</sup> *Supra* note 17, para 71.

<sup>23</sup> *Supra* note 1, para 13.

<sup>24</sup> *Supra* note 17, paras 114–115.

<sup>25</sup> *Ibid*, para 941.

court re-open settled case law of a higher court.<sup>26</sup> Justice Smith decided in favour of the claimants, declaring the blanket prohibition unconstitutional. She consequently declared a one-year suspension of the provision's invalidity to avert a legal void in anticipation of appropriate legislation. She also granted a constitutional exemption so Mrs. Taylor could seek physician-assisted death during the suspension of the declaration.<sup>27</sup>

On appeal, the majority<sup>28</sup> found the trial judge erred in declaring the blanket prohibition unconstitutional as she was still bound by the *Rodriguez* decision.<sup>29</sup> According to the BC Court of Appeal, although the analytical method of s. 7 was different in *Carter* compared to that of *Rodriguez* in 1993, the final result of both would be no different. The Supreme Court did not agree.

### 2.3. Supreme Court of Canada

Mrs. Carter's claim challenged the constitutionality of s. 14 and s. 241(b) of the *Criminal Code*.<sup>30</sup> Other provisions were included, however the Court found them not to be at the heart of the constitutional challenge.<sup>31</sup> When asked whether the provisions infringed s. 7 (right to life, liberty and security of the person), and s. 15 (equality rights) of the *Charter*, the Court found that sections 14 and 241(b) of the *Criminal Code* unjustifiably violated s. 7. For that reason, it did not proceed with a s. 15 analysis.<sup>32</sup>

The Court declared the provisions of no force or effect insofar as they prohibit physician-assisted death for competent and consenting adults who are suffering from grievous and irremediable medical conditions.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibid*, paras 946, 1002 and 1003. Also see *Carter* [2015] 1 SCR 331, para 28.

<sup>27</sup> *Supra* note 1, para 31 and 32. Also see *supra* note 16, para 1414.

<sup>28</sup> *Carter v Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 435.

<sup>29</sup> *Ibid*, paras 323, 324.

<sup>30</sup> *Criminal Code*, RSC 1985, c C-46.

<sup>31</sup> "Sections 21, 22, and 222 [of the *Criminal Code*] are only engaged so long as the provision of assistance in dying is itself an 'unlawful act' or offence. S. 241(a) does not contribute to the prohibition on assisted suicide." *Supra* note 1, para 20.

<sup>32</sup> *Supra* note 1, para 93.

<sup>33</sup> *Supra* note 1, para 127 and 147.

The Court suspended the declaration of invalidity for 12 months to give Parliament and provincial legislatures time to come up with a response.<sup>34</sup>

It should be noted that Mrs. Taylor passed away before the Supreme Court released the *Carter* decision, thus making the constitutional exemption remedy she sought (to seek physician-assisted death during the suspension of invalidity of the *Criminal Code* provisions) moot.<sup>35</sup> Despite this tragic outcome, the case remained extremely important for the constitutional and medical fields in Canada, as will soon be discussed.

#### 2.4. Application of *stare decisis*

The Supreme Court agreed with the trial judge on many fronts. Firstly, regarding the ability to revisit the settled case law of *Rodriguez*, it found that, although the facts were similar in both cases and the principle of *stare decisis* (the rule of precedent) is a foundation of the common law,<sup>36</sup> it “is not a straightjacket that condemns the law to stasis”. There are two exceptional situations which allow trial courts to reconsider settled rulings of higher courts: where a new legal issue is raised, and where there is a significant change in circumstances or evidence that “fundamentally shifts the parameters of the debate”.<sup>37</sup> The Court concurred with the trial judge’s conclusion; a “substantive change” to the s. 1 analysis, among other distinguishing factors,<sup>38</sup> provided an opening for the Court to decide differently.<sup>39</sup>

More specifically, the law surrounding s. 1 and s. 7 of the *Charter*, as well as the circumstances surrounding physician-assisted dying (including

---

<sup>34</sup> *Supra* note 1, p. 336, 337, and para 126 and 132. The question of legislative authority over health-care is discussed in the section “Concurrent jurisdiction”.

<sup>35</sup> *Supra* note 1, para 129: because Mrs. Taylor had already passed away and none of the other litigants sought the constitutional exemption of the suspension of invalidity, the Court did not see fit to create that exemption.

<sup>36</sup> *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 SCR 1101, para 38.

<sup>37</sup> Based on *Bedford*, *ibid*, para 42. Also see *supra* note 1, para 44.

<sup>38</sup> Including the fact that the majority in *Rodriguez* did not consider the right to life, the fact that overbreadth and gross disproportionality (principles of fundamental justice) had not been identified yet, and the fact that the majority “assumed” a s. 15 violation. See *supra* note 1, para 28.

<sup>39</sup> S. 1 analysis had changed since *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 SCR 567. See *supra* note 16, para 994, and *supra* note 1, para 28.

evidence that proves safeguards can be put into place), had evolved since 1993.<sup>40</sup> In the era of *Rodriguez*, there was no regulation of physician-assisted death anywhere in the world. Since then, however, several other jurisdictions had enacted legislation and/or legally recognized physician-assisted death in the courts including Oregon, the Netherlands, Belgium, Washington, Colombia and Montana.<sup>41</sup> Not only did the trial judge find that there were no significant abuses in these jurisdictions,<sup>42</sup> but the Supreme Court agreed that this evidence was sufficient to fundamentally shift the parameters of the debate, thus allowing lower courts to diverge from the *Rodriguez* precedent.

### 2.5. General values considered

Many values (competing or not) were considered in this case, including autonomy, dignity,<sup>43</sup> integrity, private life, self-esteem, and choice. Regarding choice, the law has come to recognize that, in certain circumstances, one must respect a person's choice regarding the end of their lives.<sup>44</sup> Before *Carter*, persons with grievous and irremediable medical conditions were deprived of the possibility of making a choice that could turn out to have an incredibly profound impact on their sense of dignity and personal integrity. This choice would be compatible with the values they have had all their lives, and would ultimately reflect the way they lived their lives.<sup>45</sup>

Alternatively, the protection of the vulnerable is the State's main concern; it mentions both abuse and the devaluation of human life as risks of a permissive regime. The government of Canada argues that the object of the prohibition is to preserve life no matter the circumstances.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> “[...] the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality [have] materially advanced since *Rodriguez*”, *supra* note 1, para 46; regarding the evolution of the “legislative landscape” since *Rodriguez*, see paras 7–9.

<sup>41</sup> *Supra* note 1, para 8. Also see *supra* note 10, p. 37.

<sup>42</sup> *Ibid*, paras 106 and 107.

<sup>43</sup> *Ibid*, para 2.

<sup>44</sup> *Ibid*, para 63.

<sup>45</sup> *Ibid*, para 65.

<sup>46</sup> *Ibid*, para 78.



With that said, the conception of a regime that protects socially vulnerable persons from anticipated abuses while allowing competent patients to choose the time and manner of their death is central to the Court's reasoning in this case.<sup>47</sup> To counter government of Canada's argument, the Court emphasizes that the protection of the vulnerable also means preventing them from being encouraged to take their own lives in moments of weakness.<sup>48</sup>

## 2.6. Section 7 - general

Although the Court tackles other important constitutional questions like the division of federal and provincial legislative powers in the health field,<sup>49</sup> the focus of the decision was on s. 7 of the *Charter*. The Court had to answer whether the prohibition against physician-assisted dying violated Gloria Taylor and Kay Carters' rights to life, liberty and security of the person, and if it was in accordance with the principles of fundamental justice. In the end, the Court decided that all three rights were violated and the total prohibition was overbroad, thus not in accordance with the principles of fundamental justice.<sup>50</sup>

The Court had to balance competing values. On the one hand, the "autonomy and dignity of a competent adult who seeks death as a response to a grievous and irremediable medical condition"; and on the other hand, the necessity to protect the vulnerable.<sup>51</sup> The Court made sure to state that the right to life pursuant to s. 7 does not require an absolute prohibition on physician assistance in death, as this would create a duty, instead of a right, to live.<sup>52</sup>

In general, s. 7 emanates from a profound respect for the value of human life. It also englobes the life, liberty and security of a person during

---

<sup>47</sup> *Ibid*, paras 25 and 103.

<sup>48</sup> *Ibid*, para 78.

<sup>49</sup> *Ibid*, paras 49–53. For more on legislative authority, see section on concurrent jurisdiction.

<sup>50</sup> More on the Court's analysis of the principles of fundamental justice can be found in the section entitled "Principles of fundamental justice".

<sup>51</sup> *Supra* note 1, para 2.

<sup>52</sup> *Ibid*, para 63.

their passage to death.<sup>53</sup> It recognizes the value of life and respects the role of autonomy and dignity at the end of life. Today, the right to life no longer requires that “all human life be preserved at all costs”,<sup>54</sup> as was decided in *Rodriguez*. Indeed, the Court expressly stated that the law has, in certain circumstances, recognized an individual’s choice about the end of their life, which is entitled to be respected.<sup>55</sup>

Considering the limitations of palliative care in reduction of suffering,<sup>56</sup> by depriving persons of this incredibly intimate choice as a reaction to unimaginable suffering, the Court held that the blanket prohibition violates one’s right to life, liberty and security. It also deprives patients from the possibility of bringing a peaceful end to their lives at the time and manner of their choosing.<sup>57</sup>

## 2.7. Section 7 - the right to Life

The Court was very clear to state that a total prohibition deprives some individuals of their life. The Court noted that “the case law suggests that the right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, *either directly or indirectly*.”<sup>58</sup> Following the logic that a total prohibition could lead certain persons to take their lives earlier than they would have had physician-assisted dying been available, there is a certain threat or danger or exposure to a higher risk of death created by the blanket ban.<sup>59</sup>

Although the Court did not necessarily have to continue the s. 7 analysis once it found the right to life was violated, it nevertheless carried on and considered whether the right to liberty and security were at play.

---

<sup>53</sup> *Ibid*, para 63.

<sup>54</sup> *Rodriguez*, *supra* note 3, per Sopinka J., p. 595.

<sup>55</sup> *Supra* note 1, para 63.

<sup>56</sup> For more on palliative care, see section “Other considerations”.

<sup>57</sup> *Ibid*, para 14.

<sup>58</sup> *Ibid*, para 62 (our emphasis).

<sup>59</sup> *Ibid*, paras 57, 58.

## 2.8. Section 7 - the right to Liberty

The right to liberty involves the right to be protected against state interference in personal medical or life decisions which are of fundamental importance.<sup>60</sup> Preoccupations relating to autonomy and quality of life are also rights under the right to liberty and security, as implied by the concern for protecting the autonomy and dignity of a person. Other factors under consideration are the protection from serious physical pain/suffering or psychological stress, being the master of one's own bodily integrity (which includes personal, physical or psychological) as well as the possibility of making decisions relating to one's course of treatment.<sup>61</sup>

Of note, informed consent is also a factor of consideration in this element. mentally capable persons can – and should – be able to make informed decisions relating to their physical state freely and without interference.<sup>62</sup> A person's right to decide their own fate allows them to dictate the course of their own medical treatment: this is the underlying principle of informed consent.<sup>63</sup> Following the aforementioned reasoning, the Court found that the right to liberty was engaged.

## 2.9. Section 7 - the right to Security of the Person

Once again, a person's autonomy over their own personal integrity is at the forefront of this right. Specifically preoccupying the Court within this facet of s. 7 are autonomy, dignity, and quality of life.<sup>64</sup> Any intrusion by the State on the physical or psychological integrity of a person, including any measure which causes physical suffering or psychological trauma, is a violation to the right to security of the person. The Court uses the same example of informed consent, wherein a mentally capable person should be able to freely make decisions regarding their own medical treatment; this decision represents a profoundly personal reaction to intense pain and

---

<sup>60</sup> *Ibid*, para 30.

<sup>61</sup> *Ibid*, para 65 and 66.

<sup>62</sup> *Supra* note 1, para 68.

<sup>63</sup> On the concept of “informed consent”, see the subsection entitled “Conditions”.

<sup>64</sup> *Supra* note 1, para 64.

suffering, and no one should be deprived of this choice. Nor should a person be subjected to intolerable suffering due to a lack of choice. The right to security of the person was therefore engaged by the prohibition.

## 2.10. Principles of fundamental justice

As the Court states, s. 7 does not guarantee a lack of State interference with a person's right to life, liberty and security. Rather, it guarantees the State will not do so in a way that has grossly disproportionate consequences to the object of said interference or that is arbitrary or overbroad.<sup>65</sup> The analysis of a law's accordance with the principles of fundamental justice is not concerned with wide-ranging societal benefits or social interests; these are more appropriately considered under a s. 1 analysis.<sup>66</sup> In other words, the State cannot use societal interests to justify a violation in accordance with the principles of fundamental justice. The government of Canada attempted to do this with regards to overbreadth and gross disproportionality, however the Court rejected these arguments, stating the focus of the principles of fundamental justice was "not on the impact of the measure on society or the public, which are matters for s. 1, but on its impact on the rights of the claimant."<sup>67</sup>

The Court held that the total prohibition did not limit individuals' rights arbitrarily,<sup>68</sup> however it was overbroad in that it went too far by denying the rights of certain individuals who have no relation to the object of the law.<sup>69</sup> The Court refused to expressly decide on gross disproportionality, as it already held that the prohibition was too far-reaching. However, the Court did seem to agree with the trial judge's finding that the

---

<sup>65</sup> *Ibid*, paras 71 and 72.

<sup>66</sup> Relying on the Court's opinion in *R. v. Swain*, [1991] 2 SCR 933, para 977. *Ibid*, paras 79 and 80.

<sup>67</sup> *Supra* note 1, para 89.

<sup>68</sup> There was a rational connection between the object of the law (protecting the vulnerable from ending their lives in times of weakness) and the limit it imposes on life, liberty and security of the person (the blanket ban "clearly helps achieve this object"). *Ibid*, paras 83 and 84.

<sup>69</sup> *Supra* note 1, paras 85 and 88.

prohibition's negative impact on an individual's right to life, liberty and security was very severe and grossly disproportionate to its objective.<sup>70</sup>

Finally, the appellants invoked the violation of the principle of parity (which requires offenders who have committed acts of comparable blameworthiness to be sanctioned of "like severity") as a principle of fundamental justice because the law punishes the provision of physician-assisted death with the sanction of culpable homicide, while exempting other end-of-life practices from any criminal sanction. Following the Supreme Court's jurisprudence which had yet to identify parity as a principle of fundamental justice, the Court rejected that argument.<sup>71</sup>

### 2.11. Risks of a permissive regime

It goes without saying that a number of risks arise in a permissive regime. However, as the trial judge reasoned (reasoning which the Supreme Court agreed with), a carefully developed and well-executed regime could reduce the inherent perils of physician-assisted dying and protect vulnerable persons from abuse or error.<sup>72</sup> Yet, the effect of strict limits per se seems to be of little consequence to the reduction of said risks.<sup>73</sup> It is ultimately up to Parliament and provincial legislatures to weigh and balance the viewpoint of those who could potentially be endangered by a permissive regime and those who wish to seek assistance in dying when developing a legislative framework. Guarantees must be carefully regulated and applied adequately.<sup>74</sup>

### 2.12. Conditions

The conditions set out by the Court are clear. First and foremost, the person seeking physician-assisted dying must be suffering from a grievous and irremediable condition. Before the Supreme Court's declaration

---

<sup>70</sup> *Supra* note 1, para 90

<sup>71</sup> *Ibid.*, paras 91 and 92.

<sup>72</sup> *Ibid.*, paras 3, 105 and 117.

<sup>73</sup> *Ibid.*, para 110.

<sup>74</sup> *Ibid.*, paras 98 and 126.

on this issue, a person in a similar situation would be limited to the painful decision of either taking their own life or suffering through their ailment until they die naturally. As the Supreme Court so eloquently stated in the very first paragraph of its decision, “the choice is cruel”.<sup>75</sup>

The Court sets out the conditions as follows: a person seeking physician-assisted dying must be (1) an adult who is competent, (2) who clearly consents to the termination of life, (3) who is affected by a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability), (4) and who has a condition that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his condition. In addition to these, two other conditions arise from the judgment: (5) informed consent,<sup>76</sup> and (6) the voluntary choice of physician-assisted dying.<sup>77</sup>

On the one hand, some may contend that these two last conditions are already included in the first four. On the other hand, it could be argued that clear consent and informed consent are not the same thing and should be distinguished as their own conditions.<sup>78</sup> For example, the trial judge in *Carter* took special care in defining “informed consent” in the medical law field as meaning “an intelligent choice as to *treatment options* made after the patient has been provided with sufficient information to evaluate the risks and benefits of the proposed treatment and other available options.”<sup>79</sup> Clear consent can be interpreted as permission that has been clearly expressed as opposed to unclearly expressed.<sup>80</sup>

Both the trial judge and the Supreme Court use the informed consent standard to confirm that proper care is taken to ensure the patient is educated on their diagnosis and prognosis, and that “[*all*] *treatment options described* included all reasonable palliative care interventions.”<sup>81</sup> Although not particularly developed by the Court, it seems that before a patient

---

<sup>75</sup> *Ibid*, paras 1 and 13.

<sup>76</sup> *Ibid*, paras 27 and 106.

<sup>77</sup> *Ibid*, paras 4 and 127.

<sup>78</sup> On informed consent, see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 SCR 880, p. 895.

<sup>79</sup> *Supra* note 17, para 43, citing *Malette v. Shulman* (1990), 67 DLR (4th) 321 (Ont. C.A.), 327 (our emphasis).

<sup>80</sup> *Supra* note 78, p. 886–888. On the duty of disclosure, see *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 SCR 192, p. 210.

<sup>81</sup> *Supra* note 1, para 27 and 106 (our emphasis).

makes their decision on physician-assisted dying, they must be presented with all possible alternative solutions by their physician.

The choice must also be voluntary. This means the decision must be made in the absence of outside pressure including familial pressure or undue influence, which necessarily refers to the subject of vulnerability. For the purposes of this analysis, a vulnerable person could be a person who submits to pressure that has been exercised on them or, alternatively, a person feeling pressure from their perception of being a burden on society or their family.

### 2.13. Other considerations

The values at stake in this case include a person's autonomy, personal integrity, dignity, privacy, self-esteem, the sanctity of life and the respect for the choice of a person regarding the end of their life. Throughout the decision, the Court uses a panoply of different ways to express a key principle of the decision, which is that people have the right to choose how they will die. The Court also considers the risk that vulnerable persons may be caught up in physician-assisted dying and the fundamental importance of protecting them. However, the Court also agrees with the trial judge's finding on how the existence of permissive regimes in other jurisdictions does not necessarily have an inordinate impact on socially vulnerable persons.<sup>82</sup>

To diminish these risks, the Court approves the trial judge's suggestion of a "carefully designed and monitored system of safeguards",<sup>83</sup> via a rigorous and well-run regulatory framework, among other things. The Court says the regulatory regime must be scrupulously surveyed.<sup>84</sup> Certain believe there must be two separate watch-dog organisms to capture the effect on society as well as collect data.<sup>85</sup> Nevertheless, the Court did not include this in its discussion.

---

<sup>82</sup> *Supra* note 1, para 107.

<sup>83</sup> *Ibid*, para 117.

<sup>84</sup> *Ibid*, para 27.

<sup>85</sup> Different groups consulted by the Federal panel seemed to agree on the need for adequate oversight of physician-assisted death. See *supra* note 15, p. 109.

The Court also speaks of a balance between access to physician-assisted dying and the protection of vulnerable persons. Indeed, the Court uses a balance – and not a hierarchy – to seek an equilibrium between these competing values, which the responsibility lies with Parliament and provincial legislatures.<sup>86</sup>

Regarding palliative care, the Court recalled the trial judge’s findings that in some cases palliative care had improved after the implementation of a permissive regime.<sup>87</sup> Addressing the effectiveness of palliative care in Canada, the Canadian Cancer Society has described it as a “patchwork of service”, “inconsistent and inadequate”, claiming critically ill patients “fall through the cracks” due to the lack of quality, availability and standardization across Canada.<sup>88</sup> Without making explicit statements on the subject, the Court does mention the limited reduction in suffering offered by palliative care as an argument used by proponents of physician-assisted death.<sup>89</sup> The Court also considers the possibility that a person could desire to end their lives prematurely if physician-assisted death were not available.<sup>90</sup>

Regarding vulnerable persons, in analysing the guarantees flowing from s. 7, the Court does not go as far as saying that the right to life includes the right to a quality of life.<sup>91</sup> The Court agrees with the trial judge’s rejection of the qualitative approach and confirms that the right to life is only engaged by the risk of peril; in other words, the right to life is the right not to be exposed, directly or indirectly, to the threat of death.<sup>92</sup>

Finally, the Court does not place a limit in its conditions to those who are at the end of their lives. It also does not place a limit to physical medical problems. Finally, the Court uses the term “suffering” as opposed

---

<sup>86</sup> *Supra* note 1, paras 53, 98, 115 and 126.

<sup>87</sup> *Ibid*, para 107.

<sup>88</sup> *Palliative care in critical condition: Canadian Cancer Society, The Canadian Press*, 12 January 2016, <http://www.cbc.ca/news/health/palliative-care-1.3400369>, 10.12.2017. Also see *Canada failing on palliative care, thestar.com*, 18 February 2015.

<sup>89</sup> *Supra* note 1, para 6.

<sup>90</sup> *Ibid*, paras 57–58.

<sup>91</sup> Instead, quality of life has generally been treated as a liberty and security right. *Supra* note 1, para 62.

<sup>92</sup> *Supra* note 1, para 62.



to “pain”. “Suffering” implies a larger definition and social connotation which the term “pain” does not contain.<sup>93</sup>

#### 2.14. Concurrent jurisdiction

The 1995 Supreme Court decision of *RJR MacDonald* confirmed that health is an area of concurrent jurisdiction, where both Parliament and provincial legislatures can validly legislate on the subject.<sup>94</sup>

In *Carter*, the appellants invoked the doctrine of interjurisdictional immunity to argue that the *Criminal Code* provisions cannot apply to physician-assisted death, as it lies at the core of provincial jurisdiction over healthcare under s. 92(7), (13), and (16) of the *Constitution Act, 1867*.<sup>95</sup> According to the appellant’s and interveners’ respective factums, the proposed core is the “power to deliver necessary medical treatment for which there is no alternative treatment capable of meeting a patient’s needs”, or, as Quebec described it, “the power to establish the kind of health care offered to patients and supervise the process of consent required for that care”.<sup>96</sup> The Court rejects this argument, relying on *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*,<sup>97</sup> which states that Parliament has legislative authority over criminal law that touches on health, including prohibiting medical treatments that are dangerous or perceived as socially undesirable.<sup>98</sup> Accordingly, the Court concluded that provincial power to legislate over health cannot exclude federal legislation over physician-assisted death.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> *Ibid*, para 5.

<sup>94</sup> *RJR MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 SCR 199, para. 32. Also see *Carter*, *supra* note 1, para 53.

<sup>95</sup> *Supra* note 1, para 49.

<sup>96</sup> *Supra* note 1, para 52.

<sup>97</sup> [2011] 3 SCR 134.

<sup>98</sup> *Ibid*, para 68.

<sup>99</sup> *Supra* note 1, para 53. It should be noted that, although the Court mentions both Parliament and provincial legislatures throughout the decision, it seems to impose the obligation to legislate on Parliament only: “Parliament faces a difficult task [...] it must weigh and balance the perspective of those who might be at risk in a permissive regime against that of those who seek assistance in dying [...]. The degree of deference owed to Parliament, while high, is [...] reduced.”, para 98.

Aside from Parliament and provincial legislative authority, there is also the factor of physician's colleges to consider. The Court is explicit in stating that, following its decision, physicians are under no obligation to provide assistance in death, even if it is in their patients' best interest.<sup>100</sup> Indeed, the Court seemed to heed the request from several interveners<sup>101</sup> regarding protecting physicians' freedom of conscience and religion. Although the Court leaves the development of a legislative scheme to Parliament and provincial legislatures, it makes sure to indicate the imperative of reconciling physicians' and patients' *Charter* rights and protecting physicians who provide assisted death as well as those who conscientiously object.<sup>102</sup>

Regarding the role of physicians in assessing patients seeking assisted death, the Court considers their current role in evaluating the capacity of patients who make decisions regarding their course of treatment. The Court seems to see it as a continuum within the established current practice, which is "part and parcel of [the Canadian] medical system". Essentially, it sees no difference in vulnerability between patients who refuse or request the withdrawal of life-saving treatments, patients who request palliative sedation, and those who seek physician-assisted death.<sup>103</sup>

Before concluding the discussion on *Carter*, it is important to mention several questions that arise regarding mental illness, minors and advance requests for physician-assisted death. Regarding psychological conditions, it is certain that suffering has physical and psychological elements. But can the grievous medical condition itself be strictly psychological? In interpreting the conditions set forth by the Supreme Court, it seems that purely psychological medical conditions could fall within the scope of *Carter*, as long as they are serious, irremediable and conform to the other parameters of the decision. In that respect, if a s. 15 *Charter* challenge

---

<sup>100</sup> *Ibid*, para 132.

<sup>101</sup> Including the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance, the Protection of Conscience Project, the Catholic Health Alliance of Canada, and the Canadian Medical Association. See *Carter*, *ibid*, paras 130 and 131.

<sup>102</sup> *Ibid*, paras 131 and 132.

<sup>103</sup> *Ibid*, para 115.

were to be brought forward, it is our opinion that the Court should see no difference between physical and mental illness.<sup>104</sup>

Concerning minors, it is clear that the Court did not include them in its decision because it refers to competent adults only throughout its reasons. However, that does not mean minors will not eventually be considered. For now, *Carter* does not oblige Parliament and provincial legislatures to allow physician-assisted death to minors, but does that mean either level of government cannot provide physician-assisted death to minors by law? If this were to happen, an argument could be made that legislation providing physician-assisted death to minors would be valid, as *Carter* is a bottom line.<sup>105</sup> In other words, if government were to go beyond *Carter* in favour of physician-assisted death, it would likely be constitutional. Certainly, the Court did not include minors in its decision, however legislation that is more “generous” than *Carter* with respect to minors could be valid.

As for advance requests, the Court does not discuss this element, and it seems it does not fall within the scope of the decision.<sup>106</sup> For clarity, an advance request can include a person designating a proxy to make decisions including physician-assisted death in case of a future patient’s incapacity. If a challenge or legislation were to be put forward for advance requests, the *Carter* precedent would most likely not support it, considering the emphasis the Court places on decisional capacity (capacity to consent is one of the conditions). There does not seem to be any intention from the Court to include advance requests in its reasons, and importance is placed on the decisional capacity of a patient at the time of the request for physician-assisted death (which takes place momentarily following said request), as opposed to, for example, ten years before the performance of the act.

---

<sup>104</sup> As long as they are serious and irremediable, and fall within the *Carter* conditions. However, this statement is made “under reserve” of the Court’s very slight insinuation that psychological illnesses are excluded, in light of Professor Montero’s affidavit, which is discussed in section “Federal legislation”.

<sup>105</sup> See B. Pelletier, *Les deux solitudes juridiques*, *La Presse*, 30 April 2016, [http://plus.lapresse.ca/screens/d7d54a74-8744-4271-9b51-3e58f921d635%7C\\_0.html](http://plus.lapresse.ca/screens/d7d54a74-8744-4271-9b51-3e58f921d635%7C_0.html), 10.12.2017.

<sup>106</sup> *Supra* note 1, para 127.

### 3. Quebec legislation

Before the *Carter* decision, Quebec had already begun to legislate on physician-assisted death, or medical aid in dying, as it is referred to. The initiative was launched in 2009 and an ad-hoc *Select Committee on Dying with Dignity* (“Select Committee”) held public consultations on the subject in February and March 2010.<sup>107</sup> Once the consultations concluded, the legislative assembly held a number of hearings with the Select Committee.<sup>108</sup> In March 2012, the Select Committee published their report entitled *Mourir dans la dignité*, or *Dying with Dignity*. In the first half of the report, the Committee makes a number of recommendations regarding reinforcing and refining current end-of-life practices including palliative care and palliative sedation. In the second part of the report, the Select Committee recommends legal recognition and regulation of medical aid in dying in Quebec.<sup>109</sup>

Following these findings, the National Assembly of Québec began working on bill n° 52, entitled *Loi concernant les soins de fin de vie*. The *Act Respecting End-of-Life Care* (“Quebec Act”) received royal assent 10 June 2014 and came into force 10 December 2015. It modified the *Civil Code of Québec*,<sup>110</sup> the *Code of Civil Procedure*,<sup>111</sup> and other provincial laws.<sup>112</sup> Although the legislation only came into force after the *Carter* decision, it is important to note that the legislative process began before.

---

<sup>107</sup> Quebec, Legislative Assembly, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux, Étude des crédits budgétaires 2011-2012 du ministère de la Santé et des Services sociaux, volet Santé*, 39th Leg, 2<sup>nd</sup> sess, Vol 42 No 7 (12 April 2011) (Mme Maryse Gaudreault), <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/csss-39-2/journal-debats/CSSS-110412.html>, 10.12.2017.

<sup>108</sup> Quebec, Legislative Assembly, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux, Étude des crédits budgétaires 2011-2012 du ministère de la Santé et des Services sociaux, volet Santé*, 39th Leg, 2<sup>nd</sup> sess, Vol 42 No 6 (22 March 2011), <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/39-2/journal-debats/20110322/33763.html>, 10.12.2017.

<sup>109</sup> Commission spéciale, *Mourir dans la dignité, Rapport de l'assemblée nationale du Québec*, March 2012, p. 101.

<sup>110</sup> CQLR c CCQ-1991.

<sup>111</sup> Then CQLR c C-25, which has now been replaced by CQLR c C-25.01.

<sup>112</sup> The *Medical Act*, CQLR c M-9, the *Pharmacy Act*, CQLR c P-10, and *An Act Respecting Health Services and Social Services*, CQLR c S-4.2.

This means the *Criminal Code* provisions were still constitutional at the time the Quebec government expressed interest in legislating on the subject. However, Quebec seemed to interpret voluntary euthanasia as a matter of healthcare, which is, in its opinion, an area of exclusive provincial competence,<sup>113</sup> as opposed to a matter of pure criminal law, which is of federal legislative competence. Indeed, considering the title and s. 1 of the Quebec Act,<sup>114</sup> the provincial legislature seems to have linked medical aid in dying to the end-of-life healthcare “continuum”<sup>115</sup> in order to avoid conflict with the *Criminal Code* provisions against assisted suicide and voluntary euthanasia.

For this reason, it is important to note that the Quebec Act only provides for voluntary euthanasia – which, because of the necessity of medical intervention, has been linked to healthcare. The Quebec Act does not provide for assisted suicide. In other words, administering the substance is not left to the patient’s discretion, which could open the door to a number of risks; it is the doctor who administers the lethal dose and supervises until death ensues.<sup>116</sup> Regardless, *Carter* decriminalized physician-assisted death, which includes both assisted suicide and voluntary euthanasia.

*Carter* also confirmed the Quebec Act in its introduction,<sup>117</sup> but it should be noted that the Quebec Act exclusively provides for medical aid in dying to people who are at the end of their lives,<sup>118</sup> whereas *Carter* does

---

<sup>113</sup> *Supra* note 30, s. 92(7), (13), and (16).

<sup>114</sup> “The purpose of this Act is to ensure that end-of-life patients are provided care that is respectful of their dignity and their autonomy. The Act establishes the rights of such patients as well as the organization of and a framework for end-of-life care so that everyone may have access, throughout the continuum of care, to quality care that is appropriate to their needs, including prevention and relief of suffering.

In addition, the Act recognizes the primacy of freely and clearly expressed wishes with respect to care, in particular by establishing an advance medical directives regime.”

<sup>115</sup> *An Act Respecting End-of-Life Care*, RSQ c S-32.0001, s. 1 (“Quebec Act”).

<sup>116</sup> *Ibid.*, s. 3(6) and s. 30.

<sup>117</sup> *Supra* note 1, para 7.

<sup>118</sup> *Supra* note 115, s. 26(3).

not necessarily limit availability of physician-assisted death to end-of-life patients, as already discussed.<sup>119</sup>

That being said, s. 26 of the Quebec Act enumerates all the conditions a person must meet in order to seek medical aid in dying. The patient must be an insured person within the meaning of the *Health Insurance Act*, be an adult who is capable of giving consent to healthcare,<sup>120</sup> be at the end of life, be suffering from a serious and incurable illness, be in an advanced state of irreversible decline in capability, and be experiencing constant and unbearable physical or psychological suffering which cannot be relieved in a manner the patient deems tolerable.

The physicians must also meet a number of requirements, listed at s. 29. First and foremost, they must make sure the patient requesting medical aid in dying meets all the conditions at s. 26, mentioned above. The physicians must make sure the patient is making the request freely (not as a result of external pressure), and that the request is informed.<sup>121</sup> The physicians must also verify the persistence of suffering and ensure the repeatedly expressed wish to obtain medical aid in dying remains unchanged over a period of time.<sup>122</sup> They must discuss the patient's

---

<sup>119</sup> Although the Legislative background of the federal Bill C-14 states the *Carter* trial judge, Justice Smith, adopted a similar end-of-life criterion of the Quebec Act, it could be argued that “an advanced state of weakening capacities, with no chance of improvement” does not necessarily mean that the person is at the end of their life. See Minister of Justice and Attorney General of Canada, *Legislative Background: Medical Assistance in Dying (Bill C-14)*, p. 19, <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/ad-am/index.html>, 10.12.2017. Also see *Carter*, *supra* note 17, paras 867, 1391.

<sup>120</sup> I.e. be able to understand the situation and the information given by health professionals, and to make decisions.

<sup>121</sup> The physician informs the patient of the prognosis and of other treatment options and consequences. *Supra* notes 78 and 80.

<sup>122</sup> According to s. 29(1)(e), the physician must “verify[...] the persistence of suffering and that the wish to obtain medical aid in dying remains unchanged, by talking with the patient at reasonably spaced intervals given the progress of the patient’s condition”. See note 151. Also see B. Pelletier, *Les deux solitudes juridiques*, *La Presse.ca*, 30 April 2016, [http://plus.lapresse.ca/screens/d7d54a74-8744-4271-9b51-3e58f921d635%7C\\_0.html](http://plus.lapresse.ca/screens/d7d54a74-8744-4271-9b51-3e58f921d635%7C_0.html), 10.12.2017. However, following a letter from the Quebec Minister of Health, Gaétan Barrette, informing health professionals of the new *Criminal Code* provisions, directors of healthcare institutions are advised to give a 10-day leeway period between requests for medical aid in dying and the administration of the treatment. The letter also recommends medical professionals to require two witnesses to sign off on requests, as per the federal Act. See L. Gagné, *Aide à mourir: Québec a modifié la loi en catimini, dénonce le PQ, canoe.ca*, 18 July 2016.

request with any members of the care team who are in regular contact with the patient as well as with the patient's close relations and ensure the patient has had an opportunity to discuss the request with the persons they wished to contact. Finally, the physician must obtain the opinion of a second independent physician, confirming that the conditions for obtaining medical aid in dying are met.

The Quebec Act also provides for the possibility of physicians to conscientiously object to administering or taking part in medical aid in dying due to their personal values. Those who refuse must provide continuity of care to the patient in accordance with the provisions of their code of ethics and the patient's wishes. They must notify the authorities responsible, which will have to take the necessary steps to find, as soon as possible, another physician willing to deal with the request.<sup>123</sup>

On that note, mention should be made of institutional objections, i.e. establishments which refuse to provide medical aid in dying for religious or other conscientious reasons. The Quebec Act does not seem to provide insight; although a Doctor has the ability to conscientiously object, the same cannot be said of facilities, like palliative care providers, for example. The SCC does not cover this, but the Quebec Minister of Health and Social Services, Gaétan Barrette, has publicly stated that institutions in his province must respond to requests to die with dignity and, if individuals conscientiously object, the institution must find another doctor to provide treatment.<sup>124</sup>

Comparatively speaking, the *Carter* decision is a departure from the Quebec Act for a number of reasons. As seen above, an argument could be made that *Carter* does not only apply to those who are at the end of their lives, whereas the Quebec Act requires the physician to submit a prognosis report stating the end-of-life of the patient, as opposed to a diagnostic report.<sup>125</sup> In other words, among the Supreme Court's

---

<sup>123</sup> *Supra* note 115, s. 31.

<sup>124</sup> Gaétan Barrette insists dying patients must get help to ease suffering, *CBC News*, 2 September 2015, <http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/ga%C3%A9tan-barrette-insists-dying-patients-must-get-help-to-ease-suffering-1.3213615>, 10.12.2017.

<sup>125</sup> *Supra* note 115, s. 29(1)(b).

conditions in *Carter*, which involve a grievous and irremediable medical condition, end-of-life does not seem to emerge. Practically speaking, a person could be suffering from a grievous and irremediable condition causing unbearable suffering, yet have a life expectancy of many years – such was the case for Kay Carter, who was suffering from a non-fatal condition.

As said before, *Carter* includes assisted suicide and voluntary euthanasia whereas the Quebec Act only provides for the latter. On this point, no serious objections have been made in the legal community.

Finally, the Quebec Act does not, *a priori*, require the unbearable suffering to be caused by the medical condition. As will be discussed in the next section, Parliament's<sup>126</sup> legislative response does require a causal connection between the suffering and the medical condition.

Both *Carter* and Parliament require a causal connection, however death does not have to be caused by the condition, but rather a decline in capacity.

#### 4. *Carter* [2016]

*Carter* declared a suspension of declaration of constitutional invalidity for 12 months. Parliament was not able to meet that timeline due to the federal election, so the Attorney General of Canada brought a motion before the Supreme Court requesting a six-month extension on 11 January 2016. Four days later, the Supreme Court granted the motion in part. The majority ordered an extension of the suspension, but only for four months, to cover the delay caused by the election.<sup>127</sup>

Despite the 2016 *Carter* decision, after the expiration of the Supreme Court's declaration of invalidity on 7 June 2016, there seemed to be confusion about the legality surrounding physician-assisted death in anticipation of federal legislation. Certain provincial Attorney Generals announced that physicians providing assisted death to persons meeting

---

<sup>126</sup> Of note, in certain areas of *Carter*, the Supreme Court only refers to Parliament.

<sup>127</sup> *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2016] 1 SCR 13, para 2 and 7 (“2016 *Carter* decision”).



the *Carter* criteria would not be prosecuted.<sup>128</sup> The Ontario Ministry of Health stated the provincial government would cover the cost of the drugs used.<sup>129</sup> The College of Physicians and Surgeons of Ontario developed an interim policy on medical assistance in dying.<sup>130</sup> The Ontario premier confirmed that patients seeking physician-assisted death do not need to acquire court orders in order to protect themselves or their physicians from legal risk.<sup>131</sup> Nonetheless, a number of regulatory bodies of nurses and pharmacists urged practitioners to have court orders before providing treatment.<sup>132</sup>

In Ontario, the Superior Court of Justice declared that until the appropriate legislation came into force, persons seeking physician-assisted death needed court orders in order to exercise their constitutional right – not to seek authorization for a constitutional exemption – but rather to obtain a constitutional remedy under s. 24 of the *Constitution Act, 1982*,<sup>133</sup> pending the enactment of legislation.<sup>134</sup>

That being said, the Court stated that the Quebec Act can continue to apply in Quebec. The majority was very clear in stating those who wish to seek physician-assisted death in other provinces may apply to the superior court of their jurisdiction for relief during the extended period of suspension.<sup>135</sup>

---

<sup>128</sup> Newfoundland and Labrador, Public Prosecutions Division, *Physician-Assisted Death (PAD)*, 9 June 2016, [http://www.justice.gov.nl.ca/just/publications/pdf/dpp\\_practice\\_directive.pdf](http://www.justice.gov.nl.ca/just/publications/pdf/dpp_practice_directive.pdf), 10.12.2017. Also see *supra* note 127, para 10, for the Quebec Minister of Justice; *O.P. v Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 3956, para 18, for the Attorney General of Ontario.

<sup>129</sup> S. Ubelacker, *Who will pay for the drugs for physician-assisted death?*, *The Canadian Press*, 12 June 2016, <http://www.ctvnews.ca/health/who-will-pay-for-drugs-for-physician-assisted-death-1.2942509>, 10.12.2017.

<sup>130</sup> The College of Physicians and Surgeons of Ontario, *Medical Assistance in Dying*, June 2016, <http://www.cpso.on.ca/Policies-Publications/Policy/Interim-Guidance-on-Physician-Assisted-Death>, 10.12.2017.

<sup>131</sup> *Physician-assisted death in Ontario comes with a legal caveat*, *CBC News*, 6 June 2016, <http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/ontario-physician-assisted-death-1.3618659>, 10.12.2017.

<sup>132</sup> *O.P. v Canada (Attorney General)*, *supra* note 128, paras 19–21.

<sup>133</sup> *The Constitution Act, 1982*, Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

<sup>134</sup> *Supra* note 127, paras 9, 24.

<sup>135</sup> *Ibid*, para 6.

## 5. Federal legislation

The Federal Bill entitled *An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)*<sup>136</sup> (“Act”) received royal assent 17 June 2016. As its title suggests, it amends the *Criminal Code* to protect physicians and nurse practitioners who assist with death from being charged for culpable homicide.<sup>137</sup> As seen before, this goes beyond *Carter*, which did not cover nurse practitioners; that said, this deviation does not seem unconstitutional, because *Carter* constitutes a platform and not a ceiling for physician assisted death.<sup>138</sup>

Moreover, it seems the main premise behind including nurse practitioners is the fact that they have the authority to provide many of the same services as family physicians in assessing, diagnosing, and treating patients; it would be logical to protect them from criminal prosecution as well.<sup>139</sup> Thus, Parliament opted for the term “medical aid in dying”, as opposed to a term that would only apply to physicians. In that respect, it seems that, in time and following a gradual change in culture surrounding this controversial issue, the term employed by Parliament will prevail over “physician-assisted death” in public discourse.

On that note, with regards to different terms used (as seen above, Parliament employs the term “Medical assistance in dying” in the Act, whereas the Ontario college of physicians and surgeons uses “Physician-assisted death”, and Quebec uses “Medical aid in dying” in its legislation),<sup>140</sup> the trial judge in *Carter* states that all are generic terms

---

<sup>136</sup> SC 2016, c 3.

<sup>137</sup> *Supra* note 30, s. 227.

<sup>138</sup> *Supra* note 105.

<sup>139</sup> Canada, Parliament, *House of Commons Debates*, 42<sup>nd</sup> Parl, 1<sup>st</sup> sess, No 45 (22 April 2016), p. 1230 (Hon. Jane Philpott), <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Pub=Hansard&Doc=45&Parl=42&Ses=1&Language=E&Mode=1#8881567>, 10.12.2017.

<sup>140</sup> According to the Ontario Supreme Court, opponents use the term “physician-assisted suicide”, whereas proponents use the term “physician-assisted death”, *O.P. v Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 3956, para 27. However, physician-assisted death can be separated into two sub-categories: voluntary euthanasia and assisted suicide. The main difference between the two lies in the role the physician plays; in the former, it is the physician who delivers the lethal substance to the patient. In the latter, it is the patient who performs the act to end their life (for example, taking a pill). *Supra* note 15, p. 44.

used to describe physician-assisted suicide or voluntary-euthanasia that is “performed by a medical practitioner or a person acting under the direction of a medical practitioner.”<sup>141</sup> This seems to be in line with the Act.

But the debate on terminology does not end there. In other words, what should “it” be called? For the Supreme Court, although not expressed as directly, physician-assisted death is a medical act. Some call it “care”.<sup>142</sup> Even though the Court did not use the word “care”, it follows that a certain compassion for the terminally ill and suffering is a major component of this decision. Others say it is not medical simply because it is offered by doctors. Attention must be paid to this detail, as “care” is generally supposed to improve a condition. Nevertheless, the Court uses the terms “treatment” and “practice”, which refers to the medical aspect of physician-assisted death.<sup>143</sup>

As part of Parliament’s legislative response to *Carter*, an ad-hoc federal panel was created in order to provide background on medical aid in dying in Canada. One aspect which the federal panel addressed in their report is the diverse terms used by organisations<sup>144</sup> to describe physician-assisted death. Different concerns were brought forward by contributors; some suggested the term “death” indicates an event rather than a process.<sup>145</sup> Others raised indigenous concerns with the term “physician-assisted suicide” as it explicitly associates assisted death with physicians, which could cause apprehension that patients must “engage [...] with their physician as a matter of course”.<sup>146</sup> Others described the risk that “physician-assisted death or dying” could undermine the practice of palliative care, or that the term “assisted” is too emotionally charged and

---

<sup>141</sup> *Supra* note 17, para 39.

<sup>142</sup> *Ibid*, para 7.

<sup>143</sup> *Ibid*, paras 23, 27, 52, 107.

<sup>144</sup> *Carter* uses “physician-assisted death” or “physician-assisted dying”, Parliament employs the term “Medical assistance in dying” in the Act, the Ontario College of Physicians and Surgeons uses “Physician-assisted death”, and Quebec uses “Medical aid in dying” in its legislation.

<sup>145</sup> *Supra* note 15, p. 47.

<sup>146</sup> *Supra* note 15, p. 46.

could be replaced with “administered”.<sup>147</sup> Nonetheless, it is clear that this subject is a challenging issue for all Canadians.

Now that the Act has come into force, s. 241.1 of the *Criminal Code* defines medical assistance in dying as “(a) the administering by a medical practitioner or nurse practitioner of a substance to a person, at their request, that causes their death; or (b) the prescribing or providing by a medical practitioner or nurse practitioner of a substance to a person, at their request, so that they may self-administer the substance and in doing so cause their own death [...]”. Although the Act was inspired by the Quebec Act, on this point it is a departure as the former includes both voluntary euthanasia and assisted suicide, whereas the latter does not, as seen above.

The conditions for seeking out medical assistance in dying are outlined at s. 241.2 of the *Criminal Code*; the person must be eligible for public health services, be at least 18 years old, make a voluntary request and give informed consent to receive medical assistance in dying, and have a serious and incurable illness, disease or disability. Subsection 241.2(2) defines a grievous and irremediable medical condition as being in an advanced state of irreversible decline in capability, experiencing enduring and intolerable suffering as a result of the medical condition, and where natural death is reasonably foreseeable, without a prognosis necessarily having been made.<sup>148</sup> On this, the Act differs from the Quebec Act on two fronts. The Act seems more flexible in that it does not require patients to be at the end of their lives, but requires death to be reasonably foreseeable, and does not require a prognosis.

The safeguards are provided at subsections 241.2(3) to (9). To name a few, patients’ natural death must be reasonably foreseeable and the person must be in an advanced stage of decline in capacity. Patients must make a written request for medical assistance in dying (a designated person can do so if the patient cannot write), and have it signed by two independent witnesses. This differs slightly from the Quebec Act, which requires patients to be at the end of their lives and be in the advanced

---

<sup>147</sup> *Supra* note 15, p. 46.

<sup>148</sup> *Supra* note 30, s. 241.2(1) and (2).

stages of decline in capacity. The Quebec Act also requires only one witness (either a health or social services professional).<sup>149</sup> Although the conditions regarding the end-of-life are very similar, they are subtly nuanced.

Furthermore, two independent physicians or authorized nurse practitioners are required to evaluate the request, and there is a mandatory period of at least 10 days of reflection between the formal request and the date of treatment, unless death or loss of capacity to consent is imminent. This is in opposition to the undefined period of verification of the patient's persistence in the Quebec Act;<sup>150</sup> however, it is now subject to the letter written by the Quebec Deputy Minister of Health advising Quebec healthcare professionals to adhere to the 10-day period and two witness standards provided by the federal Act.<sup>151</sup> Finally, the Act provides for patients' ability to withdraw their request at any time.

The Act also seems to provide for a monitoring and reporting mechanism for medical assistance in dying. Parliamentary documents reveal an intention to work with provinces and territories on a voluntary protocol for the collection of data: "This is an issue that will require close cooperation with the provinces and territories, and [will be developed] in consultation with those governments."<sup>152</sup> That being said, there does not seem to be a specific mechanism currently in place.<sup>153</sup>

Regarding the condition of patients seeking medical assistance in dying, two deductions can be drawn from the Act: firstly, there does not have to be a specific prognosis or prospected time before death (although

---

<sup>149</sup> *Supra* note 115, s. 26.

<sup>150</sup> Which uses the "reasonably spaced intervals given the patient's condition" standard. *Supra* note 122 and s. 29(1)(c) of the Quebec Act.

<sup>151</sup> *Supra* note 115.

<sup>152</sup> Canada, Parliament, *House of Commons Debates*, 42<sup>nd</sup> Parl, 1<sup>st</sup> sess, No 45 (22 April 2016), p. 1230 (Hon. Jody Wilson-Raybould), p. 1010, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Pub=Hansard&Doc=45&Parl=42&Ses=1&Language=E&Mode=1#8881567>, 10.12.2017.

<sup>153</sup> In Ontario, the College of Physicians and Surgeons has placed emphasis on current medical record obligations that existed before the legalization of medical aid in dying as an interim measure until regulations are developed on the reporting and collection of data on medical aid in dying. See the Ontario College of Physicians and Surgeons website: <http://www.cpsso.on.ca/Policies-Publications/Policy/Medical-Assistance-in-Dying>, 10.12.2017. Also see C. Cullen, *More than 100 Canadians have opted for assisted death since law passed*, *CBC News*, 2 September 2016, <http://www.cbc.ca/news/politics/assisted-dying-tracking-numbers-1.3744347>, 10.12.2017.

it would have to be reasonably foreseeable). Secondly, mental illness cannot be the sole medical condition suffered by the patient.

It seems that both diverge from *Carter*, as nothing in the Supreme Court's reasons unequivocally suggest an intention to limit accessibility of physician-assisted death to those who are at or near the end of their lives, or those with mental illnesses (as the sole medical condition and not resulting from suffering) as long as they satisfy the conditions set out in the decision.<sup>154</sup> Furthermore, if Parliament were to rely on the argument that the Court limits its decision to cases like Mrs. Carter's in order to support the condition for reasonable foreseeability of natural death provided for by the Act, that argument would be flawed. Mrs. Carter was suffering from a non-fatal medical condition, and the Court limited its decision to cases of the like, which does not impose the condition of reasonable foreseeability of natural death.<sup>155</sup>

Regarding the Act's requirement for a decline in capability,<sup>156</sup> *Carter* does not explicitly mention this condition. Indeed, where *Carter* talks about a grievous and irremediable medical condition, the Act provides that the person seeking treatment must be in an advanced state of irreversible decline in capability. Parliament seems to rely on paragraph 127 of the decision to limit the application to persons with similar conditions as Mrs. Carter and Mrs. Taylor, and Parliament opted for reasonable foreseeability of end of life and irreversible decline in capabilities, which is not, for the reasons stated above, a fact-driven argument, considering Mrs. Carter was not suffering from a fatal condition. In fact, a strong argument could be made that Mrs. Carter would not have satisfied the reasonable foreseeability of end of life condition imposed by the Act. Regardless, Parliament has taken its position.

On mental illness, generally speaking, persons suffering from this type of condition do not endure a decline in physical capabilities, nor are they in a position where their natural death is reasonably foreseeable. For these reasons, Parliament has taken the position that mental illness

---

<sup>154</sup> B. Pelletier, *L'argumentaire fédéral sur l'aide médicale à mourir*, *La Presse*, 7 June 2016, [http://plus.lapresse.ca/screens/65b2ac2d-1638-47f8-acba-ba4d0dd78a6d%7C\\_0.html](http://plus.lapresse.ca/screens/65b2ac2d-1638-47f8-acba-ba4d0dd78a6d%7C_0.html), 10.12.2017.

<sup>155</sup> *Supra* note 1, para 127.

<sup>156</sup> *Supra* note 136, s. 241.2(2)(b).

cannot be the sole medical condition in order for a person to be eligible for physician-assisted death.

Indeed, a number of possible interpretations of the Court's decision can be made. A liberal interpretation would generally stick to the grievous and irremediable medical condition which causes persistent and intolerable suffering, which leaves quite a bit of room for flexibility.

The Act takes a stricter approach, coupled with Parliament's unique interpretation of paragraph 127 of the decision which limits its application to cases like Mrs. Carter and Mrs. Taylor's. Building on this basis, the Act adds the conditions of reasonably foreseeable death and a decline in capability. As mentioned above, a mental illness would normally not engender a decline in physical capabilities or reasonably foreseeable death, and following this logic, if mental illness is the sole medical condition, it is excluded from the application of the Act. Once again, this argument is based on the hypothesis that both Mrs. Carter and Mrs. Taylor were facing reasonably foreseeable death, which is not the case. The *Carter* decision applies to any patient with a grievous and irremediable medical condition that causes ongoing and intolerable suffering. In our opinion, this includes mental illness, even when it is the sole underlying medical condition, insofar as the criteria outlined in *Carter* are met. It is quite possible that mental illness was included in paragraph 127 of the decision, however insanity or other mental conditions which remove a person's capacity for consent would naturally be excluded.

That being said, it is still difficult to determine whether the *Carter* decision really applies to mental illness; given the guiding principles of the Court's decision (autonomy, personal integrity and physical/psychological wellbeing, quality of life and human dignity), we are of the opinion that it could be just as applicable to patients suffering from mental illness as those with physical ailments. However, and in the spirit of full disclosure, the opposite argument could be made if one were to rely on the fact that mental illness – contrarily to a number of corporal conditions – does not cause a decline in physical capability, which is a key factor in the *Carter* decision.

Also, caution should be taken with this hypothesis in light of the Court's reasons surrounding Professor Montero's affidavit, which it says



is based on cases which do not “fall within the parameters suggested in these reasons, such as euthanasia for minors or persons with psychiatric disorders [...]”<sup>157</sup> That being said, this particular aspect remains ambiguous and no categorical conclusion on the inclusion of mental illnesses by the Court can be made.

Regarding enduring suffering, the Act provides certain flexibility; it states that a person has a “grievous and irremediable” medical condition when, in part, the illness, disease or disability or the state of decline causes the patient enduring and intolerable (physical or psychological) suffering. The criterion that natural death be reasonably foreseeable should be appreciated while taking into account all of the medical circumstances of the patient, and not just the medical condition. In the Act, there is no precise link between the illness, disease or disability and the end-of-life. It does not require the anticipated cause of death be the patient’s medical condition, nor that the patient be dying from a fatal illness. Death does not have to be caused by the serious and incurable illness, disease or disability, and the cause of the foreseeable death does not have to be the medical condition of the patient. Furthermore, this will not necessarily be a fatal disease or condition; the decline does not have to be due to a condition that is fatal in itself.

Moving forward, the preamble of the Act commits Parliament to the exploration of medical assistance in dying for mature minors, advance requests and cases where mental illness is the sole condition. The Act also provides for a parliamentary review in 5 years.<sup>158</sup>

## 6. Conclusion

Legislation surrounding physician-assisted dying has been a long time coming. Even in 1993, certain justices of the highest Court in the country were not convinced of Parliament’s inability to adequately regulate physician-assisted death. In his reasons, while dissenting Justice Lamer recognized the importance of distinguishing situations where a person is aided

---

<sup>157</sup> *Supra* note 1, para 111.

<sup>158</sup> *Supra* note 136, s. 10.



in their decision to commit suicide and those where a person is influenced by another to commit suicide, he rejected the argument that protecting the vulnerable must result in denying self-determination in other circumstances: "I remain unpersuaded by the government's apparent contention that it is not possible to design legislation that is somewhere in between complete decriminalization and absolute prohibition."<sup>159</sup>

Fast-forward twenty years later, in a very similar factual situation, it seems Justice Lamer's opinion was foreshadowing what was to come. In *Carter*, by declaring the *Criminal Code* provisions inoperative to the extent that they prohibit physician-assisted dying requested by an adult who is competent, who clearly (voluntary and informed) consents to the termination of life, is affected by a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability), and who has a condition that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his condition, the Supreme Court officially decriminalized physician-assisted death in Canada.

It should be noted that *Carter* is authored by "The Court". Usually, decisions by the Supreme Court are authored by one or a few of the majority (who are identified), and any judges who wish to write dissenting opinions do so. In *Carter*, no one in particular is identified, which indicates the unequivocal consensus of all nine justices in the decision.<sup>160</sup> This is subtle yet significant in that it underscores the unanimous agreement on this particularly important constitutional question.

After the *Carter* decision, Parliament began to work on developing a response to the decision. Of these was the instatement of an external panel to conduct consultations on options for a legislative response to the decision.<sup>161</sup> Along with other studies,<sup>162</sup> the report of the external panel provided information which informed the progress of the federal bill.

One factor which remains to be discussed in *Carter* is the future debate on equality rights; in *Carter*, the Court did not pursue a s. 15 analysis, as it

---

<sup>159</sup> *Supra* note 3, p. 568–569.

<sup>160</sup> *Supra* note 15, p. 36.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 5.

was not necessary in light of its findings regarding s. 7. A possible future question is whether physician-assisted dying can be extended to minors,<sup>163</sup> people seeking advance requests and those whom mental illness is the sole underlying condition. If Parliament were to refuse these people from seeking physician-assisted death, it would be up to the Courts to determine if a s. 15 violation could be saved by s. 1 of the *Charter*. Until then, nothing can be assumed. Additionally, regarding mental illness, in light of the federal legislation, if a *Charter* challenge were to occur, the condition preventing a person with mental illness as their sole medical condition from seeking medical aid in dying could be declared invalid in a s. 7 analysis based on the *Carter* precedent, even before a s. 15 analysis would be necessary.

However, one thing is certain: The Court will not consider these factors overnight. That does not mean that the Court will not consider the possibility in the next ten to fifteen years. Perhaps, as was the case in *Carter*, the legislative landscape and context surrounding this issue will have evolved by the time the Court is presented with this question. Perhaps the Court will eventually conclude that suffering is suffering. Perhaps, in the future, physician-assisted dying will be available to minors, advance requestors and the mentally ill under certain conditions for the aforementioned reasons. For the time being, suffice it to say that the *Carter* decision goes quite far for most Canadians, who had yet to be initiated to physician-assisted death.

---

<sup>163</sup> More specifically, should it be available to minors who are capable of making medical decisions, or “mature minors”, as the Act states in its preamble?

## Summary

In 1993, a woman named Sue Rodriguez made a claim before the Supreme Court of Canada in order to be allowed, legally, to seek physician assistance in dying. She was suffering from ALS, and her prognosis was between two and fourteen months. Essentially, she did not want to end her life prematurely by committing suicide, yet she also did not want to experience the slow and painful death which ALS would inevitably impose.

The Supreme Court has long recognized the notions of human dignity, personal autonomy and the ability to control one's physical and psychological integrity free of state interference as values falling under the scope of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, in 1993, Canadian society had not seemed to come to a consensus regarding the decriminalization of physician-assisted suicide let alone the constitutionality of an active or passive regime. It was therefore not surprising that the Supreme Court delivered a divided decision in Rodriguez, with five out of nine judges opting for a more cautious approach, prioritising human life and protection of the vulnerable.

Despite the division in Rodriguez, legal recognition of physician-assisted dying would not be on the horizon until two decades later, when the highest court in Canada was presented once again with the question of whether the blanket prohibition provided by s. 241(b) was unconstitutional – but in a different Canadian context compared to that of 1993.

As it is discussed in this paper, it seems that the sociological, political and legal context in Canada was at a pivotal point, setting the stage for the Supreme Court to take a very different – and unanimous – stand on physician-assisted death in 2015.

**Keywords:** Charter, Medical assistance in dying, Rodriguez, Carter, assisted suicide

## LAW AND MEMORY: THE UNOBSVIOUS RELATIONSHIP

### 1. Introduction

It has recently been argued that the central characteristic of law is the search of the past, the search for the lost time.<sup>1</sup> This search is perhaps most visible in the unobvious, but exceptionally potent relationship between law and collective memory.

This relationship spans centuries. ‘Greek tragedy provides many insights into the links between memory, justice, and the law. From American and French Revolutions through decolonisation, rights and memory were always umbilically linked to state and nation, to citizenship issues and the invention of national traditions.’<sup>2</sup> Also, the link between collective memory and the creation of ethical systems has been established, as ‘collective memory that becomes a part of one’s tradition is connected to ethical issues by illuminating the precedents of human behaviour. Thus collective memory that becomes a part of one’s religious tradition is a guide for ethical behaviour.’<sup>3</sup>

But, for various reasons, this relationship has so far not been thoroughly examined in the socio-legal research. It has been observed, however, that law is ‘central to new attempts at breaking cycles of violence’<sup>4</sup> and ‘at providing transitional justice during shifts from authoritarian

---

\* University of Wroclaw, Faculty of Law, Administration and Economics, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wroclaw, Poland, e-mail: mmsadowski@gmail.com.

<sup>1</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, *Law as Memory*, *Law Critique* 2015/26, p. 251.

<sup>2</sup> A. Huyssen, *International Human Rights and the Politics of Memory: Limits and Challenges*, *Criticism* 2011/53, p. 607.

<sup>3</sup> I. Maymid, *A comparative Case Study: Memory, Law and Morality*, *JIPR* 2013/18, p. 97, 99.

<sup>4</sup> M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* [in:] *Law and Collective Memory*, ed. J.J. Savelsberg, R.D. King, ARLSS 2007, p. 189, 189.

regimes to democracy',<sup>5</sup> with collective memory being 'a central mediating force'.<sup>6</sup>

Law can be an extremely influential factor in the creation of collective memory, being 'a major discourse providing a framework for the discursive creation of collective memories of nations and groups'<sup>7</sup> as it 'involves highly effective rituals'<sup>8</sup> and 'its enforcement is backed by the coercive apparatus of states, churches, or other organized groups.'<sup>9</sup> The 'law-tinged' memories, being shaped by 'set institutional rules, [...] differ distinctly from memories produced by historians or in the worlds of politics, art, and religion.'<sup>10</sup> Likewise, it has been remarked that law may institutionalize collective memories.

Law can also influence collective memory indirectly, regulating what can and cannot be said about the past (e.g. Holocaust denial prohibition), what information might and might not be accessed and collected<sup>11</sup> (e.g. the archives of secret services), or through 'applied commemorations'.<sup>12</sup>

On the other hand, collective memory may also affect law, for example law enforcement practices, or in the process of distinction between 'law in the books and law in action'.<sup>13</sup> It has been observed too that in the process of legislative and legal decision making, collective memories are 'activated', which ultimately leads to 'institutionalization of collective memory as law'.<sup>14</sup>

---

<sup>5</sup> See N.J. Kritz, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, ed. N.J. Kritz, US Institute of Justice 1995; R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000.

<sup>6</sup> J. Meierhirsch, *A Question of Guilt*, cited in J.J. Savelsberg, R.D. King, [2007], p. 190.

<sup>7</sup> M. Halbwachs cited in A. Reading, *Identity, memory and cosmopolitanism: The otherness of the past and a right to memory?*, EJCS 2011/4, p. 379, 385.

<sup>8</sup> É. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, New York 1984.

<sup>9</sup> M. Weber, *Economy and Society*, California 1976.

<sup>10</sup> J.C. Alexander, *Toward a theory of social trauma* [in:] *Cultural Trauma and Collective Identity*, ed. J.C. Alexander [et al.], California 2004, p. 16.

<sup>11</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2007], p. 190.

<sup>12</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2007], p. 207.

<sup>13</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2007], p. 190.

<sup>14</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, *Institutionalizing Collective Memories of Hate: Law and Law Enforcement in Germany and the United States*, AJS 2005/111, p. 579–616.

Also, the question of memory, always vital during a trial, has increased in the recent years. Over 75% of the first 250 cases in the US where DNA evidence was used to the exoneration of the innocent, were the cases of those sentenced on the basis of erroneous eyewitness testimony.<sup>15</sup> Ultimately, a broader, more scientific approach to the issue of remembering and forgetting in procedural law has been implemented as a result of the breakthrough case *State v. Henderson*<sup>16</sup> – after it has been proved that the key witness for the prosecution has been influenced by the investigators, and thus falsely identified Mr. Henderson as the perpetrator, the New Jersey Supreme Court decided to issue new jury instructions for assessing eyewitnesses' testimony.

Drawing from cognitive psychology, the new instructions state that 'human memory is not foolproof. [It] is not at all like a video recording that a witness need only replay to remember what happened. Human memory is far more complex. [...] At each of [the] stages [of remembering], memory can be affected by a variety of factors.'<sup>17</sup>

This change provoked a discussion on the possible extent of the contribution of not only cognitive psychology, but also neuroscience to law. Cognitive psychology has long established that 'eyewitnesses sometimes report confident but inaccurate memories and that post-event suggestions or misinformation can easily taint eyewitness memory', that 'identifying members of a different race is typically more difficult than identifying members of the same race' and that 'high levels of stress can impair the accuracy of eyewitness memory.'<sup>18</sup>

On the other hand, the merits of neuroscience's intersections with law are still debated. While brain imaging techniques, such as functional magnetic resonance imaging (fMRI), or event-related potentials, might be of great help during the trial, as they can show which memories are true

---

<sup>15</sup> D.L. Schacter, E.F. Loftus, *Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?*, *Nature Neuroscience* 2013/2, p. 118–119.

<sup>16</sup> Judgment of the Supreme Court of New Jersey of 24 August 2011, *State v. Henderson*, N.J. 208, <https://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1578475.html>, 27.04.2018.

<sup>17</sup> New Jersey Courts, Identification: In-Court Identification Only, [judiciary.state.nj.us/attorneys/assets/criminalcharges/idinct.pdf](http://judiciary.state.nj.us/attorneys/assets/criminalcharges/idinct.pdf), 25.07.2017.

<sup>18</sup> D.L. Schacter, E.F. Loftus, [2013], p. 119.

or false, and whether or not somebody is lying, their results are still not completely unambiguous<sup>19</sup>. Thus, although neuroscientific techniques have already led to mitigating the responsibility of the defendants,<sup>20</sup> they are not always allowed into court.<sup>21</sup>

It has to be noted, however, that together with cognitive psychology, neuroscience could help jurors, judges, and lawyers understand memory, as both disciplines stress that the society influences memory and its accuracy in a unique, special way.<sup>22</sup> The intersections of social, collective memories with law will be the main question of the following chapters of this paper.

## 2. The notions of collective memory and cultural trauma

It is often said that we are living in the days of ‘hypertrophy of memory’ or ‘memory boom.’<sup>23</sup> As French historian Pierre Nora observed, ‘we talk so much about memory, because so little of it is left.’<sup>24</sup> However, despite the popularity of memory-related topics in general, and collective memory in particular, the term itself is much more complex than it may appear at first glance.

The idea of collective memory was first introduced to sociology by Maurice Halbwachs,<sup>25</sup> who famously observed that ‘if we examine a little more closely how we recollect things, we will surely realize that the greatest number of memories come back to us when our parents, our friends,

---

<sup>19</sup> D.L. Schacter, E.F. Loftus, [2013], p. 120.

<sup>20</sup> M.S. Gazzaniga, *Neuroscience in the Courtroom*, Scientific American 2011, scientificamerican.com/article/neuroscience-in-the-courtroom, 25.07.2017.

<sup>21</sup> M. Laris, *Debate on brain scans as lie detectors highlighted in Maryland murder trial*, Washington Post, 26 August 2012, washingtonpost.com/local/crime/debate-on-brain-scans-as-lie-detectors-highlighted-in-maryland-murder-trial/2012/08/26/aba3d7d8-ed84-11e1-9ddc-340d5efb1e9c\_story.html?utm\_term=.23313e73f300, 25.07.2017.

<sup>22</sup> D.L. Schacter, E.F. Loftus, [2013], p. 121.

<sup>23</sup> S. Bednarek, *Menemotoposy. Słowo wstępne*, PK 2012/1, p. 5.

<sup>24</sup> P. Nora, *Między pamięcią a historią: “Les lieux de mémoire”*, <http://www.staff.amu.edu.pl/~ewa/Nora,%20Miedzy%20pamieciami%20i%20historia.%20Lies%20lieux%20de%20memoire.pdf>, 14.04.2018.

<sup>25</sup> M.M. Sadowski, *Psychological, Social, Cultural, Literary and Legal Dimensions of Memory*, WRLEA 2015/1, p. 141, 144.

or other persons recall them to us. [...] it is in society that people normally acquire their memories. It is also in society that they recall, recognise, and localise their memories. [...] Most of the time, when I remember, it is others who spur me on; their memory comes to aid of mine and mine relies on theirs.<sup>26</sup>

Halbwachs thus remarked that people acquire memories not only by psychological or physiological (individual) means, but also through social processes, which results in remembering more than one had experienced personally.<sup>27</sup>

While the general concept of collective memory may seem simple, it has numerous definitions. One of the most basic ones has been created by French philosopher Paul Ricœur, who divided memories into two groups: personal memories, the ones which can be attributed to one person (when we may say ‘*my* memory of a given event’) and collective memories, the ones attributed to more than one person (when we may say ‘*our* memory of a given event’).<sup>28</sup>

Other definitions of collective memory are more elaborate, with some of them emphasising the *past* aspect as crucial to the formation of collective memory, describing it as ‘knowledge about the past that is shared, mutually acknowledged, and reinforced by collectivity – from small informal groups to formal organizations to nation states and global communities’,<sup>29</sup> or stating that ‘collective memory reflects reality by interpreting the past in terms of images appropriate and relevant to the present; it shapes reality by providing people with a program in terms of which their present lines of conduct can be formulated and enacted.’<sup>30</sup>

The *past* aspect of collective memory is extremely important, as collective memories are the basis for the creation of collective identity of any social group, from class to a nation, with all human beings sharing

---

<sup>26</sup> M. Halbwachs, *On Collective Memory*, Chicago 1991, p. 38.

<sup>27</sup> M. Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law*, Oxford 2015, p. 48–49.

<sup>28</sup> P. Ricœur, *La mémoire, l'histoire*, Seuil 2000, p. 152–163.

<sup>29</sup> J.K. Olick, J. Robbins, *Social Memory Studies: From Collective Memory to the Historical Sociology of Mnemonic Practices*, ASR 1998/64, p. 381–482.

<sup>30</sup> B. Schwarz, *Abraham Lincoln and the Forge of National Memory*, Chicago 2000, p. 18.



‘cultural memories that are integral to their identities.’<sup>31</sup> Because ‘a group’s memory preserves the store of knowledge from which the group derives awareness of unity and peculiarity. Consequently, the socialisation process includes teaching the group’s collective memory to new members; it constitutes an important part of a community’s efforts to incorporate new members.’<sup>32</sup>

On the other hand, some definitions stress the *social* aspect of collective memory, portraying it as ‘a pool of shared cultural resources from which a common symbolic canon or the national imagery can be consciously selected or newly constructed’,<sup>33</sup> or as an ‘elaborate network of social mores, values and ideals that marks out the dimension of our imaginations according to the attitudes of the social group to which we relate.’<sup>34</sup>

The *social* aspect of collective memories is equally important to the *past* one in creating a group’s identity, as ‘the collective memory of a community is more than, and qualitatively different from, the aggregation of individual memories. A group’s memory involves the integration of various personal memories into a single common past of collective stories, myths, and more. Collective memory is substantiated and transmitted through a wide array of practices of commemoration, including various rituals, monument building, national holidays, museums, school textbooks, mass media, naming streets, or court’s proceedings. Agents of memory include diverse state and non-state actors, as well as individuals who organise various practices which construct and preserve the particular collective memory.’<sup>35</sup>

Evidently, there are also definitions that find the *past* and the *social* aspects of collective memory equally important in its creation in general,

---

<sup>31</sup> A. Reading, *Identity, memory and cosmopolitanism: The otherness of the past and a right to memory?*, EJCS 2011/14, p. 388.

<sup>32</sup> M. Hirsch, [2015], p. 51.

<sup>33</sup> M. Wulf, *Theory Building: Dynamics of Collective Memory in Estonia*, academia.edu/968407/Theory\_Building\_Dynamics\_of\_Collective\_Memory\_in\_Estonia, 5.03.2016.

<sup>34</sup> P.M. Hutton, *History as an Art of Memory*, cited in: B.S. Osborne, *Constructing Landscapes of Power: The George Etienne Cartier Monument, Montreal*, JHG 1998/(4), p. 58.

<sup>35</sup> M. Hirsch, [2015], p. 49–51.

not only when a group's identity is involved, noting that while 'collective memory represents both the cultural deposits of the past and emergent understandings that direct the flow of institutional life in the present, it is also about individuals using social frameworks of meaning to reconfigure the world as everyday life unfolds.'<sup>36</sup>

It is worth noting, however, that despite the fact that while various collective memory theories differ, they are all derived from the Halbwachs' observation that 'if we enumerate the number of recollections during one day that we have evoked upon the occasion of our direct and indirect relations with other people, we will see that, most frequently, we appeal to our memory only in order to answer questions which others have asked us, or that we suppose they could have asked us. We note, moreover, that in order to answer them, we place ourselves in their perspective and we consider ourselves as being part of the same group or groups as they.'<sup>37</sup>

Also it has to be remembered that the existence of collective memory was confirmed not only by sociology, but also by psychology. Frederic Bartlett remarked as early as in 1932, seven years after Halbwachs' 'On collective memory' was published, that 'the data [...] have repeatedly shown that both the manner and the matter of recall are often predominantly determined by social influences.'<sup>38</sup>

An interesting trend that has, on the other hand, recently appeared in the social memory research is worth remarking. Though I do not quite agree with such a perspective, various scholars have begun to distinguish halbwachsian and pre-halbwachsian collective memory concepts. The pre-halbwachsian ones would include the tradition of remembering heroes and artists in the Western tradition,<sup>39</sup> granting them 'immortality', derived 'from its inherent ethical or aesthetic value, which naturally draws posterity to it and thus sustains it.'<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, *Collective Memory, International Law, and Restorative Social Processes After Conflagration: The Holocaust*, ICJR 2010/20, p. 265–266.

<sup>37</sup> M. Halbwachs, [1991], p. 38.

<sup>38</sup> F.C. Bartlett, *Remembering: A study in experimental and social psychology*, Cambridge 1995, p. 23.

<sup>39</sup> N. Russel, *Collective Memory Before and After Halbwachs*, TFR 2006/4, p. 792–793.

<sup>40</sup> N. Russel, [2006], p. 794.

Interestingly, yet not entirely convincingly, this viewpoint tries to translate the three basic types of human memory – procedural (the ability to reproduce certain behaviour, e.g. cycling); semantic (the ability to store and evoke certain abstract information and facts, e.g. remembering geometrical formulas); and episodic (the ability to remember what one has experienced, e.g. the events of one's yesterday)<sup>41</sup> – to the idea of halbwachisian/pre-halbwachisian collective memory concepts. Here, the pre-halbwachisian concept is linked to semantic collective memory: anybody can remember, for example, the story of Henry VIII, which 'stands on its own and is not connected by nature to any particular individual's or group's memory identity.'<sup>42</sup> The halbwachisian concept, on the other hand, is linked to episodic memory, and 'it belongs to particular groups, takes lived experience as its object, is part of that group's identity, and cannot be transferred from one group to another.'<sup>43</sup>

While the length of this paper does not allow for a just critical analysis of this theory, it is worth noting that it seems to be faulty in its core: for example, despite the fact that no social group today may have episodic, personal memories of Henry VIII, the collective memory of him is certainly part of collective memories of the British as a particular group, which only demonstrates that the idea of dividing the collective memory concepts' to halbwachisian/pre-halbwachisian ones and translating them to the general types of human memory does not work on some levels.

However, nowadays not only collective memory, but also another social aspect of memory, known as collective forgetting, or collective amnesia, is frequently analysed.<sup>44</sup> As 'collective memory often affects individuals' emotions, and recollecting a particular event may generate a sense of pride [but also] embarrassment within the community's members',<sup>45</sup> this intriguing term encompasses the memories, which, while not being

---

<sup>41</sup> N. Russel, [2006], p. 797–798.

<sup>42</sup> N. Russel, [2006], p. 798.

<sup>43</sup> N. Russel, [2006], p. 799.

<sup>44</sup> M. Hirsch, [2015], p. 49.

<sup>45</sup> E. Zerubavel, *Social Memories: Steps to a Sociology of the Past*, *Qualitative Sociology* 1996/6, p. 283, 290.

erased, are ‘inaccessible at the time remembering takes place’, usually due to institutional and cultural practices<sup>46</sup> (for example slender memories of the Armenian genocide in Turkey, or of the treatment of indigenous people during the colonial period among Spaniards or Portuguese).

A similar term, linked to Giorgio Agamben’s idea of the *bare life* during the *state of exception*, is non-memory. As it has been observed, ‘when armies invade, dictators rule and genocidal forces are unleashed, the possibility for symbolic representation of the past embedded within a set of social and cultural practices, legal guarantees and political interventions may be entirely absent.’<sup>47</sup> The result of a legal and ethical void during the state of exception may be ‘the absence of a public and mediated record of atrocity and abuse’, i.e. non-memory.<sup>48</sup>

On the other hand, the new media have also allowed for a reverse mechanism to take place, i.e. collective evoking. Collective evoking is a process of bringing some forgotten facts and events back into collective memory of a social group. It may have recently been observed in Poland on the example of the history of post-WWII anti-communist resistant movements, which thanks to numerous books, articles, movies, but mostly thanks to the internet, rose from oblivion in the 1990s, to huge national celebrations taking place every March the 1<sup>st</sup> since 2011.<sup>49</sup>

\* \* \*

Another term closely related to the relationship between law and memory is cultural trauma. Inflicted on collective bodies, e.g. a nation,<sup>50</sup> cultural trauma is ‘a memory accepted and publicly given credence by a relevant membership group and evoking an event or a situation that

---

<sup>46</sup> C.B. Stone, W. Hirst, (*Induced*) *Forgetting to form a collective memory*, *Memory Studies* 2014/7, p. 314–316.

<sup>47</sup> A. Reading, [2011], p. 383.

<sup>48</sup> A. Reading, [2011], p. 383.

<sup>49</sup> M.M. Sadowski, *Collective Memory and Historical Determinacy: The Shaping of the Polish Transition* [in:] *Central and Eastern European Socio-Political and Legal Transition Revisited*, ed. B. Fekete, F. Gárdos-Orosz, Peter Lang 2017, p. 175, 179.

<sup>50</sup> B. Törnquist-Plewa, E. Narvselius, *Cultural Trauma Theory and the Memory of Forced Migrations: An Example From Lviv*, [academia.edu/7144299/Culture\\_Trauma\\_Theory](http://academia.edu/7144299/Culture_Trauma_Theory), 1.11.2016.

is: laden with negative effect; represented as indelible; and regarded as threatening a society's existence or violating one or more of its cultural presuppositions.<sup>51</sup>

As 'the ontologically unbearable nature of the event',<sup>52</sup> defying comprehension and representation, 'short-circuits symbolic mechanisms of coping with sudden changes, [...] the traumatic effects tend to be lasting and intractable',<sup>53</sup> for example the effects of Holocaust, war in former Yugoslavia, or of the genocide in Rwanda.

Cultural trauma has also been defined as 'less the existence of a repressed memory than the habitual acting out of the life world of the past in the present, mirroring a past experience of humiliation and destruction.'<sup>54</sup>

It has also been noted that experiencing cultural trauma 'can be understood as a social process that defines a painful injury to the collectivity, establishes the victim, attributes responsibility, and distributes the ideal and material consequences. [...] as traumas are experienced, [...] the collective identity will become significantly revised.'<sup>55</sup> What is also important, while both individuals and groups may be traumatised not only by the events that took place in reality, but also by the ones that will take place, or are believed to have taken place,<sup>56</sup> the reasons behind cultural (collective) and psychological (individual) trauma differ significantly.

The mechanisms of psychological trauma include 'intra-psychic dynamics of defence, adaptation, coping and working through.'<sup>57</sup> The process of creating cultural trauma, however, involves 'claims-making

---

<sup>51</sup> N.J. Smelser, *Psychological Trauma and Cultural Trauma* [in:] *Psychological Trauma and Cultural Trauma*, ed. J.C. Alexander [et al.], p. 31, 44.

<sup>52</sup> S. Radstone, *Screening Trauma: Forrest Gump, Film and Memory* [in:] *Memory and Methodology*, ed. S. Radstone, Berg 2000, p. 89.

<sup>53</sup> C. Carruth, *Trauma: Explorations in Memory*, Baltimore 1995.

<sup>54</sup> K.M. Fierke, *Bewitched by the Past: Social Memory, Trauma and International Relations* [in:] *Memory, Trauma and World Politics: Reflections on the Relationship Between Past and Present*, ed. D. Bell, Basingstoke 2006, p. 116, 132.

<sup>55</sup> J.C. Alexander, *Toward a Theory of a Cultural Trauma* [in:] *Psychological...*, ed. J.C. Alexander [et al.], p. 1, 22.

<sup>56</sup> J.C. Alexander, *Toward a Theory of a Cultural Trauma* [in:] *Psychological...*, ed. J.C. Alexander [et al.], p. 9.

<sup>57</sup> N.J. Smelser, [2004], p. 38–39.

by agents; carrier groups of the trauma process (with material and ideal interests); speech acts by carrier groups, who address an audience in a specific situation, seeking to project the trauma claim to the audience; and cultural classifications regarding the nature of the pain, the nature of the victim to the wider audience, and the attribution of responsibility.<sup>58</sup>

The implications of cultural trauma are severe – ‘the experience of traumatic events strikes a blow to the psyche that limits constructive intervention by community.’<sup>59</sup> As it has been observed, ‘where the mnemonic processes writing the past are for various reasons contended, as it is after conflagration, the integrity of its link with the present may compromise the flow of interactional life. Institutional structure may no longer be intact, and collective trauma from cataclysmic natural or political events that render individual bonds unworkable, may contribute to a community’s incapacity to construct coherent, consistent narratives to help organize life into a meaningful interactional flow.’<sup>60</sup>

However, it is worth noting that ‘establishing a historical event or situation as traumatic must speak in a language that will reach individual people. [...] experiencing a language of negative effect is a necessary condition for believing that a cultural trauma exists or is threatening.’<sup>61</sup> This linguistic action, ‘through which the master narrative of social suffering is created, is mediated by the nature of institutional arenas that contribute to it.’<sup>62</sup> Institutional features of law play a key role here, affecting the construction of both collective memory and cultural trauma.

### 3. Law as memory

The idea of seeing law as memory has emerged in the socio-legal thought deeply rooted in the philosophical concepts of Gilles Deleuze, Emmanuel Levinas and Henri Bergson and it stems from the latter’s views

---

<sup>58</sup> J.C. Alexander, [2004], p. 38–39.

<sup>59</sup> K.T. Erikson, *Everything in Its Path: Destruction of Community in the Buffalo Creek Flood*, New York 1976, p. 152–153.

<sup>60</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 266.

<sup>61</sup> N.J. Smelser, [2004], p. 40–41.

<sup>62</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2007], p. 192.

on time and memory. Seeing time ‘not as a series of isolated moments’, but rather ‘a continuous duration or movement’,<sup>63</sup> Bergson thought the present to exist ‘primarily as a focused and concentrated encounter with the past’,<sup>64</sup> merely ‘the best illuminated point of a moving zone which comprises all that we think or feel or will.’<sup>65</sup>

Henri Bergson also distinguished two types of memory: habit memory and pure memory. In his view, the habit memory is gained through repeating certain actions, and then accessed ‘intuitively’ in the present moment. While it is based on some past actions, it does not ‘transport the owner of the memory back into the past.’<sup>66</sup> Pure memory, on the other hand, is an image of a scene or an event from the past, which, while selective, ‘records, in the form of memory-images, all the events of our daily life as they occur in time.’<sup>67</sup>

For Bergson, pure memory is always shaped by the present, as ‘it arises in response to some feature of the perceiver’s current environment’, involving an interaction between ‘the present context and the images of a reconstructed past.’<sup>68</sup> He illustrated this concept on a model of an inverted cone (see Figure 1),<sup>69</sup> representing the shape of memory. ‘S’ (the point of the cone) is the place of intersection of one’s memory with his or hers present, ‘P’; ‘AB’ (the wide end) encompasses the whole of one’s lived experience; and ‘AB’; ‘A’B’; ‘A”B”’,’ are specific events in one’s past, which can be evoked as ‘representational memories,’ when brought to mind in ‘special circumstances.’ However, they are permanently shaping our present experiences, as they always live ‘in the background.’<sup>70</sup> In short, it means that ‘the lived experience of the present [...] both produces and

---

<sup>63</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 253.

<sup>64</sup> J. Crowe and C.Y. Lee, [2015], p. 252.

<sup>65</sup> H. Bergson, *Creative Evolution*, trans. A. Mitchell, H. Holt, London 1911, p. 3.

<sup>66</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 253.

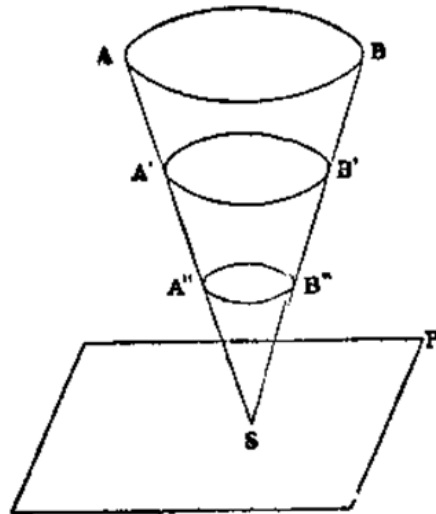
<sup>67</sup> H. Bergson, *Matter and Memory*, brocku.ca/MeadProject/Bergson/Bergson\_1911b/Bergson\_1911\_02.html, 1.11.2016.

<sup>68</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 253.

<sup>69</sup> H. Bergson, *Matter and Memory*, [http://www.reasoned.org/dir/lit/matter\\_and\\_memory.pdf](http://www.reasoned.org/dir/lit/matter_and_memory.pdf), 1.11.2016.

<sup>70</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 254–255.

is itself shaped by memory',<sup>71</sup> and that, in Deleuze's words, 'the present itself is only the most contracted level of the past.'<sup>72</sup>



For Bergson, the past both shapes and is shaped by the present, and they both 'combine to yield an integrated experience of time and memory.'<sup>73</sup> In his theory the past is dynamic, being perpetually reshaped by more recent events, its content depending on the 'perceptual trigger' producing it, thus a 'pure retrieval' of the past events may never take place.<sup>74</sup>

On the other hand, various legal interpretation theories, namely originalist (which searches for the original public meaning of the text) and intentionalist (which looks into the intentions of the legislator), perceive the past as a 'static entity'. Such a perspective is considered wrong from the 'law as memory' viewpoint because words in any legal act change meaning over time, the social circumstances also change, thus 'any public meaning or intention that may be reconstructed from the time of

<sup>71</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 254.

<sup>72</sup> G. Deleuze, *Bergsonism*, New York 1991, p. 74.

<sup>73</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 256.

<sup>74</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 256.



enactment is [...] a product of the present and the many other presents that precede it.<sup>75</sup> Ultimately, the judge, forever suspended between the past and the present, is in perpetual search for the dynamically changing meaning of law.<sup>75</sup>

This view has been vividly illustrated by Francis A.R. Bennon, who said that ‘the on-going Act resembles a vessel launched on some one-way voyage from the old world to the new. The vessel is not going to turn; nor are its passengers. Having only what they set out with, they cope as best as they can. On arrival in the present, they deploy their native endowments under conditions originally unguessed at.’<sup>76</sup>

Another Bergson’s concept, that ‘we perceive only in the past, the pure present being the invisible progress of the past gnawing into the future’,<sup>77</sup> also translates into the legal discourse, explaining why the witnesses testimonies vary to such an extent. As each person’s present ‘is experienced against a backdrop of oppression or privilege, violence or relative safety, bodily disintegration or integrity’,<sup>78</sup> each and every testimony is different in a way. Interestingly, Bergson’s view finds support in cognitive psychology, as empirical studies show that people ‘intuitively place events into the context of their existing conceptions of the world in an effort to make memories more coherent.’<sup>79</sup>

Interestingly, Bergson’s observations on memory sometimes echoed these of his contemporary, Maurice Halbwachs. Similarly to the above-mentioned sociologist, Bergson also noted the social elements of memory, arguing that collective memory lives on in the present – ‘what holds good for the present of individuals holds also for the present of nations: an event belongs to the past and enters into history when it is no longer of any direct interest to the politics of the day and can be neglected without the affairs of the country being affected by it.

---

<sup>75</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 257.

<sup>76</sup> F.A.R. Bennon, *Statutory Interpretation*, London 2002, p. 76.

<sup>77</sup> H. Bergson, *Matter and Memory*, [http://www.reasoned.org/dir/lit/matter\\_and\\_memory.pdf](http://www.reasoned.org/dir/lit/matter_and_memory.pdf), 1.11.2016.

<sup>78</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 258.

<sup>79</sup> S.K. Reed, *Cognition*, Wadsworth 2010, p. 383.

As long as its action makes itself felt, it adheres to the life of a nation and remains present to it.<sup>80</sup>

It has also been observed that Bergson's ideas resonate with Frederik A. von Hayek's evolutionary conception of common law, which 'evolves gradually over time through application to distinctive factual scenarios. Each case incrementally and dynamically extends the legal principles', which ultimately means that 'the common law is not so much created as uncovered',<sup>81</sup> being 'the product of human action but not of human design.'<sup>82</sup>

The link between von Hayek's and Bergson's theories is clearly visible: in common law the *stare decisis* doctrine means that 'the judges begin in the present, reflect on the past, and then apply the fruit of their reflections to yield an outcome.'<sup>83</sup> While Bergson tells us that any such kind of process 'depends crucially on snap judgments that already integrate a wide spectrum of past and present experiences', von Hayek speaks about 'utilising social knowledge' in common law.<sup>84</sup>

The further development of Bergson's ideas may be found in Emmanuel Levinas' diachronic theory of ethics. In his concept, Levinas argues that the ethical encounter between oneself and another person compels the former to 'recognise the ethical demands presented by other people'. The face-to-face encounter results in an 'epiphany', as the other presents "a 'primordial' demand for recognition as an ethical subject."<sup>85</sup> The memory of consecutive encounters forms the basis of an ethical attitude, which may further lead to the creation of legal and political discourse.<sup>86</sup>

Levinas, similarly to Bergson, insists that "the flow of time [...] produces a series of events linked by 'retention, memory and history'. '[N]othing is lost' to the past; rather, 'everything is consigned',

---

<sup>80</sup> H. Bergson, *The Creative Mind*, New York 1946, p. 179.

<sup>81</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 259.

<sup>82</sup> F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago 1973, p. 81.

<sup>83</sup> J. Frank, *Law and the Modern Mind* cited in J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 259.

<sup>84</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 259.

<sup>85</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 262.

<sup>86</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 263.

‘synthesised’ or ‘assembled’ into a ‘transcending diachrony’ that resists the tendency to separate time into a series of events.<sup>87</sup> Said diachronic orientation of ethics, contains the secret of sociality,<sup>88</sup> thus paving the way for justice and law.<sup>89</sup>

While Bergson ventures to show that ‘law’s engagement with the past is imbued with layers of meaning embedded as memory’, and Levinas ‘uncovers the ethical weight of these meanings and shows that they contain within them the basis for a communal orientation towards social life’,<sup>90</sup> they both prove that law’s relationship with the past is a ‘constructive engagement’ producing a ‘dynamic synthesis’ of past and present,<sup>91</sup> forever ‘oscillating’ and ‘shaping’ one another, which, in the eyes of ‘law as memory theory’ results in law searching in vain for the past, and ultimately finding itself.<sup>92</sup>

#### 4. Law and collective memory

As I have mentioned earlier, it is nowadays clear that law influences, and is influenced by collective memory. Criminal, administrative, and civil law procedures, as well as various administrative tribunals and commissions (e.g. TRCs), visibly shape collective memory.<sup>93</sup>

The trial, seen by Garfinkel as a ritual ‘degradation ceremony,’ during which the ones found guilty are destructed,<sup>94</sup> or by Durkheim<sup>95</sup> as a conventional practice ‘through which social sentiments maintain their force and vitality’, in the case of fallen dictators or former persons of authority leads to their ‘destruction’ on many levels, also on the level of collective memories of their time in power, which are bound to change, making the

---

<sup>87</sup> E. Levinas, *Otherwise Than Being or Beyond Essence* cited in J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 263.

<sup>88</sup> E. Levinas, *Entre Nous: Thinking of the Other*, New York 1998, p. 169.

<sup>89</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 263.

<sup>90</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 264.

<sup>91</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 260.

<sup>92</sup> J. Crowe, C.Y. Lee, [2015], p. 265.

<sup>93</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 192.

<sup>94</sup> H. Garfinkel, *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, AJS 1956/61, p. 420.

<sup>95</sup> É. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, trans. W.D. Halls, Free Press 1984.

critical view of the most recent history much stronger.<sup>96</sup> What happens during the proceedings is then adapted as a ‘theatre of ideas,’ where large questions of collective memory and even national identity are engaged.<sup>97</sup>

Such a perspective of trial spurred president Roosevelt decision to hold Nuremberg trials, as ‘his interest in documenting the Nazi regime’s aggression and atrocities through court proceedings was political and strategic, exemplifying Halbwachs’ claim of presentist orientations in the construction of collective memory.’<sup>98</sup>

The peculiar relation between trial and collective memory has also its drawbacks: it focuses on the individual, and not collective criminal guilt, resulting in ‘faulty’ collective memories. Collective guilt has a dynamic relationship with collective memory and collective violence, which the individual guilt lacks.<sup>99</sup> As a result, in the case of post-WWII Germany, while ‘individual perpetrators were ritually expelled, the majority of Germans were offered a chance to avoid acceptance of collective guilt.’<sup>100</sup> Similarly, in post-Vichy France, the trials touched only the main actors of the fascist regime, and ‘by attaching guilt to some individuals through legal rituals, memory could be cleansed of the collaboration of many.’<sup>101</sup>

On the other hand, the heavily-bureaucratized trials where the victim seems to have been forgotten at the expense of the memory of offences, may have a positive, if not entirely ‘true’ effect on collective memories. Notably, it has been observed that the South African TRC, while focusing on establishing individual facts, has helped to ‘moderate’ collective memories of the apartheid.<sup>102</sup>

It is not only directly (through trials), however, that law shapes collective memory. It may also be created indirectly, by ‘regulating what information can be produced, accessed, disseminated (and to whom),

---

<sup>96</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 192–193.

<sup>97</sup> M.J. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Piscataway 1997, p. 3.

<sup>98</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 193.

<sup>99</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 195.

<sup>100</sup> M.J. Osiel, [1997], p. 101.

<sup>101</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 194.

<sup>102</sup> J.L. Gibson, *Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided Nation*, New York 2004, p. 115.

revealed, or kept secret.<sup>103</sup> A good example of such practices is provided by laws regulating access to the archives. It has been said that the very strict ones in place in Germany, where the court files are accessible only with a permit, and the ones related to people may be viewed only 30 years after one's death (unless they concern the legacy of German Democratic Republic, DDR), on the one hand lead to the 'silencing of the voices of ordinary people',<sup>104</sup> and on the other to the 'advancing [of] elite-serving collective memories', where the 'history as victims' stories are preferred.<sup>105</sup>

Defective legal provisions and deficient institutions (perhaps most importantly in the area of education) may have been a result of the fact that the 'culture climate [which] prevailed [in post-WWII Germany] favoured disaffiliation from the past over all else.'<sup>106</sup> As it has been observed, 'Holocaust remembrance in itself was not a significant focus'. While the Nuremberg and other trials 'kept remembrance of Nazi crimes in the public eye, a scaffolding of counter ideologies in Germany fostered inurement toward facing contradictions in collective memory', prompting the researchers to remark that 'in the aftermath of war and genocide, facts rendered by historians and archival data, or the legal renderings of international and civil law, may be pitted against people's collective memory rather than in alignment with it.'<sup>107</sup> Ultimately, the present day Germans tend to 'think of themselves and their family in terms of *innocence* with blame attributed solely to the National Socialists. [They have] a positive social identity rather than one governed by remorse.'<sup>108</sup>

However, laws regulating the use of available information may also play a good part in the shaping of collective memories, as is the case with the norms prohibiting the spreading of the 'Auschwitz Lie' – the public denial of the Holocaust taking place. Extremely strict in Europe, said

---

<sup>103</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 197.

<sup>104</sup> I. Markovits, *Selective Memory: How the Law Affects What We Remember and Forget about the Past: The Case of East Germany*, LSR 2001/35, p. 513, 527.

<sup>105</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 198.

<sup>106</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 271.

<sup>107</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 272.

<sup>108</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 272.

norms are much more lenient in the US, hence most of the present-day neo-Nazi propaganda is created there.

Inversely, for its part, collective memory may shape law and legal institutions. The trial, which, as I have remarked above, leads to the creation of collective memories, may also be treated as ‘a venue for seeking the victory of the memory of justice over the will to forget.’<sup>109</sup> It too has been noted, in more general terms, that memories of past injustice may influence one’s expectations of what exactly constitutes justice,<sup>110</sup> or even that ‘laws themselves are carriers of the past into the present, as laws represent memorials dedicated to past wrongs.’<sup>111</sup>

The link between collective memories, cultural trauma and the creation of law is clearly visible on the example of Holocaust. As Shoah became the ‘universal symbol of evil in the Western world’<sup>112</sup> holding a ‘metaphorical power’,<sup>113</sup> it provided ‘a cognitive and moral framework that can impel legal action.’<sup>114</sup> The trauma and the collective memory of the Holocaust spurred, among others, the formerly mentioned Nuremberg trial and the creation of anti-Auschwitz lie legislation; it helped to change the view on the treatment of captured Japanese soldiers during WWII by the US; and it is often argued that it propelled the intervention during the Balkan Wars, as it was used by Western politicians to ‘both motivate and justify’ their actions.<sup>115</sup> Ultimately, it has been even said that ‘the Holocaust is regarded as a standard for judging the seriousness of past injustices and [serves] as a template for claiming compensation for them.’<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> W.J. Booth, *The Unforgotten: Memories of Justice*, APSR 2001/95, p. 777, 779.

<sup>110</sup> N.L. Rosenblum, *Introduction* [in:] *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, ed. M. Minow, Princeton 2002, p. 5.

<sup>111</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 200.

<sup>112</sup> J.C. Alexander, *On the Social Construction of Moral Universals The Holocaust from War Crime to Trauma Drama*, EJST 2002/5, p. 5–85.

<sup>113</sup> D. Levy, N. Sznajder, *The Holocaust and Memory in the Global Age*, Philadelphia 2006, p. 5.

<sup>114</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 200.

<sup>115</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 201.

<sup>116</sup> J.C. Torpey, *Making Whole What Has Been Smashed: On Reparations Politics*, Cambridge 2001, p. 337–338.

It has also been argued that ‘the institutionalisation of collective memory as law is further mediated by historical consciousness.’<sup>117</sup> As societies look back onto the past ‘in light of the present’,<sup>118</sup> ‘law realizes its potential to construct solidaristic collective memory. The past endures in the present in legislation.’<sup>119</sup> This is clearly visible on the examples of the US and Germany. While in the US the tendency to ‘depoliticize’ its own past<sup>120</sup> leads to slender collective memories and meagre commemorations of the times of civil rights abuses, in Germany the decision to stand up to its own past led to ‘deep historicisation’ of Holocaust memories and commemorations.<sup>121</sup> As a result, German hate crime law makes a reference to the Nazi past and the Holocaust, ‘explicating’ the categories of the victims. US federal hate crime law, however, does not refer to domestic history, but to foreign civil rights abuses instead.<sup>122</sup>

These differences project onto various carriers of collective memory in the two countries. While in the US disparate groups act as carriers of collective memory, in Germany the state is the main carrier. Ultimately, German hate and extremism regulations focus more protection to the groups victimised by the Holocaust, giving them greater protection. In the US, on the other hand, the law emphasises the protection of all potentially vulnerable groups.<sup>123</sup>

At the end of this chapter I would like to briefly remark on the fact that past years have seen a ‘proliferation of efforts to reform the past’<sup>124</sup> by ‘righting the old wrongs’ (i.e. discrimination, prejudices, injustices) through legal initiatives such as ‘repartitions, formal government apologies, and

---

<sup>117</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 202.

<sup>118</sup> L. Balfour, *Unreconstructed Democracy: W.E.B. Du Bois and the Case for Reparations*, APSR 2003/97, p. 33.

<sup>119</sup> B.A. Misztal, *Durkheim on Collective Memory*, JCS 2003/3, p. 132.

<sup>120</sup> M. Kammen, *Mystic Chords of Memory: The Transformation of Tradition in American Culture*, New York 1991.

<sup>121</sup> R.D. King, *When Law and Society Disagree: Group Threat, Legacies of the Past, and the Organizational Context of Hate Crime Law Enforcement*, PhD Thesis, University of Minnesota 2005, p. 599.

<sup>122</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 203.

<sup>123</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 204.

<sup>124</sup> M. Galanter, *Righting Old Wrongs*, PPQ 1992/12.

pardons.<sup>125</sup> Certain movements ('moral entrepreneurs') 'devote themselves to investigating, publicizing and campaigning about old wrongs',<sup>126</sup> as 'collective memories of past injustice are used to cement loyalties to a movement, provide inspiration through stories of past successes and ultimately foster activism.'<sup>127</sup> A clearly controversial example is often given, that of 'collective memory of the African American community [which] continued to transmit from generation to generation a sense that race was the defining interest in individuals' rights and that the well-being of blacks individually and as a group could be secured only by continued political and social agitation.'<sup>128</sup> Whether or not this example is true, it is quite clear that groups use collective memories as 'catalysts' for an individual's involvement in this genre of collective actions, which in the end may lead to legal change.<sup>129</sup>

One also has to remember law's role in making it possible for a society to recuperate after mass atrocity, as 'public memory can be constructed publicly [only] if the law advances social solidarity by ventilating and addressing disagreement, rather than concealing it – by acknowledging and confronting interpretive controversy, not suppressing it.'<sup>130</sup> This function of law will certainly prove just as important in the future, as it was in the past.

## 5. International law, human rights law and memory

The ties between law and memory, visible in law in general, are even more clearly visible in international law and human rights law. As it has been noted, 'collective memory in the aftermath of war, genocide, and atrocity is affected by institutions like education and international law that can strongly influence founding narratives.'<sup>131</sup> However, collec-

---

<sup>125</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 205.

<sup>126</sup> M. Galanter, [1992].

<sup>127</sup> F.C. Harris, *Collective Memory and Collective Action during the Civil Rights Movement* [in:] M. Minow, [2007], p. 154, 157.

<sup>128</sup> M.C. Dawson, *Behind the Mule: Race and Class in African-American Politics*, Chicago 1994, p. 51.

<sup>129</sup> J.J. Savelsberg, R.D. King, [2005], p. 205.

<sup>130</sup> M. Osiel, *Mass atrocity, collective memory, and the law*, Piscataway 1997, p. 283.

<sup>131</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 274.



tive memory and international law may interact in both directions, with some international legal mechanisms simultaneously affecting and being affected by collective memory.<sup>132</sup>

International law influences the societies' collective memories (from regional groups, to nations, to global institutions) in a variety of ways. Some international legal doctrines and decisions of international institutions (e.g. Security Council), tribunals (e.g. International Court of Justice), or trials (e.g. the Nuremberg, Tokyo, Eichmann and Klaus Barbie's trials)<sup>133</sup> at times function as carriers of collective memory. Similarly, many treaties or international organisations' resolutions are 'incorporated' into societies' collective memories (e.g. Molotov–Ribbentrop Pact in Poland).<sup>134</sup>

Interestingly, it may be observed that some aspects of international law aim at affecting collective memory. One of the best examples is the Nuremberg tribunal, whose founders intended that the 'trial would also serve as a lesson in history for future generations.'<sup>135</sup> International law also influences collective memory in protecting 'sites of memory' relating to, *inter alia*, 'history of peoples' (1972 World Heritage Convention), or being 'a source of European collective memory' (1992 European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage), and in establishing international annual memorial days (e.g. EU's Europe Day or the International Holocaust Remembrance Day).<sup>136</sup>

As I have mentioned earlier, international law may also be influenced by collective memories. The memories may affect the interpretation of international treaties (Article 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties explicitly names 'the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion' a secondary source of its interpretation).<sup>137</sup> The collective memories can also become institution-

---

<sup>132</sup> M. Hirsch, [2015], p. 52–53.

<sup>133</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 277.

<sup>134</sup> M. Hirsch, [2015], p. 52–53.

<sup>135</sup> A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2013, p. 256.

<sup>136</sup> M. Hirsch, [2015], p. 55.

<sup>137</sup> Article 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, [oas.org/legal/english/docs/vienna\\_convention\\_treaties.htm](http://oas.org/legal/english/docs/vienna_convention_treaties.htm), 20.07.2017.

alized in diverse legal mechanisms, or semi-institutionalized in various international soft laws. Ultimately, they may even influence ‘states positions and conduct regarding implementation of international legal rules’ (e.g. Japan’s position on 1968 Non-Proliferation Treaty).<sup>138</sup>

In the recent years we may have observed two situations where collective memory was a significant, albeit not determinative factor in the shaping of international law. The first example is Germany’s stance on the European Debt Crisis during its first two stages, which was largely influenced by the collective memories of the hyperinflation during the Weimar Republic (1922–23). As the German public opinion is constantly reminded about this horrible time and its sombre repercussions (the ‘agents of collective memory’ include politics, the German central bank, the mass media, and museums), it is not surprising that in a 2012 survey the biggest anxiety (of 63%) of Germans was inflation.<sup>139</sup> Thus, the policy of German government towards the crisis was firstly extremely pro-austerity. Germany agreed to the proposed expansionary measures only during the third stage of crisis (December 2011–September 2012).<sup>140</sup>

Similarly, the Argentinian’s government policy towards the tribunals of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter: ICSID) and the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter: UNCITRAL) was largely affected by collective memories. As the cases against Argentina were filed to ICSID and UNCITRAL following various state’s decisions undertaken to tackle the economic crises of 2001 and 2002, the country’s government turned to the Calvo doctrine, which is hugely popular in Latin America. Articulated by Argentine jurist and diplomat, Carlos Calvo, following the threat of European intervention in Argentina and other South American Countries in between the years 1834–1850, the doctrine emphasises the ‘opposition to international legal rules concerning the external protection of foreign investors [...], and particularly the right of the investor’s home state to

---

<sup>138</sup> M. Hirsch, [2015], p. 56–57.

<sup>139</sup> C. Siedenbiedel, *Die Angst vor der Inflation* cited in M. Hirsch, [2015], p. 68.

<sup>140</sup> M. Hirsch, [2015], p. 58–72.

intervene in disputes between the host state and the investor.<sup>141</sup> As the collective memories of foreign interventions are reinforced by politicians, public bodies and mass media, a large part of the public opinion's associated ICSID proceedings 'with loss of sovereignty', which, along with the Calvo doctrine, was shrewdly used by the government to postpone the reaching of a settlement agreement until 2013.<sup>142</sup>

It is worth noting that the two examples above do not only show how the collective memories may influence international law, but also how they may be used in political context, and what limits does the collective memory have in the legal context. While both the German and Argentinian policies were initially influenced by memories of the time past, additional socio-cultural and economic factors ultimately led to 'deviations from legal policies derived from these collective memories'<sup>143</sup> – perhaps contrary to the public opinion in the two countries.

Correspondingly, the intersections between law and memory may be uncovered in the human rights law. While 'law alone cannot appease a community or those within it who experienced a terrifying past', it may be noticed that the 'problems that include the criminal prosecution of human rights offenders are especially important in reconstructing collective memory and facilitating recovery.'<sup>144</sup>

It has also been observed that 'only memory of right violations can nurture the future human rights in the world, thus providing a substantive link between past and future.'<sup>145</sup> The present-day human rights law has been shaped by collective memory, that of genocide and forced population movements in the 20th century, and of the natural law tradition. It is clearly visible on the example of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the United Nations Genocide Convention<sup>146</sup> – as 'the dignity of the victims, their struggles, and their fate must

---

<sup>141</sup> M. Hirsch, [2015], p. 78.

<sup>142</sup> M. Hirsch, [2015], p. 72–88.

<sup>143</sup> M. Hirsch, [2015], p. 90.

<sup>144</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 272.

<sup>145</sup> A. Huyssen, [2011], p. 60.

<sup>146</sup> A. Huyssen, [2011], p. 608.

be preserved in memory, all the more since it was the express aim of the masters of genocide to obliterate all memory of their victims', it gives the ground for said United Nations treaties.<sup>147</sup>

It has been even argued that it is the strength of the collective memories of past atrocities that keeps human rights from 'slipping too quickly into historical abstraction.'<sup>148</sup> It has been also noted that 'it is a mark of human rights discourse today that it feeds on memory discourse while often disparaging it.'<sup>149</sup>

In reality, however, human rights can 'survive' only if they are supported by real, individual cases of their violations, as only then one's imagination will recognise what Susan Sontag called 'the pain of the others', and only then it will be possible to construct 'legal, political, and moral remedies against the unchecked proliferation of such pain'<sup>150</sup> – 'the continuing strength of memory politics remains essential for securing human rights in the future.'<sup>151</sup>

Hopefully, a new trend in the relationship between collective memory, international law and human rights law has been observed. A comparative study of Latin American countries over 26 years has proven that 'democratizing states after atrocity, moving them away from amnesties for human rights abusers and toward criminal trials of perpetrators rather than relying solely on truth commissions, amnesties, reparations museums, and memory sites' results in a 'decrease [of] the likelihood of future atrocities when compared with processes of reconciliation and growth.'<sup>152</sup> As the turn of the century has seen the cultural policies become 'part of international efforts within transitional justice' with frameworks involving truth commissions, financial compensation, establishing monuments, creating archives and public acts of commemoration,<sup>153</sup> in places where

---

<sup>147</sup> A. Huyssen, [2011], p. 611.

<sup>148</sup> A. Huyssen, [2011], p. 616–617.

<sup>149</sup> A. Huyssen, [2011], p. 621.

<sup>150</sup> A. Huyssen, [2011], p. 617.

<sup>151</sup> A. Huyssen, [2011], p. 620.

<sup>152</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 273–274.

<sup>153</sup> A. Reading, [2011], p. 382.

human right trials have taken place ‘there was a rapid shift toward norms and practices providing more accountability for human rights violations’, ‘a spike in state efforts to address past human rights abuses’, and ‘a diminishing tendency toward terrorism after conflict and abuse of human rights.’<sup>154</sup>

## 6. Instead of a conclusion: a right to memory?

The fascinating relationship between law and memory is yet to be further explored, and a complex study of the unique bond is clearly needed. Nevertheless, it should already be clear today that ‘there can be no justice without memory’,<sup>155</sup> and lawyers should be aware of ‘the intimacy of memory’s bond with justice, not as obsessional or as a syndrome, but as a face of justice itself.’<sup>156</sup> However, one question remains: can there be a legally enforceable ‘right to memory’?

While the answer remains open, I would argue that such a right does exist, at least on the collective level. So far the right to memory has been defined as ‘an acknowledgement of the otherness of the past made present and future through various symbolic and cultural acts, gestures, utterances and expressions’,<sup>157</sup> which has arisen ‘out of a concern with the ways in which communication and culture play a part in establishing identities and citizenship within transitions to democracy after conflict, dictatorship and genocide.’<sup>158</sup> It has also been noted that the right to memory ‘is a complex but necessary right with a number of tensions, which future explicit formulations at the international level will need to address, connect and reconcile.’<sup>159</sup>

The difficulty in finding a way to “recognize and provide for the international management of the tension between autochthonic memories within a ‘global’ memory field that mobilizes memories across and

---

<sup>154</sup> M.J. Gallant, H.M. Rhea, [2010], p. 273–274.

<sup>155</sup> A. Huyssen, [2011], p. 612.

<sup>156</sup> W.J. Booth, [2001], p. 777.

<sup>157</sup> A. Reading, [2011], p. 380.

<sup>158</sup> A. Reading, [2011], p. 380.

<sup>159</sup> A. Reading, [2011], p. 392.

between national borders”<sup>160</sup> results in the lack of any explicit mentions of the right to memory in international conventions. Its existence in many treaties, however, is clearly visible. Numerous examples include the efforts towards the protection of indigenous people cultures (e.g. Articles 11, 13, and 31 of the 2007 Declaration of the Rights of Indigenous Peoples),<sup>161</sup> which may disappear in the course of globalisation, the aforementioned United Nations Genocide Convention, or the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. ‘A right to be remembered’ may also be treated as one of the main rationales behind the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage – memory obviously forms part of intangible cultural heritage.

Interestingly, while the very existence of the right to memory is still debated, it has already been argued that should it be an actual right, it would ‘traverse’ the traditional division for economic, social and cultural rights, resulting ‘in a particular set of discursive tensions between framing the absolute and the particular.’<sup>162</sup> Also, it has been remarked that a right to memory must ‘acknowledge the range of modalities invoked by different media of cultural memory. While reasoned testimony and ordered documents within public archives may have their place, it also should be understood that memory practices may involve the performative and embodied dimensions of memory.’<sup>163</sup>

Will the ‘right to memory’ transform itself from collective to an individual one? The technological advances make it theoretically possible, as ‘digitization enables new connectivities and assemblages of memories in unevenly globalized and localized contexts’,<sup>164</sup> what the future actually holds in store for the right to memory remains to be seen.

---

<sup>160</sup> A. Reading, [2011], p. 387.

<sup>161</sup> *Declaration of the Rights of Indigenous Peoples*, [un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html](http://un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html), 5.07.2017.

<sup>162</sup> A. Reading, [2011], p. 388.

<sup>163</sup> A. Reading, [2011], p. 391.

<sup>164</sup> A. Reading, [2011], p. 380.

## Summary

Despite the fact that we are living in the times of ‘hypertrophy of memory’ or ‘memory boom’, many legal scholars have so far tried to ignore the numerous ties between law and memory. These ties, however, do exist, and some researchers even suggest that law is perpetually in search of the past, while others say that memory is one of the cornerstones of law. The purpose of this article is to investigate the unobvious, but extremely potent relationship between law and memory. In the first part of this paper, the author briefly introduces the notions of collective memory and cultural trauma, which connect law and memory. The second part of the article is devoted to the concept of ‘law as memory’, which is mainly based on Henri Bergson’s and Emmanuel Levinas’ concepts. In the third part of the article, the author shows the intersections between collective memory and law, exemplifying how collective memories may be shaped by law, and *vice versa*, how law may be shaped by collective memories. The fourth part of the paper is dedicated to the close bonds between collective memory and international law, and between human rights law and memory. The author first analyses the workings of the relationship of memory with the international law, showing how they both influence each other, and giving some recent examples of the intersections of international law and collective memory, e.g. Germany’s response to the Eurozone crisis and Argentina’s reaction towards the ICSID’s awards. Then he focuses on the liaison between memory and human rights law, explaining how memory ‘stands behind’ human rights in the modern era. In the last part of the article, the author ventures to sum up his deliberations, and tries to answer one of the questions of the 21<sup>st</sup> century – whether there is a right to memory.

**Keywords:** law, memory, collective memory, cultural trauma, international law, human rights law, halbwachs, bergson, levinas

## Prawo i pamięć: nieoczywiste związki

### Streszczenie

Chociaż żyjemy w czasach „hipertrofii pamięci” i *memory boom’u*, związki pomiędzy prawem a pamięcią od wielu lat pozostają ignorowane przez badaczy nauk prawnych. Mimo to, nie sposób zaprzeczyć, że te związki istnieją, gdyż, jak zauważają niektórzy autorzy, prawo wciąż poszukuje przeszłości, podczas gdy pamięć jest jednym z kamieni węgielnych prawa. Celem tego artykułu jest zbadanie tych nieoczywistych, ale niezwykle silnych związków między pamięcią i prawem. W pierwszej części artykułu autor krótko przedstawia koncepcje pamięci zbiorowej oraz traumy kulturowej, które łączą pamięć z prawem. Druga część artykułu jest poświęcona analizie idei „prawa jako pamięci”, której podstawy stworzyli Henri Bergson i Emmanuel Levinas. W trzeciej części artykułu autor pokazuje punkty styczne między pamięcią zbiorową i prawem, badając w jaki sposób pamięć zbiorowa jest kształtowana przez prawo, i *vice versa*, w jaki sposób prawo jest kształtowane przez pamięć zbiorową. Czwarta część artykułu jest poświęcona biskim związkom pomiędzy pamięcią zbiorową a prawem międzynarodowym oraz pomiędzy prawem praw człowieka i pamięcią. Autor najpierw analizuje w jaki sposób prawo międzynarodowe i pamięć zbiorowa współdziałają za sobą i wzajemnie na siebie wpływają, m.in. na przykładzie reakcji Niemiec na kryzys w strefie euro i stosunku Argentyny do wyroków ICSID. Następnie autor skupia się na relacji między pamięcią i prawem praw człowieka, wyjaśniając w jaki sposób w dzisiejszych czasach pamięć „stoi za” prawami człowieka. W ostatniej części artykułu autor podsumowuje swoje rozważania, stawiając następujące pytanie – czy w dwudziestym pierwszym wieku istnieje prawo do pamięci?

**Słowa kluczowe:** pamięć, pamięć zbiorowa, trauma kulturowa, prawo międzynarodowe, prawo praw człowieka, Halbwachs, Bergson, Levinas

**Mirosław M. Sadowski**

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii,  
ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław,  
e-mail: mmsadowski@gmail.com.



**LEGAL BASIS OF REPORTING PROCEDURE AS MEANS  
OF COOPERATION BETWEEN THE UN HUMAN RIGHTS TREATY BODIES  
AND NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS**

## **1. Introduction**

The United Nations (UN) has the most complex and developed international human rights enforcement mechanism which is based on the role of this organization in international relations. The Preamble to the UN Charter declares a cardinal principle of the UN: “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small (...)”. Article 1(3) of the UN Charter identifies one of the UN’s purposes as the following: “to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion”.<sup>1</sup> Despite the fact that the UN Charter established neither human rights obligations for Member States nor enforcement mechanisms, it created the legal basis for the development of the international human rights law. In the following years, the key international agreements in the field of human rights protection have been adopted in the framework of the UN.

In the field of human rights, it is generally the states that assume the role to create formal legal rules and standards on international level, within or outside the scope of the UN, and implement them into their domestic legal systems. However, as observed by many scholars, the

---

\* Assistant Professor, Kyiv University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, 4 Tryokhsvyatyetska str., c. Kyiv, 03142, Ukraine, e-mail: vitalia.lebid@gmail.com.

<sup>1</sup> The UN Charter, San Francisco, 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, 10.10.2017.

NGOs have proven to be one of the most influential components in this process.<sup>2</sup> It should be noticed that there is growing interest of scientists in the role of NGOs within the UN system. This interest is reflected in a number of scientific researches made by D. Lewis, N. Kanji, R. Wadlow, P. Willetts, J.A. Hartwick, K. Nowrot, P. Spiro, J.-D. Aston, A.-K. Lindblom, M.W. Mutua and others. However, it is still relevant to research the current legal framework of relations between the UN and NGOs and define their role in the human rights enforcement mechanism of the UN.

NGOs played important role in the process of the UN foundation. It is a matter of historical record that had it not been for the lobbying of NGOs in San Francisco in June 1945, the Commission on Human Rights would never have been established. At the San Francisco Conference drafting the UN Charter, representatives from 42 NGOs pressed for the inclusion of human rights provisions in the Charter and for the establishment of the Commission on Human Rights. From the beginning, the NGOs have been the life-blood of the Commission.<sup>3</sup>

The adoption of the UN Charter marked the introduction of the notion “non-governmental organization” in international law and the principle of UN–NGOs cooperation was officially established (Article 71 of the UN Charter). Since that time the system of UN–NGOs collaboration was strengthened and became more effective. Within the framework of the ECOSOC several resolutions were approved – it created the mechanism of consultation with the NGOs through the granting of the consultative status and set the requirements and procedure for the obtaining of such status.<sup>4</sup>

At the World Conference on Human Rights in 1993 the Vienna Declaration and Programme of Action was adopted, which proclaimed that “there is a need for States and international organizations, in cooperation with non-governmental organizations, to create favourable conditions at

---

<sup>2</sup> S. Hobe, *Human Rights, Role of Non-governmental organizations*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg and Oxford 2012.

<sup>3</sup> R. Wadlow, *The Growing Role of NGOs at the UN*, Global Policy Forum, January 26, 2012.

<sup>4</sup> ECOSOC Resolution 1296 (XLIV), May 23, 1968; ECOSOC Resolution 1993/80, July 30, 1993; ECOSOC Resolution 1996/31, July 24, 1996.

the national, regional and international levels to ensure the full and effective enjoyment of human rights” (point 13); “While recognizing that the primary responsibility for standard-setting lies with States, the conference also appreciates the contribution of non-governmental organizations to this process. In this respect, the World Conference on Human Rights emphasizes the importance of continued dialogue and cooperation between Governments and non-governmental organizations. Non-governmental organizations and their members genuinely involved in the field of human rights should enjoy the rights and freedoms recognized in the Universal Declaration of Human Rights, and the protection of the national law. These rights and freedoms may not be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations. Non-governmental organizations should be free to carry out their human rights activities, without interference, within the framework of national law and the Universal Declaration of Human Rights” (point 38). These provisions gave a significant credit to the work of NGOs for the protection of human rights in cooperation with governments and international organizations. It is important to note that the Conference in Vienna has become a landmark event for NGOs in the context of their involvement. According to the data from Yearbook of the United Nations 248 NGOs in consultative status and 593 as NGOs-participants took part in the Conference.<sup>5</sup>

The process of standard-setting in the UN has led to the adoption of nine core international human rights treaties which create legal obligations for states parties to promote and protect human rights at the national level. These international human rights instruments are as follows:

- 1) The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), 1965;
- 2) The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966;
- 3) The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966;

---

<sup>5</sup> Yearbook of the United Nations 1993, <https://www.unmultimedia.org/searchers/yearbook/page.jsp?bookpage=908&volume=1993>, 10.10.2017, p. 908.

- 4) The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), 1979;
- 5) The Convention against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment (CAT), 1984;
- 6) The Convention on the Rights of the Child (CRC), 1989;
- 7) The International Convention on the Rights of Migrant Workers and All Members of their Families (ICRMW), 1990;
- 8) The Convention on the Rights of Persons with Disability (CRPD), 2006;
- 9) The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances (ICPED), 2006.

Some instruments have expanded their scope of protection by means of the adoption of Optional Protocols, which are either procedural or substantive in character. Among the first category there are the Optional Protocols to ICCPR, CEDAW, CRPD and CAT. The first three Protocols provide for an individual complaints procedure in case of alleged violations of the rights set forth in the respective treaty. The Optional Protocol to CAT, adopted in 2002, establishes a system of regular visits to persons deprived of their liberty with an aim to reinforce measures to prevent torture. With respect to substantive protocols, the second Optional Protocol to the ICCPR commits state parties to take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction. To enhance protection of children's rights, two Optional Protocols to the Convention on the Rights of the Child were adopted in 2000: on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography and on the Involvement of Children in Armed Conflict, respectively.

When the state ratifies a treaty it undertakes both negative obligations (to refrain from actions that violate human rights) and positive obligations (to take affirmative actions to guarantee that human rights are protected). In order to monitor state parties' obligations under the core UN international human rights treaties ten human rights treaty bodies were established: Human Rights Committee (HRC); Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR); Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD); Committee on the Elimination

of Discrimination against Women (CEDAW); Committee against Torture (CAT); Committee on the Rights of the Child (CRC); Committee on Migrant Workers (CMW); Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD); Committee on Enforced Disappearances (CED); The Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. These bodies composed of independent experts of recognized competence in human rights, who are nominated and elected for fixed renewable terms of four years by state parties. The main function of these treaty bodies is to control the implementation of human rights standards by state parties through their periodic reports, individual complaints, country inquiries. Sometimes states, while presenting their reports in these UN bodies may present information that may be in contrast to the real situation with respect to certain human rights in state parties. These committees are interested in receiving information in areas where the government report does not give sufficient information and in areas of particular concern not covered, or in the opinion of the NGOs, covered incorrectly or misleadingly. Namely, the participation of NGOs together with the states allows the UN committees to carry out an objective assessment of the situation of human rights protection.

In the UN there is no unified document that regulates cooperation between NGOs and the UN treaty bodies. Such provisions of cooperation are set in every international human rights agreement separately or in other documents. Summarizing the provisions of various UN documents, it is possible to distinguish two procedures of cooperation between NGOs and the UN treaty bodies: reporting mechanisms and complaint mechanisms. Each procedure has its own requirements, limitations, and outcomes.

The essence of NGOs reporting procedure is that they may submit alternative or “shadow” reports which offer an alternate view of state compliance with international human rights treaty obligations. Typically, NGOs in such reports provide an alternative analysis of the state party implementation of the recommendations and the general situation with the respect to a certain group of human rights. The aim of the NGO

report should be to undertake a systematic analysis of the extent to which law, policy, and practice in the state party comply with the principles and standards of the UN human rights conventions. Because the UN conventions are primarily enforced through a reporting system, it is imperative that NGOs understand and use the reporting mechanism to maintain government accountability both to its residents and to the international community. The reporting procedure is most powerful enforcement mechanism and it is functioning as a continuous cycle. The cycle includes state party reporting to the treaty body; dialogue between the treaty body and the state party; concluding observations by the treaty body; follow-up by the treaty body, the state party, and civil society; and the next report.<sup>6</sup> This cycle will not be effective without NGOs monitoring, participation, and informing the general public in the state.

According to the complaint mechanisms, NGOs may send complaints directly to the UN bodies. Having received such complaints, the UN bodies review the submission and can ask the state government concerned to take measures to protect the victim and to provide redress for the violation. At the same time, NGOs may send to the UN bodies complaint in order to inform about massive human rights violations.

## 2. NGOs and the Human Rights Committee

On the 104th session of the Human Rights Committee the document titled “The relationship of the Human Rights Committee with non-governmental organizations” was adopted, which sets different ways of NGOs involvement into the HRC activities. The purpose of this document is to clarify and strengthen the Committee’s relationship with NGOs and to enhance the contribution of NGOs to the implementation of the ICCPR at the domestic level.<sup>7</sup> This paper emphasized that since the early 1980s NGOs have been playing an important role in the implementation

---

<sup>6</sup> *Producing Shadow Reports to the CEDAW Committee: A Procedural Guide*, <http://hrlibrary.umn.edu/iwraw/proceduralguide-08.html>, 10.10.2017.

<sup>7</sup> The relationship of the Human Rights Committee with nongovernmental organizations, Human Rights Committee, 104th session, New York, March 12–30, 2012, [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=CCPR/C/104/3](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/104/3), 10.10.2017.

of the ICCPR and have been making contributions at all stages of the Committee's activities. NGOs have therefore a key role to play in informing the reporting process, at all stages, including for the preparation of the list of issues and for the follow-up to the concluding observations of the Committee. According to the mentioned document, there are five established ways of NGO communication with the HRC: consultations and inputs to the state party report; submission of NGO reports and presentation of oral information for the list of issue; NGO reports and presentation of oral information; NGO reports under the Committee's follow-up procedure to concluding observations; NGO reports under the review procedure (examination in the absence of a state report).

### 3. NGOs and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

This Committee is a subsidiary body of ECOSOC, and the latter's arrangements for consultation with NGOs are applicable to it. Because of the treaty monitoring function of the Committee, however, it has established its own procedures for relations with NGOs in addition to those of ECOSOC in general.<sup>8</sup>

According to the Committee's Report on the forty-fourth and forty-fifth sessions (2011): "In order to ensure that the Committee is as well informed as possible, it provides opportunities for non-governmental organizations to submit relevant information to it."<sup>9</sup> They may do so in writing at any time prior to the consideration of a given state party's report. The Committee's pre-sessional working group is also open to the submission of information in person or in writing from any non-governmental organization, provided that it relates to matters on the agenda of the working group. In addition, the Committee sets aside part of the first day at each of its sessions to enable representatives of non-governmental

---

<sup>8</sup> A.-K. Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge and New York 2005, p. 397.

<sup>9</sup> Official Records of the Economic and Social Council, 2001, Supplement No. 2, E/2001/22. E/C.12/2000/21, annex V "Non-governmental organization participation in the activities of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights".



organizations to provide oral information (point 52).<sup>10</sup> Thus, the main activities that are open to NGO participation are consideration of state party reports, days of general discussion and drafting of general comments.

NGOs in general or special consultative status with ECOSOC may submit written statements to the Committee at its reporting sessions. NGOs without such status may submit written statements if they are supported by an NGO with consultative status. Statements thus submitted are translated into the working languages of the Committee and issued as UN documents if they have been submitted three months prior to the session.<sup>11</sup>

#### 4. NGOs and the Committee Against Torture

The legal basis of NGOs and the CAT cooperation is contained in Rule 62(1) of the Committee's rules of procedure, which states that "the Committee may invite (...) non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council to submit to it information, documentation and written statements, as appropriate, relevant to the Committee's activities under the Convention".<sup>12</sup>

Anna-Karin Lindblom stated that information provided by NGOs is a very important source for the Committee Against Torture.<sup>13</sup> The bright example that proves this statement is the inquiry on Egypt that was held in 1996 by the Committee Against Torture. Several NGOs presented information to the CAT that contradicted the information presented by the government of Egypt. Namely, the NGOs alleged that torture had been regularly practiced by the Egyptian police forces, especially by the State Security Intelligence, while the government stated that it remained

---

<sup>10</sup> Report on the forty-fourth and forty-fifth sessions, May 3–21, 2010, November 1–19, 2010, Supplement No. 2, E/2011/22. E/C.12/2010/3.

<sup>11</sup> A.-K. Lindblom, [2005], p. 399.

<sup>12</sup> Rules of Procedure, August 9, 2002, CAT/C/3/Rev.4, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhspj97mN5ZrjC97kiQ8yzHLfR%2fuzuya6eexQbkbcVT0H%2b6uWI1Ncq%2f%2fVDjqyUfTUFPIKvu6WOe5S3%2bZ0%2fClrnNX%2bSIVvw5J3UM%2fqQJjdze4cGT>, 10.10.2017.

<sup>13</sup> A.-K. Lindblom, [2005], p. 400.



committed to applying the articles of the Convention and that violations of the laws prohibiting torture constituted exceptional individual cases. As the government of Egypt refused the visit by CAT's representatives, the CAT in its report stated that the allegations of torture submitted by reliable non-governmental organizations consistently indicate that reported cases of torture are seen to be habitual, widespread and deliberate in at least a considerable part of the country.

The most influential INGOs that are combating torture are Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists, Association for the Prevention of Torture, World Organisation Against Torture.

### **5. NGOs and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women**

According to the Rules of Procedure of the CEDAW (Rule 47): "representatives of non-governmental organizations may be invited by the Committee to make oral or written statements and to provide information or documentation relevant to the Committee's activities under the Convention to meetings of the Committee or to its pre-sessional working group".<sup>14</sup>

NGOs are sometimes asked to pressurise their governments on different issues. In the report on its twentieth session, the CEDAW noted that a number of NGOs had been requested by the Committee's Chairperson to encourage ratification of the Convention. The Committee further noted that, as a result of those efforts, several states had accepted the Convention. In general, co-operation between state parties and NGOs on the national level in activities related to the implementation of the Covenant is seen as a positive factor by the Committee, and is encouraged.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Rules of Procedure of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, HRI/GEN/3, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedawreport-a5638-RulesOfProcedure.htm>, 10.10.2017.

<sup>15</sup> Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, May 4, 1999, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/18report.pdf>, 10.10.2017.

Some of the biggest and active INGOs in the sphere of protection of women's rights are Women for Women International, La Strada International, the NGO Working Group on Women, Peace and Security, the Association for Women's Rights in Development (AWID).

## 6. NGOs and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination

The Convention on the Elimination of Racial Discrimination does not specify which information the experts of the Committee may use to assess the reports. Over a long period, the CERD did not accept information provided by NGOs. This policy, however, has been changed following the example of other human rights treaty bodies.<sup>16</sup> In 1991 the Committee decided that "in examining the reports of state parties, members of the Committee must have access, as independent experts, to all other available sources of information, governmental and non-governmental".<sup>17</sup> Since then the CERD takes into consideration information provided by NGOs.

In 1993, the CERD adopted a working paper to guide it in dealing with possible measures to prevent, as well as to respond more effectively to, violations of the Convention. The working paper noted that both early warning measures and urgent procedures could be used to try to prevent serious violations of the Convention. At its 45th session in 1994, the Committee decided that preventive measures including early warning and urgent procedures, should become part of its regular agenda. Early warning measures are to be directed at preventing existing problems from escalating into conflicts and can also include confidence-building measures to identify and support whatever strengthens and reinforces racial tolerance, particularly to prevent a resumption of conflict where it has previously occurred.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Manual on Human Rights Reporting, 1997, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/manualhrren.pdf>, 10.10.2017.

<sup>17</sup> Decision 1 (XL) of 13 August 1991, A/46/18; Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 1992, p. 104.

<sup>18</sup> Early-Warning Measures and Urgent Procedures, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/EarlyWarningProcedure.aspx#about>, 10.10.2017.

In August 2007 the CERD adopted revised guidelines on the early warning and urgent action procedure. According to these Guidelines (point 13) the NGOs may provide information to the CERD that indicates serious violations of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination.<sup>19</sup>

## 7. NGOs and the Committee on the Rights of the Child

In the CRC there is no complaint mechanism; however, under Article 45(a) of the Convention, the Committee may invite specialized agencies, UNICEF, and “other competent bodies” to provide expert advice on the implementation of the Convention.<sup>20</sup> The term “other competent bodies” includes non-governmental organizations. This Convention expressly gives NGOs a role in monitoring its implementation. The Committee has systematically encouraged NGOs to submit reports, documentation or other information in order to provide it with a comprehensive picture of how the Convention is being implemented in a particular country. The Committee welcomes written information from international, regional, national and local organizations. Individual NGOs or national coalitions or networks of NGOs may submit information on the implementation of the Convention, as well as the Optional Protocols.<sup>21</sup>

The most influential INGOs in the sphere of the protection of children rights are Save The Children, Child Rights Connect (former NGO Group for the Convention on the Rights of the Child), CRIN (Child Rights International Network), Humanium.

---

<sup>19</sup> Guidelines For The Early Warning And Urgent Action Procedures. Annual report, A/62/18.

<sup>20</sup> Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 10.10.2017.

<sup>21</sup> Guide for Non-Governmental Organizations Reporting to the Committee on the Rights of the Child, Geneva 2006, p. 6.

## **8. NGOs and the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families**

Article 74(4) of the International Convention on Migrant Workers and its Committee states that: “The Committee may invite the specialized agencies and organs of the United Nations, as well as intergovernmental organizations and other concerned bodies to submit, for consideration by the Committee, written information on such matters dealt with in the present Convention as fall within the scope of their activities.”<sup>22</sup> The Committee’s provisional Rules of Procedure made it clear that the expression “other concerned bodies” covers NGOs. According to Rule 28, the expression refers to “national human rights institutions, non-governmental organizations, and other bodies”.<sup>23</sup>

On the framework of the Committee the International NGO Platform for the Migrant Workers’ Convention was created, which coordinates NGO initiatives to raise awareness of the rights of migrants and to facilitate the promotion, implementation and monitoring of the Convention. The members of this Platform are the following INGOs: Amnesty International, Anti-Slavery International, December 18, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme, Franciscans International, International Catholic Migration Commission, Jesuit Refugee Service, Migrant Rights International, Organisation mondiale contre la torture, International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism, Public Services International and the World Council of Churches.

## **9. NGOs and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities**

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, unlike other human rights treaties, does not establish new rights as such, rather it extends the reach of existing human rights norms to cover the situation of persons with disabilities in the most effective way. Under Article 34

---

<sup>22</sup> The International Convention on Migrant Workers and its Committee, New York and Geneva 2005, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24rev.1en.pdf>, 10.10.2017.

<sup>23</sup> Provisional Rules of Procedure, CMW/C/L.1, February 13, 2004.

of the Convention, a committee of experts is entrusted with monitoring functions.<sup>24</sup> This monitoring work involves 3 main areas: periodic review of states parties' reports; but also (under the optional protocol) the conduct of direct enquiries in states parties, when there is reason to believe that serious human rights violations may be occurring in the state party; and review of individual communications.

NGOs are entitled to submit their independent shadow reports to the CRPD, to highlight the positive as well as the negative aspects in the implementation of the Convention at the national level. According to the Rules of Procedure, the CRPD may invite non-governmental organizations, including those that represent persons with disabilities, and other bodies or individual experts to submit, for consideration by the Committee, written information on such matters dealt with in the Convention as fall within the scope of their activities (Rule 30). Also, the CRPD under the Rule 52 may invite NGOs to make oral or written statements and provide information or documentation relevant to the Committee's activities under the Convention to meetings of the Committee.<sup>25</sup>

The example of INGOs which protect rights of persons with disabilities are Disability Rights International, The International Disability Alliance, Disabled Peoples' International.

## 10. NGOs and the Committee on Enforced Disappearances

On 30 December 2013 the CED adopted the paper called "The relationship of the Committee on Enforced Disappearances with civil society actors" which set the methodology of interaction with civil society actors. In this document the Committee considers that civil society has a key role to play in assisting it in discharging its mandate effectively by, *inter alia*, providing at any time genuine, factual and focused information in relation to the different activities that the Committee may carry out in

---

<sup>24</sup> The International Convention on Migrant Workers and its Committee, New York and Geneva 2005, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24rev.1en.pdf>, 10.10.2017.

<sup>25</sup> Rules of Procedure, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, June 5, 2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/042/41/PDF/G1404241.pdf?OpenElement>, 10.10.2017.

accordance with the ICPED. Non-governmental organizations in particular play a key role in assisting victims of enforced disappearances to access the Committee.<sup>26</sup>

According to this document NGOs may take part in such procedures: 1) provide information during the reporting process and provide alternative reports; 2) submit a request that a person be sought and found as a matter of urgency; 3) provide assistance to the alleged victims in submitting individual communications to the Committee; 4) provide reliable information indicating that a state party is seriously violating the provisions of the ICPED, which may trigger a visit by the Committee to the state party concerned under the terms of Article 33 of the ICPED; 5) provide information containing well-founded indications that enforced disappearance is being practised on a widespread or systematic basis in the territory under the jurisdiction of a state party, which may trigger the Committee to bring such information to the attention of the General Assembly in accordance with Article 34 of the ICPED; 6) provide reports on cases of intimidation, persecution or reprisal against any individual who has sought to address and/or cooperate or has addressed and/or cooperated with the Committee by submitting information in relation to the state parties' reporting procedure under Article 29, urgent actions, individual communications, information relevant to violations of the ICPED or by having met the Committee during its country visits.

## 11. Conclusions

On the basis of the mentioned above, we may sum up that the UN realised the benefits of working with NGOs and sought to strengthen their relations with them. There are certain steps that can be taken within the UN in order to increase the effectiveness of NGOs involvement in the process of monitoring of state obligations in the sphere of human rights protection. Over the years, the UN opened up for more

---

<sup>26</sup> The relationship of the Committee on Enforced Disappearances with civil society actors, Committee on Enforced Disappearances, December 30, 2013, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1\\_Global/CED\\_C\\_3\\_7365\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1_Global/CED_C_3_7365_E.pdf), 10.10.2017.

interaction with NGOs and created diverse ways to bring them into its system. For example, the Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations (so called Cardoso report), released in 2004, favoured new guidelines and practices that affect NGO access to and participation in the UN processes, and provides the basis for ongoing discussions about reforming the UN system for NGO activities.<sup>27</sup>

In 2009 the reform of the UN human rights treaty bodies known as the Dublin Process was launched by the UN High Commissioner for Human Rights Navi Pillay. The reforming process, which lasted from 2009 to 2012, included formal meetings, consultations, observation of written submissions by state parties, treaty bodies, academics, national human rights institutions and civil society organizations. In June 2012 the UN High Commissioner for Human Rights has published the report “Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System”, which contains the detailed analysis of existing problems in the functioning of the UN treaty bodies and suggests new ways to solve them. Namely, the Commissioner emphasised that the effective engagement of national human rights institutions and civil society organizations with the treaty body system is hampered by numerous factors including limited awareness, capacity and resources, the multiplicity of models of interactions with the treaty bodies, and in some cases alleged reprisals from the state party.<sup>28</sup>

On 9 April 2014 the General Assembly adopted resolution 68/268<sup>29</sup> that institutes significant changes to the treaty body system and directs recommendations for their implementation by the UN treaty bodies. The UN General Assembly approved a package of measures, the main of

---

<sup>27</sup> Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations, 2004, UN Doc. A/58/817, [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/09916F545454357BC1256F5C005D4352/\\$file/A-58-817.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/09916F545454357BC1256F5C005D4352/$file/A-58-817.pdf), 10.10.2017.

<sup>28</sup> U.N. High Commissioner for Human Rights, Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System, 44 U.N. Doc. A/66/860, June 26, 2012, p. 65.

<sup>29</sup> Resolution of the General Assembly 68/268, Strengthening and enhancing the effective functioning of the human rights treaty body system, April 9, 2014, <https://undocs.org/A/RES/68/268>, 10.10.2017.

which are the following: 1) the allocation of additional time for treaty bodies to hold meetings, as well as the provision of adequate financial and human resources from the regular budget to support their activities; 2) measures to increase the capacity of state parties to fulfil their treaty obligations; 3) measures to improve the accessibility and transparency of the treaty body system; 4) increasing the efforts of the treaty bodies to improve the consistency of the system based on their working methods; 5) measures aimed at ensuring the independence and impartiality of treaty bodies.

The resolution also contains a paragraph on the adoption of effective measures to combat intimidation and reprisals against individuals and groups for their contribution to the work of the human rights treaty bodies (Point 8). At the 27th Meeting of Treaty Body Chairpersons, that was held in 22–26 June 2015, Guidelines against Intimidation or Reprisals (“San José Guidelines”) were adopted.<sup>30</sup>

Currently, the process of implementation continues and in accordance with paragraph 41 of the resolution 68/268, no later than 2020 the General Assembly will undertake a comprehensive review of the effectiveness of measures taken in order to ensure their sustainability, and, if appropriate, to decide on further action to strengthen and enhance the effective functioning of the human rights treaty body system.

Thus, based on the above-mentioned review of the UN treaty bodies reporting system, it is noticed that each of them has different engagement rules and has its own procedure of cooperation with representatives of civil society. As to the future development of the current reporting mechanism it would be desirable to develop a common approach to the system of interaction between NGOs and UN human rights treaty bodies. Such unified system could be enshrined in a document adopted by all treaty bodies. This would greatly simplify the mechanism of interaction with civil society and would increase the effectiveness of cooperation.

Having analysed the mechanisms of collaboration between treaty bodies of the UN human rights treaty bodies and NGOs, it should be

---

<sup>30</sup> Guidelines against Intimidation or Reprisals, 27th Meeting of Chairpersons of the Human Rights Treaty Bodies, July 30, 2015.



concluded that the representatives of civil society are vital elements of the UN human rights enforcement procedures. The effectiveness of this system depends on the activities of the NGOs at national and international levels. In the UN system NGOs are traditionally independent watchdogs whose main objective is “blowing the whistle” when or if states are not fully implementing their obligations under international human rights treaties.

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

A relatively recent phenomenon in modern international law is the role of civil society in the monitoring of international human rights agreements. From the vast array of non-state actors, the growth of non-governmental organizations (NGOs) over the past few decades has been exponential – it allows them to become a backbone of civil society at all levels. Since the end of the Second World War, the nature of the relationships between civil society and governments has been changing. Due to this fact, the relations between the UN bodies and NGOs also have changed. The aim of this article is to analyse the reporting procedure as a tool of cooperation between NGOs, especially international NGOs (INGOs) and the UN treaty-based bodies in the sphere of human rights.

**Keywords:** the UN, NGOs, human rights, the UN treaty bodies, cooperation, committee

Wojciech Kosior\*

Jakub M. Łukasiewicz\*\*

## UMOWA JAKO ŹRÓDŁO WŁADZY RODZICIELSKIEJ NAD PASIERBEM – UJĘCIE MODELOWE NA PRZYKŁADZIE ANGIELSKIEGO USTAWODAWSTWA<sup>1</sup>

### 1. Zagadnienia wstępne

Zgodnie z utrwalonym w piśmiennictwie poglądem, fundamentem prawa rodzinnego są trzy **podstawowe stosunki rodzinno-prawne**<sup>2</sup>. Mowa tu o stosunku małżeństwa, pokrewieństwa i przysposobienia, które to stosunki stanowią źródło pozostałych stosunków rodzinno-prawnych<sup>3</sup>. Oznacza to, że zarówno władza rodzicielska, stosunek ustroju majątkowego małżonków<sup>4</sup>, a także stosunek powinowactwa, czy wreszcie alimentacji określić można jako **stosunki zależne**. Ich esencja polegać ma na tym, że stosunki te nie występują samodzielnie, lecz co do zasady odnajdują swe źródło w jednym z podstawowych stosunków

---

\* Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów, e-mail: wojciech.kosior@gmail.com.

\*\* Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów, e-mail: j.m.lukasiewicz@wp.pl.

<sup>1</sup> W tym miejscu chcielibyśmy złożyć podziękowania Pani D. Beange LLB (Hons) Solicitor of the Supreme Court of England and Wales Higher Rights of Audience za udzieloną pomoc w zakresie prawa angielskiego.

<sup>2</sup> Stosunki opieki i kurateli nie stanowią stosunków rodzinno-prawnych, ponieważ stosunki te mają na celu ochronę jednostki ze względu na sytuację osobisto-rodzinną, nie zaś realną imitację sfery rodzinno-prawnej. J.M. Łukasiewicz [w:] *Institucje prawa rodzinnego*, red. J.M. Łukasiewicz, Warszawa 2014, s. 21. Za ujęciem stosunków opieki i kurateli jako stosunków rodzinno-prawnych: J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Kraków 2003, s. 33. Pogląd umiarkowany zakłada, iż stosunek opieki i kurateli nie należy do katalogu stosunków rodzinno-prawnych poza stosunkiem opieki nad małoletnim oraz kurateli ustanowionej dla dziecka poczętego lecz nienarodzonego. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2005, s. 42. Stosunek opieki jako stosunek prawno-rodzinny ujmuje również T. Sokołowski, *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, Poznań 2008, s. 27.

<sup>3</sup> J.M. Łukasiewicz, *Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych zależnych i odwranych*, ZNUR 2013, nr 12, s. 45–56; J.M. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2018, s. 10 i n.

<sup>4</sup> Por. G. Jędrejek, *Interzyzy. Pojęcie. Treść. Dochodzenie roszczeń*, Warszawa 2010, s. 25, 29–30.

rodzinno-prawnych<sup>5</sup>. Oczywiście w ujęciu historycznym wskazana zależność mogła być do tego stopnia silna, że dawni prawnicy nie dostrzegali potrzeby konstruowania specjalnych stosunków zależnych. W agnaticznym stosunku pokrewieństwa (okresu królestwa i wczesnej republiki rzymskiej) mieściły się elementy zaliczane współcześnie do stosunku władzy rodzicielskiej (ojcowskiej), kognacji i alimentacji<sup>6</sup>. Z czasem jednak myśl prawnicza zaczęła ujmować niektóre stosunki w kategoriach stosunków zależnych<sup>7</sup>. Równocześnie we współczesnych rozwiązaniach normatywnych można dostrzec formułowanie nowych (obok stosunków zależnych) odmian stosunków rodzinno-prawnych.

Uregulowany w treści art. 144 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>8</sup> stosunek alimentacyjny łączący ojczyma (lub macochę) oraz pasierba stanowi przykład **stosunku pośrednio zależnego**. Stosunek ten wynika ze stosunku powinowactwa (pomiędzy ojczymem lub macochą a pasierbem), który to z kolei stosunek wynika ze stosunku małżeństwa (pomiędzy ojczymem lub macochą a rodzicem prawnym pasierba)<sup>9</sup>. Oprócz tego prawo polskie zna **stosunki rodzinno-prawne autonomiczne**, a więc takie, które występują pomimo braku rodzinno-prawnego stosunku podstawowego. Wśród nich wskazać należy stosunek alimentacyjny pomiędzy

<sup>5</sup> Por. S. Grzybowski, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1980, s. 13.

<sup>6</sup> Władza *pater familias* nie wyłączała alimentów. Wręcz przeciwnie, alimentacje łączono z obowiązkiem wychowania, zaś prawo ojca do zabicia potomstwa stanowiło sposób wykonywania władzy karnej w przypadku poważnego przestępstwa. F. Wycisk-Sac, *Obowiązki alimentacyjny i wychowawczy w prawie rzymskim okresie królewskiego*, RTK 1963, nr 4, s. 219, 229, 241. B. Łapicki, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*, Warszawa 1933, s. 110. R. Świrgoń-Skok, *Kilka uwag na temat alimentacji w prawie rzymskim* [w:] *Prawo alimentacyjne. Zagadnienia systemowe i proceduralne*, red. J.M. Łukasiewicz, I. Ramus, t. 1, Toruń 2015, s. 29 i n. O wspólnym rodowodzie stosunku alimentacyjnego i stosunku władzy rodzicielskiej może świadczyć wzajemne krzyżowanie się treści obu stosunków. Por. T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 28.

<sup>7</sup> Por. J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat umowy alimentacyjnej i kontraktów quasi-alimentacyjnych* [w:] *Prawo kontraktów*, red. Z. Kuniewicz, D. Sokołowska, Warszawa 2017, s. 260–269.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682) – dalej: k.r.o.

<sup>9</sup> J.M. Łukasiewicz, *Podstany obowiązku alimentacyjnego w świetle art. 144 § 1 k.r.o.* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015, s. 220 i n.

rozwiedzionymi małżonkami (art. 60 k.r.o.)<sup>10</sup>, stosunek alimentacyjny po rozwiązaniu przysposobienia (art. 125 k.r.o.)<sup>11</sup>, stosunek powinowactwa po ustaniu małżeństwa (art. 61<sup>8</sup> k.r.o.) oraz stosunek alimentacyjny mężczyzny wobec ciężarnej matki (art. 141 k.r.o.)<sup>12</sup>.

W kontekście powyższych uwag, stosunek władzy rodzicielskiej stanowi stosunek typowy, ponieważ zawsze wynika z podstawowego stosunku pokrewieństwa bądź przysposobienia i polskie prawo nie zna żadnych wyjątków od tak przyjętej zasady. Na gruncie obcych rozwiązań prawnych można jednak obserwować modele, które władzę rodzicielską „odrywają” od podstawowych więzi filiacyjnych i kreują tego rodzaju stosunek, jako stosunek autonomiczny, gdyż oparty na tzw. umowie o odpowiedzialności rodzicielskiej. Taka konstrukcja charakterystyczna jest dla systemu prawnego obowiązującego we współczesnej Anglii oraz Walii. Oczywiście w systemie tym tradycyjnie odpowiedzialność rodzicielska wyrasta ze stosunku prawnego pokrewieństwa<sup>13</sup>, niemniej jednak umowa o odpowiedzialności rodzicielskiej stanowi przykład wyjątku od prezentowanej zasady. W literaturze angielskiej wyróżnia się także rodzicielstwo oparte na intencjach, związane z dawstwem nasienia, gdzie genetyczny ojciec zostaje pozbawiony statusu wynikającego z rodzicielstwa na rzecz kobiety będącej biorczynią nasienia<sup>14</sup>, niemniej jednak tego rodzaju sytuacje nie będą przedmiotem rozważań, gdyż wskazany problem dotyczy rozbieżności pomiędzy pokrewieństwem biologicznym oraz genetycznym, a także wątpliwością, któremu z tych stosunków przyznać charakter normatywny. Tymczasem celem niniejszego artykułu ma być analiza

<sup>10</sup> Por. uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 39/11 (Lex nr 852349).

<sup>11</sup> T. Smyczyński, *Stosunek alimentacyjny a stosunek zobowiązaniowy*, RPEiS 1985, nr 1, s. 30.

<sup>12</sup> H. Dolecki, T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – komentarz*, Warszawa 2010, s. 781; T. Dominińczyk [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 852 i n.; J. Ignaczewski [i in.], *Alimenty*, Warszawa 2009, s. 88 i n.; J. Gwiazdomorski, *Roszczenia matki dziecka pozamałżeńskiego przeciwko jego ojcu, który nie jest jej mężem*, RPEiS 1974, nr 3, s. 53–56; J. Gwiazdomorski, *Krenni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania środków utrzymania*, PiP 1954, z. 1, s. 80.

<sup>13</sup> J. Shapiro, *Changing Ways, New Technologies and the Devaluation of the Genetic Connection to Children* [w:] *Family Law and Family Values*, red. M. MacLean, Oxford 2005, s. 93.

<sup>14</sup> Wskazuje się przy tym na konieczność funkcjonalną i społeczne zapotrzebowanie akceptacji przez ustawodawcę rodzicielstwa opartego na intencjach. S. Gilmore, L. Glennon, *Family Law*, Oxford 2014, s. 350–352.

sytuacji, kiedy pokrewieństwo prawne dziecka jest już ustalone, a pomimo tego, stosunek odpowiedzialności rodzicielskiej nawiązuje się pomiędzy osobami, co do których nie zachodzi relacja prawna pokrewieństwa. Modelowym przypadkiem takiej sytuacji jest odpowiedzialność rodzicielska sprawowana przez ojczyra bądź macochę wobec pasierba na podstawie cywilnoprawnej umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej<sup>15</sup>. Kwestie te stanowiąc będą przedmiot analizy dla autorów niniejszej rozprawy.

## 2. Istota tzw. *parental responsibility*

Z perspektywy polskiego prawa rodzinnego wyłącznym sposobem nawiązania władzy rodzicielskiej pomiędzy ojczymem (bądź macochą) a pasierbem jest przysposobienie<sup>16</sup>. Tymczasem na gruncie regulacji angielskich ojczym (bądź macocha) może nabyć odpowiedzialność rodzicielską nad pasierbem na podstawie umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej (*parental responsibility agreement*). Analiza szczegółowa tej umowy wymaga jednak uprzedniego omówienia podstawowych kwestii uregulowanych w *Children Act* z 1989 r.<sup>17</sup> związanych z odpowiedzialnością rodzicielską w angielskim systemie prawnym.

Zgodnie z treścią art. 3 wskazanej ustawy odpowiedzialność rodzicielska (*parental responsibility*) stanowi całokształt majątkowych oraz osobowych praw i obowiązków przysługujących rodzicowi względem dziecka<sup>18</sup>. Dotyczy też podejmowania wszelakiego rodzaju decyzji związanych z wychowaniem

---

<sup>15</sup> W takim przypadku źródłem władzy rodzicielskiej jest wprawdzie umowa, niemniej jednak status rodzinny osób kompetentnych do zawarcia takiej umowy nie jest z punktu angielskiego prawa obojętny.

<sup>16</sup> Jednakże w prawie polskim można znaleźć przykłady, gdzie relacja pomiędzy małżonkiem rodzica a dzieckiem ma znaczenie prawne, przykładowo pasierbica i ojczym to osoby, które ustawodawca zalicza do kręgu najbliższej rodziny, zwalniając w całości od podatku nabycia własności rzeczy lub praw majątkowych tytułem dziedziczenia i darowizny pomiędzy tymi osobami lub po tych osobach niezależnie od wartości (art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, Dz.U. z 2018 r. poz. 644). Ponadto pomiędzy pasierbem a ojczymem (macochą) istnieje obowiązek wzajemnej alimentacji wynikający z art. 144 k.r.o.

<sup>17</sup> *Children Act* z 1989 r., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>, 5.06.2017.

<sup>18</sup> Art. 3 ust. 1 *Children Act* stanowi: *In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.*

dziecka<sup>19</sup>. Tytułem przykładu rodzic podejmuje decyzje o przynależności religijnej dziecka oraz podejmuje decyzje dotyczące kierunku jego edukacji. Wskazuje przyszłe imię dziecka oraz dokonuje wyboru przyszłego opiekuna prawnego na wypadek swojej śmierci. Wreszcie wyraża zgodę na różnego rodzaju zabiegi medyczne, czy też zgodę na udostępnienie dokumentacji medycznej dziecka, a ponadto reprezentuje dziecko we wszystkich postępowaniach przed organami wymiaru sprawiedliwości oraz organami administracji<sup>20</sup>. Co ciekawe, rodzic sprawujący odpowiedzialność rodzicielską na gruncie angielskiego prawa rodzinnego posiada prawo do przyjmowania oraz odbierania w swoim imieniu należnych dziecku alimentów<sup>21</sup>. Przeciwnie, w polskim porządku prawnym, rodzic odbierający alimenty zasądzone na rzecz dziecka, występuje jako przedstawiciel ustawy dziecka, a więc działa w imieniu dziecka, a nie w imieniu własnym.

Rozpatrując sposoby nabycia odpowiedzialności rodzicielskiej można stwierdzić, że sytuacją standardową jest przypadek, kiedy dziecko przychodzi na świat w związku małżeńskim swoich biologicznych rodziców; wówczas zarówno matka, jak też ojciec dziecka, posiadają pełnię odpowiedzialności rodzicielskiej<sup>22</sup>. W przypadku dziecka pozamałżeńskiego odpowiedzialność rodzicielska przysługuje tylko matce dziecka, zaś ojciec dziecka może ją uzyskać (na podstawie art. 4 *Children Act*)<sup>23</sup> wyłącznie

---

<sup>19</sup> Department for Education, *The Children Act 1989 Guidance and Regulations*, t. 1, Court Orders, London 2008, s. 12.

<sup>20</sup> O władzy rodzicielskiej w Wielkiej Brytanii por. H. Reece, *The degradation of parental responsibility* [w:] *Parents and Parental Responsibility*, red. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Oxford 2009, s. 85–102; H. Reece, *From parental responsibility to parenting responsibility* [w:] *Law and Sociology: Current Legal Issues*, red. M. Freeman, Oxford 2006, s. 459–483; T. Bond, J.M. Black, A.J. Bridge, *Family Law 2008*, Oxford 2008, s. 418 i n.; H. Palmer, *Rights and Responsibilities Towards Children: Does the current law do enough to ensure that unmarried fathers can access parental responsibility?*, <https://www.aber.ac.uk/en/media/departmental/law-criminology/pdf/publications/auslcj2014/10--Rights-and-Responsibilities-Towards-Children---Does-the-current-law-do-enough-to-ensure-that-unmarried-fathers-can-access-parental-responsibility.pdf>, 18.05.2017.

<sup>21</sup> Niezależnie od stosunku władzy rodzicielskiej, a więc bezpośrednio z tytułu pokrewieństwa rodzic ponosi obowiązek utrzymania dziecka (zależny stosunek alimentacyjny), a także uczestniczy wzajemnie z dzieckiem w stosunkach dziedziczenia.

<sup>22</sup> Zgodnie z art. 2 ust. 1 *Children Act*: *Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child.*

<sup>23</sup> Zgodnie z art. 2 ust. 2 *Children Act*: *Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth – (a) the mother shall have parental responsibility for the child; (b) the father shall have parental*

w jednej ze wskazanych poniżej sytuacji<sup>24</sup>. Jeżeli ojciec dziecka został wpisany do aktu urodzenia dziecka za zgodą matki, wówczas dochodzi do automatycznego powstania odpowiedzialności rodzicielskiej po stronie ojca dziecka, bez żadnych dodatkowych poświadczeń czy też deklaracji. Ojciec nie może jednak żądać wpisania go do aktu urodzenia samodzielnie, a więc bez uprzedniej zgody matki. Podobnie matka dziecka nie może zarejestrować ojcostwa dziecka bez uprzedniej zgody ojca dziecka<sup>25</sup>. Warto przy tym odnotować, że automatyczne nabycie odpowiedzialności rodzicielskiej przez ojca zarejestrowanego w akcie urodzenia dziecka dotyczy wyłącznie dzieci urodzonych po 2003 roku, gdyż przed tą datą rejestracja ojcostwa nie dawała ojcu atrybutów odpowiedzialności rodzicielskiej<sup>26</sup>. W takiej sytuacji konieczne było zawarcie przez ojca umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej, bądź też konieczne było wystąpienie do sądu o ustalenie biologicznego ojcostwa wobec dziecka<sup>27</sup>. Zgodnie z treścią art. 55 *Family Law Act* z 1986 r.<sup>28</sup> ojciec może złożyć wniosek o sądowe ustalenie ojcostwa, jeśli nie doszło do zarejestrowania ojcostwa z chwilą sporządzenia aktu urodzenia dziecka. Dokonana wskutek sądowego ustalenia ojcostwa re-rejestracja aktu urodzenia dziecka nie daje jednak ojcu odpowiedzialności rodzicielskiej automatycznie<sup>29</sup>; konieczne jest wówczas podjęcie jednej z dwóch czynności służących uzyskaniu odpowiedzialności rodzicielskiej: (1) Ojciec dziecka może zawrzeć z matką dziecka umowę o odpowiedzialności rodzicielskiej (*parental responsibility*

---

*responsibility for the child if he has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act.*

<sup>24</sup> R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford 2009, s. 51–53.

<sup>25</sup> Por. sekcja 10 i 10(A) *Births and Deaths Registration Act 1953*.

<sup>26</sup> S. Gilmore, L. Glennon, *Family...*, s. 355–356.

<sup>27</sup> Trzeba też podkreślić, że automatyczne uzyskanie ojcostwa następuje w przypadku rejestracji ojca do aktu urodzenia dziecka w chwili zakładania tego aktu. W konsekwencji w momencie sporządzania aktu urodzenia dziecka rodzice muszą się jednocześnie stawić w urzędzie, albo rodzic zgłaszający musi mieć deklarację o wyrażeniu zgody przez drugiego rodzica. Warto odnotować, że władzę rodzicielską można też uzyskać w sytuacji, gdy faktycznie zamieszkując z dzieckiem sprawuje się nad nim pieczę.

<sup>28</sup> *Family Law Act* z 1986 r., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/55/contents>, 5.06.2017.

<sup>29</sup> W takiej sytuacji wyraźnie z treści aktu urodzenia dziecka wynika, że ojciec był zarejestrowany w tym akcie później co wiąże się z brakiem automatycznie uzyskanej władzy rodzicielskiej. Por. art. 55 *Family Law Act* z 1986 r.



*agreement*); (2) Odpowiedzialność rodzicielska może też zostać ojcu powierzona na mocy decyzji sądu po rozpatrzeniu jego wniosku (tzw. *parental responsibility order* zwane niegdyś *residence order*)<sup>30</sup>.

Oprócz tego ojciec dziecka, który w chwili jego narodzin nie pozostawał w związku małżeńskim z matką dziecka, może nabyć odpowiedzialność rodzicielską poprzez jej poślubienie, jeżeli następnie przysposobi dziecko małżonki, bądź też zostanie wyznaczony opiekunem prawnym dziecka<sup>31</sup>. Co istotne, ojciec dziecka niepozostający w związku małżeńskim z matką dziecka, nawet bez odpowiedzialności rodzicielskiej, może korzystać z szeregu uprawnień względem dziecka, które realizuje poprzez składanie stosownych wniosków do sądu<sup>32</sup>. Oprócz tego ojciec jest zobowiązany do tzw. *child maintenance*, czyli świadczenia alimentacyjnego<sup>33</sup>.

### 3. Umowa jako źródło *parental responsibility* dla rodzica przybranego

Współmałżonek rodzica dziecka w języku angielskim określane jest mianem *step-parent*, gdzie określenie to należy dosłownie tłumaczyć jako tzw. przybrany rodzic dziecka. W zależności od płci rodzica może to być *step-mother*, czyli macocha, bądź *step-father*<sup>34</sup>, czyli ojczym dziecka. Podobnie jak w Polsce rodzic przybrany jest małżonkiem rodzica biologicznego po uprzednim rozwodzie bądź śmierci jednego z rodziców biologicznych dziecka. Oczywiście sam fakt wspólnego zamieszkiwania z rodzicem

<sup>30</sup> Art. 4 ust. 1 *Children Act* stanowi: *Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his Birth the father shall acquire parental responsibility for the child if – (a) he becomes registered as the child's father under any of the enactments specified in subsection (1A); (b) he and the child's mother make an agreement (a "parental responsibility agreement") providing for him to have parental responsibility for the child; or (c) the court, on his application, orders that he shall have parental responsibility for the child.* M. Gheera, *Parental responsibility*, Social Policy Section 2014, SN/SP/2827/2014, s. 2. Choć w takiej sytuacji następuje re-rejestracja ojca w akcie urodzenia, to jednak sąd może zdecydować o sporządzeniu nowego aktu urodzenia, który niczym nie różni się od aktu urodzenia sporządzonego przez zgodne działanie rodziców.

<sup>31</sup> M. Gheera, *Parental...*, s. 2.

<sup>32</sup> D. Hershman, A. Macfarlane, *Children Law and Practice*, Bristol 2002, s. 212: *Even without parental responsibility, the unmarried father is treated under CA [Children Act] 1989 as the child's father and is entitled to apply for any order with respect to him. If the child is in care, he is entitled to have reasonable contact with him, but he is not entitled to remove him from accommodation provided by the local authority.*

<sup>33</sup> O *child maintenance* por. *Strengthening families, promoting parental responsibility: the future of child maintenance*, London 2011, s. 24 i n.

<sup>34</sup> *Oxford English Dictionary*, Oxford 2012, s. 715.



biologicznym dziecka oraz dzieckiem nie skutkuje jeszcze nabyciem statusu ojczyma bądź macochy wobec dziecka. Niezbędne jest zawarcie związku małżeńskiego, a ponadto konieczne jest dokonanie przysposobienia, choć przepisy prawa angielskiego dopuszczają uzyskanie odpowiedzialności rodzicielskiej z pominięciem instytucji przysposobienia za pośrednictwem innych instrumentów prawnych. Są to:

- a) uzyskanie *child arrangements order* poświadczającego, że dziecko zamieszkuje razem z rodzicem przybranym i pozostaje na jego utrzymaniu i w związku z tym przysługują mu uprawnienia rodzicielskie;
- b) uzyskanie *parental responsibility order* na wniosek rodzica przybranego<sup>35</sup>;
- c) zawarcie konstytutywnej umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej tj. tzw. *parental responsibility agreement*.

Z poprzednich rozważań wynika, że ojciec biologiczny niepozostający w związku małżeńskim z matką dziecka (w chwili jego urodzenia) także może nabyć odpowiedzialność rodzicielską na podstawie umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej. W takim przypadku mamy jednak do czynienia z umownym „połączeniem” stosunku pokrewieństwa z odpowiedzialnością rodzicielską. Tymczasem w sytuacji rodzica przybranego sytuacja jest całkowicie odmienna. Chodzi bowiem o to, że umowne uzyskanie odpowiedzialności rodzicielskiej następuje przez osobę niezwiązaną z dzieckiem jakimkolwiek stosunkiem pokrewieństwa.

Wskazaną powyżej możliwość stworzyła nowelizacja ustawy *The Adoption and Children Act of 2002 z 2005 r.*, kiedy to do *Children Act z 1989 r.* wprowadzono przepis art. 4a stanowiący w ust. 1, co następuje:

„Kiedy rodzic dziecka (rodzic A), posiadający władzę rodzicielską nad dzieckiem, pozostaje w związku małżeńskim [lub jest partnerem cywilnym] z osobą która nie jest rodzicem dziecka („rodzicem przybranym”) [wówczas]

- (a) **rodzic A, bądź jeżeli drugie z rodziców dziecka również posiada odpowiedzialność rodzicielską nad dzieckiem to obydwój rodzice, mogą na podstawie umowy z rodzicem przybranym, przyznać**

---

<sup>35</sup> B. Mitchels, T. Bond, *Legal Issues Across Counselling & Psychotherapy Settings: A Guide for Practice*, London 2011, s. 128.

**rodzicowi przybranemu odpowiedzialność rodzicielską nad dzieckiem; lub**

(b) sąd może, na podstawie wniosku rodzica przybranego, przyznać rodzicowi przybranemu odpowiedzialność rodzicielską nad dzieckiem<sup>36</sup>.

Powyższa umowa zawierana jest zatem pomiędzy rodzicem lub rodzicami biologicznymi posiadającymi odpowiedzialność rodzicielską a rodzicem przybranym dziecka. Przed zawarciem takiej umowy konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek:

- a) po pierwsze rodzic przybrany musi pozostawać w związku małżeńskim (lub partnerskim na podstawie *Civil Partnership Act* z 2004 r.) z posiadającym odpowiedzialność rodzicielską rodzicem biologicznym dziecka;
- b) po drugie rodzic przybrany musi uzyskać zgodę wszystkich osób sprawujących odpowiedzialność rodzicielską nad osobą i majątkiem dziecka, a więc musi uzyskać zgodę obojga rodziców dziecka.

Nie jest zatem wystarczające, aby zgodę wyraził jedynie rodzic, z którym rodzic przybrany pozostaje w związku małżeńskim. Konieczność uzyskania zgody obojga rodziców biologicznych podkreśla szczególnie charakter umowy, dla której wymagane jest współdziałanie rodziców dziecka<sup>37</sup>. W rezultacie w prawie angielskim istnieje możliwość sprawowania odpowiedzialności rodzicielskiej przez więcej niż dwóch rodziców wobec dziecka. Warto przy tym odnotować, że w przypadku braku porozumienia pomiędzy rodzicami biologicznymi dziecka, możliwe jest sądowe przyznanie odpowiedzialności rodzicielskiej na wniosek rodzica przybranego na podstawie art. 4a ust. 1b omawianej ustawy.

Zawarcie umowy o odpowiedzialność rodzicielską skutkuje przyznaniem rodzicowi przybranemu takich samych praw i obowiązków, jakie przysługują uprawnionym rodzicom biologicznym względem dziecka. Umowa taka nie wpływa na dotychczasowy zakres odpowiedzialności

---

<sup>36</sup> Art. 4a ust. 1 *Children Act: Where a child's parent ("parent A") who has parental responsibility for the child is married to [or a civil partner of,] a person who is not the child's parent ("the stepparent") – (a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child; or (b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child.*

<sup>37</sup> J. Black [i in.], *A Practical Approach to Family Law*, Oxford 2012, s. 12–15.

rodzicielskiej rodziców biologicznych dziecka, a jedynie zrównuje status prawny rodzica przybranego. Podkreślić przy tym należy, że ojczym (bądź macocha) nie staje się wskutek umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej osobą zobowiązaną z tytułu świadczeń alimentacyjnych wobec dziecka, gdyż pomiędzy ojczymem (bądź macochą) a pasierbem nie powstaje stosunek prawny pokrewieństwa<sup>38</sup>.

Zawarcie umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej następuje wedle formy określonej w rozporządzeniu do ustawy (*statutory instrument*) 2009 No. 2026 *Children and Young Persons, England and Wales The Parental Responsibility Agreement (Amendment) Regulations 2009*<sup>39</sup>. Wskazany akt wprowadza jednolity wzór umowy o władzę rodzicielską. Co oczywiste, umowa powinna być sporządzona w formie pisemnej, a także powinna zawierać oświadczenia uprawnionych rodziców biologicznych o wyrażeniu zgody na udzielenie odpowiedzialności rodzicielskiej dla rodzica przybranego. Następnie wszystkie te osoby (łącznie z rodzicem przybranym) powinny złożyć w sądzie podpisy poświadczony w szczególnej formie przez Sędziego Pokoju, Sekretarza Sądowego, Asystenta Sekretarza Sądowego albo przez innego uprawnionego do przyjmowania oświadczeń pracownika sądowego upoważnionego przez sędziego<sup>40</sup>.

Sądem właściwym miejscowo jest lokalny sąd rodzinny, sąd hrabstwa lub Rejestr Główny Wydziału Rodzinnego w Londynie (*Principal Registry of the Family Division*). W sądzie tym należy dodatkowo przedłożyć stosowne dokumenty poświadczające odpowiedzialność rodzicielską rodziców biologicznych dziecka tj. odpis aktu urodzenia dziecka oraz odpis aktu małżeństwa z adnotacją o rozwodzie<sup>41</sup> rodziców biologicznych dziecka celem wykazania, że rodzice ci pozostawali w związku małżeńskim w chwili urodzenia

---

<sup>38</sup> Warto też nadmienić, że umowa o odpowiedzialności rodzicielskiej nie podlega wypowiedzeniu, gdyż jedynym sposobem rozwiązania umownego stosunku władzy rodzicielskiej jest interwencja sądu podjęta na wniosek każdego, kto posiada władzę rodzicielską, bądź też na wniosek dziecka.

<sup>39</sup> *Department for Education, The Children Act: Guidance and Regulations. Family support, day care and educational provision for young children*, t. 2, Londyn 1991, s. 5–6; N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford 2015, s. 372; R. Powell, *Child Law: A Guide for Courts and Practitioners*, Winchester 2001, s. 34.

<sup>40</sup> Podpis nie może być poświadczony przez prawnika (*solicitor*).

<sup>41</sup> Ewentualnie potwierdzenie zawarcia związku partnerskiego z adnotacją o rozwiązaniu takiego związku.

dziecka. Ewentualnie powinni oni przedłożyć dokument potwierdzający posiadanie odpowiedzialności rodzicielskiej przez ojca biologicznego. Dodatkowo rodzic przybrany powinien przedłożyć dokument poświadczający zawarcie związku małżeńskiego z rodzicem biologicznym dziecka. Każdy z wyżej wymienionych powinien też legitymować się ważnym dokumentem tożsamości. Tak podpisana umowa powinna zostać sporządzona w trzech egzemplarzach (lub trzech kopiach) po jednej dla każdego zainteresowanego tj. uprawnionych rodziców biologicznych i rodzica przybranego. Taki zestaw dokumentów powinien następnie zostać przesłany do wspomnianego Rejestru Głównego Wydziału Rodzinnego w Londynie. Po przyjęciu i akceptacji umowy, każde z rodziców otrzymuje jeden egzemplarz wraz z pieczęcią sądu i stosowną adnotacją sądową. Umowa wywołuje skutki prawne z chwilą zarejestrowania. Co ważne w przypadku przekazywania odpowiedzialności rodzicielskiej nad więcej niż jednym dzieckiem, do każdego z nich powinna zostać sporządzona odrębna umowa o odpowiedzialności rodzicielskiej.

#### 4. Wnioski

W świetle przeprowadzonych analiz można zaproponować następującą hipotezę.

1. Jak się wydaje dawni prawnicy rzymscy nie dostrzegali pierwotnie potrzeby konstruowania specjalnych stosunków prawnych typu alimentacyjnego, wychowawczego, czy jakiegokolwiek innego. Wszelkie relacje rodzinne pomiędzy określonymi członkami rodziny ujmowano w jeden stosunek agnacyjny, którego elementy zbliżone były do współczesnej władzy rodzicielskiej, alimentacji i kognacji. Jak można sądzić, podobna tendencja do uproszczonego obrazu relacji rodzinnych z punktu widzenia historii prawa, obecna była w innych systemach prawnych występujących na terytorium Europy.
2. Z czasem zaczęto jednak rozróżniać m.in. na gruncie prawa polskiego stosunki podstawowe (stosunek małżeństwa, pokrewieństwa i adopcji) oraz stosunki zależne (stosunek alimentacyjny, stosunek władzy rodzicielskiej, stosunek ustroju majątkowego małżonków i stosunek powinowactwa).

3. Ostatecznie obok stosunków podstawowych i zależnych zaczęto konstruować stosunki niezależne. Chodzi tu o alimentację po rozwiązaniu małżeństwa (art. 60 k.r.o.), alimentację po rozwiązaniu przysposobienia (art. 125 k.r.o.), powinowactwo po rozwiązaniu małżeństwa (art. 61<sup>8</sup> k.r.o.), a także alimentację wobec ciężarnej matki (art. 141 k.r.o.).

Przykładem tych ostatnich stosunków mogą być także rozwiązania obce. Reprezentatywnym modelem jest stosunek odpowiedzialności rodzicielskiej ojczyrna bądź macochy wobec pasierba na podstawie umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej. Jest to stosunek o tyle ciekawy, że jego źródłem jest umowa, która stanowi przykład zmieniającej się współcześnie aksjologii prawa rodzinnego. Aksjologii wedle której poza osobami formalnie należącymi do rodziny dostrzega się także osoby faktycznie włączone do wspólnoty rodzinnej w oparciu o bliskie więzi nieznaczące wiele z punktu widzenia prawa<sup>42</sup>. Kwestią otwartą pozostaje zaś pytanie, czy w takim kierunku powinien również pójść polski ustawodawca. Można się bowiem zastanawiać, czy należy dopuścić konstytutywny kontrakt dotyczący władzy rodzicielskiej do polskiego porządku prawnego, co wymaga przeprowadzenia niezwykle wnikliwych badań<sup>43</sup>.

### Streszczenie

Celem artykułu jest ukazanie władzy rodzicielskiej jako stosunku prawnego, którego źródłem może być kontrakt rodzinno-prawny. Ponieważ przypadek taki występuje m.in. w regulacjach prawa angielskiego, stąd też uwaga autorów skupia się na analizie właśnie tych regulacji prawnych. Motywem przewodnim pracy jest stwierdzenie, że obecnie jesteśmy świadkami tzw. kontraktualizacji prawa rodzinnego. Na początku artykułu

---

<sup>42</sup> Ojczym bądź macocha są związani z pasierbem więzią powinowactwa. W świetle polskiego prawa rodzinnego więź ta nie jest jednak zbyt doniosła, gdyż poza zakazem zawarcia małżeństwa (art. 14 k.r.o.) i dopuszczalną w pewnych przypadkach alimentacji (art. 144 § 1 k.r.o.) oraz możliwością spadkobrania, więź ta nie daje podstaw do wykonywania władzy rodzicielskiej (por. art. 95 i n. k.r.o.) oraz formalnego włączenia do rodziny (art. 27 k.r.o.).

<sup>43</sup> Na temat kontraktualizacji prawa rodzinnego por. J.M. Łukasiewicz, *Ewolucja stosunku alimentacyjnego* [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, red. E. Pływaczewski, J. Bryka, Szczytno 2017, s. 305–315.

wskazano różne modele stosunków rodzinno-prawnych. Jak można sądzić, pierwotnie, rzymscy prawnicy nie dostrzegali potrzeby wyróżniania poszczególnych stosunków rodzinno-prawnych, takich jak np. władza rodzicielska, czy też utrzymanie dziecka w formie współczesnej alimentacji. Wszystkie tego typu relacje, występujące pomiędzy poszczególnymi członkami rodziny, mieściły się w tzw. stosunku pokrewieństwa agnaticznego. Z czasem zaczęto jednak rozróżniać tzw. podstawowe stosunki rodzinno-prawne (takie jak małżeństwo, pokrewieństwo, czy przysposobienie) oraz stosunki rodzinno-prawne zależne (takie jak władza rodzicielska, powinowactwo, alimentacja, czy też ustrój majątkowy małżonków). Wreszcie oprócz stosunków podstawowych i zależnych wskazać wspólnie należy tzw. stosunki niezależne. Reprezentatywnym modelem takich stosunków jest w polskim porządku prawnym m.in. alimentacja po rozwiązaniu małżeństwa, czy też alimentacja po rozwiązaniu przysposobienia, a w prawie angielskim odpowiedzialność rodzicielska ojczyma, bądź macochy wobec pasierba na podstawie umowy o odpowiedzialności rodzicielskiej.

**Słowa kluczowe:** prawo rodzinne, Wielka Brytania, władza rodzicielska, adopcja

## **An Agreement as the Source of Parental Responsibility over a Stepchild – a Model Approach on the Example of English Legislation**

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

The purpose of this article is to show parental responsibility as a legal relationship, the source of which may be a contract. Because such a case occurs i.e. in the regulations of British law, hence the authors' attention is focused on the analysis of these regulations. The main motive of the work is to say that we are now witnessing the contractualisation of family law. At the beginning of the article, different models of family relations were indicated. It seems that Roman lawyers did not initially see the need for constructing special legal relationships such as parental responsibility or maintenance. All relations between specific members of the family were taken into account in a single cognitive attitude in which elements similar to modern parental authority, alimony and cognition were incorporated. In time, probably, the basic relations (marriage, kinship and adoption) and dependent relationships (relationship of maintenance, parental relationship, spousal relationship, and affinity ratio) began to be distinguished. Finally, it should be pointed out that apart from primary and dependent relations there are independent family relations. A representative model is the relationship between a stepfather or stepmother towards a stepchild on the basis of a parental responsibility agreement.

**Keywords:** family law, United Kingdom, parental responsibility, adoption

**Wojciech Kosior,**

University of Rzeszów, Faculty of Law and Administration,  
ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów, Poland,  
e-mail: wojciech.kosior@gmail.com.

**Jakub M. Łukasiewicz,**

University of Rzeszów, Faculty of Law and Administration,  
ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów, Poland,  
e-mail: j.m.lukasiewicz@wp.pl.



**SKUTKI COFNIĘCIA APELACJI PONAD ZAWARTE W WYROKU ROZSTRZYGNIĘCIE  
O KOSZTACH POSTĘPOWANIA CYWILNEGO**

Zagadnienie, które będzie przedmiotem omówienia w niniejszym opracowaniu sprowadza się do wątpliwości w jaki sposób należy traktować środek zaskarżenia początkowo skierowany zarówno przeciwko rozstrzygnięciu merytorycznemu wyroku jak i zawartemu w nim postanowieniu o kosztach postępowania, następnie zaś – w wyniku częściowego cofnięcia – ostatecznie obejmujący jedynie to drugie. Przedmiotem rozważań będzie charakter takiego środka, dotrzymanie lub przekroczenie terminu na jego wniesienie i forma rozstrzygnięcia sądu II instancji, które winno zostać wydane w następstwie jego rozpoznania.

Sporność wspomnianego zagadnienia sprowadza się do tego, że zawarte w wyroku rozstrzygnięcia procesowe w przedmiocie kosztów procesu – mimo że technicznie rzecz ujmując stanowią jeden z punktów sentencji wydanego wyroku – w rzeczywistości zapadają w formie postanowienia<sup>1</sup>. Zapatrywanie to – obecnie powszechnie akceptowane w praktyce sądowej oraz literaturze<sup>2</sup> – wynika z charakteru orzeczenia, jakim jest wyrok. Jego istota sprowadza się do wiążącego rozstrzygnięcia o stosunkach prawnomaterialnych. Wyrokiem sąd cywilny orzeka o istnieniu bądź nieistnieniu materialnego prawa podmiotowego, w konsekwencji zaś – o udzieleniu bądź nieudzieleniu ochrony. Zagadnienia procesowe zaś

---

\* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, e-mail: przemyslaw.jadlowski@student.uj.edu.pl.

<sup>1</sup> Zdanie to odnieść można także do innych postanowień procesowych, np. o rygorze natychmiastowej wykonalności, odrzuceniu pozwu, umorzeniu postępowania itd., jednakże w ich przypadku nie ma możliwości zaskarżenia ich apelacją łącznie z wyrokiem – tak np. uchwała SN z dnia 3 lutego 2009 r., I PZP 5/08 (OSNP 2009, nr 11–12, poz. 132) co do postanowienia o odrzuceniu pozwu czy postanowienie SN z dnia 5 października 1966 r., III CR 213/66 (OSP i KA 1967, nr 9, poz. 226) co do postanowienia o umorzeniu postępowania.

<sup>2</sup> Zob. T. Wiśniewski [w:] *System prawa procesowego cywilnego*, t. 3, *Środki zaskarżenia*, cz. 1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 145; A. Oklejak, *Apelacja w procesie cywilnym*, Kraków 1994, s. 55.



zawsze rozstrzygane są w formie postanowienia, choćby nawet znalazły się w kolejnych punktach orzeczenia zatytułowanego „wyrok”<sup>3</sup>.

Zgodnie z art. 394 § 1 pkt 9 Kodeksu postępowania cywilnego<sup>4</sup> zażalenie przysługuje na postanowienie, którego przedmiotem jest „zwrot kosztów, określenie zasad ponoszenia przez strony kosztów procesu, wymiar opłaty, zwrot opłaty lub zaliczki, obciążenie kosztami sądowymi, jeżeli strona nie składa środka zaskarżenia co do istoty sprawy (...)”. Wykładając powyższy przepis *a contrario* dojść należy do powszechnie aprobowanego wniosku<sup>5</sup>, że jeśli strona składa środek zaskarżenia co do istoty sprawy, może objąć nim także zawarte w wyroku rozstrzygnięcie o kosztach procesu, choćby zarzuty dotyczące rozstrzygnięcia o kosztach nie były funkcjonalnie powiązane z tymi merytorycznymi. Nie może ona w takiej sytuacji złożyć odrębnie zażalenia na postanowienie kosztowe<sup>6</sup>. Jeśli jednak strona kwestionuje jedynie rozstrzygnięcie o kosztach zawarte w wyroku, właściwym środkiem zaskarżenia pozostaje zażalenie, składane w terminie i sposób przewidziany dla tego środka zaskarżenia<sup>7</sup>.

Omawiana sytuacja nie daje się jednak zaklasyfikować jednoznacznie jako pierwsza lub druga z omówionych konfiguracji procesowych. W chwili złożenia środka odwoławczego objęcie nim rozstrzygnięcia procesowego miało charakter dodatkowy, przedmiotem zaskarżenia było przede wszystkim orzeczenie merytoryczne. Na skutek cofnięcia apelacji w zakresie, w którym odnosiła się do rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, orzeczenie o kosztach stało się jednak wyłącznym przedmiotem zaskarżenia. Konieczna jest więc bardziej pogłębiona analiza takiej sytuacji,

<sup>3</sup> Na marginesie, być może zasadnym byłoby rozważenie przez sądy cywilne przyjęcia praktyki realizowanej od lat przez Trybunał Konstytucyjny, tj. oddzielenie samego wyroku od postanowień zawartych w jego sentencji (które Trybunał także wydaje – są to głównie postanowienia o częściowym umorzeniu postępowania) słowami „ponadto postanawia”. Nie nastęrczyłoby to żadnej dodatkowej pracy, zaś uczyniło wyrok znacznie czytelniejszym dla stron, zwłaszcza tych bez przygotowania prawniczego.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 155 ze zm.) – dalej: k.p.c.

<sup>5</sup> T. Wiśniewski [w:] *System...*, s. 145; M. Manowska, A. Rafalska, *Koszty procesu i koszty sądowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2017, s. 434.

<sup>6</sup> Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2013 r., III CZP 15/13 (OSNC-ZD 2014, nr 3, poz. 44).

<sup>7</sup> T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 56.

zwłaszcza, że przesądzenie rozwiązania tego zagadnienia ma zasadniczy walor praktyczny w postaci sposobu rozstrzygnięcia przez sąd II instancji a czasem i dopuszczalności samego środka zaskarżenia z uwagi na dochowanie terminu do jego wniesienia.

Opisana powyżej problematyka nie była dotychczas przedmiotem dociekań doktryny prawie wcale. Nie sposób więc skonfrontować ze sobą zastanych już argumentów przemawiających za poszczególnymi stanowiskami, gdyż takowych po prostu niemalże brak<sup>8</sup>. Niemniej jednak, konieczne jest rozważenie racji, które mogą stać za każdym, możliwym do wyobrażenia, stanowiskiem. W przekonaniu autora hipotetycznie możliwe są cztery rozwiązania wskazanego problemu.

Po pierwsze, możliwe jest przyjęcie, że środek zaskarżenia nie traci charakteru apelacji w wyniku jego częściowego cofnięcia, a więc nawet wtedy, gdy przedmiotem zaskarżenia pozostanie wyłącznie rozstrzygnięcie o kosztach postępowania. Przy przyjęciu takiego zapatrywania odpada kwestia rozważania terminu na złożenie środka zaskarżenia, albowiem oceny dokonuje się z punktu widzenia pierwotnego zaskarżenia. Orzeczenie sądu drugiej instancji przybierze zaś formę wyroku, co ciekawe – wyroku rozstrzygającego jedynie kwestie procesowe.

Stanowisko to zostało wyrażone w wyroku SA w Warszawie z dnia 7 listopada 2014 r.<sup>9</sup> Sąd Apelacyjny przyjął w nim, że taki środek zaskarżenia, mimo że ostatecznie zwrócony jedynie przeciwko rozstrzygnięciu o kosztach procesu, nie traci przez swoje częściowe cofnięcie charakteru apelacji. W konsekwencji sąd zmienił zaskarżone rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów wyrokiem, wydanym po przeprowadzeniu rozprawy.

Uzasadniając swoje stanowisko sąd ten stwierdził, że art. 203 § 2 k.p.c. przewidujący, że pozew cofnięty nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wytoczeniem powództwa znajduje – z mocy art. 391 § 2 k.p.c. – zastosowanie w postępowaniu apelacyjnym. Cofnięcie apelacji w części niweczy więc skutki procesowe jej wniesienia w zakresie objętym

---

<sup>8</sup> Wyjątek stanowi A. Mendrek, która twierdzi, że takie „częściowe” cofnięcie apelacji jest niedopuszczalne w ogóle. Pogląd ten zostanie poddany krytyce w dalszej części pracy. Por. A. Mendrek, *Orzekanie o kosztach procesu cywilnego*, Sopot 2015, s. 356.

<sup>9</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 7 listopada 2014 r., I ACa 655/14 (Lex nr 1621236).

omawianą czynnością dyspozytywną. Nie powoduje jednak przekształcenia się środka zaskarżenia z mocą wsteczną w zażalenie, skoro został skutecznie złożony jako apelacja.

W drugiej kolejności da się przyjąć, że środek zaskarżenia poprzez cofnięcie go w zakresie rozstrzygnięcia merytorycznego a przy podtrzymaniu w zakresie kosztów procesu przekształci się w zażalenie, jednakże nie będzie ono podlegać odrzuceniu z powodu przekroczenia tygodniowego terminu wynikającego z art. 394 § 2 k.p.c., o ile tylko zostało złożone (pierwotnie jako apelacja) w terminie dwutygodniowym, o którym mowa w art. 369 § 1 k.p.c.

Stanowisko to należałoby uzasadnić poprzez analogię do skutków wadliwego oznaczenia orzeczenia przez sąd. Jak wskazał SN w uchwale połączonych Izb Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6 marca 1972 r.<sup>10</sup> „w przypadku gdy sąd błędnie nadał postanowieniu formę wyroku, środek odwoławczy należy potraktować jako zażalenie bez względu na jego tytuł, nie odrzucając go jednak z powodu uchybienia terminowi dla zażalenia, jeśli został złożony w terminie przewidzianym dla rewizji (dzisiejsza apelacja)”. W doktrynie stanowisko to zostało zaaprobowane i dziś można uznać je za niebudzące wątpliwości<sup>11</sup>. Umieszczenie zaś postanowienia o kosztach postępowania w sentencji wyroku, jakkolwiek wprost przewidziane przez art. 108 § 1 k.p.c., stanowi właśnie „wadliwe” oznaczenie postanowienia jako jednego z orzeczeń wyroku.

Po trzecie, istnieje także ewentualność dalej idąca, a więc przyjęcie, że środek ten w wyniku jego częściowego cofnięcia stał się zażaleniem ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym także z koniecznością ponownego zbadania dochowania terminu do jego złożenia i odrzucenia na

---

<sup>10</sup> Uchwała SN z dnia 6 marca 1972 r., III CZP 27/71 (OSNCP 1973, nr 1, poz. 1); z nowego orzecznictwa zaś uchwała SN (7) z dnia 6 października 2000 r., III CZP 31/00 (OSNC 2001, nr 2, poz. 22).

<sup>11</sup> Argumenty przemawiające za oraz przeciwko takiemu podejściu zbiera i przedstawia J. Jankowski, *Wadliwa postać orzeczenia sądu I instancji w procesie cywilnym*, „Palestra” 1987, nr 12, s. 21. Wśród głosów przeciwnych owemu stanowisku wskazuje przede wszystkim na B. Bładowskiego, który jednak w nowszych publikacjach także przychylił się do opinii wyrażonej przez SN. Por. B. Bładowski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 48.

podstawie art. 370 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. w przypadku przekroczenia terminu tygodniowego.

Za jej przyjęciem przemawia treść przywołanego już przepisu art. 394 § 1 pkt 9 k.p.c. oraz zasada wyłączności środków zaskarżenia<sup>12</sup>. Skoro bowiem kodeks postępowania cywilnego zakłada, że w przypadku braku zaskarżenia orzeczenia co do meritum, rozstrzygnięcia co do kosztów procesu skarżone są zażaleniem, nie sposób uznać, że środek skierowany ostatecznie tylko przeciwko nim, ma charakter apelacji.

Po czwarte w końcu możliwe jest przyjęcie, że strona nie może cofnąć apelacji w zakresie wszystkich postanowień objętych sentencją wyroku za wyjątkiem postanowienia kosztowego, albowiem takie oświadczenie stanowiłoby cofnięcie apelacji w całości. Wyrażając ten pogląd A. Mendrek wskazuje<sup>13</sup>, że na gruncie obowiązującego kodeksu postępowania cywilnego, nie sposób dopuścić możliwości orzekania przez sąd wyłącznie o kosztach procesu na skutek apelacji. Uzasadniając powyższy pogląd wskazuje, że apelacja jest środkiem zaskarżenia skierowanym przeciwko wyrokowi, a badanie postanowienia kosztowego w toku jej rozpoznawania ma charakter dodatkowy. Skoro więc strona cofnęła zarzuty skierowane do wyroku, odpadł przedmiot postępowania apelacyjnego, co determinuje konieczność jego umorzenia (art. 391 § 2 k.p.c.).

Ten ostatni pogląd należy poddać analizie w pierwszej kolejności, różniąc dwie sytuacje. Pierwsza z nich ma miejsce, gdy strona w skardze apelacyjnej wskazuje, że przedmiotem zaskarżenia jest rozstrzygnięcie merytoryczne oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu (poprzez określenie punktów wyroku, które skarży), lub też, gdy składając apelację co do orzeczenia w całości, podnosi zarzuty co do rozstrzygnięcia o kosztach procesu. W tym wypadku, gdy strona cofnie apelację co do rozstrzygnięcia merytorycznego, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że cofnęła ją w całości. Z analizy obu czynności procesowych w sposób nie budzący wątpliwości wynika bowiem, że zamierzeniem strony było poddanie kontroli instancyjnej postanowienia kosztowego i kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje tylko to, jaką formę – mając na uwadze zasadę *falsa demonstratio*

<sup>12</sup> Zob. B. Bładowski, *Środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 31.

<sup>13</sup> A. Mendrek, *Orzekanie...*, s. 356.

*non nocet* – taki środek odwoławczy przyjmuje i jak winien zachować się względem niego sąd, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części pracy. Fakt, że dany środek zaskarżenia nie przysługuje na danego rodzaju rozstrzygnięcie nie może bowiem skutkować uznaniem, że cofnięcie go, w zakresie w jakim był dopuszczalny, jest cofnięciem go w całości. Konsekwencją złożenia niedopuszczalnego środka odwoławczego nie jest bowiem umorzenie postępowania, lecz odrzucenie środka.

Inaczej sprawa wyglądać będzie, gdy strona podniosła w apelacji zarzuty wyłącznie co do meritum rozstrzygnięcia, następnie zaś – dopiero wraz z cofnięciem apelacji – wskazała, że domaga się kontroli instancyjnej postanowienia kosztowego. W takiej sytuacji należy rzeczywiście uznać, że strona cofnęła apelację w całości i jednocześnie złożyła zażalenie na postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania, co skutkować musi wydaniem przez sąd orzeczenia o umorzeniu postępowania apelacyjnego i odrzuceniu zażalenia (to drugie oczywiście jedynie wtedy, gdy cofnięcie apelacji z jednoczesnym wniesieniem zażalenia nastąpiło później niż 7 dni po doręczeniu odpisu wyroku z uzasadnieniem).

Pozostawiwszy sobie trzy możliwości odpowiedzi na postawione we wstępie pytanie, należy ustalić jaki jest skutek cofnięcia (w tym – częściowego cofnięcia) skargi apelacyjnej. W kodeksie postępowania cywilnego brak jest generalnie określonej zasady odwoływalności czynności procesowych, mimo to możliwość taka była aprobowana powszechnie już w czasach, gdy zasada dyspozycyjności doznawała ograniczeń znacznie dalej idących niż obecnie<sup>14</sup>.

Odwoływalność czynności procesowych wynika z ich cechy, jaką jest fakultatywność. Strony nie mają prawnego obowiązku dokonywania tych czynności – czynią to celem ochrony swoich praw i interesów<sup>15</sup>. Skoro więc strona przestała widzieć potrzebę takowej ochrony, żadne wartości nie stoją na przeszkodzie temu, ażeby mogła odwołać swoją czynność. Głoszona w starszych opracowaniach teza, jakoby czynności te generalnie mogły być przez sąd kontrolowane pod względem zgodności z prawem i zasadami współżycia społecznego poprzez odpowiednie stosowanie

<sup>14</sup> J. Mokry, *Odwoływalność czynności procesowych w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1973, s. 9.

<sup>15</sup> W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 156.

kontroli cofnięcia pozwu na podstawie art. 203 § 4 k.p.c.<sup>16</sup>, jest obecnie – w stosunku do cofnięcia apelacji – odrzucana, jako nieznaidująca podstaw w ustawie (nie dotyczy to oczywiście spraw z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, gdzie podstawę taką stanowi art. 439 k.p.c.) i nadmiernie ograniczająca dyspozycyjność stron<sup>17</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że złożenie środka zaskarżenia, jak i każdą inną czynność procesową, można co do zasady cofnąć tak długo, jak długo nie uprawomocniło się orzeczenie wydane w następstwie tej czynności<sup>18</sup>. W przypadku apelacji jest to możliwe aż do wydania orzeczenia kończącego postępowanie apelacyjne<sup>19</sup>, co wynika z faktu, że orzeczenie drugiej instancji jest (za wyjątkiem orzeczeń, o których mowa w art. 394<sup>1</sup> i 394<sup>2</sup> k.p.c.) prawomocne już z chwilą wydania. Jeśli więc skarżący, mieszcząc się we wskazanym terminie, cofnie złożoną apelację, oświadczenie takie wywołuje wiążące się z nim skutki<sup>20</sup>.

W tym miejscu należy rozważyć, o jakich skutkach cofnięcia apelacji mowa. Artykuł 391 § 2 k.p.c. wskazuje, że są nimi: umorzenie postępowania apelacyjnego i orzeczenie o kosztach procesu jak przy cofnięciu pozwu. W przypadku cofnięcia częściowego postępowanie apelacyjne ulega umorzeniu w odpowiedniej części<sup>21</sup>.

Mniej oczywistą wydaje się być odpowiedź na pytanie, czy apelacja cofnięta nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z jej złożeniem. Zagadnienie, o którym mowa, stanowi tylko wycinek znacznie szerszego problemu procesowego, niedostrzeganego w nowszej literaturze

---

<sup>16</sup> J. Mokry, *Odwoływalność...*, s. 188.

<sup>17</sup> Wyczerpujące omówienie występujących w tym zakresie poglądów doktryny i orzecznictwa – zob. A. Marciniak, *Cofnięcie apelacji w procesie cywilnym* [w:] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 409.

<sup>18</sup> Tak wyrok SA w Łodzi z dnia 29 września 1992 r., I ACz 335/92 (OSA 1993, nr 1, poz. 6), zaś z nowszego orzecznictwa postanowienie SN z dnia 7 listopada 2013 r., V CZ 53/13 (Lex nr 1391710).

<sup>19</sup> W. Broniewicz [i in.], *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2014, s. 268.

<sup>20</sup> O ile oczywiście skarżący do czasu prawomocnego umorzenia postępowania apelacyjnego nie odwoła czynności procesowej, jaką było cofnięcie apelacji, co także jest jak najbardziej dopuszczalne. Kolejne „piętra” odwoływania kolejnych czynności odwołujących poprzednie można tworzyć w zasadzie w nieskończoność, pamiętając jednak o momencie końcowym, o którym była mowa powyżej.

<sup>21</sup> A. Góra-Błaszczkowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, Komentarz do art. 1–729, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2016, s. 1028.

przedmiotu (docenione za to w literaturze starszej, czego przykładem jest przytaczana w niniejszej pracy kilkakrotnie monografia J. Mokrego) – mianowicie zaś rozstrzygnięcia, czy odwołanie czynności procesowej, jaką jest apelacja, wywołuje skutki *ex tunc*, czy też jedynie *ex nunc*. Problematyka ta może wywoływać trudności interpretacyjne z powodu braku odpowiednika regulacji art. 203 § 2 zd. 1 dla postępowania apelacyjnego, który to przepis wprost przewiduje dla pozwu skutek *ex tunc* jego cofnięcia<sup>22</sup>.

Powyższe pytanie ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postawionego zagadnienia, albowiem w razie uznania, że cofnięcie apelacji wywołuje skutek wsteczny od chwili jej złożenia, wykluczone jest przyjęcie, że rozpatrywany środek zaskarżenia – pomimo jego cofnięcia w części ponad rozstrzygnięcie o kosztach procesu – zachował charakter apelacji. Jednym ze skutków złożenia apelacji co do meritum pozostaje bowiem możliwość zaskarżenia przy jej pomocy także rozstrzygnięć procesowych zawartych w wyroku. Jeśli więc apelację – w wyniku jej cofnięcia – uzna się za niebyłą, niewywołującą żadnych skutków procesowych, pozostałą część środka odwoławczego należy traktować jako próbę zaskarżenia apelacją wyłącznie rozstrzygnięcia procesowego, co oczywiście nie jest dopuszczalne.

Co ciekawe, sprzeczności tej nie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w przytoczonym już wyroku z dnia 7 listopada 2014 r. Pomimo uznania – jak już wskazałem wyżej – że omawiany środek odwoławczy nie staje się przez jego częściowe cofnięcie zażaleniem, stwierdził on, że dla odwołanej apelacji znajduje odpowiednie zastosowanie art. 203 § 2 zd. 1 k.p.c.

Argumenty przytoczone we wskazanym wyroku dla uzasadnienia takiego stanowiska są jednak w oczywisty sposób chybione. Podstawę dla zastosowania w postępowaniu apelacyjnym regulacji art. 203 § 2 zd. 1 k.p.c., Sąd Apelacyjny znalazł bowiem w treści art. 391 § 2 k.p.c. Nie sposób jednak pominąć, że przepis ten odsyła do art. 203 nie w całości, a jedynie w zakresie orzekania o kosztach procesu. W istocie więc,

---

<sup>22</sup> J. Mokry, *Odwoływalność...*, s. 210.



na podstawie art. 391 § 2 odpowiednie zastosowanie znajdzie jedynie art. 203 § 2 zd. 2 k.p.c.<sup>23</sup>

Ewentualnej podstawy dla zastosowania regulacji niweczącej można by było poszukiwać w art. 391 § 1 k.p.c., stanowiącym ogólną normę odsyłającą w zakresie postępowania apelacyjnego do przepisów dotyczących postępowania przed sądem I instancji. Zauważyć trzeba jednak, że ustawodawca zaleca w takiej sytuacji stosowanie odpowiednie, które oznaczać może – w zależności od sytuacji – zastosowanie przepisu zgodnie z jego brzmieniem, zastosowanie go z uwzględnieniem odrębności postępowania apelacyjnego bądź też niezastosowanie w ogóle<sup>24</sup>. Odesłanie to nie stanowi więc podstawy do sformułowania jednoznacznej odpowiedzi na postawione pytanie.

W przekonaniu Autora należy przyjąć, że cofnięcie apelacji wywołuje skutki od chwili złożenia oświadczenia o cofnięciu (*ex nunc*), nie zaś skutki wsteczne, niweczące środek odwoławczy *ex tunc*. Dla uzasadnienia tej tezy warto wskazać dwa argumenty.

Po pierwsze, art. 391 § 1 k.p.c. odsyła do przepisów o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji tylko w zakresie nieuregulowanym (co jest zupełnie normalną techniką legislacyjną). Problematyka skutków cofnięcia apelacji nie jest zaś nieuregulowana, albowiem skutki zostały precyzyjnie określone w § 2 tegoż artykułu. Zgodnie z przytoczonym przepisem, skutkiem cofnięcia tego środka odwoławczego jest umorzenie postępowania apelacyjnego i rozstrzygnięcie o kosztach jak przy cofnięciu pozwu. Skutku w postaci unicestwienia następstw wniesienia (analogicznych do art. 203 § 2 zd. 1 k.p.c.) ustawa nie przewiduje.

Po drugie, argument stanowi również suspensywność apelacji – jej złożenie skutkuje wstrzymaniem uprawomocnienia się orzeczenia pierwszoinstancyjnego. Jeśli więc cofnięcie miałoby skutek niweczący *ex tunc*, należałoby przyjąć, że w wypadku cofnięcia apelacji (bez względu na to na jakim etapie byłoby postępowanie drugoinstancyjne) orzeczenie

---

<sup>23</sup> M. Manowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, Warszawa 2013, s. 640.

<sup>24</sup> Omówienie orzecznictwa na ten temat zob. M. Kokoszczyński [w:] *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, red. J. Warylewski, Warszawa 2003, s. 503.



uprawomocniło się już z chwilą upływu terminu do jej złożenia, często na wiele miesięcy wstecz. Rodziłoby to ciężkie do zaakceptowania skutki, zwłaszcza w sytuacji, gdy moment uprawomocnienia się orzeczenia pozostaje istotny z punktu widzenia praw i obowiązków stron (np. wyrok rozwodowy) lub terminu świadczenia zasądzonej należności (np. w przypadku jej rozłożenia na raty na podstawie art. 320 k.p.c., gdzie powszechną praktyką jest wyznaczenie terminu płatności pierwszej raty na określony dzień miesiąca następującego po miesiącu uprawomocnienia się orzeczenia). Z tego powodu w doktrynie<sup>25</sup> przyjęto trafnie, że w takiej sytuacji wyrok uprawomocni się wraz z uprawomocnieniem postanowienia o umorzeniu postępowania apelacyjnego, co wyraźnie wskazuje na uznanie skutków *ex nunc* cofnięcia apelacji.

Skoro więc apelacja – nawet cofnięta – może wywoływać skutki procesowe, jeśli miały one miejsce przed datą jej cofnięcia (albowiem ta ostatnia czynność działa jedynie na przeszłość), przyjęciu, że omawiany w niniejszym opracowaniu środek zaskarżenia ma charakter apelacji, nie stoi na przeszkodzie zasada wyłączności środków zaskarżenia. Akcesoryjny w stosunku do orzeczenia merytorycznego charakter kwestionowania rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, wymagany dla możliwości jego zaskarżenia w drodze apelacji, został w pełni zachowany. W chwili zaskarżenia rozstrzygnięcie to było bowiem tylko jednym z kwestionowanych w drodze apelacji, zaś dopuszczalność środka zaskarżenia badać należy na chwilę jego wniesienia. Skoro więc skutkiem cofnięcia apelacji nie jest uznanie jej za niebyłą *ex tunc*, w chwili zaskarżenia orzeczenia warunek powyższy został w pełni spełniony.

Na przeszkodzie takiemu stanowisku nie stoi także argument natury funkcjonalnej, a więc potencjalna możliwość nadużywania praw procesowych przez stronę, która – uchybiwszy terminowi do złożenia zażalenia na rozstrzygnięcie o kosztach – składałaby apelację, następnie zaś cofałaby ją, pozostawiając sądowi drugiej instancji do rozstrzygnięcia jedynie zagadnienie procesowe.

---

<sup>25</sup> M. Sychowicz, *Z problematyki prawomocności orzeczeń w procesie cywilnym*, PS 1996, nr 11–12, s. 63; A. Góra-Błaszczkowska, *Orzeczenia w postępowaniu cywilnym: komentarz do art. 316–366*, Warszawa 2003, s. 213.

Abstrahując od tego, że w praktyce nie wydaje się to być realne zagrożenie (próżno bowiem szukać szerszego orzecznictwa na ten temat, co wskazywałoby, że problem ten nie występuje często w toku postępowań cywilnych), uznanie omawianego środka zaskarżenia za zażalenie byłoby mechanizmem nieskutecznym w walce z tego typu nadużyciem. W przypadku bowiem rozstrzygnięcia o kosztach procesu, termin ten strona może obejść i bez cofania apelacji. Wystarczy bowiem, że zaskarzy wyrok co do meritum w najmniejszej jedynie części (np. co do jednej złotówki<sup>26</sup>) i zakwestionuje w apelacji rozstrzygnięcie o kosztach, a sąd drugiej instancji będzie zmuszony skontrolować w całości postanowienie kosztowe zawarte w wyroku i – jeśli będzie błędne bądź nieodpowiednie do zmienionej sentencji rozstrzygnięcia merytorycznego – orzec o nich ponownie<sup>27</sup>.

Uwzględniając wszystkie przytoczone powyżej argumenty, należy wskazać, że omawiany środek zaskarżenia (apelacja cofnięta ponad rozstrzygnięcie o kosztach postępowania) winien być przez sąd rozpoznany jako apelacja. Oznacza to, że w przypadku, gdy został złożony w terminie określonym w art. 369 § 1 k.p.c. podlega merytorycznemu rozpoznaniu w składzie trzech sędziów zawodowych na rozprawie<sup>28</sup>, zaś orzeczenie rozstrzygające będzie mieć charakter wyroku. Z technicznego punktu widzenia należałoby w komparycji wyroku wskazać, że został on wydany „na skutek apelacji od wyroku...”, zaś w sentencji – zmienić albo uchylić „postanowienie zawarte w pkt X wyroku...”, ewentualnie „oddalić apelację”.

Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia także zgłaszana w doktrynie potrzeba wykładni na korzyść otwarcia w możliwie najszerszym zakresie prawa do zaskarżenia<sup>29</sup>. W przypadku, gdy literalne brzmienie przepisów nie pozwala na jednoznaczną odpowiedź na pytanie

<sup>26</sup> W takim wypadku opłata od apelacji będzie nieraz niższa niż od zażalenia (30 zł); art. 13 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 300).

<sup>27</sup> M. Manowska, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2016, s. 24.

<sup>28</sup> Za wyjątkiem sytuacji, gdy przepis szczególnie określa inny skład lub umożliwia wydanie przez sąd II instancji wyroku na posiedzeniu niejawnym, jak ma to miejsce w postępowaniu uproszczonym.

<sup>29</sup> A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 299 i n.

o należyty sposób wykładni, zawsze aksjologicznie bezpieczniejszym rozwiązaniem będzie umożliwienie kontroli instancyjnej wydanego orzeczenia. W ten sposób na pewno nie dojdzie do pokrzywdzenia strony skarżącej orzeczenie, zaś – jeśli rozstrzygnięcie było prawidłowe i wytrzyma kontrolę instancyjną – nie wpłynie to na jego ostateczny kształt.

Niezależnie od powyższych rozważań *de lege lata*, należy rozważyć, czy opisana sytuacja nie powinna skutkować interwencją ustawodawcy. Rozróżnienie terminu na złożenie apelacji oraz zażalenia na postanowienie zawarte w wyroku nastrocza bowiem wielu problemów. Jak już wskazano wyżej, możliwe jest łatwe obejście przepisów o terminie na zażalenie, co nie sprzyja poważnemu traktowaniu przepisów prawa procesowego. Dlatego też rozważyć należy proponowany w doktrynie<sup>30</sup> postulat przedłużenia do dwóch tygodni terminu na złożenie zażalenia na postanowienia zawarte w sentencji wyroku. Takie rozwiązanie przyczyni się do ułatwienia inicjacji kontroli instancyjnej. Dla strony niedysponującej wiedzą prawniczą kwestią niemal irrelevantną stanie się, czy dane rozstrzygnięcie jest częścią wyroku, czy też zawartym w nim postanowieniem – złoży po prostu pismo zatytułowane „apelacja”, które sąd potraktuje – w zależności od potrzeb – jako apelację, zażalenie lub zarówno jedno jak i drugie, z pewnością go jednak nie odrzuci z powodu przekroczenia terminu tygodniowego. Co warte podkreślenia, taka regulacja nie wpłynie również w żaden sposób na sprawność postępowania cywilnego – postępowanie „wykonawcze” (stwierdzenie prawomocności orzeczenia, nadanie mu klauzuli wykonalności) sąd przecież i tak może zrealizować dopiero po upływie dwóch tygodni. Do tego czasu nie sposób ustalić, czy strona nie zaskarży orzeczenia w całości apelacją obejmującą także rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, dlatego też dopiero po upływie tego terminu postanowienie kosztowe zawarte w wyroku staje się prawomocne<sup>31</sup>.

Alternatywnie można zaproponować uchylenie możliwości kontroli przez sąd II instancji prawidłowości orzeczenia o kosztach procesu w ramach postępowania apelacyjnego poza zakresem zaskarżenia części merytorycznej wyroku. W przypadku takiego rozwiązania sąd *ad*

<sup>30</sup> A. Mendrek, *Orzekanie...*, s. 356.

<sup>31</sup> A.A. Bąk, *Praktyczne aspekty orzekania o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Toruń 2007, s. 176–177.

*quem* byłby uprawniony w ramach skargi apelacyjnej do zmiany orzeczenia o kosztach tylko w takim zakresie, jaki wynika ze zmiany orzeczenia merytorycznego. Strona zaś – chcąc na wypadek oddalenia apelacji od wyroku zakwestionować także rozstrzygnięcie o kosztach – musiałaby składać wraz z apelacją także zażalenie. Wydaje się ono być jednak mało klarowne i prowadzące do zbyt dużego skomplikowania sytuacji procesowej – apelacją w toku rozpoznania i zażaleniem oczekującym rozpoznania tylko na wypadek negatywnego orzeczenia w przedmiocie apelacji. Dlatego też jego ewentualne wprowadzenie musiałoby być poprzedzone szeroką refleksją na temat tego, czy przewidywane jego korzyści (których nie sposób nie dostrzec) w postaci „czystości” środków zaskarżenia warte są dalszego sformalizowania procedury. Pamiętać należy przy tym, że jakkolwiek formalizm postępowania bywa celem samym w sobie<sup>32</sup>, to jedynie do granic prawa do sądu<sup>33</sup>, zaś celem przepisów kodeksu postępowania cywilnego jest nade wszystko zapewnienie stronom uczciwego procesu cywilnego<sup>34</sup>, realizującego zagwarantowane w art. 45 Konstytucji RP<sup>35</sup> prawo do sądu.

### Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest próba rozstrzygnięcia zagadnienia charakteru prawnego środka zaskarżenia skierowanego początkowo zarówno przeciwko rozstrzygnięciu merytorycznemu wyroku jak i zawartemu w nim postanowieniu o kosztach postępowania, następnie zaś – w wyniku częściowego cofnięcia – ostatecznie obejmującego jedynie zawarte w wyroku rozstrzygnięcie kosztowe. Przedmiotem analizy jest, czy środek taki nadal pozostaje apelacją, czy też dochodzi do jego przekształcenia w zażalenie – a jeśli tak, czy należy zbadać ponownie dochowanie terminu jego wniesienia. W celu rozstrzygnięcia tego problemu,

<sup>32</sup> S. Cieślak, *Formalizm procesowy – środek czy cel postępowania cywilnego?* [w:] *Czterdziestolecie Kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, Kraków 2006, s. 200–201.

<sup>33</sup> S. Cieślak, *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, s. 110–111.

<sup>34</sup> A. Łazarska, *Rzetelny...*, s. 21–23.

<sup>35</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. poz. 483 ze zm.).

należy odpowiedzieć na pytanie o skutki cofnięcia apelacji, dochodząc do przekonania, że czynność ta wywołuje jedynie skutki *ex nunc*. W podsumowaniu zauważa się, że omawiany środek nie traci poprzez jego częściowe cofnięcie charakteru apelacji i winien być rozpoznany właśnie jako apelacja ze wszystkimi tego konsekwencjami.

**Słowa kluczowe:** środki zaskarżenia, apelacja, cofnięcie apelacji, zażalenie, koszty postępowania

## The Consequences of Withdrawal of the Appeal in the Part Going Beyond the Decision about the Costs of the Proceedings contained in the Judgment

### Summary

The clue of an article is an attempt to resolve the question of the nature of the legal remedy filled against both the merits of the judgement and the procedural order about the costs of legal proceedings contained therein, and subsequently – by its partial withdrawal – covering only the procedural part. The author debates whether this remedy remains an appeal or is converted into a grievance and if so, whether the time-limit for its filling should be re-examined due to regulations of grievance. In order to resolve this problem, the author answers the question of the effects of the withdrawal of the appeal, finally believing that this action has only *ex nunc* effects. Consequently, the author submits that the remedy does not lose its nature by its partial withdrawal and shall be heard by the court of the second instance as an appeal.

**Keywords:** legal remedies, appeal, appeal withdrawal, grievance, costs of legal proceeding

**Przemysław Jadłowski,**

Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration,  
ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, Poland,  
e-mail: przemyslaw.jadlowski@student.uj.edu.pl.

**EUROPEJSKA INICJATYWA OBYWATELSKA – OCENA OBOWIĄZUJĄCYCH REGULACJI,  
DOTYCHCZASOWYCH DOŚWIADCZEŃ ORAZ PROPOZYCJI ZMIAN****1. Wstęp**

Europejska inicjatywa obywatelska w 2017 r. obchodziła swoje pięciolecie rzeczywistego funkcjonowania. Stanowi to dobrą okazję do przeanalizowania jej zastosowania w praktyce oraz podjęcia oceny proponowanych zmian legislacyjnych w tym zakresie. Głośny i szeroko dyskutowany, przy okazji debaty nad Traktatem z Lizbony<sup>1</sup>, projekt europejskiej inicjatywy obywatelskiej jawił się jako innowacyjny, nieznany do tej pory na szczeblu ponadnarodowym instrument prawny<sup>2</sup>. Ostatecznie zaczął funkcjonować na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 211/2011, które weszło w życie 31 marca 2011 r. i przewidywało roczne *vacatio legis*<sup>3</sup>.

Do października 2017 r. zgłoszono 57 inicjatyw. W stosunku do 20 z nich Komisja Europejska odmówiła rejestracji, uzasadniając za każdym razem swoją decyzję jednakowo, a mianowicie, powołując się na „wykroczenie w sposób oczywisty poza kompetencje Komisji w zakresie przedkładania wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów”<sup>4</sup>. Liczba inicjatyw, należących do

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: marysiasmolny@gmail.com.

<sup>1</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. z 2009 r. poz. 1569).

<sup>2</sup> J. Barcz, *Inicjatywa obywatelska – aspekty prawne i instytucjonalne*, EPS 2011, nr 10, s. 16.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie inicjatywy obywatelskiej (Dz.Urz. UE L 65, s. 1) – dalej: rozporządzenie nr 211/2011.

<sup>4</sup> Art. 4 ust. 2 lit. b rozporządzenia nr 211/2011. Obok braku ustanowienia Komitetu Obywatelskiego i wyznaczenia osoby kontaktowej, stwierdzenia, że inicjatywa jest oczywistym nadużyciem, jest oczywiście niepoważna lub dokuczliwa, bądź też, że jest w sposób oczywisty sprzeczna z wartościami Unii, określonymi w art. 2 TUE, stanowi jedną z możliwych przyczyn odrzucenia wniosku o rejestrację przez Komisję Europejską.

grupy tzw. „zakończonych sukcesem”, ogranicza się jedynie do czterech: *Right2Water*, *Stop Wivisekcji*, *Jeden z nas* oraz tegorocznej inicjatywy – *Zakaz stosowania glifosatu i ochrona ludzi i środowiska przed toksycznymi pestycydami*. Mając na względzie fakt, że w samym 2016 roku Komisja Europejska wydała 1463 wiążących aktów prawnych (rozporządzeń, dyrektyw, decyzji)<sup>5</sup>, a liczba inicjatyw obywatelskich, które dotychczas uzyskały poparcie co najmniej miliona obywateli UE, jest tak nieproporcjonalnie niewielka, trudno uniknąć przekonania o nieefektywności tego narzędzia oraz zadania sobie pytań o sens jego istnienia i ewentualne możliwości dokonania nowelizacji przepisów regulujących EIO.

## 2. Uwagi ogólne

Zarówno ideowych, jak i prawnych podstaw europejskiej inicjatywy obywatelskiej zasadniczo szukać należy w pierwszej dekadzie XXI wieku, w szczególności w pracach nad ostatecznym tekstem Traktatu o Unii Europejskiej<sup>6</sup> oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>7</sup>, choć pamiętać należy również o działaniach dużo wcześniejszych<sup>8</sup>. W tekście TUE zostały potwierdzone trzy główne zasady: demokratycznej równości (art. 9 TUE), demokracji przedstawicielskiej (art. 10 TUE) i demokracji uczestniczącej (art. 11 TUE). Europejska inicjatywa obywatelska (art. 11 ust. 4 TUE) powstała w ramach ostatniej z wymienionych zasad jako instrument służący wzmocnieniu legitymacji demokratycznej Unii Europejskiej i bezpośrednio umożliwiający jej obywatelom uczestnictwo w kreowaniu prawa europejskiego. *Ratio legis*, a zarazem podstawowy cel przyświecający stosowaniu tego instrumentu to bezsprzecznie zwiększenie mobilizacji obywatelskiej i społecznej oraz wzmocnienie poczucia obywatelstwa europejskiego – również

---

<sup>5</sup> Statystyki wydawanych aktów legislacyjnych, <http://eur-lex.europa.eu/statistics/2016/legislative-acts-statistics.html>, 29.10.2017.

<sup>6</sup> Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. poz. 864/30 ze zm.) – dalej: TUE.

<sup>7</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. poz. 864/2 ze zm.) – dalej: TFUE.

<sup>8</sup> Projektowi europejskiej inicjatywy obywatelskiej poświęcono dużo uwagi podczas dyskusji nad Traktatem konstytucyjnym w tzw. okresie refleksji (2005–2006).



na poziomie transnarodowym<sup>9</sup>. Okres pięciu lat istnienia tego narzędzia nie pozwala jednoznacznie ocenić na ile inicjatywa obywatelska ma szansę w perspektywie długookresowej stać się realnym środkiem oddziaływania na Komisję<sup>10</sup>, zarazem jednak uprawnia do sformułowania krytycznej oceny i do przedstawienia uwag *de lege ferenda*.

### 3. Rozporządzenie nr 211/2011

Jak już wspomniano, inicjatywa obywatelska osadza się na postanowieniach zawartych w TUE, zaś szczegóły jej dotyczące określa art. 24 akapit 1 TFUE<sup>11</sup>, który z kolei odsyła w tej sprawie do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE, przyjętego w drodze zwykłej procedury ustawodawczej<sup>12</sup>. Rozporządzenie to określa „procedury i warunki wymagane do przedstawienia inicjatywy obywatelskiej(...)”. Stwierdza między innymi (w art. 2 pkt 1 i art. 7 ust. 1), uzupełniając tym samym postanowienia TUE o warunku zebrania miliona deklaracji poparcia w celu uruchomienia inicjatywy (art. 11 ust. 4), że sygnatariusze muszą pochodzić z „co najmniej 1/4 wszystkich państw członkowskich”. Ponadto, rozporządzenie ustanawia dodatkowy warunek minimalnej liczby podpisów określonej dla każdego państwa członkowskiego. W załączniku I do rozporządzenia podane są liczby minimalne odpowiadające liczbie posłów do Parlamentu Europejskiego, przypadającej na każde z państw członkowskich, pomnożonej przez 750. Dla Polski minimalna liczba sygnatariuszy inicjatywy obywatelskiej, zgodnie z tym algorytmem, wynosi 38.250. Rozporządzenie też dokładnie definiuje sygnatariuszy i organizatorów inicjatywy (art. 2 pkt 2 i 3). Przedstawiciele obu grup, zgodnie z kolejnym artykułem rozporządzenia, muszą być obywatelami Unii i osiągnąć wiek uprawniający do głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego,

<sup>9</sup> Sprawozdanie Komisji Spraw Konstytucyjnych z dnia 7 października 2015 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej, [<sup>10</sup> M. Pisz, \*Obywatelska inicjatywa ustawodawcza z art. 118 ust. 2 Konstytucji RP oraz europejska inicjatywa obywatelska – przedstawienie i porównanie obu instytucji\*, PPP 2014, nr 11, s. 35.](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2fEP%2F%2fNONGML%2bREPORT%2bA8-2015-0284%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2F%2fPI, 29.10.2017.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>11</sup> Por. art. 11 ust. 4 zd. ostatnie TUE.

<sup>12</sup> J. Barcz, *Inicjatywa...*, s. 16.

co oznacza w rzeczywistości zasadę ukończenia 18. roku życia (wyjątek stanowi Austria). Ponadto organizatorzy zobligowani są do uformowania komitetu obywatelskiego, w którego skład wchodzi co najmniej siedem osób zamieszkałych w co najmniej siedmiu różnych państwach członkowskich. Kolejnym krokiem po utworzeniu komitetu obywatelskiego jest złożenie wniosku o rejestrację proponowanej inicjatywy obywatelskiej w rejestrze prowadzonym przez Komisję Europejską. W tym celu organizatorzy dostarczają określone informacje Komisji, *inter alia* określają przedmiot i cele proponowanej inicjatywy. Zgodnie z art. 4 ust. 2 rozporządzenia w terminie dwóch miesięcy od otrzymania informacji Komisja rejestruje proponowaną inicjatywę obywatelską pod warunkiem, że spełnione zostały następujące przesłanki: utworzono komitet obywatelski i wyznaczono osobę kontaktową zgodnie z art. 3 ust. 2; proponowana inicjatywa obywatelska nie wykracza w sposób oczywisty poza kompetencje Komisji w zakresie przedkładania wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów; proponowana inicjatywa obywatelska nie jest oczywistym nadużyciem, nie jest oczywiście niepoważna lub dokuczliwa; oraz proponowana inicjatywa obywatelska nie jest w sposób oczywisty sprzeczna z wartościami Unii określonymi w art. 2 TFUE. Jeżeli chociaż jeden ze wspomnianych warunków nie został spełniony, Komisja odmawia rejestracji. W takim przypadku musi ona poinformować organizatorów o przyczynach swojej odmowy i wszystkich możliwych dostępnych sądowych i pozasądowych środkach prawnych. Do tej pory, jak zostało wskazane powyżej, Komisja uzasadniała wszystkie odmowy rejestracji niespełnieniem warunku drugiego z wymienionych, a więc uznawała, że inicjatywy wykraczały w sposób oczywisty, tj. znacząco i nie budząc co do tego wątpliwości<sup>13</sup>, poza sferę możliwości działania Komisji.

Natomiast proponowana inicjatywa obywatelska, która zostaje zarejestrowana, jest upubliczniana w rejestrze. Wówczas organizatorzy uprawnieni są do rozpoczęcia zbierania deklaracji. Decyduje o tym art. 5 ust. 5, którego treść brzmi następująco: „Wszystkie deklaracje poparcia zbiera

---

<sup>13</sup> J. Horyza, *Europejska inicjatywa obywatelska – analiza wymogów formalnych rejestracji na przykładzie skargi na decyzję o odmowie rejestracji inicjatywy STOP TTIP*, EPS 2015, nr 11, s. 32.

się po dacie rejestracji proponowanej inicjatywy obywatelskiej w okresie nieprzekraczającym 12 miesięcy”. Warto nadmienić, że jest on źródłem licznych kontrowersji z powodu swojej nieściśłości. Sformułowanie „po dacie rejestracji” nie wskazuje w żadnym stopniu na precyzyjny termin, od którego biegnie ów okres 12 miesięcy, ani na podmiot, który decyduje o wyznaczeniu daty rozpoczęcia zbierania deklaracji. W praktyce nieściśłość legislatora w tym zakresie spotkała się z oburzeniem organizatorów inicjatyw, czego przykładem jest sprawa inicjatywy *Mum, Dad & Kids*. Organizatorzy wspomnianej inicjatywy zebrali ponad milion podpisów, które nie zostały jednak uznane przez Komisję Europejską, powołującą się na fakt znacznego przekroczenia terminu 12 miesięcy wyznaczonego na zbieranie deklaracji poparcia. Organizatorzy w odpowiedzi zarzucili Komisji, że arbitralnie, nie mając ku temu żadnych podstaw prawnych, uznała dzień rejestracji inicjatywy za dzień rozpoczęcia zbierania deklaracji (tj. 10 grudnia 2015 r.), podczas gdy w rzeczywistości z powodu trudności organizacyjno-technicznych początek zbierania podpisów nastąpił niecałe cztery miesiące później – dnia 4 kwietnia 2016 r.<sup>14</sup> Organizatorzy, nie zgadzając się z decyzją Komisji, zwrócili się pisemnie do Ombudsmana Emily O’Reilly o interwencję w tej sprawie. Pośrednią reakcją Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich był list skierowany do przewodniczącego Komisji Europejskiej, Jean Claude’a Junckera datowany na 13 lipca 2017 r., zawierający sugestie poprawy funkcjonowania procedury EIO, w tym postulat zaniechania arbitralnego wskazywania daty rozpoczęcia zbierania deklaracji poparcia przez Komisję<sup>15</sup>.

Aktualne rozporządzenie reguluje również kwestie techniczne dotyczące złożenia podpisu pod inicjatywą obywatelską. Zastrzega, że do celów gromadzenia deklaracji poparcia można wykorzystywać wyłącznie formularze zgodne ze wzorami przedstawionymi w załączniku do rozporządzenia. Sygnatariusze, wypełniając formularze, podają jedynie te dane osobowe, których wymaga się do celów weryfikacji przez państwa

<sup>14</sup> Strona internetowa inicjatywy obywatelskiej *Mum, Dad & Kids*, <http://www.mumdadandkids.eu/news/collection-of-signatures-will-continue-until-3-april-2017>, 27.10.2017.

<sup>15</sup> *Letter from the European Ombudsman to the President of the European Commission containing suggestions for improvement of the European Citizens Initiative procedure*, <https://www.ombudsman.europa.eu/cases/correspondence.faces/en/81311/html.bookmark>, 27.10.2017.

członkowskie (załącznik III)<sup>16</sup>. Następnie pod warunkiem dopełnienia wszystkich stosownych procedur i warunków, w szczególności zebrania miliona deklaracji, organizatorzy mogą przedłożyć inicjatywę obywatelską Komisji. W przypadku otrzymania inicjatywy obywatelskiej, na podstawie art. 10 rozporządzenia, Komisja niezwłocznie publikuje ją w rejestrze, następnie przyjmuje organizatorów na odpowiednim szczeblu, aby mogli szczegółowo wyjaśnić kwestie, których dotyczy inicjatywa obywatelska. W ciągu trzech miesięcy Komisja wydaje komunikat zawierający prawne i polityczne wnioski, dotyczące tej inicjatywy obywatelskiej, informacje na temat ewentualnych działań jakie Komisja zamierza podjąć oraz uzasadnienie podjęcia lub niepodjęcia tych działań, o czym powiadamia organizatorów, a także Parlament Europejski i Radę oraz podaje do wiadomości publicznej. Postanowienia rozporządzenia umożliwiają także organizatorom przedstawienie inicjatywy obywatelskiej na wysłuchaniu publicznym w Parlamencie Europejskim, w stosownych przypadkach z udziałem innych instytucji i organów Unii, które zgłoszą chęć udziału, oraz przy reprezentacji Komisji na właściwym szczeblu (art. 11). Jednoznacznie zatem z rozporządzenia wynika, że inicjatywa miliona obywateli Unii, która przeszła całą procedurę i została przekazana Komisji, nie wiąże jej bezwzględnie, tzn. Komisja nie jest zobowiązana do podjęcia wniosku ustawodawczego zgodnego z treścią inicjatywy. Jak już zauważono, żadna z czterech inicjatyw, które z pozytywnym wynikiem przeszły procedurę zbierania deklaracji poparcia, nie skutkowałą podjęciem procedury legislacyjnej przez Komisję.

Istotnymi postanowieniami rozporządzenia są te dotyczące zbierania deklaracji poparcia w formie elektronicznej. Organizatorzy bowiem mogą używać formularzy w formie papierowej, jak i on-line. System zbierania deklaracji on-line musi być zgodny z warunkami określonymi w rozporządzeniu oraz sprecyzowanymi przez Komisję specyfikacjami technicznymi. Przed rozpoczęciem zbierania deklaracji poparcia system ten musi zostać poświadczony w państwie członkowskim, w którym

---

<sup>16</sup> Część A załącznika III dotyczy państw, które nie wymagają osobistego numeru identyfikacyjnego/ numeru osobistego dokumentu tożsamości przy wypełnianiu formularza, natomiast część B obejmuje państwa, które takiego numeru wymagają.

będą przechowywane dane (art. 6 ust. 1). Ponadto, Komisja bezpłatnie udostępnia organizatorom „oprogramowanie zawierające stosowne elementy techniczne i zabezpieczenia niezbędne do zapewnienia zgodności z przepisami niniejszego rozporządzenia dotyczącymi systemów zbierania deklaracji on-line” (art. 6 ust. 2). W tym miejscu należy zaznaczyć, że wspomniane oprogramowanie nie jest narzędziem kompleksowym, które bez modyfikacji może zostać zaimplementowane przez organizatorów. W praktyce organizatorzy, by uzyskać wymagany certyfikat muszą dostosowywać i rozbudowywać oprogramowanie Komisji.

Parlament Europejski i Rada, dążąc do bieżącego kontrolowania procedury EIO, zobowiązały Komisję do przedstawiania wspomnianym instytucjom regularnie, co trzy lata, sprawozdania dotyczącego stosowania przedmiotowego rozporządzenia (art. 22). Taka regulacja świadczy o ostrożnym nastawieniu Parlamentu Europejskiego i Rady do nowopowstałego instrumentu oraz, choć może być to wniosek zbyt daleko idący, do ich ograniczonego zaufania względem Komisji. Taki dokument z trzech lat funkcjonowania europejskiej inicjatywy obywatelskiej Komisja wydała w marcu 2015 r. Była to jedna z pierwszych okazji do otwarcia dyskusji o potrzebie zmian normatywnych, których celem ma być wzmocnienie instytucji inicjatywy obywatelskiej<sup>17</sup>.

#### 4. Potrzeba zmian legislacyjnych

Trudno dotrzeć do opinii pozytywnie oceniających obecną formułę europejskiej inicjatywy obywatelskiej, co oczywiście nie zaskakuje, biorąc pod uwagę liczbę inicjatyw, które ukończyły całą procedurę (4) w zestawieniu z sumą inicjatyw nieprzyjętych do rejestracji, wycofanych oraz tych, które nie uzyskały 1 miliona podpisów (54), a także zwracając uwagę na ogólną niewielką – w perspektywie pięcioletniej – liczbę wszystkich zgłoszonych inicjatyw (62). Wśród zastrzeżeń najczęściej pojawiają się głosy, że instytucja ta jest jedynie rozszerzeniem obecnego prawa petycji do Parlamentu Europejskiego o możliwość zwrócenia się do Komisji

<sup>17</sup> Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady. Sprawozdanie dotyczące stosowania rozporządzenia (UE) nr 211/2011 w sprawie inicjatywy obywatelskiej, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-145-PL-F1-1.PDF>, 26.10.2017.

Europejskiej. Wskazuje się również na problem skomplikowanej materii technicznej w zakresie elektronicznego zbierania głosów poparcia i postępowania z danymi osobowymi oraz niejasność i zbyt rygorystyczne interpretowanie przepisów o kryteriach rejestracji inicjatywy obywatelskiej<sup>18</sup>. Istotnym problemem jest ponadto brak wiary w skuteczność instrumentu, a tym samym mniejsza aktywność społeczna i zainteresowanie przedłożeniem inicjatyw, spowodowane biernością Komisji, której działania w stosunku do „udanych” inicjatyw nigdy nie przybrały formy projektu aktu prawnego<sup>19</sup>.

Wspomniane źródła nieefektywności EIO trafnie lokalizują sedno problemu i wydają się być bardziej przekonujące niż wskazania niektórych autorów, którzy przyczyny niewydolności omawianej instytucji upatrują przede wszystkim w społecznej percepcji inicjatywy obywatelskiej, co tłumaczą dokładniej jako zdolność mobilizacji obywateli Unii Europejskiej z różnych państw członkowskich wokół pewnego, konkretnego problemu unijnego, a raczej brak owej zdolności<sup>20</sup>. Bezsprzecznie dostrzegam potrzebę podejmowania działań informacyjnych oraz promocyjnych, uświadamiających obywateli Unii o istnieniu w teorii realnego narzędzia oddziaływania na prawo i politykę unijną. Wychodzę jednak z założenia, że ograniczenie się do takiego rozwiązania nie poprawi praktycznej użyteczności instytucji inicjatywy obywatelskiej. Konieczne są zmiany normatywne, o czym zdaje się mieć świadomość, poza praktykami oraz prawnikami zajmującymi się teoretycznie tą materią, zarówno Parlament Europejski, Komisja, jak i unijny Ombudsman. W poniższych rozważaniach dokonano przeglądu propozycji nowelizacji rozporządzenia, przedstawionych przez wyżej wskazane podmioty.

---

<sup>18</sup> J. Horyza, *Europejska...*, s. 33.

<sup>19</sup> W sprawie inicjatyw zakończonych sukcesem Komisja zorganizowała konferencję (*Stop Winiwekcji*), zobowiązała się m.in. do skuteczniejszego wdrożenia prawodawstwa UE dotyczącego jakości wody oraz do przeprowadzenia ogólnounijnych konsultacji społecznych na temat dyrektywy w sprawie wody pitnej (*Right2Water*), zaś w stosunku do inicjatywy *Jeden z nas* nie podjęła żadnych konkretnych działań, a w sprawie zakazu stosowania glifosatu i ochrony ludzi i środowiska przed toksycznymi pestycydami Komisja zdecyduje o podjęciu lub niepodjęciu działań do dnia 8 stycznia 2018 r.

<sup>20</sup> Zob. M. Pisz, *Obywatelska...*, s. 35; J. Barcz, *Inicjatywa...*, s. 25.



## 5. Propozycje Parlamentu Europejskiego

Pierwszym znaczącym podsumowaniem funkcjonowania procedury EIO było przygotowane przez Parlament Europejski w 2014 r. studium, zatytułowane „Europejska inicjatywa obywatelska – pierwsze doświadczenia”<sup>21</sup>. Dokument w przejrzysty sposób zebrał i opisał wszystkie mankamenty regulacji, utrudnienia, z którymi borykają się organizatorzy inicjatyw oraz przedstawił w dość ogólny sposób propozycje zmian rozporządzenia nr 211/2011. Zwrócono w nim m.in. uwagę na trudności obywateli UE w zrozumieniu regulacji dotyczących procedury EIO, niejasność i ryzyko związane z postanowieniami o ochronie danych osobowych, kosztowność procedury (w szczególności duży koszt związany z obsługą prawną oraz tłumaczeniami), niewydolność oprogramowania do zbierania deklaracji drogą on-line udostępnionego przez Komisję, różnice między państwami członkowskimi w zakresie wymagań dotyczących danych osobowych sygnatariuszy, niepewność daty rozpoczęcia zbierania deklaracji, a także pozorność działań następczych Komisji i Parlamentu Europejskiego. Autorzy studium przedstawili, jak już zostało wspomniane, propozycje praktyczne oraz prawne w przedmiocie rewizji rozporządzenia. Do interesujących koncepcji należało stworzenie Centrum Inicjatywy Obywatelskiej, które posiadałoby swoją platformę internetową i stacjonarne biuro oraz oferowałoby bezpłatną pomoc techniczną i prawną organizatorom inicjatyw, a także modyfikacja art. 6 oraz załączników III i IV, polegająca na zharmonizowaniu i zunifikowaniu wymogów w zakresie danych osobowych sygnatariuszy. Rok później (7 października 2015 r.) na kanwie opisywanego studium, a także decyzji Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, zamykającej dochodzenie z własnej inicjatywy w sprawie Komisji Europejskiej<sup>22</sup> Komisja Spraw Konstytucyjnych Parlamentu Europejskiego uchwaliła sprawozdanie w sprawie

---

<sup>21</sup> *Study by Parliament's Policy Department C, 'European Citizens' Initiative – First lessons of implementation*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509982/IPOL\\_STU\(2014\)509982\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509982/IPOL_STU(2014)509982_EN.pdf), 26.10.2017.

<sup>22</sup> *Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/9/2013/TN concerning the European Commission*, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/59205/html.bo-okmark>, 27.10.2017.

europejskiej inicjatywy obywatelskiej, którego sprawozdawcą był György Schöpflin<sup>23</sup>. Następnie cały Parlament Europejski w dniu 28 października 2015 r. przyjął rezolucję w sprawie przeglądu europejskiej inicjatywy obywatelskiej, w której wezwał m.in. do dokonania przeglądu rozporządzenia pod kątem uproszczenia wymogów dotyczących danych osobowych, umożliwienia finansowania z myślą o wsparciu procesu organizowania EIO, usprawnienia narzędzi on-line oraz udzielania organizatorom porad i wsparcia<sup>24</sup>. Rezolucja miała charakter bardzo ogólny, brakowało w niej konkretnych rozwiązań, mimo to, można ją ocenić pozytywnie, gdyż stanowiła jednoznaczny sygnał do rewizji rozporządzenia. Po dwóch latach Komisja Spraw Konstytucyjnych podjęła się sporządzenia sprawozdania ustawodawczego z inicjatywy własnej w celu dokonania rzeczywistego przeglądu rozporządzenia w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej. Projekt tego sprawozdania jest pierwszą próbą całkowitego zrewidowania treści rozporządzenia nr 211/2011<sup>25</sup>. Dla celów tej pracy najważniejsze postanowienia projektu aktu zostaną przedstawione i poddane ocenie.

Autor projektu, György Schöpflin, dążąc do zwiększenia wsparcia dla organizatorów na etapie przedrejestracyjnym umożliwia im zwrócenie się po nieodpłatną pomoc i doradztwo do Europe Direct i służb Komisji przez cały okres trwania etapu organizacyjnego poprzedzającego rejestrację inicjatywy (art. 3 ust. 5). Zarządzana i współfinansowana przez Komisję Europejską Sieć Informacyjna Europe Direct już dziś prowadzi obsługę informacyjną i prawną w ramach procedury EIO. Kwestia ta nie jest uregulowana jednak w rozporządzeniu. Należy stąd zatem wysunąć wnioski, że Komisja Spraw Konstytucyjnych nie stworzyła w tym

---

<sup>23</sup> Sprawozdanie Komisji Spraw Konstytucyjnych z dnia 7 października 2015 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0284+0+DOC+XML+V0//PL>, 27.10.2017.

<sup>24</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 października 2015 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej (2014/2257(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0382+0+DOC+XML+V0//PL>, 27.10.2017.

<sup>25</sup> Projekt sprawozdania Komisji Spraw Konstytucyjnych z dnia 26 czerwca 2017 r. z rekomendacjami dla Komisji w sprawie rewizji rozporządzenia 211/2011 (2017/2024(INL)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARI&reference=PE=606-199.&format=PDF&language=EN&secondRef=01>, 27.10.2017.



zakresie przełomowych rozwiązań, a jedynie wykazała się dążeniem do prawnego unormowania dzisiejszej praktyki.

Zdecydowanie bardziej rewolucyjne i przełomowe wydają się być kolejne przepisy, dotyczące bezpośrednio inicjatywy obywatelskiej. Zgodnie z projektem sprawozdania inicjatywa może dotyczyć zmiany bieżącego wniosku ustawodawczego, co znacznie poszerza zakres oddziaływania obywateli na Unię poprzez tę instytucję. Co więcej, zliberalizowane zostały również dość rygorystyczne regulacje dotyczące warunków rejestracji inicjatyw, bowiem w ramach projektu sprawozdania komisji AFCO Komisja Europejska zyskałaby uprawnienie do zarejestrowania części inicjatywy w sytuacji, gdy nie zostałyby spełnione niektóre warunki, jednak uchybienia te nie objęłyby istoty inicjatywy (art. 4 ust. 3). Postanowienie to wzbudza kontrowersje, nie jest wystarczająco precyzyjne i ostre. W konsekwencji zamiast ułatwić organizatorom działanie może stanowić źródło chaosu i podstawę sporów z Komisją.

Kolejna istotna zmiana dotyczyłaby momentu rozpoczęcia zbierania deklaracji poparcia. Przedmiotowy projekt zakłada, że jest to data, przypadająca po rejestracji inicjatywy, określona samodzielnie przez organizatorów. Od niej następowalby bieg terminu 12 miesięcy, wyznaczonych na zebranie wymaganej liczby deklaracji (art. 5 akapit 1).

Pewne uzupełnienie zyskały również postanowienia dotyczące zbierania deklaracji poparcia on-line. Mogłyby być one zbierane przy wykorzystaniu nieodpłatnego scentralizowanego systemu on-line, zarządzanego przez Komisję (art. 6 ust. 1 akapit 1). Przepis ten można uznać za próbę stworzenia kompleksowego systemu elektronicznego, służącego przejrzystości oraz zmniejszeniu kosztów ponoszonych przez organizatorów. Jako alternatywę autor projektu pozostawił organizatorom, mimo wszystko, możliwość wykorzystywania innych poświadczonych systemów. Wówczas uzyskane dane byłyby przechowywane na terytorium państwa członkowskiego.

Pewnymi istotnymi ograniczeniami, dotychczas nieistniejącymi, zostałaby objęta Komisja Europejska. Podobnie jak w obowiązującym rozporządzeniu, w ciągu 3 miesięcy od złożenia inicjatywy z podpisami Komisja wydawałaby komunikat zawierający prawne i polityczne wnioski,

informacje nt. działań jakie zamierza podjąć i uzasadnienie podjęcia tych działań. To, co zaskakuje w zmodyfikowanej wersji rozporządzenia to postanowienie zawarte w dodanym ustępie art. 10, który przyjmuje, że „w przypadku udanej inicjatywy obywatelskiej w normalnym przebiegu wydarzeń zakłada się, że Komisja przedstawi wniosek ustawodawczy Parlamentowi Europejskiemu i Radzie w terminie 12 miesięcy (...)”, licząc od upływu terminu 3 miesięcy, o którym mowa w poprzednim zdaniu. Co więcej, „jeśli Komisja stwierdzi, że istnieją racjonalne powody nieprzedstawienia takiego wniosku należycie uzasadnia swoją decyzję” (art. 10 ust. 3). Takie brzmienie rozporządzenia radykalnie zmieniloby rangę europejskiej inicjatywy obywatelskiej jako instrumentu oddziaływania na instytucje unijne, a także ustanowiloby pewną zasadę względem działań następczych Komisji, które to miałyby w normalnym toku procedury obejmować formę wniosku ustawodawczego, od której wyjątkami byłyby pozostałe mniej zdecydowane aktywności jak wydanie dokumentów (np. rekomendacji dla państw członkowskich, wytycznych dla administracji) bądź działania pozalegisłacyjne (np. organizacja konferencji, akcji informacyjnych, konsultacji społecznych)<sup>26</sup>. Mimo, że nie byłaby to zasada bezwzględna, reorientowałaby Komisję na podejmowanie działań bardziej stanowczych i bliskich istocie instytucji inicjatywy obywatelskiej.

W ramach opisywanego projektu poszerzony zostałby również katalog działań następczych wobec inicjatyw zakończonych sukcesem. Obok znanego już dzisiaj wysłuchania publicznego w ciągu 2 miesięcy od złożenia Komisji Europejskiej inicjatywy z milionem podpisów, rozszerzyłyby się zadania Parlamentu Europejskiego. Rozporządzenie w proponowanym brzmieniu nakładaloby na Parlament obowiązek przeprowadzania każdorazowo debaty na temat inicjatyw, które spełniły wszystkie kryteria. Jak zaznaczono, debaty powinny kończyć się przyjęciem projektu rezolucji (art. 11a). Wzmacniałoby to rangę inicjatyw i udowadniałoby poważny stosunek instytucji unijnych do aktywności obywateli państw członkowskich.

Dokonując ogólnej oceny projektu sprawozdania Komisji Spraw Konstytucyjnych należy poczynić spostrzeżenie, że jest to stosunkowo

---

<sup>26</sup> J. Horyza, *Europejska...*, s. 27.

odważna, choć niekompletna propozycja zmian. Na uznanie zasługuje zauważenie potrzeby większego wsparcia organizatorów inicjatyw na etapie wstępnym procedury, próba sprecyzowania daty rozpoczęcia zbierania deklaracji poparcia, a także zwiększenie zakresu działań następczych oraz zobowiązanie Komisji do bardziej stanowczych aktywności w stosunku do inicjatyw zakończonych sukcesem. Z drugiej strony, ambiwalentne odczucia wywołują postanowienia o możliwości tworzenia inicjatyw, dotyczących aktualnych wniosków ustawodawczych oraz możliwość częściowej rejestracji inicjatywy. Natomiast, w sposób niewystarczający rozwiązano kwestię niedopracowanego systemu zbierania podpisów drogą elektroniczną.

## 6. Aktywność Komisji Europejskiej w sferze nowelizacji rozporządzenia

Interesujące zarówno z czysto prawnego, jak i politycznego punktu widzenia wydaje się być zestawienie opisanej powyżej propozycji z analogicznym dokumentem Komisji Europejskiej, która to przedstawiła zmodyfikowaną treść rozporządzenia nr 211/2011 w dniu 13 września 2017 r. Był to efekt i podsumowanie kilkumiesięcznych konsultacji społecznych<sup>27</sup>. W pierwszej kolejności warto jednak poczynić wzmiankę o sprawozdaniu Komisji z 2015 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej. Była to pierwsza forma przeglądu regulacji EIO przez Komisję. Choć w sprawozdaniu zidentyfikowano kilka problemów (m.in. problem różnic formalnych między państwami członkowskimi w zakresie wymaganych w formularzu danych osobowych i związaną z tym niemożność niektórych obywateli do złożenia podpisu<sup>28</sup>, kwestię daty rozpoczęcia zbierania podpisów, niekompatybilnej z rozpoczęciem funkcjonowania certyfikowanego systemu online, problem braku osobowości prawnej obywatelskiego komitetu, skutkujący trudnościami w zbieraniu

<sup>27</sup> Komisja zorganizowała konsultacje społeczne w terminie 24 maja 2017 r. – 16 sierpnia 2017 r. Grupą docelową konsultacji byli obywatele i zainteresowane strony, w szczególności: organizacje społeczeństwa obywatelskiego oraz organy publiczne zajmujące się europejską inicjatywą obywatelską. Celem natomiast akcji jest zlokalizowanie niedociągnięć zasad i procedur EIO oraz wskazanie możliwości ulepszenia regulacji.

<sup>28</sup> Zdaniem Komisji głównie to dotyczy Irlandczyków oraz Brytyjczyków zamieszkałych w Bułgarii, Republice Czeskiej, Francji, Austrii, Portugalii oraz na terenie państw spoza UE.

funduszy i zarządzaniem ochroną danych, a także konieczność weryfikacji i nierzadko słaba jakość tłumaczeń, przygotowanych przez organizatorów), nie złożono żadnych propozycji poprawek do tekstu regulacji. Ponadto finalna ocena Komisji na temat implementacji rozporządzenia nr 211/2011 była pozytywna – wynik trzech inicjatyw, które zakończyły procedurę i trafiły do rozpatrzenia Komisji uznano za satysfakcjonujący i udowadniający operatywność instytucji inicjatywy obywatelskiej. Taka ocena może budzić wątpliwości, co więcej, zdaje się, że sama Komisja nie była do niej przekonana skoro dwa lata później zdecydowała się zorganizować wspomniane powyżej konsultacje społeczne, których następstwem było złożenie nowej propozycji rozporządzenia w sprawie EIO. Komisja przedstawiła ów dokument – *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European citizens' initiative* – dnia 13 września 2017 r.<sup>29</sup> W przeciwieństwie do sprawozdania z 2015 r. propozycja Komisji jest znacznie bardziej szczegółowa i, co istotne, zawiera kompletną propozycję tekstu nowego aktu prawnego wraz z objaśnieniem znaczenia każdego artykułu.

Dokument różni się znacząco od projektu parlamentarnego i pod tym kątem wart jest analizy. Istotna zmiana rozporządzenia, której brak w sprawozdaniu Schöpflina, miałyby dotyczyć minimalnego wieku sygnatariuszy. Ukończenie 16. roku życia przez obywateli wszystkich państw członkowskich pozwalałoby na poparcie poszczególnych inicjatyw (art. 2 nowelizowanego przez Komisję rozporządzenia). Poza przypadkiem Austrii oznaczałoby to obniżenie dotychczasowej granicy o dwa lata. Zdaniem Komisji, za sprawą tej regulacji, organizatorom łatwiej byłoby osiągnąć wymaganą liczbę podpisów, a w życie społeczno-polityczne Unii zostaliby zaangażowani jej młodzi obywatele, co w pełni wykorzystywałoby potencjał EIO. Ponadto, przychyłono się do postulatu organizacji społecznych, Komisji Spraw Konstytucyjnych oraz Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczącego możliwości samodzielnego wyznaczenia daty rozpoczęcia zbierania deklaracji poparcia przez organizatorów inicjatywy (art. 8 ust. 1). W projekcie sprawozdania Komisji

---

<sup>29</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European citizens' initiative*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52017PC0482>, 27.10.2017.

AFCO brak jest wyznaczonych ram czasowych na podjęcie takiej decyzji przez organizatorów – Komisja natomiast w swojej propozycji zastrzega, że organizatorzy zarejestrowanej inicjatywy mogą wybrać datę, jednak musi ona przypadać na dzień w ciągu 3 miesięcy od zarejestrowania inicjatywy. Nie jest to jedyne postanowienie, w którym sprecyzowano bądź zmodyfikowano termin. Większość dotychczasowych terminów, będących granicą podjęcia przez organizatorów lub instytucje unijne działań, zostało wydłużonych. Dotyczy to między innymi art. 14, który stanowi, że publiczne wysłuchanie w Parlamencie Europejskim z udziałem odpowiedniej rangi przedstawiciela Komisji odbywa się w ciągu trzech miesięcy od przedłożenia inicjatywy Komisji (po zebraniu miliona podpisów, poświadczonych przez odpowiednie organy państw członkowskich). Zauważyć należy, że jest to kolejny dłuższy termin w porównaniu z proponowanym projektem komisji parlamentarnej, który przewiduje jedynie 2 miesiące na przeprowadzenie wysłuchania publicznego. Inny przykład stanowi artykuł następny, tj. art. 15 propozycji rozporządzenia Komisji, w którym wyznaczony do tej pory okres 3 miesięcy na przedstawienie przez Komisję powodów podjęcia lub niepodjęcia akcji wobec ważnej inicjatywy wydłuża się o kolejne 2 miesiące, a więc w sumie wynosi 5 miesięcy, co absolutnie nie służy sprawności procedury, która i tak jest niezwykle przewlekła. Zmieniono również regulację dotyczącą regularnego przedstawiania przez Komisję sprawozdań z funkcjonowania inicjatywy obywatelskiej – do tej pory miało to następować regularnie co 3 lata, propozycja Komisji natomiast przewiduje sporządzanie takiego raportu co 5 lat (art. 24). Dużo zastrzeżeń można mieć do postanowień regulujących działania następcze zarówno Komisji, jak i Parlamentu, czy też innych instytucji. W przedstawionej propozycji, prócz wysłuchania publicznego, *de facto* istniejącego pod rządami aktualnego rozporządzenia, próżno szukać innych form działań, do których zobowiązany zostaje Parlament Europejski. Podobnie w stosunku do samej Komisji projekt nie uwzględnia propozycji György Schöpflina, by w normalnym toku procedury EIO Komisja przedstawiała wnioski ustawodawczy w oparciu o ważną inicjatywę obywatelską. W tym zakresie Komisja nie zdecydowała się zrezygnować ze swej pełnej swobody podejmowania decyzji o formie działania,

co nie zaskakuje, lecz z pewnością rozczarowuje, gdyż prawdopodobnie takie rozwiązanie urzeczywistniłoby rolę instytucji inicjatywy obywatelskiej<sup>30</sup>. Jednakowoż, pozytywnym aspektem propozycji pozostaje przyjęcie postanowień, będących odpowiedzią na potrzeby organizatorów inicjatyw, które zostały zidentyfikowane we wcześniejszych raportach Komisji, Parlamentu i Ombudsmana. Dotyczy to zasadniczo sprecyzowania przepisów w zakresie ochrony danych osobowych oraz rozwinięcia narzędzi online. Komisja w swojej propozycji zobowiązuje się do stworzenia do dnia 1 stycznia 2020 r. oficjalnego rejestru europejskiej inicjatywy obywatelskiej, platformy wsparcia i doradztwa dla organizatorów oraz kompleksowego centralnego systemu zbierania deklaracji, gwarantującego uznaną elektroniczną identyfikację podpisów złożonych przez Internet oraz możliwość wprowadzenia do niego podpisów zebranych poprzez formularze w wersji papierowej (art. 10). W propozycji brakuje natomiast postanowienia o ujednoczeniu wymogów dotyczących danych osobowych sygnatariuszy, o co od początku istnienia EIO zabiegają ich organizatorzy. Zapewne jest to podyktowane brakiem zgody na zmianę ze strony niektórych Państw Członkowskich o bardziej rygorystycznych w tym względzie wymaganiach<sup>31</sup>.

W założeniu propozycja Komisji jest przełomowym dokumentem. Znacznie precyzyjniejsza i pełniejsza w porównaniu z projektem sprawozdania komisji AFCO oraz dotychczasowym rozporządzeniem, może być źródłem korzystnych zmian w zastosowaniu mechanizmu EIO. Niemniej jednak, jej treść, w mojej ocenie zbyt zachowawcza, nie odpowiada w pełni zgłoszonym potrzebom społecznym. W szczególności wydłużenie poszczególnych terminów, łączących etapy procedury wydaje się nieuzasadnione. Podobnie, nierozwiązana kwestia zróżnicowanych formularzy (formularz A i B), a także niechęć Komisji do względnego zobowiązania się do przedkładania wniosków ustawodawczych w oparciu o ważne inicjatywy wywołuje przekonanie, że przedstawiony we wrześniu

---

<sup>30</sup> M. Pisz, *Obywatelska...*, s. 36.

<sup>31</sup> Wśród Państw Członkowskich, w których wymaga się osobistego numeru identyfikacyjnego lub numeru osobistego dokumentu tożsamości znajdują się: Polska, Republika Czeska, Bułgaria, Hiszpania, Francja, Włochy, Cypr, Litwa, Łotwa, Węgry, Malta, Austria, Portugalia, Rumunia, Szwecja, Chorwacja, Grecja oraz Słowenia.



2017 r. dokument daleki jest w rzeczywistości od zyskania miana rewolucyjnego, przełomowego. Niepewna jest również praktyczna użyteczność projektowanego centralnego systemu zbierania deklaracji online, choć sama idea jego stworzenia zasługuje na uznanie.

## 7. Konkluzje Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich

Ostatnią instytucją, która w szczególności przeanalizowała regulacje ustanawiające EIO oraz przyjrzała się zastosowaniu ich w praktyce, a także stworzyła własną listę proponowanych zmian normatywnych jest Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich. W grudniu 2013 r. Ombudsman, Emily O'Reilly, otworzyła dochodzenie z własnej inicjatywy w sprawie funkcjonowania europejskiej inicjatywy obywatelskiej, obejmujące również konsultacje społeczne. Wraz z końcem dochodzenia w 2015 r. Ombudsman opublikowała szereg dokumentów, skierowanych do Komisji. W jednym z nich, po uprzednim zbadaniu opinii Komisji oraz wyników własnego dochodzenia, Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich sformułowała 11 postulatów<sup>32</sup>, m.in. zwróciła się o uzasadnianie odmowy rejestracji inicjatyw w sposób zrozumiały, konkretny i logiczny, zaś w przypadku inicjatyw, które zebrały milion podpisów – o przedstawienie planowanych działań następczych w sposób szczegółowy i przejrzysty. Zaaapelowała o poprawę oprogramowania służącego zbieraniu deklaracji drogą elektroniczną oraz zwiększenie jakości kontrolowania poprawności informacji dotyczących finansowania i sponsorowania inicjatyw. Nawołała również do ujednoczenia wymogów w zakresie danych osobowych we wszystkich państwach członkowskich Unii. Postulaty zmian, wobec braku rzeczywistej poprawy w funkcjonowaniu mechanizmu EIO, zostały przez nią jeszcze raz przedstawione oraz uzupełnione w liście do Przewodniczącego Komisji Europejskiej<sup>33</sup>, wysłanym w lipcu 2017 r.

---

<sup>32</sup> *Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/9/2013/TN concerning the European Commission*, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/59205/html.bookmark>, 27.10.2017.

<sup>33</sup> *Letter from the European Ombudsman to the President of the European Commission containing suggestions for improvement of the European Citizens Initiative Procedure*, <https://www.ombudsman.europa.eu/cases/correspondence.faces/en/81311/html.bookmark>, 27.10.2017.

Pojawiły się w nim także nowe uwagi, dotyczące konieczności dostosowania centralnego systemu zbierania głosów on-line do potrzeb osób niepełnosprawnych (tę kwestię dostrzegła także sama Komisja w swojej nowej propozycji rozporządzenia z dnia 13 września 2017 r.)<sup>34</sup>. Ombudsman podkreśla ponadto, że głównym celem instytucji europejskiej inicjatywy obywatelskiej jest zaktywizowanie społeczeństwa europejskiego, nie zaś zebranie w danej inicjatywie miliona podpisów. W związku z tym zachęca Komisję do stworzenia podstaw pod debatę publiczną dla inicjatyw, pozostających jeszcze na etapie zbierania deklaracji poparcia. Zdaniem Ombudsmana debaty mogłyby się odbywać po osiągnięciu wyznaczonych kroków milowych – przykładowo po zebraniu kolejnych 250 tysięcy podpisów obywateli Unii. Nacisk na debatotwórczą rolę narzędzia EIO ujawnia się również w propozycji włączenia Rady jako instytucji uczestniczącej w wysłuchaniu publicznym. Dokument kończy się uwagą dotyczącą listu Komisji z dnia 22 lipca 2015 r., która stwierdziła w nim gotowość Komitetu Społeczno-Ekonomicznego do udzielenia pomocy organizatorom inicjatyw obywatelskich w przygotowywaniu tłumaczeń tytułu, przedmiotu i celów zarejestrowanych inicjatyw we wszystkich językach roboczych Unii Europejskiej. Ombudsman wezwała w swoim liście do unormowania tej kwestii w rozporządzeniu.

Mimo, że Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich bezpośrednio nie uczestniczy w procedurze legislacyjnej i w teorii posiada ograniczone możliwości wpływania na treść aktów prawnych, w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej wykazuje dużą aktywność przy użyciu dostępnych mu narzędzi, w badaniu zastosowania regulacji oraz przedstawiania wniosków *de lege lata*, ale też w szczególności uwag *de lege ferenda*. Po analizie projektu sprawozdania Komisji Spraw Konstytucyjnych Parlamentu Europejskiego oraz propozycji Komisji Europejskiej zasadnie wysnuć można wniosek, że działania Ombudsmana w tym zakresie są skuteczne, gdyż wiele jego postulatów i uwag zostało dostrzeżonych w projektach regulacji wskazanych instytucji.

---

<sup>34</sup> Artykuł 10 ust. 1 propozycji rozporządzenia w sprawie inicjatywy obywatelskiej z dnia 13 września 2017 r.



## 8. Podsumowanie

Jak zostało wskazane we wstępie artykułu, pięć lat istnienia europejskiej inicjatywy obywatelskiej stanowi odpowiednią okazję do podsumowania jej praktycznego zastosowania oraz przyjętych dla niej ram prawnych. Nadzieje i oczekiwania związane z tym narzędziem były duże – po pierwsze wynikało to z faktu, że podobna instytucja na poziomie ponadnarodowym dotychczas nie istniała, co podkreślało jej innowacyjność, po drugie EIO jawiło się jako skuteczne rozwiązanie tzw. problemu deficytu demokracji w Unii Europejskiej<sup>35</sup>, stanowiącego źródło tendencji eurosceptycznych w państwach członkowskich. Europejska inicjatywa obywatelska urzeczywistniać miała zasadę demokracji uczestniczącej, której ramy określa art. 11 TUE<sup>36</sup>.

Z poziomu 23 zarejestrowanych inicjatyw w pierwszym roku istnienia EIO (2012 r.), liczba ta, zaledwie cztery lata później, spadła do 3<sup>37</sup>. Niektóre wnioski na temat przyczyn tego zjawiska, sformułowane w literaturze przedmiotu, sprowadzają się do oceny, że *clou* spadku efektywności mechanizmu europejskiej inicjatywy obywatelskiej tkwi w negatywnej percepcji narzędzia oraz braku społecznego zaangażowania w rozwiązywanie unijnych problemów w dobie wzmacniającego się eurosceptycyzmu<sup>38</sup>. W mojej jednak ocenie brak zainteresowania, obojętność bądź wręcz negatywne nastawienie obywateli do podejmowania samodzielnych działań w sprawach unijnych stanowi wtórną przyczynę spadku rejestrowanych rocznie inicjatyw. Na podstawie szeregu analiz i sprawozdań, które w ramach artykułu zostały częściowo przedstawione, wysnuć można wniosek, że zasadniczymi problemami, z którymi europejska inicjatywa obywatelska została skonfrontowana, są: niecisłość oraz niekompletność regulacji, niedopracowany system narzędzi technicznych, służący urzeczywistnieniu procedury w praktyce, a także restrykcyjna ocena inicjatyw przez Komisję Europejską i jej niechęć do podejmowania

<sup>35</sup> M. Witkowska, *Regulacja europejskiej inicjatywy obywatelskiej przykładem oddziaływania społeczeństwa obywatelskiego w Unii Europejskiej* [w:] *Europa dla młodych – szansa ou d'illusion*, red. A. Olejniczak, Ł. Zamecki, Warszawa 2013, s. 43.

<sup>36</sup> K. Orzeszyna, *Spółczesność obywatelskie w Unii Europejskiej*, Lublin 2009, s. 11.

<sup>37</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open>, 26.10.2017.

<sup>38</sup> J. Barcz, *Inicjatywa...*, s. 25.

satysfakcjonujących dla organizatorów i sygnatariuszy działań następczych wobec spełniających wszelkie wymogi inicjatyw obywatelskich. W następstwie wymienionych trudności społeczna percepcja EIO faktycznie ulega degradacji i konsekwentnie prowadzi do bierności obywateli państw członkowskich Unii, którzy tracą wiarę w możliwość oddziaływania na instytucje unijne poprzez narzędzie inicjatywy obywatelskiej.

W obliczu braku perspektywy samoistnej poprawy funkcjonowania procedury EIO cieszy decyzja Komisji o podjęciu próby nowelizacji/rewizji rozporządzenia, stanowiącego podstawowe ramy prawne dla przedmiotowej instytucji, a także spowodowana nią duża aktywność innych instytucji – Parlamentu Europejskiego oraz Ombudsmana. Przedstawiona propozycja Komisji, podobnie formułujący się projekt Parlamentu zasadniczo uwzględniają wnioski płynące z dotychczas przeprowadzonych konsultacji społecznych oraz sporządzonych raportów i analiz. Z drugiej zaś strony, kilka istotnych trudności pozostawionych zostało bez rozwiązania – przede wszystkim kwestia niezharmonizowanych przepisów regulujących możliwość zbierania danych osobowych od sygnatariuszy, jak i gwarancji podjęcia wniosku ustawodawczego przez Komisję Europejską wobec ważnych inicjatyw obywatelskich (choć w projekcie sprawozdania, przygotowanym przez György Schöpflina ta kwestia została unormowana, w propozycji Komisji brak podobnego postanowienia). Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że pominięcie tych dwóch, relewantnych kwestii zaowocuje nieskuteczną w pełni reformą europejskiej inicjatywy obywatelskiej. W tym miejscu należy również zauważyć, że kompletna rewizja rozporządzenia, a więc dokonanie zmian legislacyjnych z uwzględnieniem wszystkich postulatów obywateli oraz organizacji wspierających ideę EIO nie zagwarantuje wzrostu efektywności mechanizmu europejskiej inicjatywy obywatelskiej. Z zasady bowiem prawo może być lub wydawać się dobre, lecz praktyczne jego stosowanie powodować trudności. W tym miejscu warto odnieść się do niedawnego wyroku Sądu Unii Europejskiej w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej *Stop TTIP*<sup>39</sup>, w którym Trybunał uznał, że pojęcie aktu prawnego

---

<sup>39</sup> Wyrok Sądu (dawniej Sądu Pierwszej Instancji) z dnia 10 maja 2017 r., T-754/14, *Michael Efler i inni przeciwko Komisji* (EU:T:2017:323).

jest szerokie i obejmuje również akty takie jak decyzja o otwarciu negocjacji, stwierdzając tym samym, że bardzo restrykcyjna ocena Komisji na etapie podejmowania decyzji o rejestracji bądź odrzuceniu inicjatywy nie była słuszna. Reasumując, skuteczne funkcjonowanie instytucji EIO w dużej mierze zależy od motywacji komitetów obywatelskich, Komisji Europejskiej, Parlamentu Europejskiego oraz wszystkich innych instytucji i organów uczestniczących w procedurze EIO do uczynienia tego narzędzia efektywnym.

### Streszczenie

Europejska inicjatywa obywatelska to stosunkowo nowe narzędzie oddziaływania obywateli Państw Członkowskich na stanowienie prawa unijnego. U swych podstaw służyć miała realizacji zasady demokracji uczestniczącej, sformułowanej w Traktacie z Lizbony. Przez pięć lat swojego istnienia okazała się instrumentem nieefektywnym i niechętnie stosowanym. Sporządzono wiele analiz, raportów, a także kilkakrotnie przeprowadzono konsultacje społeczne w tej sprawie. W obliczu wykazanej wielokrotnie potrzeby zmian regulacji Komisja Europejska podjęła decyzję o rewizji rozporządzenia. W czerwcu 2017 r. w ramach parlamentarnej Komisji Spraw Konstytucyjnych przygotowano projekt sprawozdania, zawierający propozycję nowego aktu, miesiąc później Ombudsman wysłała list do Przewodniczącego Komisji, w którym zawarła własne postulaty zmian, a we wrześniu swój projekt rozporządzenia opublikowała Komisja Europejska. Dokumenty te stanowią interesujący materiał do badań nad perspektywą przekształcenia EIO w realny instrument w rękach obywateli.

**Słowa kluczowe:** europejska inicjatywa obywatelska, Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich, rozporządzenie nr 211/2011, demokracja uczestnicząca, Traktat z Lizbony

## European Citizens' Initiative – the assessment of applicable rules, foregoing experiences and proposals of amendments

### Summary

The ECI is a relatively newly-created tool of citizens' influence on constituting law and conducting politics by the EU institutions. The ECI was aimed at fulfilling the participatory democracy rule, formulated in the Treaty of Lisbon. Upon the five-year period of its functioning ECI turned out to be an inefficient and less and less willingly-used instrument. Numerous analyses and reports have been so far drawn up as well as several public consultations were organized. In the face of the expressed need of legislative amendments the European Commission decided to revise the Regulation. On June 2017 the Commission of Constitutional Affairs prepared a project of report, including a proposal of a new legal act, a month later the Ombudsman sent a letter to the President of the European Commission, concerning her own suggestions of the amendments, and on September another proposal of the Regulation was published by the European Commission. The listed documents provide an interesting ground to the analysis on ECI's chance to become a real instrument in the hands of the citizens.

**Keywords:** European Citizens' Initiative, European Commission, Ombudsman, Regulation No. 211/2011, participatory democracy, Treaty of Lisbon

**Maria Smolny,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: [marysiasmolny@gmail.com](mailto:marysiasmolny@gmail.com).

## NOWE KATEGORIE PRAW I OBOWIĄZKÓW ZWIĄZANE Z INSTYTUCJĄ RACHUNKU DERYWATÓW

### 1. Wprowadzenie

Wraz z dniem 29 kwietnia 2017 r. do polskiego ustroju prawa rynku finansowego wprowadzona została nowa instytucja – rachunek derywatów. Wynika to z przyjętej ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup>. Ustawa ta wprowadza, w ważnej z punktu widzenia funkcjonowania polskiego rynku kapitałowego, ustawie o obrocie instrumentami finansowymi<sup>2</sup> dwie istotne zmiany:

- poprzez uchylene w art. 1 pkt 4 dotychczas obowiązującego art. 15 u.o.i.f., likwiduje dotychczas istniejący podział rynku regulowanego na rynek giełdowy i pozagiełdowy;
- w art. 1 pkt 2 wprowadza do polskiego systemu rynku kapitałowego, poprzez dodanie do u.o.i.f. art. 4a, instytucję rachunku derywatów.

Stworzenie nowej instytucji, która w niedalekiej perspektywie czasowej niewątpliwie ugruntuje swoje duże znaczenie dla funkcjonowania polskiego prawa rynku kapitałowego, zasługuje na omówienie ze względu na jej doniosłość dla podmiotów uczestniczących w polskim rynku finansowym. W niniejszym artykule opisane zostaną: pojęcia rachunku derywatów jak i samego derywatu oraz pozostałe pojęcia najistotniejsze w odniesieniu do zakresu tematycznego objętego niniejszym artykułem. Wskazane zostanie również *ratio legis* dokonanej nowelizacji. Celem artykułu jest zaś, oprócz analizy instytucji rachunku derywatów, próba

---

\* Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów, e-mail: s.podmiotko@gmail.com.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 791) – dalej: nowelizacja z dnia 9 marca 2017 r.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2017 r. poz. 1768 ze zm.) – dalej: u.o.i.f.

dokonania klasyfikacji kategorii praw i obowiązków związanych z nową instytucją w polskim systemie prawa rynku finansowego, a także oceny zasadności wprowadzenia takiej instytucji oraz tego, jak to zostało dokonane. Wyłączeniu w niniejszym artykule podlegają znane już dotychczasowemu porządkowi: prawa i obowiązki dotyczące rachunku papierów wartościowych, aspekty prawnopodatkowe związane z obrotem instrumentami pochodnymi, a także konsekwencje uchylecia podziału rynku regulowanego na rynek giełdowy i pozagiełdowy.

## **2. Najistotniejsze pojęcia związane z instytucją rachunku derywatów - ujęcie legalne i doktrynalne**

Nowa instytucja, co jest w pełni uzasadnione, wymagała w pierwszej kolejności sformułowania legalnej definicji. Zgodnie z art. 4a ust. 1 u.o.i.f. rachunkami derywatów są rachunki, na których są zapisywane instrumenty pochodne dopuszczone do obrotu zorganizowanego, prowadzone wyłącznie przez domy maklerskie i banki prowadzące działalność maklerską, banki powiernicze, zagraniczne firmy inwestycyjne i zagraniczne osoby prawne prowadzące działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w formie oddziału, jeżeli oznaczenie tych rachunków pozwala na identyfikację osób, którym przysługują prawa z instrumentów pochodnych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego. Powyższa definicja, dla klarownego jej wyjaśnienia, wymaga scharakteryzowania samego pojęcia derywatu. Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi nie posługuje się *stricte* takim pojęciem, toteż na wstępie należy je odnieść do ustawowych pojęć instrumentu finansowego, prawa pochodnego oraz instrumentu pochodnego.

Pojęcie instrumentu finansowego jest, jak zauważa T. Sójka, jednym z centralnych w terminologii europejskiego i polskiego prawa rynku kapitałowego, gdyż wyznacza ono zakres zastosowania dyrektywy 2004/39/WE<sup>3</sup>, nieobowiązującej już dyrektywy 2003/6/WE<sup>4</sup>, a w konsekwencji

<sup>3</sup> Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz. UE L 145, s. 1, ze zm.).

<sup>4</sup> Dyrektywa 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku) (Dz.Urz. UE L 96, s. 16,

także ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych<sup>5</sup>, oraz przytoczanej już ustawy o obrocie instrumentami finansowymi<sup>6</sup>. W polskim prawie rynku kapitałowego definicja instrumentu finansowego umieszczona została w art. 2 ust. 1 u.o.i.f. Pod pojęciem instrumentu finansowego rozumie się tutaj:

- 1) papiery wartościowe;
- 2) niebędące papierami wartościowymi:
  - a) tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania,
  - b) instrumenty rynku pieniężnego,
  - c) opcje, kontrakty terminowe, *swapy*, umowy *forward* na stopę procentową, inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest papier wartościowy, waluta, stopa procentowa, wskaźnik rentowności lub inny instrument pochodny, indeks finansowy lub wskaźnik finansowy, które są wykonywane przez dostawę lub rozliczenie pieniężne,
  - d) opcje, kontrakty terminowe, *swapy*, umowy *forward* na stopę procentową oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne lub mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron,
  - e) opcje, kontrakty terminowe, *swapy* oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez dostawę, pod warunkiem, że są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu,
  - f) niedopuszczone do obrotu na rynku regulowanym ani w alternatywnym systemie obrotu opcje, kontrakty terminowe, *swapy*,

---

ze zm.). Dyrektywę tę w dużej mierze zastąpiło obecnie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.Urz. UE L 173, s. 1, ze zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 512).

<sup>6</sup> Por. T. Sójka [w:] *Prawo rynku kapitałowego*, red. T. Sójka, Warszawa 2015, s. 678.



- umowy *forward* oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar, które mogą być wykonane przez dostawę, które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych,
- g) instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego,
- h) kontrakty na różnicę,
- i) opcje, kontrakty terminowe, *swapy*, umowy *forward* dotyczące stóp procentowych oraz inne instrumenty pochodne odnoszące się do zmian klimatycznych, stawek frachtowych, uprawnień do emisji oraz stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne albo mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron, a także wszelkiego rodzaju inne instrumenty pochodne odnoszące się do aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz innych wskaźników, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych.

T. Sójka akcentuje tutaj bardzo szeroki charakter definicji instrumentu finansowego przyjętej przez polskiego ustawodawcę, co wynika głównie z konieczności dokonania transpozycji do polskiego porządku prawnego definicji instrumentu finansowego zawartych w dwóch właściwych w tym zakresie dyrektywach<sup>7</sup>. Inną ważną cechą takiego ujęcia pojęcia instrumentu finansowego jest jego nadrzędność względem pojęcia papieru wartościowego, przede wszystkim ze względu na to, że nie wszystkie instrumenty finansowe mogą całkowicie podlegać tzw. zasadzie zbywalności<sup>8</sup>. M. Mariański aprobeuje taki podział instrumentów finansowych, wskazując jego zupełność, rozłączność i bycie wystarczającym pod

<sup>7</sup> Tamże, s. 678–679.

<sup>8</sup> Tamże, s. 680. M. Romanowski wskazuje zbywalność papieru wartościowego jako jedną z podstawowych cech konstytutywnych papieru wartościowego, co odnosi się do tego, że dokument musi być powiązany ze zbywalnym prawem majątkowym oraz że posiadanie dokumentu stanowi niezbędną przesłankę zbywalności wyrażonego w nim prawa, gdyż do przeniesienia prawa majątkowego ucieleśnionego w dokumencie niezbędne jest wydanie dokumentu. M. Romanowski poprzez analizę tej cechy w świetle poglądów doktryny wnioskuje, że cecha ta nie jest kwestionowana z zastrzeżeniem, że pojęciu zbywalności papieru wartościowego przeciwstawia się jako szersze i bardziej adekwatne pojęcie obiegowości papieru wartościowego, która nie obejmuje jednak papierów wartościowych



kątem logicznym, choć jednocześnie zwraca uwagę na to, iż definiowanie instrumentu finansowego na podstawie ugruntowanego już w polskim prawie pojęcia papieru wartościowego może rodzić pewne zamieszanie terminologiczne polegające na oparciu definicji jednostki wyższego rzędu na definicji jednostki niższego rzędu, która tak naprawdę nie była dostosowana do swobodnego obrotu na rynku regulowanym<sup>9</sup>.

Pojęciem instrumentu finansowego posługuje się również ustawa o rachunkowości<sup>10</sup>. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 23 tejże ustawy instrumentem finansowym jest kontrakt, który powoduje powstanie aktywów finansowych u jednej ze stron i zobowiązania finansowego albo instrumentu kapitałowego u drugiej ze stron pod warunkiem, że z kontraktu zawartego między dwiema lub więcej stronami jednoznacznie wynikają skutki gospodarcze, bez względu na to, czy wykonanie praw lub zobowiązań wynikających z kontraktu ma charakter bezwarunkowy albo warunkowy. Definicja ta dokonuje również wyłączenia rodzajów kontraktów nie zaliczających się do instrumentów finansowych<sup>11</sup>. W odniesieniu do tej definicji wskazać należy, iż definicja ta odnosi się *de facto* do skutków finansowych w postaci trzech podstawowych kategorii: aktywów (finansowych), zobowiązań (również finansowych) i kapitału własnego<sup>12</sup>. Taka konstruk-

---

imiennych. Zob. M. Romanowski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 18, *Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2006, s. 41.

<sup>9</sup> Por. M. Mariański, *Wpływ prawa międzynarodowego na ewolucję koncepcji instrumentu finansowego w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Olsztyn 2014, s. 67.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 12 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2018 r. poz. 395 ze zm.) – dalej: u.r.

<sup>11</sup> Są to: rezerwy i aktywa z tytułu odroczonego podatku dochodowego, umowy o gwarancje finansowe, które ustalają wykonanie obowiązków z tytułu udzielonej gwarancji, w formie zapłacenia kwot odpowiadających stratom poniesionym przez beneficjenta na skutek niesplacenia wierzytelności przez dłużnika w wymaganym terminie, umowy o przeniesienie praw z papierów wartościowych w okresie pomiędzy terminem zawarcia i rozliczenia transakcji, gdy wykonanie tych umów wymaga wydania papierów wartościowych w określonym terminie, również wtedy, gdy przeniesienie tych praw następuje w formie zapisu na rachunku papierów wartościowych, prowadzonym przez podmiot upoważniony na podstawie odrębnych przepisów, aktywa i zobowiązania z tytułu programów, z których wynikają udziały pracowników oraz innych osób związanych z jednostką w jej kapitałach lub w kapitałach innej jednostki z grupy kapitałowej, do której należy jednostka, umowy połączenia spółek, z których wynikają obowiązki określone w art. 44b ust. 9 u.r. [obowiązek związany z rozliczeniem korekty ceny przy przejściu jednej spółki przez drugą w przypadku, gdy korekta ta jest w przyszłości prawdopodobna – przyp. aut.].

<sup>12</sup> P. Czajor [w:] *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, red. E. Walińska, Warszawa 2016, s. 96.

cja tej definicji służy bardziej prawu bilansowemu, aniżeli ustrojowi rynku kapitałowego, co oznacza, iż nie jest celowym czynienie dokładniejszych wyjaśnień jej poświęconym.

Kolejnym, wymagającym wskazania pojęciem jest pojęcie prawa pochodnego. Termin ten zawiera się w umieszczonej w art. 3 pkt 1 u.o.i.f. definicji papieru wartościowego, którym są:

- a) akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów Kodeksu spółek handlowych<sup>13</sup>, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego;
- b) inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego (prawa pochodne).

Swoisty dualizm tej definicji odznacza się tym, że prawa pochodne stanowią szczególny podtyp instrumentów finansowych posiadających cechę w postaci zależności i oparcia instrumentów bazowych właśnie o papiery wartościowe zdefiniowane w art. 3 pkt 1 lit. a u.o.i.f.<sup>14</sup> Inną cechą takiego zdefiniowania praw pochodnych jest, zdaniem A. Chłopcickiego, chęć uznania przez ustawodawcę za papiery wartościowe będące prawami pochodnymi jedynie instrumentów posiadających charakter standaryzowany i w których przypadku istnieje jeden emitent, czyli jeden podmiot zobowiązany z danego papieru wartościowego<sup>15</sup>. Stwierdzenia te oznaczają, że prawo pochodne jest konstrukcją mogącą być potencjalnie powiązaną z instytucją instrumentu pochodnego, co rodzi konieczność opisanie jej w tym miejscu.

---

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 ze zm.).

<sup>14</sup> Por. A. Chłopcicki [w:] *System prawa prywatnego*, t. 19, *Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2006, s. 833.

<sup>15</sup> Tamże, s. 832.

Instrument pochodny również posiada w prawie polskim legalną definicję. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 28a u.o.i.f. poprzez pojęcie instrumentu pochodnego rozumie się: opcje, kontrakty terminowe, *swapy*, umowy *forward* oraz inne prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny lub wartości instrumentów finansowych, walut, stóp procentowych, rentowności, indeksów finansowych, wskaźników finansowych, towarów, zmian klimatycznych, stawek frachtowych, poziomów emisji, stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, a także innych aktywów, praw, zobowiązań, indeksów lub wskaźników (instrumentów bazowych) oraz instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego. Definicja ta nie wyznacza *numerus clausus* instrumentów zaliczających się do kategorii instrumentów pochodnych, a także wprowadza inne pojęcie, jakim jest instrument bazowy, nie definiując go zarazem w ustawie. Fakt ten oznacza, że dla utrzymania przejrzystości przedstawionego tutaj aparatu pojęciowego należy przedstawić pozaprawną definicję instrumentu bazowego. Instrumentem bazowym są papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego lub inne prawa majątkowe stanowiące podstawę do ustalenia ceny instrumentu pochodnego<sup>16</sup>. T. Sójka dokonując w dużej mierze powtórzenia treści ww. przepisu zaznacza, że wśród instrumentów bazowych mogą być m.in. inne prawa majątkowe, indeksy, wskaźniki lub określone dane<sup>17</sup>. Wśród innych przykładów instrumentów bazowych wskazuje się m.in. akcje spółek giełdowych czy też indeksy giełdowe<sup>18</sup>.

Głównymi instrumentami pochodnymi wskazanymi w cytowanym przepisie są:

- opcje;
- kontrakty terminowe;
- *swapy*;

---

<sup>16</sup> *Instrument bazowy*, <http://finansopedia.forsal.pl/encyklopedia/gielda/hasla/912300,instrument-bazowy.html>, 22.04.2018.

<sup>17</sup> T. Sójka [w:] *Prawa...*, s. 694. Ciekawym, choć skomplikowanym rozwiązaniem jest tutaj zakwalifikowanie innych praw majątkowych zarówno do katalogu instrumentów pochodnych, jak i instrumentów bazowych.

<sup>18</sup> *Instrument bazowy*, <http://finansopedia.forsal.pl/encyklopedia/gielda/hasla/912300,instrument-bazowy.html>, 22.04.2018.

- umowy *forward*;
- inne prawa majątkowe.

Żaden z ww. instrumentów pochodnych nie posiada w polskim prawie legalnej definicji. Oznacza to, że wyjaśnienie także i tych pojęć wymaga odwołania się do dorobku doktryny, a niekiedy i orzecznictwa sądów powszechnych.

Opcja (w prawie rynku terminowego) to umowa, która uprawnia, lecz nie zobowiązuje nabywcy, do kupna lub sprzedaży określonego instrumentu bazowego w ustalonym terminie i po ustalonej cenie<sup>19</sup>. Uprawnienie kupna lub sprzedaży opcji implikuje istnienie dwóch typów opcji:

- a) opcja kupna (ang. *call option*, niem. *Kaufoption*);
- b) opcja sprzedaży (ang. *put option*, niem. *Verkaufoption*)<sup>20</sup>.

Kontraktem terminowym, określanym także jako *futures*, jest umowa zawarta między dwiema stronami, z których jedna zobowiązuje się do nabycia, a druga do sprzedaży, w określonym terminie po cenie oznaczonej w momencie zawarcia umowy, określonej ilości instrumentu bazowego lub dokonania równoważnego rozliczenia finansowego<sup>21</sup>. Pod pojęciem *swapu* określa się umowę, której przedmiotem jest wymiana przyszłych przepływów pieniężnych z określonych tytułów<sup>22</sup>. Z kolei kontraktem *forward* jest umowa, w której inwestor, który kupuje lub sprzedaje taki kontrakt zobowiązuje się kupić lub sprzedać jednostkę aktywów bazowych w określonym terminie, tj. w tzw. terminie zapadalności<sup>23</sup>. Z kolei wśród przykładów innych praw majątkowych wskazać można m.in. utworzone przez ustawę o giełdach towarowych<sup>24</sup> derywaty

---

<sup>19</sup> K. Oplustil, M. Porzycki, P.M. Woroniecki, *Rynek finansowy i kapitałowy* [w:] *Instytucje gospodarki rynkowej*, red. T. Wludyka, M. Smaga, Warszawa 2015, s. 336.

<sup>20</sup> Por. tamże; także: A. Chłopecki [w:] *System...*, s. 844.

<sup>21</sup> K. Oplustil, M. Porzycki, P.M. Woroniecki, *Rynek...*, s. 337.

<sup>22</sup> Tamże, s. 338. A. Świdorski, powołując się na dorobek polskiej cywilistyki podaje również polskie określenie umowy *swap*, jakim jest umowa zamiany. Zob. A. Świdorski, *Pochodne oraz strukturyzowane instrumenty finansowe – „sprawy” czy „ofiary” ostatniego kryzysu finansowego?* [w:] *Bezpieczeństwo rynku finansowego*, red. E. Fojcik-Mastalska, E. Rutkowska-Tomaszewska, Wrocław 2010, s. 109.

<sup>23</sup> S. Sundaresan, *Papiery wartościowe o stałym pochodzie i instrumenty pochodne*, przeł. M. Jania, Warszawa 2015, s. 426.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 622).

elektroenergetyczne i derywaty gazowe<sup>25</sup>, czy też inne kreatywne formy instrumentów pochodnych<sup>26</sup>.

Kwestią zastanawiającą jest tutaj wydzielenie przez polskiego ustawodawcę kontraktów *forward* jako osobnego finansowego instrumentu pochodnego. W literaturze, zarówno ekonomicznej jak i prawnej powszechnie wskazuje się, iż zarówno umowa *futures* jak i *forward*, które T. Nieborak tłumaczy kolejno jako umowę na czas przyszły oraz umowę przedterminową, zaliczają się do grupy kontraktów terminowych<sup>27</sup>. Fakt ten może wynikać z funkcjonującego dotychczas podziału na rynek giełdowy i pozagiełdowy, który wyznaczał również ós podziału instrumentów pochodnych<sup>28</sup>. K. Jajuga wskazuje, że do podstawowych giełdowych instrumentów pochodnych zalicza się opcje giełdowe oraz kontrakty *futures*, podczas gdy wśród podstawowych pozagiełdowych instrumentów pochodnych znajdują się opcje pozagiełdowe (tzw. opcje OTC), kontrakty *forward* i kontrakty *swap*<sup>29</sup>. Zasadnym więc wydaje się w tym miejscu postawienie pytania o to, jak zniesienie rynku giełdowego i pozagiełdowego wpłynie na obrót pochodnymi instrumentami finansowymi. Dokonanie samej próby oceny tego obszaru nowelizacji nie jest jednak na obecnym etapie możliwe.

<sup>25</sup> Te rodzaje derywatów uregulowane zostały również w art. 3 pkt 47 i 48 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 220 ze zm.).

<sup>26</sup> Przykładowo, A. Dmowski wskazuje tutaj pochodne instrumenty kredytowe takie jak np. CDO (ang. *collateralized debt obligation*) i CDO2 (ang. *collateralized debt obligation square*) oraz niektóre rodzaje instrumentów strukturyzowanych, takich jak np. R *Caps/Floors* (ang. *interest rate caps/floors*), czyli opcje na LIBOR/EURIBOR; *Inflation Caps/Floor*, będących opcjami na zrealizowaną inflację; *CMS Caps/Floors*, czyli opcje na ratę *swap* czy opcje *swap*owe (ang. *Swaptions*); zob. A. Dmowski, *Opodatkowanie pochodnych instrumentów finansowych podatkiem dochodowym od osób prawnych: aspekty prawne podatkowe i bilansowe*, Warszawa 2014, s. 116.

<sup>27</sup> T. Nieborak, *Pochodne instrumenty finansowe. Aspekty prawnopodatkowe*, Warszawa 2004, s. 183; K. Jajuga, *Instrumenty pochodne*, Warszawa 2009, s. 10.

<sup>28</sup> Już w 2004 r. T. Nieborak zauważył, że cechy formalnego rynku giełdowego takie jak: konieczność rejestracji przeprowadzanych na nich transakcji derywatami, standaryzacja kontraktów, narzucanie zasad obrotu i procedur rozstrzygania sporów czy dokonywanie transakcji w miejscu siedziby giełdy doprowadziły do pozagiełdowego rynku derywatów, charakteryzującego się przede wszystkim bezpośredniością dokonywania transakcji pomiędzy stronami. T. Nieborak, *Pochodne...*, s. 119.

<sup>29</sup> K. Jajuga, *Instrumenty...*, s. 7.

Usytuowanie rynku terminowego (ryнку instrumentów pochodnych, rynku derywatów) w perspektywie całego rynku finansowego wymaga omówienia i usystematyzowania tych dwóch pojęć. Rynek finansowy nie posiada swojej legalnej definicji. Dominującym spojrzeniem na rynek finansowy w literaturze prawnej jest to biorące za kryterium wyróżnienia aspekt przedmiotowy i podmiotowy<sup>30</sup>. Rynkiem finansowym w znaczeniu przedmiotowym jest miejsce zawierania transakcji mających za przedmiot szeroko rozumiany kapitał pieniężny<sup>31</sup>. Definicja ta jest ściśle powiązana z rozumieniem rynku finansowego przez nauki ekonomiczne. Wyróżnikiem rynku finansowego w znaczeniu podmiotowym jest zaś dokonywanie za pomocą transakcji przepływu pieniądza od podmiotów posiadających nadwyżki środków (oszczędności) do podmiotów chcących je zagospodarować, czyli zmieniać w aktywa realne<sup>32</sup>.

Podstawowym podziałem rynku finansowego jest ten ze względu na kryterium czasu dysponowania środkami przez podmiot je pozyskujący oraz kryterium celu, na jaki przeznaczane są te środki, na rynek pieniężny (bankowy), będący rynkiem instrumentów finansowych o terminie zapadalności nie przekraczającym jednego roku oraz kapitałowy, będący miejscem obrotu instrumentami finansowymi o dłuższym terminie zapadalności<sup>33</sup>. Ten podstawowy, klasyczny podział rynku finansowego, z uwagi na ciągly rozwój tego rynku i pojawianie się na nim nowych instrumentów finansowych, wydaje się być współcześnie niewystarczający. Biorąc pod uwagę szeroką koncepcję rynku finansowego<sup>34</sup> uwzględnić należy

---

<sup>30</sup> A. Jurkowska-Zeidler, *Publicznoprawne formy oddziaływania państwa i Unii Europejskiej na instytucje kredytowe i finansowe* [w:] *System prawa finansowego*, t. 4, *Prawo walutowe, prawo dewizowe, prawo rynku finansowego*, red. J. Głuchowski, Warszawa 2010, s. 251–253; L. Góral, *Zintegrowany model publicznoprawnych instytucji ochrony rynku bankowego we Francji i w Polsce*, Warszawa 2011, s. 13–14.

<sup>31</sup> A. Jurkowska-Zeidler, *Publicznoprawne...*, s. 252. C. Kosikowski stwierdza, że podstawowym towarem na rynku finansowym jest wolny pieniądz, podlegający regulom popytu i podaży. Zob. C. Kosikowski, *Prawo Unii Europejskiej w systemie polskiego prawa finansowego*, Białystok 2010, s. 94.

<sup>32</sup> L. Góral, *Zintegrowany...*, s. 14; podobnie: D. Cyman, *Elektroniczne instrumenty płatnicze a bezpieczeństwo uczestników rynku finansowego*, Warszawa 2013, s. 106.

<sup>33</sup> T. Nieborak, T. Sójka, *Ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 22; K. Oplustil, M. Porzycki, P.M. Woroniecki, *Rynek...*, s. 329 i n.

<sup>34</sup> M. Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 223 i n.

jako najistotniejsze segmenty rynku finansowego również rynek walutowy i właśnie rynek terminowy (instrumentów pochodnych, derywatów), na którym prowadzony jest obrót derywatami. Określenie tego segmentu mianem terminowego związane jest zasadniczo z wspomnianym już wcześniej terminowym charakterem samych derywatów i transakcji dokonywanych nimi, w ramach których ich sprzedawcy i nabywcy mogą sobie zapewnić określoną dostawę w przyszłości w cenie uprzednio ustalonej z góry<sup>35</sup>.

### 3. Tożsamość pojęć instrument pochodny i derywat

Pomimo faktu, iż omawiana w niniejszym artykule definicja odnosi się *de facto* do instrumentów pochodnych, to polski ustawodawca zdecydował się ją nazwać mianem rachunku derywatów. W tym miejscu powstaje więc wątpliwość dotycząca tego, czy pojęcia instrumentu pochodnego i derywatu można, a wręcz należy traktować tożsamo, szczególnie z tego względu, że ustawodawca określił rachunek derywatów jako służący zapisowi właśnie instrumentów pochodnych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego, a nie derywatów. A. Chłopecki pod pojęciem derywatu rozumie konstrukcje cywilnoprawne uzależniające wartość świadczenia od wartości instrumentu bazowego, które w obecnym stanie prawnym mieszczą się zarówno w kategorii papierów wartościowych (czyli praw pochodnych), jak i w kategorii instrumentów finansowych (czyli opcji i transakcji terminowych niebędących papierami wartościowymi)<sup>36</sup>. Powołując się na literaturę anglosaską T. Nieborak przytacza definicję derywatu jako kontraktu wzajemnego, dwustronnego, którego wartość pochodzi od pewnego aktywa bazowego, stopy procentowej lub indeksu<sup>37</sup>. W tej definicji rysują się więc trzy podstawowe cechy derywatu jakimi są: charakter

<sup>35</sup> P. Niczyporuk, A. Talecka, *Bankowość. Podstawowe zagadnienia*, Białystok 2011, s. 47.

<sup>36</sup> A. Chłopecki [w:] *Prawo...*, s. 842–843. Taki podział instrumentów finansowych wyznaczony został przez art. 2 u.o.i.f.

<sup>37</sup> T. Nieborak, *Pochodne...*, s. 111 [za:] C.L. Culp, *A primer on derivatives. Their mechanics, uses, risks, and regulation*, Competitive Enterprise Institute, Chicago 1994, s. 3; United States General Accounting Office, *Financial Derivatives, Actions Needed to protect the Financial System, Report to Congressional Requesters*, Waszyngton 1994, s. 31; Global Derivatives Study Group, *Derivatives: Practices and Principles*, Waszyngton 1993, s. 2.



umowy (o czym mowa była już w poprzednim punkcie), dwustronność oraz ustalenie jego wartości od aktywa bazowego, czyli instrumentu bazowego, których przykłady polski ustawodawca wymienił w art. 3 pkt 28a u.o.i.f. Wyjaśnienie pojęcia derywatu było także przedmiotem orzecznictwa. Zgodnie z przyjętą w tym zakresie linią orzeczniczą Naczelnego Sądu Administracyjnego pod pojęciem instrumentu pochodnego (derywatu) należy rozumieć instrument finansowy, który „utworzony został od czegoś co już istnieje lub istniało, a z czym jest w wyraźnym związku. Jednocześnie oznacza wtórność oraz jednokierunkowy charakter pochodzenia. Instrumenty pochodne nie istnieją samoistnie jak akcje, obligacje czy dobra fizyczne. Aby się pojawiły, konieczne jest istnienie innych instrumentów stanowiących podstawę ich utworzenia. Te ostatnie noszą nazwę instrumentów bazowych”<sup>38</sup>. Wskazana jurydyczna definicja derywatów potwierdza więc poglądy doktryny jak również nie stoi w sprzeczności z obecnym stanem prawnym. Cytowana tutaj linia orzecznicza potwierdza również zaliczanie się derywatów do instrumentów rynku terminowego.

Wszystkie wskazane wyżej definicje uzasadniają możliwość tożsamego traktowania pojęć instrumentu pochodnego oraz derywatu. Znak równości między tymi pojęciami stawiają także inni autorzy tacy jak np. T. Nieborak<sup>39</sup>, A. Chłopecki<sup>40</sup>, A. Świdorski<sup>41</sup> czy M. Mariański<sup>42</sup>. Ostatni z tych autorów zaznacza jednak, iż transakcja derywatem, w tym również pochodnym instrumentem finansowym różni się od umowy sprzedaży dokonanej w „czasie rzeczywistym” przedmiotem będącym elementem transakcji oraz terminem jej wykonania<sup>43</sup>. Co więcej, konstrukcja instytucji rachunku derywatów nie tyle uzasadnia, co wręcz nakłada

<sup>38</sup> Wyrok NSA z dnia 1 lutego 2011 r., II FSK 1724/09 (Lex nr 784880); wyrok NSA z dnia 29 maja 2012 r., II FSK 2330/10 (Lex nr 1167133); wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2012 r., II FSK 848/11 (Lex nr 1306188); wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2013 r., II FSK 1984/11 (Lex nr 1475211).

<sup>39</sup> T. Nieborak, *Pochodne...*, s. 112.

<sup>40</sup> A. Chłopecki, *Instrumenty pochodne w polskim systemie prawnym (rozważania na kanwie „toksycznych opcji”)*, PPH 2009, nr 7, s. 4. Autor ten podaje również inne sformułowanie odnoszące się zasadniczo do instrumentów pochodnych i derywatów, jakimi są terminowe operacje finansowe, wskazane w art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1876 ze zm.).

<sup>41</sup> A. Świdorski, *Pochodne...*, s. 106 i n.

<sup>42</sup> M. Mariański, *Wpływ...*, s. 69.

<sup>43</sup> T. Nieborak, *Pochodne...*, s. 112.



konieczność tożsamesgo stosowania tych pojęć na gruncie znowelizowanej ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Pomimo rozbieżności w obecnym polskim porządku prawnym należy więc stwierdzić, że pojęcia instrument pochodny i derywat są tożsame.

#### **4. Prawa i obowiązki podmiotów prowadzących rachunki derywatów i Komisji Nadzoru Finansowego związane z instytucją rachunku derywatów**

Utworzenie nowej instytucji rachunku derywatów nie ograniczyło się wyłącznie do sformułowania jej legalnej definicji, wskazanej już w podrozdziale drugim. W tym zakresie, nowelizacja ustawy o obrocie instrumentami finansowymi spowodowała również powstanie nowych praw i obowiązków skierowanych do adresatów tejże ustawy, a także zmiany w dotychczas istniejących instytucjach. Pomimo, iż instytucja rachunku derywatów jest w istocie instytucją charakterystyczną dla prawa prywatnego (cywilnego), co wiąże się z przyjętą przez polskiego ustawodawcę jej cechą opartą na dwóch najistotniejszych dla tej gałęzi prawa właściwości, jakimi są przyznana adresatom takich regulacji autonomia woli, rozumiana jako możliwość stanowienia reguł dla samego siebie oraz formalnej równorzędności pozycji stron takiego stosunku prawnego<sup>44</sup>. Jednakże, jak zaznacza C. Kosikowski, ze strony państwa rynek finansowy wymaga organizacji i nadzoru, a jego funkcjonowanie powinno odbywać się zgodnie z ustalonymi regułami, które przyjmują postać tzw. norm ostrożnościowych<sup>45</sup>. Polski ustawodawca nie zrezygnował z uwzględnienia takiego rodzaju norm przy instytucji rachunku derywatów.

W zakresie regulacji dotyczących rynku finansowego państwu przysługuje możliwość uregulowania podejmowania i wykonywania przez poszczególne podmioty działalności gospodarczej na rynku finansowym. W odniesieniu do rachunku derywatów do polskiego systemu prawnego wprowadzone zostały następujące nowe kategorie obowiązków:

---

<sup>44</sup> P. Machnikowski [w:] *Zarys prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 3 i n.

<sup>45</sup> C. Kosikowski, *Prawo...*, s. 95.

1. Art. 4a ust. 2 u.o.i.f. nakłada na podmioty prowadzące rachunek derywatów obowiązek dokonania zapisów na rachunku derywatów i rachunku pieniężnym klienta po rozliczeniu transakcji przez właściwy podmiot rozliczający, najpóźniej do końca dnia, w którym nastąpiło to rozliczenie, na podstawie zapisów dokonanych na kontach rozliczeniowych prowadzonych przez ten podmiot. Znaczenie regulacji odnoszącej się do zapisu na rachunku związane jest z możliwością wykonywania praw z tytułu posiadanych instrumentów pochodnych.
2. Następnym obowiązkiem mającym wpływ na ukształtowanie instytucji rachunku derywatów jest zmienione brzmienie art. 8 u.o.i.f. Ustawodawca zdecydował się tutaj na określenie terminu, w jakim powstają określone w art. 7 u.o.i.f. skutki prawne z tytułu zapisu na rachunku papierów wartościowych<sup>46</sup> instrumentów pochodnych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego, co na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej następować będzie z chwilą zapisania tych instrumentów na rachunku derywatów (art. 8 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f.). Takie rozwiązanie prawne jest w pełni uzasadnione, albowiem analogicznie przenosi ono moment powstania skutków prawnych z tytułu posiadania określonego instrumentu pochodnego wraz z chwilą zapisania go na rachunku derywatów, co stanowi przeniesienie rozwiązania stosowanego przy papierach wartościowych.
3. Kolejny nowy art. 57a u.o.i.f. określa czynność techniczną związaną z rejestracją instrumentów pochodnych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego, która jest prowadzona na: (1) kontach rozliczeniowych prowadzonych przez podmiot rozliczający; (2) rachunkach derywatów oraz w rejestrach prowadzonych przez uczestników podmiotów rozliczających, o których mowa w art. 4a ust. 3 u.o.i.f. Ze wskazaną tutaj czynnością wiążą się uregulowane w art. 57a ust. 2 i 3 obowiązki, które wskazują kolejno, iż stany na rachunkach derywatów

---

<sup>46</sup> T. Sójka zaznacza, że dokonanie wpisu na rachunku papierów wartościowych ma skutek konstytutywny w sensie konieczności i jest jednocześnie wystarczającym elementem identyfikacji uprawnionego z papierów wartościowych. Zob. T. Sójka [w:] *Prawo...*, s. 720. Wraz z wpisem zdematerializowanego papieru wartościowego na rachunek papierów wartościowych zastosowanie znajduje także reżim prawny odnoszący się do danego rodzaju papieru wartościowego.

i w rejestrach prowadzonych przez uczestników podmiotów rozliczających powinny być zgodne ze stanami na odpowiednich kontach rozliczeniowych prowadzonych przez dany podmiot rozliczający, zaś do środków znajdujących się na koncie rozliczeniowym, rachunku derywatów i w rejestrze prowadzonym przez uczestnika podmiotu rozliczającego przepis art. 45e u.o.i.f.<sup>47</sup> stosuje się odpowiednio.

4. Inną mającą znaczenie dla funkcjonowania dotychczas ustanowionych instytucji zmianą w aktach prawnych jest ta, jaka została dokonana w ustawie o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami<sup>48</sup>, gdzie w art. 1 pkt 17 pojęcie rachunku rozliczeniowego poszerzone zostało właśnie o rachunek derywatów. Rachunek taki, zgodnie ze wskazaną tutaj ustawą, prowadzony jest przez agenta rozliczeniowego i przeznaczony jest do dokonywania rozrachunku pomiędzy uczestnikami systemu, czyli odpowiednio systemu płatności<sup>49</sup> i systemu rozrachunku papierów wartościowych<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Czyli przepis, który jak wskazuje T. Sójka, dotyczy zapewnienia płynności rozrachunku w obrocie instrumentami finansowymi w sytuacjach, w których uczestnicy systemu rozliczeniowo-rozrachunkowego mogą nie być w stanie spełniać swoich świadczeń wynikających z umów zawieranych na rynku regulowanym, w ASO lub poza obrotem zorganizowanym (OTC). T. Sójka [w:] *Prawo...*, s. 816.

<sup>48</sup> Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz.U. z 2018 r. poz. 145) – dalej: u.o.s.p.

<sup>49</sup> Pod pojęciem systemu płatności, zgodnie z art. 1 pkt 1 u.o.s.p., rozumie się podlegające prawu polskiemu prawne powiązania pomiędzy co najmniej trzema instytucjami, w tym co najmniej jedną z następujących instytucji: Narodowym Bankiem Polskim, bankiem centralnym innego państwa, bankiem krajowym, oddziałem banku zagranicznego, instytucją kredytową, oddziałem instytucji kredytowej, spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową, Krajową Spółdzielczą Kasą Oszczędnościowo-Kredytową, firmą inwestycyjną i organem władzy publicznej, z wyłączeniem uczestnika pośredniego, w ramach których obowiązują wspólne dla tych uczestników zasady przeprowadzania rozliczeń lub realizacji ich zleceń rozrachunku, dotyczących przekazania kwoty pieniężnej na rachunek odbiorcy prowadzony przez agenta rozrachunkowego lub inne zlecenie, które powoduje wykonanie lub zwolnienie z zobowiązania pieniężnego, zgodnie z zasadami systemu płatności, z zastrzeżeniem uznania przez Prezesa Narodowego Banku Polskiego, że ze względu na ryzyko systemowe uczestnicy pośredni są uznani za uczestników, pod warunkiem że uczestnicy pośredni są znani systemowi.

<sup>50</sup> Pod pojęciem systemu rozrachunku papierów wartościowych, zgodnie z art. 1 pkt 2 u.o.s.p., rozumie się podlegające prawu polskiemu prawne powiązania pomiędzy co najmniej trzema instytucjami, w tym co najmniej jedną z następujących instytucji: Narodowym Bankiem Polskim, bankiem centralnym innego państwa, bankiem krajowym, oddziałem banku zagranicznego, instytucją kredytową, oddziałem instytucji

Ważnym oraz związanym również z obrotem na rynku wtórnym instrumentami pochodnymi i, w związku z tym, pośrednio dotyczącym nowej instytucji rachunku derywatów obszarem zmian są dodatkowe narzędzia nadzorcze, w jakie została wyposażona Komisja Nadzoru Finansowego w nowym art. 31 ust. 4 u.o.i.f. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu „na żądanie Komisji [Nadzoru Finansowego – przyp. aut.] lub jej upoważnionego przedstawiciela, osoby uprawnione do reprezentowania zagranicznej firmy inwestycyjnej, o której mowa w ust. 1 pkt 2<sup>51</sup>, będącej stroną transakcji zawieranych na rynku regulowanym, lub wchodzące w skład jej statutowych organów albo pozostające z nią w stosunku pracy są obowiązane do niezwłocznego sporządzenia i przekazania, na koszt tej firmy inwestycyjnej, kopii dokumentów i innych nośników informacji oraz do udzielenia pisemnych lub ustnych wyjaśnień w zakresie transakcji zawieranych na rynku regulowanym”. W odniesieniu do tego nowego uprawnienia przyznanego Komisji ustawodawca przewidział w art. 31 ust. 5 u.o.i.f. obowiązek powiadomienia przez Komisję właściwego organu nadzoru takiej zagranicznej firmy inwestycyjnej o wystąpieniu z takim żądaniem oraz o każdym przypadku należytego albo nienależytego wykonania takiego obowiązku. Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie takiego obowiązku informacyjnego Komisja będzie mogła, w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania obrotu instrumentami finansowymi lub ochrony interesów inwestorów, po uprzednim poinformowaniu właściwego organu nadzoru, który udzielił takiej zagranicznej firmie inwestycyjnej zezwolenia na prowadzenie działalności, nałożyć na tę firmę inwestycyjną karę pieniężną do wysokości 500 000 zł (art. 31 ust. 6 u.o.i.f.). W tym miejscu zaznaczyć więc należy, że polski ustawodawca zdecydował się na wyposażenie Komisji Nadzoru Finansowego we

---

kredytowej, spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową, Krajową Spółdzielczą Kasą Oszczędnościowo-Kredytową, firmą inwestycyjną i organem władzy publicznej, z wyłączeniem uczestnika pośredniego, w ramach których obowiązują wspólne dla tych uczestników zasady przeprowadzania rozliczeń lub realizacji ich zleceń rozrachunku, dotyczących przeniesienia papierów wartościowych w drodze dokonania odpowiednich zapisów w prowadzonej ewidencji papierów wartościowych lub w inny sposób, z zastrzeżeniem uznania przez Komisję Nadzoru Finansowego, że ze względu na ryzyko systemowe uczestnicy pośredni są uznani za uczestników, pod warunkiem że uczestnicy pośredni są znani systemowi.

<sup>51</sup> Czyli zagraniczne firmy inwestycyjne nieprowadzące działalności maklerskiej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

władczy środek nadzoru nad rynkiem finansowym o charakterze następczym w postaci prawa do żądania informacji od podmiotów nadzorowanych, nie tylko w ramach prowadzonych przez nią postępowań sprawdzających<sup>52</sup>. W przypadku niewykonania takiego obowiązku informacyjnego Komisji Nadzoru Finansowego została przyznana możliwość wymierzenia kary pieniężnej, tj. środka charakterystycznego dla prawa karnego, w który wyposażony został organ administracji publicznej<sup>53</sup>, po to aby zapewnić sprawne i niezakłócone funkcjonowanie rynku finansowego.

#### **5. Inne istotne nowelizacje dokonane ustawą z dnia 9 marca 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw**

Nowelizacja z dnia 9 marca 2017 r. spowodowała również umieszczenie w niej dodatkowych przepisów, mających na celu niezakłócone funkcjonowanie instytucji rachunku derywatów. W tym zakresie należy początkowo wskazać na art. 4a ust. 3 u.o.i.f., który zakłada, iż przepis art. 4a ust. 1 u.o.i.f. nie ogranicza możliwości rejestrowania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej instrumentów pochodnych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego, będących przedmiotem transakcji zawieranych przez:

- 1) zagraniczne firmy inwestycyjne prowadzące działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez otwierania oddziału lub
- 2) zagraniczne firmy inwestycyjne w ramach wykonywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 3<sup>54</sup>, w związku z realizacją zadań związanych z organizacją rynku regulowanego, alternatywnego systemu obrotu lub zapewnieniem płynności obrotu instrumentami pochodnymi, lub
- 3) zagraniczne firmy inwestycyjne nieprowadzące działalności maklerskiej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub

---

<sup>52</sup> Por. R. Blicharz, *Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem kapitałowym w Polsce*, Bydgoszcz–Katowice 2009, s. 163–165, 211–212.

<sup>53</sup> O sankcjach wymierzanych przez Komisję Nadzoru Finansowego zob. M. Dyl, *Środki nadzoru na rynku kapitałowym*, Warszawa 2012, s. 270–275.

<sup>54</sup> Czyli działalności maklerskiej związanej z nabywaniem lub zbywaniem na własny rachunek instrumentów finansowych.

- 4) inne podmioty z siedzibą poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nieprowadzące działalności maklerskiej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, o ile spełniają warunki określone w art. 31 ust. 2<sup>55</sup>.

Nowy art. 45i u.o.i.f. wprowadza do polskiego porządku prawnego roszczenie o zawarcie umowy o uczestnictwo w podmiocie rozliczającym przysługujące właśnie temu podmiotowi uprawnionemu do prowadzenia rachunku derywatów oraz podmiotowi, który zamierza prowadzić takie rachunki na podstawie art. 117 u.o.i.f.<sup>56</sup> i spełniającemu wymogi określone w regulaminie podmiotu rozliczającego.

Nowe brzmienie art. 119 ust. 1 u.o.i.f. rozszerza katalog działalności możliwej do prowadzenia przez banki z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej za zezwoleniem Komisji Nadzoru Finansowego o rachunki derywatów. Od 29 kwietnia 2017 r. prowadzenie rachunku derywatów jest także umożliwiające na terytorium innego Państwa Członkowskiego Unii Europejskiej (art. 119 ust 2 u.o.i.f.). Rachunki derywatów zostały również umieszczone przy pozostałych podmiotach określonych w rozdziale 2 działu IV u.o.i.f. regulującym szczególne typy uczestnictwa w obrocie instrumentami finansowymi, czyli klubach inwestorów, maklerów papierów wartościowych i doradców inwestycyjnych.

---

<sup>55</sup> Artykuł 31 ust. 2 u.o.i.f.: „Stronami transakcji zawieranych na rynku giełdowym mogą być również, na warunkach określonych w regulaminie giełdy, inne podmioty nabywające i zbywające instrumenty finansowe we własnym imieniu i na własny rachunek: 1) będące uczestnikami Krajowego Depozytu lub spółki, której Krajowy Depozyt przekazał wykonywanie czynności z zakresu zadań, o których mowa w art. 48 ust. 1 pkt 1 lub 2 [prowadzenie depozytu papierów wartościowych i wykonywanie czynności w zakresie prowadzenia systemu rejestracji instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi ani instrumentami pochodnymi, które zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub wprowadzone do alternatywnego systemu obrotu – przyp. aut.], lub spółki prowadzącej izbę rozliczeniową i izbę rozrachunkową, o której mowa w art. 68a; 2) niebędące uczestnikami podmiotu, o którym mowa w pkt 1, pod warunkiem wskazania podmiotu będącego uczestnikiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1, który zobowiązał się do wypełniania obowiązków w związku z rozliczaniem zawartych transakcji”.

<sup>56</sup> A. Michór zaznacza, że regulacja art. 117 u.o.i.f. stanowi odpowiednik art. 104 u.o.i.f. (przepisu umożliwiającego prowadzenie przez dom maklerski działalności w formie oddziału na terytorium wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej) w stosunku do zagranicznych firm inwestycyjnych w rozumieniu art. 3 pkt 32 u.o.i.f. Unormowanie tego przepisu stanowi wyraz nadzoru nad firmami inwestycyjnymi działającymi na rynku finansowym, czyli zasady nadzoru państwa macierzystego (ang. *home country supervision*), zasady wzajemnego uznawania przepisów narodowych (ang. *home country rule*) i zasady pojedynczej licencji, zwanej również zasadą jednolitego paszportu europejskiego. A. Michór [w:] *Prawo...*, s. 1113–1114.

Artykuł 15 nowelizacji z dnia 9 marca 2017 r. stanowi, że firmy inwestycyjne uprawnione do przechowywania lub rejestrowania instrumentów finansowych, w tym prowadzenia rachunków papierów wartościowych i rachunków zbiorczych, oraz prowadzenia rachunków pieniężnych oraz banki uprawnione do prowadzenia działalności powierniczej przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy są uprawnione do prowadzenia rachunków derywatów, o których mowa w art. 4a ust. 1 u.o.i.f.

Ostatnią istotną kwestią dotyczącą wprowadzonej instytucji rachunku derywatów jest dyspozycja art. 4a ust. 4 u.o.i.f., który zakłada odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących rachunku papierów wartościowych do rachunków derywatów. Oznacza to, że w zakresie nieuregulowanym osobno zastosowanie znajdzie reżim prawny właściwy dla przepisów dotyczących rachunków papierów wartościowych, na którym opiera się szczególnie mechanizm zorganizowanego obrotu prawami majątkowymi na rynku kapitałowym, zwłaszcza w oparciu o zdematerializowane papiery wartościowe będące najbardziej tradycyjną kategorią praw objętych pojęciem instrumentu finansowego<sup>57</sup>.

## 6. *Ratio legis* wprowadzonych nowelizacji

Przy omawianiu praw i obowiązków, jakie na adresatów nakłada polski ustawodawca wraz z ustanowieniem nowej instytucji rachunku derywatów, warto także wspomnieć o przesłankach przeprowadzenia nowelizacji ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w takim kształcie. W zakresie utworzenia tej instytucji celem nowelizacji było uzupełnienie luki prawnej w zakresie rejestrowania na rachunkach instrumentów pochodnych poprzez nowelizację ustawy o obrocie instrumentami finansowymi przeprowadzonej ustawą z dnia 5 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw<sup>58</sup>. Jak wskazuje ustawodawca<sup>59</sup> w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finan-

<sup>57</sup> T. Sójka [w:] *Prawo...*, s. 726.

<sup>58</sup> Ustawa z dnia 5 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 73).

<sup>59</sup> Podmiotem wnioskującym był tutaj Minister Finansów.



sowymi oraz niektórych innych ustaw „wymóg rejestrowania instrumentów pochodnych w systemie depozytowym, służącym przede wszystkim do rejestracji papierów wartościowych oraz do przeprowadzania rozrachunku transakcji zawartych na rynku kasowym, stanowił specyfikę polskiego rynku kapitałowego”<sup>60</sup>. Ustawodawca rozszerza tę tezę poprzez stwierdzenie, iż na „rozwinętych rynkach kapitałowych rozpoznawanym standardem jest zasadniczo rejestrowanie derywatów przez podmioty dokonujące rozliczeń kontraktów pochodnych (tj. izby rozliczeniowe, centralnych kontrahentów) bez konieczności prowadzenia dodatkowej ewidencji w systemach depozytów papierów wartościowych”<sup>61</sup>. Powyższe oznacza także, że zmiany mają na celu określenie zasad dokonywania rejestracji instrumentów pochodnych na rachunku derywatów<sup>62</sup>.

Innymi przesłankami przemawiającymi za stworzeniem takiej instytucji była chęć zagwarantowania bezpieczeństwa obrotu oraz skutecznego nadzoru nad rynkiem terminowym<sup>63</sup>. Ustawodawca wskazuje, że przed zmianami, które weszły w polskim prawie z dniem 30 stycznia 2015 r. „Urząd Komisji Nadzoru Finansowego posiadał dostęp do informacji o wszystkich dopuszczonych do obrotu zorganizowanego derywatach oraz o aktywności poszczególnych inwestorów w zakresie obrotu tymi instrumentami finansowymi. Informacje te były pozyskiwane w szczególności od podmiotów prowadzących rachunki papierów wartościowych. Z uwagi na fakt, iż instrumenty pochodne nie będą dalej rejestrowane na rachunkach papierów wartościowych, bez wprowadzenia obowiązku rejestracji tych instrumentów finansowych na rachunku derywatów [konsekwencją – przyp. aut.] byłby brak wiarygodnego zapisu aktywności inwestora na rynku instrumentów pochodnych. Podkreślenia również wymaga, iż informacji takich nie jest w stanie zapewnić izba rozliczeniowa, gdyż nie posiada ona informacji o inwestorach, których dotyczą zgłaszane transakcje, jak również nie występuje żadne rozwiązanie na poziomie nowelizowanej

---

<sup>60</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 991, s. 2.

<sup>61</sup> Tamże.

<sup>62</sup> Tamże, s. 4.

<sup>63</sup> Tamże.



ustawy, które dawałoby gwarancje, że takie informacje będą znajdowały się w innym rejestrze<sup>64</sup>. Oznacza to, iż ustawodawca chce tutaj zwiększyć zakres informacji uzyskiwanych przez Komisję Nadzoru Finansowego w zakresie obrotu instrumentami pochodnymi, co w zamierzeniu i teorii przyczynić się powinno do zwiększenia bezpieczeństwa obrotu nimi, a także efektywności informacyjnej i przeciwdziałania naruszaniu prawa. W tym zakresie szczególnie zaznaczają się art. 31 ust. 4–6 u.o.i.f.<sup>65</sup>

## 7. Podsumowanie i wnioski

Instrumenty pochodne pełnią na rynku finansowym bardzo istotną rolę. Przypisuje się im zasadniczo trzy podstawowe cele zastosowania<sup>66</sup>:

- a) arbitraż, polegający na jednoczesnym dokonaniu transakcji kupna i sprzedaży tego samego aktywu (w tym wypadku instrumentu) na różnych rynkach;
- b) spekulacja, polegająca na zajęciu określonej pozycji (zakupu lub sprzedaży) w instrumencie bazowym i osiągnięcie z tego tytułu zysków w przeszłości;
- c) zabezpieczenie (*hedging*), czyli zawarcie takiego instrumentu pochodnego, który zminimalizuje wpływ określonego rodzaju ryzyka na wyniki prowadzonej działalności finansowej.

Regulacje prawne rynku finansowego o charakterze publicznoprawnym, w tym te odnoszące się do instrumentów pochodnych powinny mieć na celu przede wszystkim zagwarantowanie stabilności tego rynku, rozumianej także jako bezpieczeństwo zarówno instytucji finansowych jak i ich klientów<sup>67</sup> m.in. poprzez jego organizację, zasady wykonywania

<sup>64</sup> Tamże, s. 4–5.

<sup>65</sup> Artykuł 31 ust. 1–3 u.o.i.f. wprowadza znaczne ograniczenia cywilnoprawnej zasady swobody umów o charakterze podmiotowym w odniesieniu do transakcji zawieranych na rynku giełdowym w postaci określenia *numerus clausus* podmiotów mogących dokonywać takich transakcji. Wprowadzenie tej regulacji wpływa na dodatkowe zwiększenie ograniczeń co do transakcji zawieranych na rynku giełdowym. O transakcjach zawieranych na rynku giełdowym zob. T. Sójka [w:] *Prawo...*, s. 779–780.

<sup>66</sup> P. Oźga, *Instrumenty pochodne w spółkach notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie*, GN 2012, nr 4, s. 130.

<sup>67</sup> E. Fojcik-Mastalska, *Prawo rynku finansowego w systemie prawa* [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, red. A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Warszawa 2016, s. 20.

działalności (nie tylko gospodarczej) przez jego uczestników czy ustanowienie nadzoru administracyjnego nad nim<sup>68</sup>. W obrębie tego rodzaju przepisów prawa bardzo istotnym jest podkreślenie, że każda regulacja dotycząca w szczególności działalności organów państwowych powinna uwzględniać zasadę proporcjonalności, wiążącej się ze stosowaniem adekwatnych metod do osiągnięcia zakładanych celów<sup>69</sup>.

Poczyniony opis nowej w polskim porządku prawnym instytucji rachunku derywatów prowadzi więc, oprócz już tych wyżej wskazanych, do następujących konkluzji:

1. Ustanowienie instytucji rachunku derywatów jest dobrym działaniem ze strony ustawodawcy. Wypełnienie luki prawnej w tym zakresie, podyktowane zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu instrumentami pochodnymi i skutecznego nadzoru nad rynkiem terminowym było wręcz konieczne<sup>70</sup>. Pozytywnie należy ocenić również sposób, w jaki ta instytucja, w tym prawa i obowiązki nałożone przepisami odnoszącymi się do rachunku derywatów, została wdrożona, albowiem nie wydaje się, że przystosowanie się do nich przez adresatów jest problematyczne lub nadmiernie długotrwałe. Obecnie jednak wciąż jest za wcześnie na przesądzenie o całkowitej adekwatności czy proporcjonalności tych przepisów.
2. W zakresie rachunku derywatów wskazać należy lukę prawną, jaka powstała poprzez zniesienie obowiązku zapisu instrumentów pochodnych na rachunkach papierów wartościowych wraz z ustawą z dnia 5 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, związaną z brakiem możliwości blokady rachunku, na których zapisane są niebędące papierami wartościowymi

---

<sup>68</sup> O celu nadzoru państwa nad rynkiem finansowym: A. Nadolska, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego*, Warszawa 2014, s. 191–197.

<sup>69</sup> M. Dyl, Środki..., s. 207.

<sup>70</sup> Już z końcem 2014 r. Związek Banków Polskich wskazywał, że wprowadzenie do polskiego porządku prawnego instytucji rachunku derywatów na poziomie ustawowym było pożądane ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa obrotu i skutecznego nadzoru nad rynkiem terminowym. Zob. Związek Banków Polskich, *Pismo Jerzego Bańki – Wiceprezesa Związku Banków Polskich do senatora Kazimierza Kleiny – Przewodniczącego Komisji Budżetu i Finansów Publicznych Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 listopada 2014 r.*, [http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/\\_public/k8/komisje/2014/kbfp/materialy/762\\_zbp.pdf](http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/komisje/2014/kbfp/materialy/762_zbp.pdf), 2.05.2017.

instrumenty finansowe dopuszczone do obrotu zorganizowanego – w tym instrumenty pochodne<sup>71</sup> polegającą na braku podstawy prawnej umożliwiającej blokadę rachunku w trybie art. 16–20c ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych oraz finansowaniu terroryzmu<sup>72</sup>. W związku z tym, należy postulować więc *de lege ferenda* uzupełnienie tej luki poprzez dodanie w definicji rachunku zawartej w u.p.p.p. rachunku derywatów, co umożliwi efektywniejsze spełnienie jednego z celów zakładanej przez ustawodawcę nowelizacji u.o.i.f. czyli zapewnienia bezpieczeństwa obrotu instrumentami pochodnymi.

3. Kontrowersje może budzić także sama nazwa nowej instytucji. O ile w orzecznictwie i doktrynie, co już zostało wykazane, niemal równoznaczne rozumienie pojęć instrument pochodny i „derywat” jest powszechnie zaakceptowane, tak sama nazwa rachunek derywatów, przez wzgląd na niewystępowanie obecnie w polskich aktach prawnych pojęcia „derywat” jest kontrowersyjna<sup>73</sup>. Wydaje się, że trafniejszym, a przede wszystkim nietworzącym niepotrzebnego nieporządku legislacyjnego byłoby nazwanie tej instytucji mianem rachunku instrumentów pochodnych.
4. Pojawienie się w polskim porządku prawnym instytucji rachunku derywatów powinno stać się impulsem do dyskusji i próby wprowadzenia doniosłych systemowo nowelizacji dotyczących samego pojęcia

<sup>71</sup> A. Otto, *Wpływ nowelizacji ustawy o obrocie instrumentami finansowymi na proces blokady rachunku*, <https://forumcompliance.com/2017/02/wplyw-nowelizacji-ustawy-o-obrocie-instrumentami-finansowymi-na-proces-blokady-rachunku-2>, 28.02.2017.

<sup>72</sup> Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu brudnych oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2016 r. poz. 299 ze zm.) – dalej: u.p.p.p. A. Otto, specjalista w zakresie *compliance*, wskazuje na art. 2 pkt 4, gdzie wymienione są wszystkie rachunki w rozumieniu u.p.p.p. Nie ma wśród nich rachunku derywatów. Ciągły brak uwzględnienia wśród rachunków rachunku derywatów skutkuje właśnie brakiem możliwości blokady takiego rachunku, jak również nie ma obecnie podstaw do odmowy przeniesienia posiadania pochodnego instrumentu pochodnego pomiędzy rachunkami klientów za pomocą umowy cywilnoprawnej. A. Otto, *Wpływ...*

<sup>73</sup> Na tę sytuację zwracał już uwagę w 2009 r. A. Chłopecki stwierdzając: „system prawny, co do zasady, odwołuje się do apriorycznego, tj. wynikającego z języka finansów, pojęcia instrumentu finansowego (podobnie-instrumentu pochodnego czy opcji). Prawnik, definiując dany instrument finansowy, musi zatem posługiwać się zasadami, kryteriami i definicjami języka ekonomii i finansów. Sytuacja taka oznacza nie tylko bałagan legislacyjny, lecz może ona być potencjalnie przyczyną istotnych problemów prawnych”. Zob. A. Chłopecki, *Instrumenty...*, s. 5.

instrumentu finansowego. Rynek finansowy rozwija się w bardzo dynamicznym tempie, co pociąga za sobą powstawanie coraz bardziej złożonych i skomplikowanych instrumentów finansowych<sup>74</sup>. Polski ustawodawca powinien więc zastanowić się nie tyle nad rozszerzeniem legalnej definicji instrumentów finansowych, w tym pochodnych o kolejne przykłady, lecz dokonać bardziej strukturalnej reformy, harmonizującej wszystkie przepisy z tego zakresu i umożliwiającej spójną wykładnię tego, co jest, a co nie jest instrumentem finansowym i usystematyzowanie ich w architekturze polskiego rynku finansowego.

### Streszczenie

Wraz z ustawą z dnia 9 marca 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 791) do polskiego porządku prawnego wprowadzona została nowa instytucja rachunku derywatów. Wprowadzenie jej ma na celu uzupełnienie luki w zakresie ewidencjonowania instrumentów pochodnych, a także nadzoru nad transakcjami nimi dokonywanymi, co ma przyczynić się do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu nimi. Nowelizacja w tym zakresie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi zaznacza również powstanie nowych kategorii praw i obowiązków podmiotów, których dotyczy utworzenie instytucji rachunku derywatów. O ile samo wdrożenie rachunku derywatów należy ocenić pozytywnie, tak bardziej widocznymi stały się luki prawne dotyczące niektórych aspektów bezpieczeństwa związanego z blokadą rachunku w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa, czy też brak spójności w wykładni podstawowych pojęć w tym zakresie, szczególnie instrumentu finansowego.

**Słowa kluczowe:** rachunek derywatów, derywat, instrument pochodny, instrument finansowy, informacja na rynku finansowym

---

<sup>74</sup> A. Świdorski w tym obszarze wskazuje na funkcjonującą w polskim prawie rynku kapitałowego otwartą definicję papieru wartościowego skutkującą utrudnionym ustaleniem, czy dany produkt finansowy jest papierem wartościowym, czy jedynie instrumentem finansowym. A. Świdorski, *Pochodne...*, s. 116.

## **New categories of rights and duties related to the institution of derivatives account**

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

Along with the Act of 9 March 2017 amending the Act on Trading of Financial Instruments and certain other acts (Journal of Laws, item 791), a new institution called derivatives account was introduced to the Polish legal system. Its purpose is to address the legal loophole concerning the accounting of derivatives and to reinforce the supervision of derivatives transactions in order to contribute to the security of trading. This amendment also introduces the new rights and duties addressed towards the entities concerned by the implementation of the institution of the derivatives account to the Polish law. While the implementation itself should be assessed positively, there exists legal loopholes concerning certain aspects of security related to the account lockout in case of suspicion of the crime or the lack of coherence of interpretation of the basic terms in this scope, especially of the financial instrument.

**Keywords:** derivatives account, derivative, financial instrument, securities, information on the financial market

**Sebastian Podmiotko,**

University of Rzeszow, Faculty of Law and Administration,  
ul. Grunwaldzka 13, 35-068 Rzeszów,  
e-mail: s.podmiotko@gmail.com.

## WPLYW KONSTYTUCJI NA KSZTAŁTOWANIE STANDARDÓW METODOLOGICZNYCH

## 1. Wstęp

O ile zagadnienie konstytucjonalizacji porządków prawnych nie stanowi już dłużej kwestii spornej, to jednak wciąż rzadko analizowanym zagadnieniem jest wpływ konstytucji na samą naukę o prawniczej metodzie. W niemieckojęzycznej literaturze używa się niekiedy dla określenia tej problematyki pojęcia „konstytucjonalizacji nauki o metodzie”, lecz bardziej celem wyrażenia zbioru poglądów opartych na przekonaniu, że prawnicza metodologia powinna być konkretyzacją prawa konstytucyjnego, które – zdaniem zwolenników tego stanowiska – zawiera pewne (ogólne) wskazania co do metod stosowania prawa, w konsekwencji czego metodologia prawnicza została współcześnie „postawiona – zamiast na hermeneutycznej głowie – na konstytucyjnoprawnych stopach”<sup>1</sup>.

To stosunkowo nowe zagadnienie nie doczekało się dotąd kompleksowego opracowania, jednak można podjąć próbę zrekonstruowania jego podstawowych założeń w oparciu o problemy poruszane w literaturze niemieckiej. Zagadnienie wpływu konstytucji na kształtowanie standardów metodologicznych w nauce prawa ma charakter dalece uniwersalny, jednak nie można zakładać, że w obrębie każdej kultury „lokalnej” przebiega w jednakowy sposób. Na uwadze mieć więc należy genezę i specyfikę dyskusji metodologicznej toczonej w niemieckiej nauce prawa po zakończeniu II Wojny Światowej. Po krótkim (1945–1960) okresie odrodzenia zainteresowania prawem natury, stanowiącym reakcję na doświadczenie wojny oraz odpowiedź na rozwijany przed 1933 r. pozytywizm prawniczy, zaczęto zarzucać tej koncepcji pewną naiwność i brak oparcia

---

\* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ul. Gołębia 24, 31-007 Warszawa, e-mail: magdalenalatacz@gmail.com.

<sup>1</sup> H.P. Schneider, *Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung*, DOV 1975, z. 1–2, s. 452.

w historii idei<sup>2</sup>. W konsekwencji akcent w niemieckiej nauce prawa bardziej niż na problematykę sprawiedliwości położono na metodę; przyczynił się do tego w szczególności wzrost zainteresowania analityczną filozofią prawa i analityczną teorią prawa, rozwój hermeneutyki prawniczej oraz osiągnięcia K. Poppera w dziedzinie filozofii nauki<sup>3</sup>.

## 2. Konstytucjonalizacja nauki o metodzie

Pod pojęciem „konstytucjonalizacji” rozumie się zwiększenie wpływu ustawy zasadniczej na pewną dyscyplinę lub jej określony obszar, co stanowi jeden z przejawów nadrzędnej pozycji oraz szczególnej treści konstytucji. Tak ogólne określenie dostrzeżonej tendencji nie wyklucza prowadzenia badań z perspektywy konstytucyjnoprawnej również w odniesieniu do samej metodologii<sup>4</sup>. Jak wspomniano wyżej, zdaniem niektórych również prawnicza nauka o metodzie powinna stanowić próbę konkretyzacji norm prawa konstytucyjnego, przy czym podkreślić należy, że w tym kontekście konstytucja miałaby co do zasady przesądzać raczej jedynie o istnieniu konstytucyjnych podstaw do *konieczności* nauki o metodzie i do pewnego stopnia o jej jakości, a nie wiążąco wyrażać jakiś zespół reguł odnoszących się do wykładni i stosowania prawa<sup>5</sup>. Szczególną rolę w tym kontekście odgrywać

---

<sup>2</sup> M. Klatt, *Contemporary Legal Philosophy in Germany*, ARSP 2007, nr 4, s. 520 i n. Mimo to we wspomnianym okresie idea prawa naturalnego miała znaczący wpływ na orzecznictwo sądów niemieckich.

<sup>3</sup> Tamże, s. 521. Odnośnie do tzw. dyskusji podstawowej por. także J. Zajadlo, *Filozofia praw a teoria prawa we współczesnej jursyprudencji niemieckiej*, AUW 2011, nr 3337, s. 228.

<sup>4</sup> Co do centralnego znaczenia konstytucji dla prawniczej metodologii zob. np. R.A. Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik*, Bazylea–Stuttgart 1979, s. 8 i n.; G. Biaggini, *Methodik in der Rechtsanwendung* [w:] *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow*, red. A. Peters, M. Schefer, Berno 2004, s. 27 i n.; E. Chiariello, *Der Richter als Verfassungsgeber?*, Zurich–St. Gallen 2009, s. 415–416.

<sup>5</sup> Od norm prawnych, które mogą w pewien sposób dotyczyć również kwestii metodologicznych (*methodenbezogene Normen*), odróżnić należy przepisy będące normatywnymi podstawami metodologii (*Methodennormen*). *Methodennormen* to postanowienia prawa pisanego o charakterze meta-norm – nie regulują wprost stanów faktycznych, ale wpływają wiążąco na odkodowywanie treści innych norm (Ch. Wendehorst, *Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen*, RZFAUIP 2001, nr 4, s. 731–732, 761). Za *Methodennorme* wyrażoną *implizite* uważa się konstytucyjny zakaz analogii w prawie karnym; wprost normy te przede wszystkim w ustawach – np. art. 4–5 Code Civil, §§ 6–8 ABGB, art. III Gesetz Nr. 1 der Militärregierung in Deutschland (1944; zakaz interpretacji ustaw w myśl narodowego socjalizmu) – ale także np. §§ 31–33 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r.



ma zasada równości wobec prawa, zasada państwa prawnego oraz zasada podziału władz (i związania sędziego ustawą), konsekwencją których miałyby być zakaz metodologicznej dowolności (zwłaszcza w odniesieniu do sędziów, a tym samym dając nowy, normatywny argument w sporze toczącym się w niemieckiej literaturze między metaforą sędziego-pianisty a koncepcją sędziego-sługi<sup>6</sup>) oraz jakościowe wymogi odnośnie do uzasadnienia decyzji prawniczych (głównie sądowych; przekładające się na wybór metody stosowania prawa – na gruncie nauki niemieckiej w szczególności mający rozstrzygać spór między dwoma teoriami wykładni – subiektywną i obiektywną<sup>7</sup>).

### 2.1. Zasada równości wobec prawa

Zwolennicy tezy o konstytucjonalizacji nauki o metodzie wskazują przede wszystkim na rolę zasady równości wobec prawa, ujmowanej również jako zakaz samowoli (*Willkürverbot*). Zasada ta nakazuje, aby porównywalne (ze względu na cechy relewantne) stany faktyczne rozstrzygać tak samo (a różne odmiennie). Zalecenie to odnosi się przede wszystkim do decyzji legislacyjnych i sądowych oraz opiera się na usprawiedliwionym oczekiwaniu obywateli, że przypadki oparte na porównywalnych stanach faktycznych będą identycznie rozstrzygane – niezależnie od osoby decydującej i miejsca podejmowania decyzji oraz bez względu na osobę sądzoną obywatele mogą oczekiwać wystąpienia podobnych skutków

---

(Dz.U. z 1990 r. poz. 439). Oczywiście sporne pozostaje, czy ustawodawca może lub powinien tworzyć normy regulujące stosowanie i wykładni prawa, w tym przez sędziów.

<sup>6</sup> Co do metafory sędziego-pianisty oraz sędziego-sługi por. punkt 3.3 niniejszego tekstu.

<sup>7</sup> Od wyróżnionych przez Savigny'ego metod wykładni (gramatycznej, systemowej, historycznej oraz – później rozwiniętej – celowościowej) wyróżnić można dwa ujęcia wykładni: subiektywne oraz obiektywne. Celem wykładni subiektywnej jest ustalenie woli (historycznego) ustawodawcy; interpretator powinien rozważyć, jaki dokładnie sens wiązał ustawodawcę z użytymi w ustawie wyrażeniami, jakie znaczenie przypisywał systematycznemu rozkładowi ustawy, a w końcu – jaki ogólny cel przyświecał jej uchwaleniu. W odróżnieniu od tego, obiektywna teoria wykładni proponuje, aby celem rozważań interpretatora była „wola ustawy”; w tym ujęciu interpretator powinien pytać, jakie znaczenie ma dane słowo, co (obiektywnie) wynika z układu postanowień ustawy, czy też jaki (obiektywnie) cel konkretnych regulacji można dostrzec (por. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 2010, s. 97).



prawnych<sup>8</sup>. Zauważa się więc, że niejednorodna praktyka metodologiczna sądów prowadziła w tym zakresie do „samowolnej, niekontrolowanej sprawiedliwości Kadiego i naruszała zasadę równości”<sup>9</sup>, stąd określenie jednolitych kryteriów dla wykładni i stosowania prawa jest narzędziem urzeczywistnienia konstytucyjnego nakazu, wedle którego wszyscy ludzie powinni być przed ustawą równi<sup>10</sup>. Z drugiej strony metodologii nie da się w pełni uregulować przez normatywne kryteria, ponieważ zasadniczo przedmiotem nauki o metodzie jest właśnie prawo, co prowadziło do paradoksu<sup>11</sup>, a ponadto uwzględnienia wymagają te postanowienia ustaw zasadniczych, w myśl których sędziowie są niezależni i związani jedynie prawem stanowionym co najmniej w randze ustawy zwykłej. Jednak zbyt dalekie i powierzchowne rozumienie zasady niezależności sędziów prowadzić może do problemów z ustaleniem jej relacji do zakresu przedmiotowego zasady związania sędziów ustawą, a w konsekwencji utrudniałoby stosowanie konstytucji jako kryterium kontroli konstytucyjności. Niemniej jednak, jeśli przedmiotem rozstrzygania są dwa porównywalne stany faktyczne i relewantna dla ich oceny jest ta sama ustawa, to odmienne decyzje sądu mogą wynikać wyłącznie z niejednorodnego stosowania tej ustawy, a więc z różnic metodologicznych<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen als Verfassungsfragen?*, „Rechtstheorie“ 2009, nr 40, s. 266. Oczekiwanie to zdaniem niektórych posiada formę konstytucyjnego prawa podmiotowego („*Grundrecht auf Methoden-gleichheit*”) – zob. F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin 1997, s. 373.

<sup>9</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 266.

<sup>10</sup> Przeciwnie np. A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 2011, s. 263 („Metodologicznie sędzia jest wolny w zakresie wyboru reguł interpretacji”); por. także A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt nad Menem 1972, s. 165. Odmienne niekiedy sama judykatura: przykładowo szwajcarski Sąd Federalny opowiada się za „pragmatycznym pluralizmem metodologicznym” – np. wyrok Sądu Federalnego Szwajcarii z dnia 18 września 2003 r., 4P.74/2003 (BGE 130 III 76, s. 82); w literaturze krytycznie np. E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Berno 2005, s. 109 i n.

<sup>11</sup> F. Müller, R. Christensen, *Juristische Methodik*, t. II, *Europarecht*, Berlin 2012, s. 230. Paradoks dostrzegany jest również w twierdzeniu, że akt prawny – który sam w pierwszej kolejności wymaga zinterpretowania – miałby wyznaczać wytyczne stosowania i wykładni prawa. Zdaniem niektórych jednak, jeśli uwzględni się, że w czasie uchwalania konstytucji istniała określona kultura metodologiczna, to przyjąć należy, że została ona poprzez konstytucyjne wytyczne pogłębiona i poprawiona – R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, s. 281.

<sup>12</sup> R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie...*, s. 290.

## 2.2. Zasada państwa prawnego

Drugą zasadą konstytucyjną, która miałaby być relewantna dla dyskusji w zakresie prawniczej metodologii, jest zasada państwa prawnego. Z zasady państwa prawnego – również zdaniem sądów konstytucyjnych<sup>13</sup> – wynika między innymi nakaz uzasadnienia decyzji sądowych, gwarantujący przede wszystkim ich transparentność, zrozumiałość dla zainteresowanych podmiotów, w tym obywateli, a w konsekwencji większą możliwość ich kontroli (intersubiektywną sprawdzalność)<sup>14</sup>. Ponadto, w literaturze zauważa się, że już sama „wierność metodzie wymusza racjonalność uzasadnienia, sprzyja więc sprawdzalności decyzji oraz ułatwia odnalezienie odpowiednich rozwiązań”<sup>15</sup>. Wskazuje się również, że interpretacja to „skomplikowany proces” konkretyzowania norm na potrzeby konkretnego sporu, szczególnie złożony w przypadkach, kiedy stosuje się prawo „z innej epoki” (szczególnie „prawo” powstałe pod rządami innej konstytucji<sup>16</sup>), które należy dostosować do norm prawa unijnego lub zinterpretować „zgodnie z konstytucją”<sup>17</sup>. Nie jest również bez znaczenia, w jaki sposób pod względem treściowym i metodologicznym sędzia dokona owego „dostosowania” do konstytucji, ponieważ powinno ono czynić zadość „dążeniu obywatelskiego państwa prawa czasów współczesnych do racjonalności”<sup>18</sup>. Żądania kontroli decyzji sędziowskiej na podstawie uzasadnienia w zakresie pytania, czy „wyrok odpowiada zobowiązaniom, jakie nakłada na nie konstytucja państwa prawnego, ma naturalnie sens tylko wtedy, gdy takie zobowiązania w niej w ogóle istnieją. Jeśli nie istnieją – uzasadnienie jest tylko retoryczną fasadą dla niemądrych laików”<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Tamże, s. 307.

<sup>14</sup> R. Christensen, H. Kudlich, *Gesetzesbindung: vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Berlin 2008, s. 15.

<sup>15</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 266.

<sup>16</sup> W tym zakresie por. także punkt 3.4 niniejszego tekstu.

<sup>17</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 267.

<sup>18</sup> R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie...*, s. 21; zob. także G. Roellecke, Ch. Stark, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, VDVerSt 1976, z. 34, s. 33.

<sup>19</sup> R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie...*, s. 22.

### 2.3. Zasada podziału władz i związania władzy sądowniczej ustawą

Ostatnim konstytucyjnym argumentem podnoszonym w sporze o metodę jest zasada podziału władz oraz postanowienia konstytucji odnoszące się do pozycji sędziego. Zasady podziału władz i związania władzy sądowniczej ustawą (podległość wyłącznie ustawie zasadniczej i ustawom zwykłym) wyrażają nieodzowne minimum w zakresie rozdziału kompetencji, dokładniej przesądzają, że jedynie władza ustawodawcza – jako bezpośrednio do tego legitymowana – może tworzyć prawo. To stwierdzenie prowadzi zdaniem niektórych do konkluzji, że „metodologiczna dowolność [sędziów] usuwa gwarancje państwa prawnego oraz demokratyczną legitymację stanowienia prawa”<sup>20</sup>. Podkreśla się nie tylko w tym kontekście, że sędziowie nie mogą pozwolić sobie na to, by być „zastępczymi” prawodawcami – chociaż tutaj konieczne jest rozróżnienie między wykładnią (*Auslegung*) a sędziowskim „rozwijaniem” bądź „dobudowywaniem” prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*), które jest jednak dopuszczalne pod szczególnymi warunkami i przy zastosowaniu określonych reguł. Kwestia podziału władz jest także relewantna dla jednego z konkretnych problemów z zakresu niemieckiej metodologii, mianowicie sporu między subiektywną (historyczną) a obiektywną wykładnią<sup>21</sup>, co nie jest jednak bezpośrednim przedmiotem niniejszego tekstu.

## 3. Ocena zarysowanej teorii

### 3.1. Kwestie ogólne

W stosunku do koncepcji poszukiwania w konstytucji podstaw dla metodologii, sformułować można szereg uwag i do pewnego stopnia krytycznych zarzutów. W literaturze zarzuca się „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” między innymi rzekomą obiektywność, skoro bowiem z niezwykle ogólnych przepisów konstytucji wyciąga się tak szczegółowe wytyczne co do pracy sędziego<sup>22</sup>, a także dostrzega się pewne para-

---

<sup>20</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 266.

<sup>21</sup> W tym zakresie por. także punkt 3.3 niniejszego tekstu.

<sup>22</sup> Por. R.P. Schenke, *Methodenlehre...*, s. 71.

doksy w samej jej konstrukcji<sup>23</sup>. Jej wadą jest również wybiórczość we wskazywaniu normatywnych podstaw zarysowanych wytycznych co do prawniczej metodologii, w szczególności pominięcie wolności poglądów (*Meinungsfreiheit*) oraz godności (choćby urzędu sędziego), które harmonizowałyby hasła o żądającej powszechnego uznania jednolitej metodzie oraz zwracały uwagę na konieczność krytycznej i refleksyjnej świadomości metodologicznej stosujących prawo, w szczególności sędziów. Wybiórczość dostrzec można również we wskazywaniu podstaw konkretnych wytycznych – przykładowo nakaz uzasadniania decyzji mógłby interpretacyjnie wynikać między innymi z godności człowieka<sup>24</sup>; prawa do wysłuchania przez sąd<sup>25</sup>; tzw. zasady gwarancji praw podstawowych przez organizację postępowania<sup>26</sup>; zasady związania ustawą, prawa do efektywnej drogi sądowej czy zasady proporcjonalności<sup>27</sup>. Ponadto, warto zastanowić się, czy rzeczywiście o obowiązywaniu lub zasadności omówionych wyżej wytycznych „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” faktycznie przesądza obowiązywanie konstytucji i jej poszczególne sformułowania? Wprawdzie wskazane zasady mają fundamentalny charakter i trudno wyobrazić sobie bez nich współczesną konstytucję, ale podobne postulaty można formułować na podstawie prawa międzynarodowego (głównie art. 6 Europejskiej Karty Praw Człowieka<sup>28</sup>), a może nawet – zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczność, że postulowane zasady mają charakter bardzo ogólny, czy też wręcz uniwersalny – formułować je

<sup>23</sup> Por. na przykład uwagi z przypisu 9.

<sup>24</sup> „Byłoby pogardą dla osoby i jej godności, jeśli organ (...) mógłby wydawać decyzje bez żadnego wyjaśnienia i uzasadnienia” (F. Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*, Monachium 1971, s. 47) – ale godność ludzka nie obejmuje osób prawnych, więc nie mogłaby być to jedyna podstawa nakazu uzasadnienia decyzji sądowych.

<sup>25</sup> J. Brüggemann, *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin 1971, s. 152 i n.

<sup>26</sup> Zdaniem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ochrona, jaką zapewniają jednostce prawa podstawowe, powinna być także realizowana w zakresie postępowań oraz w kwestiach organizacyjnych; ma to być jedna z funkcji praw podstawowych, dająca wyraz przekonaniu, że z materialnych gwarancji praw podstawowych wynikają również gwarancje o charakterze procesowym. Por. postanowienie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 1979 r., BvR 385/77 (BVerfGE 53, 30).

<sup>27</sup> Por. R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie...*, s. 286–327.

<sup>28</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm.).

wobec metodologii bez żadnej normatywnej podstawy, być może nawet wobec nauki o metodzie jako takiej, a nie tylko prawniczej metodologii.

### 3.2. Wierność jednej metodzie?

Przechodząc do omówienia poszczególnych wytycznych „konstytucjonalizacji nauki o metodzie”, warto rozpocząć analizę od postulatu jednolitości metodologicznej, która – zdaniem niektórych – czyniłaby zadość konstytucyjnej zasadzie równości. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w literaturze nie zostało dostatecznie wyjaśnione, czym dokładnie jest „jednolitość metodologiczna”, w szczególności, czy chodzi o stosowanie jednakowej metody, a jeśli tak – to jakiej<sup>29</sup>. Poza tym, ewentualne sformułowanie metody lub wskazanie zespołu reguł wykładni i stosowania prawa musiałoby być albo bardzo ogólne, albo ograniczone przez znaczną liczbę wyjątków, skoro „jednolicie” co do metody stosować należałoby na przykład zarówno ustawę podatkową, jak i konstytucję. Po drugie, w tym zakresie w „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” na pierwszy plan wychodzą też niekiedy błędne przekonania, w szczególności w postaci uproszczenia, że im bardziej „surowa” z perspektywy stosujących prawo metoda, tym bardziej jest ona „lepszą” w świetle postanowień konstytucji<sup>30</sup>; przekonania, że jednolitość metody jest wartością samą w sobie oraz przekonanie, że samą metodę należy rozpatrywać głównie w kontekście rozdziału konstytucyjnych kompetencji rozumianych jako „władza”<sup>31</sup> i czynić z niej jej instrument. Co więcej, nie można pozbyć się wrażenia, że do pewnego stopnia pytanie o to, czy ustawa zasadnicza wpływa na naukę o prawniczej metodzie, jest nowym

---

<sup>29</sup> Pewną wskazówkę może stanowić kontekst tekstu, w którym rozważa się problematykę „konstytucjonalizacji nauki o metodzie”, niemniej jednak rozważana jest ona w towarzystwie sporu między subiektywną a obiektywną wykładnią prawa, a tym samym postulaty co do nauki o metodzie mające wynikać z konstytucji używane są instrumentalnie, zgodnie z przekonaniem danego autora.

<sup>30</sup> Por. W. Hassemer, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, „Rechtstheorie“ 2008, nr 39, s. 4.

<sup>31</sup> „Metoda wykładni określa i przypisuje granice podziału władz między prawodawstwem a sądownictwem. Chodzi więc o konstytucyjny podział władz” – B. Rüthers, *Zeitgeist und richterliche Rechtsfindung – Recht und Juristen im Wechsel der politischen Systeme und Ideologien* [w:] *Die Unabhängigkeit des Richters*, red. S. Holzwarth, U. Lambrecht, S. Schalk, A. Späth, E. Zech, Tübingen 2009, s. 146.

ujęciem starego sporu, a mianowicie pytania o rolę (obraz) sędziego na gruncie konstytucji. Przykładowo, w nauce niemieckiej jako spór między metaforą sędziego-pianisty, który wprawdzie jest związany nutami (ustawą), ale może podjąć własną, subiektywną interpretację<sup>32</sup>, a sędzią jako sługą normatywnie umocnionej polityki prawodawcy<sup>33</sup>, podlegającym „roszczeniu do obiektywnej poprawności dokonanej wykładni”<sup>34</sup>. W końcu również w tej dyskusji, podobnie jak i w samej „konstytucjonalizacji nauki o metodzie”, chodzi głównie o podkreślenie związku między prawniczą metodologią a katalogiem konstytucyjnych kompetencji i próbę znalezienia między nimi złotego środka.

### 3.3. Związanie ustawą

Mimo szerokiego omówienia w doktrynie, dopracowania w perspektywie prawniczej metody wymaga też pojęcie niezależności sędziów oraz związania ustawą, skoro stanowić ma „nie tylko konstytucyjnoprawny postulat, ale także normatywny standard dla metodologicznej pracy prawniczej”<sup>35</sup>. Po pierwsze, nie jest wciąż jasne, jaki charakter ma owa podległość sędziego ustawie. Rozważany wyżej postulat jednolitości metody oraz fakt, że literalnie konstytucja nie przewiduje żadnych wyjątków prowadzić mogłyby do wniosku, że związanie sędziego ma „absolutny i nieograniczony charakter”<sup>36</sup>. Z drugiej strony po zakończeniu II wojny światowej upadła „bajka pozytywizmu”, kiedy okazało się, że bezkrytyczne związanie ustawą było jedną z przyczyn niepowodzenia prawników czasów narodowego socjalizmu. Niemniej dostrzeżenie wad konserwatywnego pozytywizmu i powszechna akceptacja faktu, że ustawa nie musi koniecznie oferować pewnego punktu oparcia, a w konsekwencji otwarcie się na „pozaustawowe” kryteria oceny decyzji sądowej<sup>37</sup> nie

<sup>32</sup> G. Hirsch, *Der Richter wird's schon richten*, ZFR 2006, z. 5, s. 161 i n.

<sup>33</sup> B. Rüthers, *Zeitgeist...*, s. 139, 141.

<sup>34</sup> M. Schröder, *Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem*, Tübingen 2010, s. 64.

<sup>35</sup> R. Christensen, H. Kudlich, *Gesetzesbindung...*, s. 13.

<sup>36</sup> M. Schröder, *Gesetzesbindung...*, s. 75.

<sup>37</sup> A także do pewnego stopnia obowiązywania prawa, czego najdobitniejszym przykładem jest tzw. formuła Radbruch.

przeszkodziło *Bundesgerichtshof* jeszcze w 1953 roku w oparciu o prawo natury zaprzeczać równości kobiet oraz mężczyzn i tym samym żądać uznania nieważności art. 3 ust. 2 zd. 1 Ustawy zasadniczej<sup>38</sup>, ze względu na naruszenie normy konstytucyjnej wyższego rzędu, mianowicie ponadpozytywnego prawa<sup>39</sup>.

Ponadto, w odniesieniu do zasady związania sędziego ustawą, nie jest także jasne, co wiąże sędziów w myśl idei „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” – ustawa jako forma aktu prawnego, czy jej treść. Ujęcie formalistyczne przesądza bowiem jedynie o tym, że akt niższego rzędu niż ustawa zwykła (rozporządzenie, statut etc.) nie musi być kryterium decyzji sędziego. Ujęcie to – nie odwołujące się do kryteriów materialnych (treściowych) – rodzi jednak tym samym ryzyko związania ustawą o niekonstytucyjnej treści, chociaż nie ogranicza wprost sędziego w zakresie wykładni. Z drugiej strony związanie sędziego ustawą rozumiane jako związanie go jej treścią fałszywie sugeruje istnienie jednej (określonej) treści (a więc przeczy istocie wykładni, która polega na wyborze jednego z możliwych znaczeń przepisu). Pytanie o dokładną treść zasady związania sędziego ustawą należy jednak raczej do dogmatyki, a nie teorii prawa i wymaga uwzględnienia innych norm konstytucji. Na pewno jednak nie można rozumieć związania ustawą tak wąsko, aby zabraniało sędziom wykładni prawa<sup>40</sup>.

W odniesieniu do zasady związania sędziego ustawą jako podstawy wskazań co do prawniczej metody zauważyć w końcu należy, że „konstytucjonalizacja nauki o metodzie” wydaje się pomijać inne konstytucyjne postanowienia, w szczególności zasadę niezależności sędziów, która uzupełnia zasadę związania ustawą. Oba te przepisy odnoszą się bezpośrednio do stosowania prawa, więc poprawnie postawione pytanie powinno brzmieć: jaką metodologię wybrać, aby zrealizować te dwa najwyższe z perspektywy pozycji sędziego nakazy? W tej perspektywie nie

<sup>38</sup> „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin”.

<sup>39</sup> Opinia BGH z dnia 6 września 1953 r. [w:] *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (BGHZ) 11, Anhang*, s. 34 i n. Co do nieprzydatności metodologii jako gwarancji przeciwko naruszeniom prawa zob. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tybinga 1968, s. 442 i n.

<sup>40</sup> G. Roellecke, Ch. Stark, *Die Bindung...*, s. 38; także M. Schröder, *Gesetzesbindung...*, s. 64.



można oczywiście zapominać o zasadzie podziału władzy i jej możliwych interpretacjach w kontekście prawniczej metodologii. Po jednej stronie sporu stoi bowiem przekonanie, że wolny wybór metody „jest nie do pogodzenia z konstytucją”, ponieważ narusza nie tylko zasadę podziału władzy jako takiej, ale szczegółowe wskazania państwa prawnego, takie jak pierwszeństwo prawodawstwa oraz zasadę demokracji urzeczywistniającej się w prawotwórczej kompetencji parlamentów<sup>41</sup>, a alternatywne metody w praktyce prawniczej mogą dawać alternatywne treści ustaw, a w konsekwencji alternatywne rozstrzygnięcia sądowe<sup>42</sup>, stąd rozwiązanie tego sporu decyduje o tym, czy dany kraj „pozostanie demokracją, czy jest lub stanie się arystokratyczno-oligarchicznym państwem sędziów”<sup>43</sup>. Z drugiej strony natomiast podważa się możliwość normatywnego uregulowania metody – określa się je jako „senne marzenie”, podobnie jak przekonanie o istnieniu prawniczej logiki<sup>44</sup>.

### 3.4. Co w razie zmiany konstytucji?

Nie zostało również wyjaśnione przez zwolenników „konstytucjonalizacji nauki o metodzie”, w jakim stosunku jej postanowienia pozostają do ewentualnej zmiany konstytucji. Przyjęcie nowej ustawy zasadniczej oznacza zwykle odrzucenie „starego” porządku wartości oraz zakreślenie na nowo aksjologii konstytucyjnej, jak i samej idei państwa, przekładających się nie tylko na jego formę i podział kompetencji, ale również pośrednio na cały porządek prawny<sup>45</sup>. Zmiana podstawowych wartości wymusza w dalszej kolejności zmianę „świadomości prawnej” stosujących prawo, a w konsekwencji może prowadzić do opracowania całkiem

---

<sup>41</sup> Por. B. Rüthers, Ch. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Monachium 2016, s. 430–431; por. także B. Rüthers, *Wer schafft Recht? Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen*, JZ 2003, nr 20, s. 997.

<sup>42</sup> „Jest tyle porządków prawnych, ile prawniczych metodologii” – A. Merkl, *Zum Interpretationsproblem* [w:] *Gesammelte Schriften*, red. D. Mayer-Maly, H. Schambeck, W.D. Grussmann, Berlin 1993, s. 76; zob. także W. Hassemer, *Juristische...*, s. 12.

<sup>43</sup> B. Rüthers, Ch. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie...*, s. 433.

<sup>44</sup> W. Hassemer, *Juristische...*, s. 3, 5 i n.

<sup>45</sup> B. Rüthers, *Zeitgeist...*, s. 135–136, 144.



nowej nauki o prawniczej metodzie lub modyfikacji jej znaczących fragmentów<sup>46</sup>, albo przynajmniej stosowania językowych i prawno-metodologicznych instrumentów, za pomocą których zmienia się znaczenie „starego” porządku prawnego w myśl nowych konstytucyjnych wartości i celów<sup>47</sup>. Krytyczne analizy praktyki i doktryny niemieckiej z czasów II wojny światowej wskazują, że do instrumentów tych należy przede wszystkim argument z idei lub istoty prawa (tzw. *Wesensbegriffe*) ustalonej w konstytucji przez nową większość polityczną<sup>48</sup> oraz powoływanie się na „obiektywno-teleologiczne kryteria” (co samo w sobie jest przedmiotem sporu między subiektywną [historyczną] wykładnią a wykładnią obiektywną, odwołującą się do „woli ustawy”<sup>49</sup>, a nie woli prawodawcy). Tego rodzaju pojęcia służą temu, aby obecny porządek prawny przyłączyć do pozaustawowego, kierowanego światopoglądem porządku wartości<sup>50</sup>, który jednak z natury rzeczy nie może być określony całościowo w normach prawnych, a przez to z łatwością może stać się niebezpiecznym narzędziem w rękach politycznie motywowanych prawników. Zauważa się również, że argumenty odwołujące się do „idei” bądź „istoty” prawa „wymykają się falsyfikacji”<sup>51</sup>, ponieważ kryteria takiej interpretacji i opartej na niej stosowania prawa istnieją jedynie w umyśle interpretatora, a w konsekwencji co do wyniku takiej „metody” można być innego zdania, ale nie można tego udowodnić<sup>52</sup>. Należy jednak podkreślić, że fakt

<sup>46</sup> Tamże, s. 143–144. Tak np. C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, JW 1934, s. 713 i n.; K. Larenz, *Deutsche Rechtsenerneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, s. 38 („Narodowy socjalizm potrzebuje w Niemczech nowej, specyficznie niemieckiej idei obowiązywania”).

<sup>47</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 260 i n.

<sup>48</sup> „Przepisy BGB wciąż co prawda istnieją, ale zawierają przez centralne idee zwycięskiego ruchu nowe wyznaczenie celów” (H. Stoll, *Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht*, DJZ 1933, s. 1229, 1231); „Jedność nowej świadomości prawnej rozpoznaje się w dwojakim działaniu. Powołuje ona nowe źródła prawa oraz tworzy nowe ideały prawne” (E. Wolf, *Die Rechtsideale des nationalsozialistischen Staates*, ARSP 1934–1935, nr 28, s. 348).

<sup>49</sup> „W XIX w. we Francji, Niemczech i Austrii nie istniało już związanie sędziego «wolą ustawy» przy jej wykładni i stosowaniu” (M. Schröder, *Gesetzesbindung...*, s. 27).

<sup>50</sup> B. Rüthers, *Zeitgeist...*, s. 145; por. także B. Rüthers, Ch. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie...*, s. 397.

<sup>51</sup> B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 274–275; co do problemu falsyfikacji zob. także W. Hassemer, *Juristische...*, s. 10–11.

<sup>52</sup> Por. D. Simon, *Vom Rechtsstaat in den Richterstaat?*, www.rechtswirklichkeit.de, 21.05.2017; B. Rüthers, *Methodenfragen...*, s. 277.

odwoływania się do idei czy istoty prawa nie oznacza jednak automatycznie powracania do najgorszych wzorców znanych historii. Współcześnie taką rolę pełnią również – powszechnie wykorzystywane, w szczególności w sądownictwie konstytucyjnym – argumenty odnoszące się do wartości, w szczególności tworzących „obiektywny porządek wartości konstytucyjnych”<sup>53</sup>, stosowane przez sądy konstytucyjne jako wzorzec kontroli, mimo że konstytucje wypowiadają się o wartościach jedynie symbolicznie<sup>54</sup>. Mając jednak na uwadze, że takie uzasadnienie decyzji sędziowskich co prawda nadaje jej dodatkowego, etycznego lub moralnego, wymiaru, niemniej jednak z perspektywy metodologii nie może być decydującym argumentem dla poszczególnych rozstrzygnięć.

#### 4. Podsumowanie

Z faktu braku wyrażenia wprost normatywnych wytycznych co do prawniczej metody nie można automatycznie wysuwać wniosku, że system prawny pozostawia wybór metody wykładni i stosowania prawa całkowitej swobodzie<sup>55</sup>. Niewątpliwą zaletą „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” jest dostrzeżenie i pokazanie związku między metodologią a postanowieniami ustawy zasadniczej, w szczególności podkreślenie jej uzależnienia od fundamentalnych postanowień współczesnych konstytucji, takich jak zasada związania sędziów ustawą oraz zasada funkcjonalnego podziału władz państwowych. W dalszej perspektywie koncepcja ta mogłaby ze względu na swoją specyfikę stanowić płaszczyznę dyskusji między teoretykami a dogmatykami zajmującymi się prawem konstytucyjnym, a także dawać nowy punkt wyjścia do oceny konkurujących ze sobą koncepcji<sup>56</sup> oraz współkształtować intuicję co do tego, jak powinna wyglądać współczesna, post-pozytywistyczna metoda. Nie ulega jednak wątpliwości, że formułowane przez zwolenników „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” postulaty mają bardzo ogólny, czy też wręcz uniwersalny,

<sup>53</sup> Pierwszy raz w wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1958 r., 1 BvR 400/51 (BVerfGE 7, 198).

<sup>54</sup> D. Simon, *Vom Rechtsstaat...*

<sup>55</sup> B. Rüthers, Ch. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie...*, s. 428.

<sup>56</sup> R.P. Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht*, Tübingen 2007, s. 320.

charakter, co rodzi pytanie o ich związek z konkretnymi postanowieniami konstytucji. Niemniej jednak w moim przekonaniu nie można odmówić „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” pozytywnego wpływu na naukę prawa, nawet jeśli miałby on ograniczać się do wznowienia dyskusji nad prawniczą metodą i poszukiwania doskonalszych rozwiązań, które zbliżyłyby do siebie i w pełni wykorzystaly dorobek dogmatyków, teoretyków i filozofów prawa.

### Streszczenie

O ile zagadnienie konstytucjonalizacji systemu prawnego nie jest już kwestią sporną, to wciąż rzadko analizowanym zagadnieniem jest wpływ konstytucji na samą naukę o prawniczej metodzie. Pod pojęciem „konstytucjonalizacji nauki o metodzie” rozumie się przekonanie, że również metodologia powinna być konkretyzacją prawa konstytucyjnego, ponieważ zawiera ono pewne (ogólne) wskazania co do metod stosowania prawa, w konsekwencji czego metodologia prawnicza została współcześnie „postawiona – zamiast na hermeneutycznej głowie – na konstytucyjnoprawnych stopach”. Ponieważ koncepcja konstytucjonalizacji nauki o metodzie jest ideą stosunkowo nową, to nie doczekała się ona dotąd kompleksowego opracowania. Jej podstawowe założenia można jednak zrekonstruować w oparciu o literaturę dotyczącą innych istotnych zagadnień dyskutowanych w literaturze niemieckiej, w szczególności problemu „kryzysu” prawniczej metodologii po II wojnie światowej oraz rozumienia zasady związania sędziego ustawą.

**Słowa kluczowe:** wykładnia prawa, wykładnia konstytucji, aksjologia konstytucji, sądownictwo konstytucyjne, metodologia prawnicza

## The Constitutionalization of Legal Methodology

### Summary

While the issue of the constitutionalization of the legal system is no longer a matter of dispute, it is still rarely discussed what is the impact of the constitution on the legal methodology. The concept of “constitutionalization of the methodology” is understood as a belief that also the methodology should be a concretization of constitutional law, because it contains some (general) indications as to how to apply the law; consequently, the methodology of the law has been nowadays „put on – instead of the hermeneutic head – on the constitutional legs”. Since the concept of constitutionalization of methodology is a relatively new idea, it has not yet been comprehensively developed. Its basic assumptions, however, can be reconstructed on the basis of literature on other important issues discussed in the German literature, in particular the problem of the legal “crisis” of the methodology after the World War II.

**Keywords:** legal interpretation, constitutional interpretation, constitutional axiology, constitutional judiciary, legal methodology

**Magdalena Latacz,**

Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration,  
ul. Gołębia 24, 31-007 Warszawa, Poland,  
e-mail: [magdalenalatacz@gmail.com](mailto:magdalenalatacz@gmail.com).

## POJĘCIE ROZUMOWANIA PRAWNICZEGO I JEGO SPECYFIKA W ŚWIETLE KONCEPCJI ROZUMOWANIA NA GRUNCIE FILOZOFII, LOGIKI ORAZ RETORYKI

### 1. Wprowadzenie

„Pracujmy nie rozumując, (...) to jedyny sposób, aby życie uczynić znośnym”<sup>1</sup> – ironizuje Wolter, wkładając te słowa w usta Marcina podczas jego dialogu z Panglossem w ostatnim rozdziale „Kandyda”. Sformułowany w ten sposób postulat nierozumowania brzmi jednak całkowicie niedorzecznie. W rzeczywistości, inaczej niż chciałby jeden z bohaterów tej oświeceniowej powieści filozoficznej, nie można w ogóle nie rozumować. Przeciwnie, rozumowanie jest czymś, co towarzyszy nam nieustannie – dość powiedzieć, że każdego dnia przeprowadzamy setki różnych rozumowań<sup>2</sup>.

Równocześnie samo pojęcie *rozumowania* nastrocza wielu trudności terminologicznych. Przede wszystkim posiada ono szeroki zakres denotacyjny, ponieważ oznacza zarówno samą czynność umysłu jak również towarzyszący jej rezultat<sup>3</sup>. I tak Tadeusz Kotarbiński odróżnia trzy podstawowe znaczenia słowa *rozumowanie* na gruncie języka polskiego:

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: sopinskimichal@gmail.com.

<sup>1</sup> Wolter, *Kandyd, czyli Optymizm*, przeł. T. Boy-Żeleński, Warszawa 1997, s. 110.

<sup>2</sup> O. Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*, Warszawa 2007, s. 224.

<sup>3</sup> Zauważa to chociażby Chaim Perelman, pisząc: „Słowo «rozumowanie» oznacza jednocześnie czynność umysłu i jej rezultat. Aktywność umysłowa osoby rozumującej może być przedmiotem badań psychologicznych, fizjologicznych, społecznych i kulturowych. Pozwalają one wykryć zamiary i pobudki tej osoby oraz wszelkie działające na nią wpływy. Umożliwiają to poznanie badanego zjawiska w kontekście. Lecz rozumowanie jako rezultat czynności intelektualnej można badać w oderwaniu od warunków, w których ono przebiega: zwraca się wówczas uwagę na sposób, w jaki zostało sformułowane, na charakter przesłanek i wniosków oraz prawidłowość związku, który je łączy, na budowę rozumowania i jego zgodność z pewnymi uprzednio uznanymi regułami lub schematami: takie badanie prowadzi dyscyplina tradycyjnie nazywana logiką”. Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 29.

w znaczeniu najszerszym *rozumowaniem* oznacza się wszelką pracę umysłową, jakąkolwiek czynność umysłu przeciwstawną względem pracy fizycznej; w węższym zaś sensie – narzuconym przez racjonalistów w ich sporze przeciwko empirykom – pojęciem *rozumowania* określa się wszystkie czynności umysłowe za wyjątkiem obserwacji, która przynależy do sfery *doświadczenia* inie ma charakteru rozumowego; wreszcie – w ujęciu najwęższym – *rozumowanie* odbierane jest w znaczeniu *stricte* logicznym, to jest jako przechodzenie od jednych sądów do drugich<sup>4</sup>.

Ponadto pojęcie *rozumowania* może występować nie tylko samoistnie, ale również jako pierwsza część zestawienia składającego się z dwóch członów semantycznych, lecz łącznie tworzącego spójną całość znaczeniową. Najlepszym przykładem byłoby tu pojęcie *rozumowania prawniczego*, albowiem posiada ono – pomimo wielowiekowego zakorzenienia w tradycji epistemologicznej oraz logicznej – swoiste znaczenie wypracowane na przestrzeni rozwoju nauk prawnych, w tym filozofii i teorii prawa<sup>5</sup>.

Naszkiecowane powyżej uwagi obligują – w myśl rzymskiej zasady *ab ovo ad mala* – do przeprowadzenia w pierw wywodu przybliżającego problematykę rozumowania, a następnie przejście do właściwego celu pracy, jakim jest omówienie pojęcia rozumowania prawniczego oraz wielości rozumowań i metod prawniczych we współczesnej teorii prawa.

## 2. Pojęcie rozumowania w tradycji filozoficznej

Podstawowym kontekstem dla nakreślenia problematyki ludzkiego rozumowania w europejskiej tradycji filozoficznej jest pojęcie rozumu. Nie jest zatem możliwe prowadzenie dalszych rozważań dotyczących rozumowania bez kilku uwag z zakresu epistemologii: rozum poprzedza bowiem rozumowanie<sup>6</sup>. Równocześnie jednak prezentacja zagadnień

<sup>4</sup> T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, Warszawa 1986, s. 212.

<sup>5</sup> Wedle przywoływanych przez Chaima Perelmana słów E.H. Levi'ego: „rozumowanie prawnicze ma logikę swoistą. Jego struktura przystosowuje się do wyjaśniania wieloznaczności i do nieustannego sprawdzania, w jakim stopniu społeczeństwo zdołało przyswoić sobie nowe zróżnicowania i podobieństwa”. Ch. Perelman, *Logika...*, s. 34.

<sup>6</sup> O. Nawrot przywołuje tu przykład Kartezjusza, który „do tego stopnia połączył myślenie z istotą człowieka, że mógł nawet pomyśleć «Myślę, więc jestem»”. Zob. O. Nawrot, *Wprowadzenie...*, s. 224.

związanych z pojęciem rozumu nie będzie miała charakteru wyczerpującego, a jedynie przekrojowy, związany z podstawowym zamiarem, jakim jest przedstawienie pojęcia oraz specyfiki ludzkiego rozumowania.

W systemie filozoficznym Arystotelesa człowiek stanowi istotę ożywioną, mającą zdolność mówienia, a także tworzenia sądów i pojęć. To właśnie władza poznawcza pozwala Stagiryście uznać człowieka nie za *animal*, lecz za *animal rationale* – istotę, która posiada zdolność rozumu, umożliwiającą zrozumienie świata poprzez rzeczywiste poznanie idei określających istotę rzeczy<sup>7</sup>. Arystoteles wyróżnia dwie postaci władzy poznawczej, z której jedną nazywa intelektem, drugą zaś rozumem. Wedle Stagiryty czynności intelektu określa się myśleniem, zaś czynności rozumu nazywa się rozumowaniem<sup>8</sup>. Myśleć znaczy tyle, co pojmować pewną prawdę umysłową, natomiast rozumować to – oparłszy się na dotychczasowym poznaniu w ramach intelektu – przechodzić z jednego poznania do drugiego celem otrzymania jakiejś prawdy umysłowej<sup>9</sup>. Wiedza rozumowa stanowi zatem cel procesu rozumowania, podczas gdy wiedza zmysłowa jest jego podstawą. Tym samym, w systemie Arystotelesa połączone zostają racje racjonalizmu i sensualizmu, albowiem zarówno zmysły, jak i rozum odgrywają swoistą rolę w procesie poznania.

Wyszedłszy od rozważań dotyczących istoty poznania umysłowego, Arystoteles przechodzi do kwestii właściwego posługiwania się pojęciami, tworząc zręby logiki rozumianej jako nauka o zasadach myślenia. W filozofii Arystotelesa każdy byt jest bowiem rozumiany jako pewne pojęcie, którego podstawą jest definicja. Wzajemnie powiązane pojęcia tworzą zaś sądy, czyli inaczej prawdziwe bądź fałszywe wypowiedzi. Szereg takich sądów może następnie, w oparciu o pewne określone reguły na podstawie których przeprowadza się dowodzenie, składać się we wnioskowanie, którego najprostszym przykładem jest sylogizm (gr.

---

<sup>7</sup> E. Morawiec, *Wybrane filozoficzne koncepcje rozumu ludzkiego i racjonalność*, Warszawa 2014, s. 30.

<sup>8</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 1, Warszawa 2007, s. 120.

<sup>9</sup> „Wedle Arystotelesa rozum nie tworzy zasad czy idei, ale odkrywa zasady przez penetrację rzeczywistości dostarczonej w fazie poznania intelektualnego. Odkrywa je za pomocą dedukcji lub indukcji, operacji zwanych rozumem, który potrafi dedukować i indukować prawdy nieznanne na podstawie znanych wcześniej?”. E. Morawiec, *Wybrane...*, s. 31.



*sylogismos*– wnioskowanie) składający się z dwóch przesłanek, czyli zdań, których prawdziwość jest oczywista, oraz wynikającej z nich konkluzji<sup>10</sup>.

Współczesna problematyka dotycząca rozumowań zawdzięcza Arystotelesowi także inny fundamentalny podział, wedle którego istnieją rozumowania analityczne, opierające się na związkach wynikania logicznego oraz rozumowania dialektyczne, które nie muszą spełniać kryteriów poprawności formalnej; ponadto, podczas gdy zadaniem rozumowań analitycznych jest wykazanie prawdziwości określonego sądu, tak rozumowania dialektyczne służą jedynie do przekonania kogoś o słuszności przyjęcia określonego stanowiska, przedstawiając pewne argumenty na jego rzecz, przy czym – jak zauważa Oktawian Nawrot – „waga tych argumentów może być różna i zależeć od tego, do kogo są skierowane”<sup>11</sup>.

Ukształtowany przez Arystotelesa zespół poglądów dotyczących rozumu ludzkiego oraz metod rozumowania na trwałe wszedł w kanon europejskiej tradycji filozoficznej. Do takiego stanu rzeczy przyczyniła się też między innymi średniowieczna chrystianizacja klasyków starożytności, dzięki której przetrwali oni w intelektualnym obiegu idei pomimo upadku cywilizacji antycznej. W średniowieczu arystotelikiem był św. Tomasz, który nie tylko przyczynił się do rozpowszechnienia myśli Arystotelesa w europejskiej kulturze i filozofii, ale też zaczerpnął od Stagiryty swoje poglądy dotyczące rozumu ludzkiego. Z kolei w przypadku filozofii nowożytnej, istotne wydaje się także syntetyczne omówienie wpływu wybranych tradycji myślenia – ze szczególnym uwzględnieniem racjonalizmu pozostającego w opozycji względem empiryzmu – na rozwój problematyki rozumu ludzkiego oraz metod rozumowania.

Filozofia XVII wieku została zdominowana przez racjonalizm wypływający przede wszystkim z myślenia kategoriami matematyki.

<sup>10</sup> Sylogistyczny model rozumowania Arystotelesa – w oparciu o słynny przykład z Sokratesem – zwięźle opisuje W. Tatkiewicz: „Sąd «Sokrates jest człowiekiem» podporządkowuje pojęcie Sokratesa pojęciu człowieka, a sąd «człowiek jest śmiertelny» podporządkowuje pojęcie człowieka ogólniejszemu jeszcze pojęciu istoty śmiertelnej. Stosunek subsumpcji jest przechodni: jeśli śmiertelność cechuje człowieka, to cechuje Sokratesa, który jest człowiekiem. Na tym opiera się wnioskowanie, a także dowód, który nie jest niczym innym jak wnioskowaniem z prawdziwych sądów. Prosta jego formą zwaną sylogizmem – jest wnioskowanie z dwu sądów mających jedno wspólne pojęcie”. W. Tatkiewicz, *Historia...*, t.1, s. 120.

<sup>11</sup> O. Nawrot, *W co grają prawnicy? Logika prawnicza i jej filozofia*, GSP 2007, t. XVIII, s. 205.



W ujęciu epistemologicznym rozpowszechniał się światopogląd oparty na stwierdzeniu, iż „rozum zawiera w sobie zasoby wiedzy, że sam intuicją czy dedukcją znajduje najważniejsze prawdy”<sup>12</sup>. Widać to w systemie Kartezjusza, dla którego najważniejszym, a przy tym jedynym źródłem poznania jest rozum. Stanowi on przy tym miarę ludzkiego poznania, ponieważ tylko to, co zostanie przez niego uznane, jest pewne. Wedle francuskiego filozofa ludzkie zmysły nie mogą się więc równać z rozumem, albowiem nie stanowią one ani początku poznania, ani też nie wskazują człowiekowi pewnej określonej prawdy. Tym samym zmysły mają jedynie znaczenie praktyczne: służą do uświadamiania sobie przez rozum idei wrodzonych<sup>13</sup>.

W racjonalizmie Kartezjusza wyróżnia się dwa akty czystego rozumu: intuicję intelektualną oraz dedukcję, będącą jednak rozumowaniem odmiennym od arystotelesowskiego modelu opartego na myśleniu sylogistycznym<sup>14</sup>. Równocześnie jednak to poznanie intuicyjne odgrywa większą rolę w poznaniu, albowiem to ono jest bezpośrednim doświadczaniem tego, co jasne i wyraźne w przedstawianiu idei<sup>15</sup>. Rozumowanie dedukcyjne to operacja polegająca – jak pisze Edmund Morawiec – na „myślowym przechodzeniu od bezpośrednio danych oczywistych do mniej lub bardziej odległych konkluzji, przy czym zarówno poszczególne człony – elementy dedukcyjnego ciągu, jak i relacje zachodzące między nimi ujmowane są w aktach intuicji intelektualnej. Dedukcja staje się dłuższym lub krótszym ciągiem aktów intuicji intelektualnej”<sup>16</sup>. Tym samym, efekty rozumowania uzależnione są wedle Kartezjusza od stopnia, w jakim człowiek robi użytek z rozumu, którego działanie oparte powinno być na metodzie analitycznej wzorowanej na analizie matematycznej.

Najważniejszym filozofem, który podkreśla celowość zdobycia umiejętności rozpoznawania poprawnych rozumowań za pomocą narzędzi

---

<sup>12</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 2, Warszawa 2007, s. 108.

<sup>13</sup> Tamże, s. 58.

<sup>14</sup> E. Morawiec, *Wybrane...*, s. 61.

<sup>15</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia...*, t. 2, s. 58.

<sup>16</sup> E. Morawiec, *Wybrane...*, s. 63–64.

formalnych, jest Gottfried Wilhelm Leibniz<sup>17</sup>. Jego wkład w problematykę rozumu ludzkiego polega między innymi na podkreśleniu wartości logiki w dziedzinie epistemologii – a już zwłaszcza myślenia sylogistycznego. Stwierdza on wręcz, że „wynalazek sylogizmu jest jednym z najpiękniejszych i najważniejszych wynalazków umysłu ludzkiego i jest to rodzaj matematyki, której doniosłość nie jest dosyć znana. A można powiedzieć, że zawiera sztukę nieomyłności, o ile tylko umiemy i możemy się nią posługiwać”<sup>18</sup>.

Podstawą filozofii Leibniza są monady, będące najmniejszymi i niepodzielnymi cząstkami bytu, których natura jest duchowa i myśląca. Z nich zaś najwyższy stopień zajmują wedle niemieckiego filozofa monady ludzkie, albowiem są one obdarzone nie tylko zmysłami, ale także umysłem zdolnym do logicznego rozumowania. Przy czym, jak twierdzi Leibniz, rozumowania ludzkie opierają się na zasadzie tożsamości oraz na zasadzie sprzeczności. To z nich Leibniz wywodzi prawdy rozumowe i nie wykorzystuje przy tym żadnych przesłanek intuicyjnych.

Podczas gdy filozofia wieku XVII oparta była na racjonalizmie, tak następujący po niej czas Oświecenia zwracał się raczej ku empiryzmowi w wyjaśnieniu natury rozumu ludzkiego. Równocześnie pierwsze próby wyjaśnienia sposobu gromadzenia wiedzy poprzez doświadczenie empiryczne zostały podjęte już wcześniej przez Francisca Bacona w dziele *Novum Organum*<sup>19</sup>. Jak zauważa Tomasz Pietrzykowski, celem angielskiego filozofa było przeciwstawienie – wywodzącym się z tradycji arystotelesko-scholastycznej – wnioskowaniom sylogistycznym, metody empirycznej opartej o rzetelne rozumowanie indukcyjne<sup>20</sup>. Zdaniem Bacona oparte o doświadczenie rozumowanie indukcyjne musi jednak wystrzegać się błędów poznawczych zwanych idolami, gdyż tylko wtedy może ono być użytecznym dla nauki narzędziem poznawczym<sup>21</sup>. Postulat budowania

<sup>17</sup> O. Nawrot, *W co grają...*, s. 205.

<sup>18</sup> G.W. Leibniz, *Nowe rozważania dotyczące rozumu ludzkiego*, przeł. I. Dąbska, Warszawa 1955, IV 17.

<sup>19</sup> Zob. F. Bacon, *Novum Organum*, przeł. J. Wikarjak, Warszawa 1955.

<sup>20</sup> Zob. T. Pietrzykowski, *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawnoznawstwa*, Warszawa 2017, s. 7.

<sup>21</sup> „Idole i fałszywe pojęcia, które opanowały już rozum ludzki i głęboko w nim zapuściły korzenie, nie tylko w ten sposób osaczają umysły ludzi, że prawda z trudem tylko znajduje do nich dostęp,

wiedzy w oparciu o poznawanie faktów Bacon uzasadnia stwierdzeniem, zgodnie z którym: „Rozumowi ludzkiemu nie trzeba dodawać skrzydeł, lecz raczej ołowiu i ciężarów”<sup>22</sup>. Człowiek przejawia bowiem nadmierne tendencje do budowania zbyt odległych od rzeczywistości konstrukcji intelektualnych<sup>23</sup>. I tak koncepcja Bacona doprowadziła do rozwoju metod naukowych opartych o empirycznie weryfikowalne wyjaśnienia zjawisk zachodzących w świecie, z których to korzystał chociażby Isaac Newton, tworząc swoje największe dzieła dotyczące ruchu i grawitacji<sup>24</sup>.

Również według innych przedstawicieli szkoły empirycznej, rozum nie mógł być źródłem wiedzy, a jedynie jej miarą, albowiem wszelkie wyobrażenia docierają do ludzkiej świadomości przez doświadczenie. Założenie to można zauważyć choćby w filozofii Davida Hume’a, który sformułował oryginalną koncepcję epistemologii opartej na poznaniu empirycznym. Wedle szkockiego filozofa istnieje podział na stosunki między ideami, którymi to zajmuje się matematyka oraz na fakty, o których nie można już twierdzić z taką samą pewnością, albowiem nie można w ich przypadku posługiwać się dedukcją, a jedynie odwołać się do doświadczenia.

Tym samym powstaje problem odnoszący się do wartości twierdzenia dotyczącego faktów, które nie zostały stwierdzone na podstawie doświadczenia, a więc wykraczają poza obserwację zmysłową. W systemie filozoficznym Hume’a – jak pisze Władysław Tatarkiewicz – „czyste doświadczenie informuje o stałym następstwie faktów; ale nie poucza, że jeden fakt wynika z drugiego”<sup>25</sup>. A zatem doświadczenie nie może ustalać związków przyczynowych, albowiem nie ma ku temu żadnej podstawy, zaś może ono jedynie określać pewne stałe następstwa faktów. Nie zmienia to jednak faktu, że człowiek uznaje istnienie związków przyczynowych,

---

lecz nawet po otwarciu i uzyskaniu dostępu, przy samej odnowie nauk znowu stawać będą na drodze i przeszkadzać, jeśli ludzie, z góry ostrzeżeni, w miarę swych możliwości przed nimi się nie zabezpieczą”, F. Bacon, *Novum...*, s. 64.

<sup>22</sup> Tamże, s. 132.

<sup>23</sup> Por. T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 7.

<sup>24</sup> Tamże, s. 8.

<sup>25</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia...*, t. 2, s. 127.

gdz się opiera się na zebranych wcześniej doświadczeniach, które przenosi na przyszłość<sup>26</sup>.

Narosły na gruncie nowożytnej epistemologii spór pomiędzy empiryzmem prezentowanym między innymi przez Bacona, Newtona, czy Hume'a – szukającym poznania w zmysłach, a zarysowanym wcześniej racjonalizmem Kartezjusza i Leibniza – głoszącym pogląd, iż wszelkie poznanie ma źródło w rozumie, został rozwiązany dopiero w „Krytyce czystego rozumu” przez Immanuela Kanta<sup>27</sup>. Wedle niemieckiego filozofa z Królewca, człowiek zawdzięcza poznanie zarówno zmysłom, jak i rozumowi, albowiem rozpoczyna się ono podczas zmysłowego kontaktu ze światem, a następnie przechodzi do rozumowego uogólnienia danych empirycznych. Tym samym Kant połączył racjonalizm z empiryzmem, tworząc syntezę tych dwóch przeciwnych sobie stanowisk filozoficznych. Zdaniem Kanta istnieją trzy czynniki, które całościowo tłumaczą poznanie, a należy do nich zmysłowość pozwalająca na kontakt poznającego podmiotu z przedmiotem zewnętrznym, intelekt będący samodzielną władzą tworzenia pojęć oraz rozum, który – rozumiany jako władza dedukowania – jest konieczny do eksplikacji wyższych stopni poznania<sup>28</sup>.

Propozycja Immanuela Kanta nie zakończyła jednak całkowicie sporu na linii racjonalizm-empiryzm. W XIX wieku ten ostatni odrodził się w filozofii Johna Stuarta Milla, stojącego na stanowisku zarówno empiryzmu epistemologicznego, czyli wychodzącego z założenia, iż poznanie może odbywać się jedynie na drodze doświadczenia, ale także empiryzmu metodologicznego, zgodnie z którym należy odrzucić wszystkie nieempiryczne metody poznania na gruncie nauki<sup>29</sup>. Zamierzając tym samym wyprowadzić wiedzę jedynie z doświadczenia, John Stuart Mill odrzucił metodę dedukcyjną w uzasadnianiu twierdzeń ogólnych, skupiając się na udoskonalaniu – opartej o pięć podstawowych kanonów – metody indukcyjnej, która jednoznacznie miałaby prowadzić od tego, co partykularne do tego, co uniwersalne.

---

<sup>26</sup> Tamże, s. 128.

<sup>27</sup> Zob. I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, przeł. S. Ingarden, Warszawa 2001.

<sup>28</sup> E. Morawiec, *Wybrane...*, s. 107–108.

<sup>29</sup> Zob. J.S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej*, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962.

Ponadto – w odróżnieniu od swoich poprzedników – angielski filozof odrzuca również możliwość posługiwania się sylogizmem w dowodzeniu, gdyż stanowi on w jego ujęciu błędne koło, w ramach którego przyjmuje się przesłankę nie na podstawie stwierdzenia, lecz na podstawie indukcji bądź analogii. Równocześnie jednak – jak zauważa Władysław Tatarkiewicz – John Stuart Mill był tym, który wywiódł, że indukcja i dedukcja, choć przeciwstawiają się sobie, to jednak w rzeczywistości współdziałają ze sobą<sup>30</sup>.

Należy przy tym zauważyć, iż podejście Milla wpisywało się w nurt XIX-wiecznego pozytywizmu poznawczego, który w Europie kontynentalnej wiele zawdzięczał Augustowi Comte'owi<sup>31</sup>. Sformułowana przez francuskiego filozofa klasyczna wersja pozytywizmu naukowego zakładała bowiem odrzucenie tradycyjnej filozofii opartej o metafizyczne presumpcje oraz aksjomaty i zastąpienie jej wiedzą empiryczną, czyli wiedzą zbudowaną dzięki obserwacji faktów i zauważaniu pomiędzy nimi relacji przyczynno-skutkowych<sup>32</sup>.

Także w XX wieku pogląd pozytywistyczny miał wielu zwolenników chociażby w kręgach Koła Wiedeńskiego, które opiera swoją doktrynę na wczesnej filozofii Ludwiga Wittgensteina<sup>33</sup>. Austriacki filozof w swoim *Traktacie Logiczno-Filozoficznym* uznaje świat za zbiór faktów, zaś rozumowe granice tego, co można sensownie powiedzieć ogranicza do tego, co da się zweryfikować jako empirycznie prawdziwe<sup>34</sup>. Ostatecznie odrzuca więc w *Traktacie* arystotelesowsko-scholastyczną tradycję myślenia, jednakże później sam rewiduje swoje poglądy, tworząc *Dociekania filozoficzne*. Oczywiście tak radykalne stanowisko Wittgensteina do dziś jest dyskutowane we współczesnej nauce, pomimo tego, iż niejako zamyka ono debatę na temat pojęcia rozumowania na gruncie filozofii, zmuszając wszystkich jej uczestników do milczenia.

---

<sup>30</sup> W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 3, Warszawa 2007, s. 35.

<sup>31</sup> Por. B. Skarga, *Comte*, Warszawa 1977.

<sup>32</sup> J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, Warszawa 2002, s. 247–249.

<sup>33</sup> T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 8.

<sup>34</sup> Zob. L. Wittgenstein, *Traktat logiczno-filozoficzny*, przeł. B. Wolniewicz, Warszawa 1997.

### 3. Pojęcie rozumowania we współczesnej logice

We współczesnej polskiej logice istnieje szereg klasyfikacji rozumowań. Wiąże się to między innymi z dziedzictwem tzw. szkoły lwowsko-warszawskiej, której jednym ze szczytowych osiągnięć na polu logiki formalnej są właśnie klasyfikacje rozumowań<sup>35</sup>. W literaturze przedmiotu mianem rozumowania określa się takie myślenie uzasadniające, za pomocą którego uznaje się, iż określone sądy mają pewne wartości logiczne (tworzą one tym samym przesłanki rozumowania), a następnie na ich podstawie dochodzi się do przeświadczenia o pewnych wartościach logicznych innych sądów (to jest wniosków rozumowania)<sup>36</sup>. Rozumowania stanowią zatem taką operację myślową, która – posługując się metodami logiki formalnej – sprawdza prawdziwość określonych zdań<sup>37</sup>. Dlatego też można je podzielić na rozumowania niezawodne, czyli takie w których wniosek wynika logicznie ze zbioru przesłanek oraz zawodne, które nie gwarantują bezwzględnej poprawności wniosku.

Równocześnie należy pamiętać o tym, że rozumowanie – poza bezpośrednim zastosowaniem w matematyce bądź logice formalnej – może również wychodzić poza treść wyrażoną wcześniej w przesłankach, jeżeli założy się, iż wniosek tego rozumowania może być nieprawdziwy; wówczas o ewentualnej wartości takiego rozumowania – pomimo bycia rozumowaniem niepoprawnym formalnie (zawodnym) – przesądza przestrzeganie przez niego reguł myślenia zawartych w takich związkach wynikania, w których racja nie będzie połączona z następstwem wynikania *stricto* logicznego<sup>38</sup>.

Wspomniane już powyżej pojęcie związku wynikania – rozumiane jako relacja sformułowana i oceniana pod względem prawdziwości przez człowieka – ma znaczący wpływ na samo rozumowanie, gdyż może ono być oparte o trafny bądź też błędny związek wynikania. Dlatego też

---

<sup>35</sup> Zob. m.in. J. Łukasiewicz, *O nauce* [w:] *Poradnik dla samouków. Wskazówki metodyczne dla studiujących poszczególne nauki*, t. 1, Warszawa 1915, s. XV–XXXIX; K. Ajdukiewicz, *Klasyfikacja rozumowań*, SL 1955, t. 2, s. 279–299; T. Czeżowski, *Klasyfikacja rozumowań*, SL 1955, t. II, s. 254–262.

<sup>36</sup> P. Łukowski, *Logika praktyczna z elementami wiedzy o manipulacji*, Warszawa 2012, s. 232.

<sup>37</sup> Zob. T. Kotarbiński, *Elementy...*, s. 212.

<sup>38</sup> P. Łukowski, *Logika...*, s. 235.

podstawowa orientacja w kwestii związków wynikania jest nieodzowna dla sprawnego rozumowania – niezależnie od tego czy stosuje się rozumowania zawodne czy też niezawodne. Trzeba jednak przy tym pamiętać, że związki wynikania są całkowicie niezależne od stosującego je człowieka, albowiem stanowią one konsekwencję przyjętych wcześniej pojęć i zasad<sup>39</sup>.

Podstawowym podziałem rozumowań stosowanym we współczesnej logice jest podział na rozumowania dedukcyjne (niezawodne) i redukcyjne (zawodne): pierwsze z nich przebiegają od racji do następstwa, natomiast drugie od następstwa do racji, którą wcześniej uznano za prawdziwą<sup>40</sup>. Do rozumowań dedukcyjnych zalicza się: wynikanie oraz wnioskowanie, natomiast do rozumowań redukcyjnych: sprawdzanie i tłumaczenie<sup>41</sup>.

Pierwsze z rozumowań dedukcyjnych – *wnioskowanie* (inaczej dobieranie następstwa do racji znanej skądinąd jako prawdziwa) polega na tym, że uznaje się prawdziwość jakiegoś zdania, aby następnie wyciągnąć z niego wnioski. Drugie z nich – *dowodzenie* oznacza dobieranie racji znanej skądinąd jako prawdziwa do danego nieznanego jeszcze faktu jako prawdziwe następstwa.

Z kolei, spośród rozumowań redukcyjnych, *sprawdzanie* to dobieranie następstwa znanego skądinąd jako prawdziwe do nieznanego jako prawdziwa racji, natomiast *tłumaczenie* to dobieranie racji do znanego skądinąd jako prawdziwe następstwa<sup>42</sup>. Tym samym *tłumaczenie* – pomimo tego, że tak często występuje w naukach przyrodniczych – ma zwykle charakter tylko jednego z możliwych do wyobrażenia wariantów, jeżeli chodzi o znalezienie przyczyny danego zdarzenia, gdyż właściwie mogłoby ono wystąpić z zupełnie innego powodu niż ten, który jest analizowany.

Pewnym szczególnym przypadkiem *tłumaczenia* – określanym jako tłumaczenie uogólniające – jest z kolei rozumowanie indukcyjne<sup>43</sup>. Indukcja

---

<sup>39</sup> Jak stwierdza P. Łukowski: „Często wartość wynikania (poza wynikaniem logicznym) zależy od kontekstu miejsca, osoby, czasu. Jakaś para zdań w jednym kontekście będzie tworzyła związek racja – następstwo, w innym zaś nie”. Tamże, s. 240.

<sup>40</sup> T. Kotarbiński, *Elementy...*, s. 213.

<sup>41</sup> P. Łukowski, *Logika...*, s. 241–248. Inaczej: T. Kotarbiński, *Elementy...*, s. 213.

<sup>42</sup> O. Nawrot, *Wprowadzenie...*, s. 242–243.

<sup>43</sup> P. Łukowski, *Logika...*, s. 251–252.



polega na tym, iż na podstawie prawdziwości zdań szczegółowych uznaje się prawdziwość zdania ogólnego<sup>44</sup>. Najważniejsza różnica pomiędzy indukcją a tłumaczeniem ma charakter ilościowy, albowiem rozumowanie indukcyjne przebiega nie na bazie jednej implikacji, lecz na podstawie całej ich klasy. W związku z tym rozumowanie indukcyjne może mieć charakter niezawodny. Wystarczy do tego fakt, ażeby klasa rozważanych w rozumowaniu implikacji wyczerpywała wszystkie możliwe przypadki.

Niezależnie od tego czy rozumowanie przybierze postać rozumowania niezawodnego czy też zawodnego, to w przypadku oparcia go na wątpliwym związku wynikania może ono ostatecznie doprowadzić do błędnego wniosku, albowiem pojęcie niezawodności stosuje się jedynie względem struktury, a nie treści rozumowania. Tym samym dopiero połączenie poprawności formalnej z poprawnością materialną rozumowania świadczy o prawdziwości wniosków z niego płynących<sup>45</sup>.

Pozostając przy ocenie poprawności rozumowań, należy przejść do założenia ich racjonalności, które stwierdza, iż racjonalne są wyłącznie przekonania powstałe na drodze poprawnego rozumowania. A ponieważ na gruncie logiki ocenia się jedynie racjonalność przekonań, które zostały zwerbalizowane, to warunkiem tego, by rozumowanie zostało uznane za racjonalne jest jego werbalizacja. Poszczególne ciągi takich zwerbalizowanych rozumowań tworzą argumentację, czyli złożoną wypowiedź, która ma na celu nakłonienie kogoś do przyjęcia danego przekonania. Równocześnie, należy jednak pamiętać, iż o skuteczności tak rozumianej argumentacji nie świadczy jedynie poprawność rozumowania, ale także inne czynniki, którymi nie zajmuje się już logika, lecz retoryka. Nie zmienia to jednak faktu, iż to właśnie rozumowania poprawne stanowią podstawę w prowadzeniu argumentacji, zaś wszelkie chwytły erystyczne nie należą do właściwej sztuki retorycznej.

---

<sup>44</sup> Według T. Kotarbińskiego często dokonuje się zbyt prostego przeciwstawienia dedukcji i indukcji: „Logika szkolna mianowicie, traktując o wnioskowaniu, wyróżnia w jego obrębie wnioskowanie dedukcyjne, czyli dedukcję, i wnioskowanie indukcyjne, czyli indukcję. Pierwsze charakteryzowane jest przy tym jako wnioskowanie od ogółu do szczegółu, drugie – odwrotnie – jako wnioskowanie od szczegółu do ogółu. Atoli takie przedstawianie rzeczy okazuje się wadliwe [z uwagi na szczegółowość logiki formalnej – M.S]”. T. Kotarbiński, *Elementy...*, s. 224.

<sup>45</sup> P. Łukowski, *Logika...*, s. 240–241.



#### 4. Pojęcie rozumowania w retoryce

Wedle Chaima Perelmana, wyodrębnienie w *Organonie* przez Arystotelesa rozumowania analitycznego oraz rozumowania dialektycznego stanowi punkt zwrotny w ogólnej refleksji nad rozumowaniami, albowiem pozwoliło ono rozpocząć systematyczną analizę zdań sformułowanych w konkretnym języku<sup>46</sup>. Tym samym uwagi Arystotelesa o rozumowaniach analitycznych pochodzące z *Analityk pierwszych i wtórych* przyniosły mu miano ojca logiki formalnej, choć – jak zauważa Chaim Perelman – „logikom współczesnym umknął z pola widzenia fakt – ponieważ nie dostrzegli jego wagi – że w *Topikach, Retoryce i O dowodach sofistycznych*, Arystoteles przestudiował rozumowania dialektyczne, co czyni zeń także ojca teorii argumentacji”<sup>47</sup>.

W przeciwieństwie do rozumowań analitycznych występujących w dowodach naukowych, badane przez Arystotelesa rozumowania dialektyczne znajdują zastosowanie we wszelkiego rodzaju sporach bądź rozważaniach. Przesłanki rozumowania dialektycznego są bowiem zbudowane z opinii powszechnie przyjętych, czyli przekonań, „które są uznawane albo przez wszystkich, albo przez wielu, albo przez filozofów, to znaczy przez wszystkich, przez większość, a wśród nich najbardziej wybitnych i sławnych”<sup>48</sup>.

Celem rozumowań dialektycznych jest perswazja i przekonywanie, albowiem, wychodząc od tego, co już jest zaakceptowane, służą one do skłaniania innych do akceptacji pewnych poglądów forsowanych za pomocą argumentów, które same w sobie mogą być jednak sporne: zarówno rozsądne jak też mało przekonywające<sup>49</sup>. Oznacza to więc, że rozumowania dialektyczne „nie są ani formalnie poprawnymi dedukcjami, ani indukcjami idącymi od szczegółu do ogółu, lecz są wszelkiego

---

<sup>46</sup> Ch. Perelman, *Logika...*, s. 29.

<sup>47</sup> Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, przeł. M. Chomicz, Warszawa 2004, s. 13.

<sup>48</sup> Arystoteles, *Topiki*, przeł. K. Leśniak[w:] *Dzieła wszystkie*, Arystoteles, t. 1, Warszawa 1990, s. 30–31.

<sup>49</sup> W ujęciu Arystotelesa retoryka, czyli argumentacja za pomocą rozumowania dialektycznego stanowi „umiejętność metodycznego odkrywania tego, co w odniesieniu do każdego przedmiotu może być przekonywające”. Arystoteles, *Retoryka. Retoryka dla Aleksandra. Poetyka*, przeł. H. Podbielski, Warszawa 2004, s. 47.

rodzaju argumentacjami, których celem jest skłonienie słuchaczy do uznania tezy, jakie przedstawia się im do akceptacji”<sup>50</sup>.

W rozumowaniu dialektycznym nie jest możliwe zarówno uznanie pewnych poglądów za oczywiste, ani też argumentacja przeciwko oczywistościom. Wynika to z tego, że oczywistości z uwagi na swój charakter w ogóle nie wymagają przekonywania do siebie. Użyteczność argumentacji pojawia się natomiast w przypadku braku oczywistości. Pierwszym przykładem jest więc dla Arystotelesa sytuacja, kiedy w wątpliwość poddawane są aksjomaty, pierwsze zasady danej nauki, które z uwagi na swoją prostotę zwykle przyjmuje się intuicyjnie. Drugim zaś polem odpowiednim do użycia rozumowań dialektycznych jest taka okoliczność, w ramach której nie można wyodrębnić pewnych prostych zasad. Jako przykład służą tutaj wedle Arystotelesa dyscypliny praktyczne. Zastosowanie argumentacji jest w nich konieczne, albowiem u samej podstawy polityki czy etyki leży ciągle dokonywanie wyboru, które wzbudza nieuchronne kontrowersje pomiędzy adwersarzami i zmusza do przyjęcia pewnych poglądów, punktu widzenia celem rozwiązania sporu<sup>51</sup>.

W systemie Arystotelesa należy także – jak wskazuje Chaim Perelman – odróżnić pojęcie retoryki, która odnosi się do technik używanych przez mówcę względem zbiorowości (niezdolnej do śledzenia ścisłego toku rozumowania) od analizowanej w *Topikach* dialektyki, dotyczącej argumentów podejmowanych w sporze z jednostką<sup>52</sup>. Dla Arystotelesa retoryka stanowi „umiejętność metodycznego odkrywania tego, co w odniesieniu do każdego przedmiotu może być przekonywające”. Dość bowiem powiedzieć, iż w świecie greckiego i rzymskiego antyku technika mowy perswazyjnej była niezbędna nie tylko w sztuce prowadzenia dyskusji, ale również poprzedzała podjęcie przemyślanej decyzji na jakikolwiek temat.

W *Retoryce* Arystotelesa wyodrębnione zostały trzy rodzaje mowy perswazyjnej: doradczy, sądowy i popisowy<sup>53</sup>. Stagiryta przeprowadza ten

<sup>50</sup> Ch. Perelman, *Imperium...*, s. 6.

<sup>51</sup> Wedle O. Nawrota: „cele [argumentacji] niewątpliwie wydają się zbieżne z celami pracy prawnika-praktyka”. O. Nawrot, *W co grają...*, s. 206.

<sup>52</sup> Ch. Perelman, *Imperium...*, s. 17.

<sup>53</sup> Wedle Arystotelesa: „tym, który rozstrzyga w sprawach przyszłości jest na przykład członek zgromadzenia, rozstrzygającym w sprawach dokonanych jest sędzia, o umiejętnościach mówcy rozstrzyga

podział wedle ról odgrywanych w praktyce ateńskiej przez mówcę oraz słuchacza. Celem mówcy w rodzaju doradczym jest zatem doradzenie bądź odradzenie konkretnego ruchu poprzez ocenę jego pożyteczności. W rodzaju sądowym rolą mówcy jest bądź oskarżenie bądź też obrona strony, prowadzona z punktu widzenia słuszności. Natomiast rodzaj popisowy służy mówcy do tego, aby pochwalić lub zganić kogoś, odnosząc się do jego szlachetnych albo niegodziwych pobudek. Wedle Chaima Perelmana, dwa pierwsze rodzaje wynikają z przeprowadzonych przez Arystotelesa obserwacji zgromadzeń politycznych, trzecia oparta jest zaś na długiej tradycji konkursów wymowy podczas igrzysk olimpijskich<sup>54</sup>. Tak rozumianej sztuce retoryki wielkie dzieła poświęcili także rzymscy następcy Arystotelesa, wśród których można wymienić chociażby Cyce-rona czy też Kwintyliana<sup>55</sup>.

Wraz z upadkiem cywilizacji starożytnej nastąpił zanik retoryki rozumianej jako sztuka perswazji. Wśród przyczyn takiego stanu rzeczy Chaim Perelman widzi najpierw śmierć rzymskich instytucji republikańskich, czego efektem było zniknięcie rodzaju doradczego oraz popisowego jako mów związanych ze szczególnie ważnymi elementami życia obywatelskiego, następnie wpływ Platona, który w swoich dziełach atakował mistrzów retoryki na równi z sofistami, zarzucając im oddalanie się od sokratejskiego umiłowania prawdy, a wreszcie błędną recepcję Arystotelesa pochodzącą z czasów Średniowiecza, w ramach której to „związki między retoryką a dialektyką, w takiej postaci, jaką nadal im Arystoteles (...) zostały dogłębnie zmodyfikowane przez Piotra Ramusa w niekorzystnym dla retoryki kierunku”<sup>56</sup>. Na wiele wieków odrzucono tym samym wówczas arystotelesowski podział na rozumowania analityczne oraz dialektyczne, zaś sformułowaną przez niego retorykę ograniczono jedynie do sztuki dobrego wysławiania. Niemniej jednak związki

---

natomiast krytyczny świadek. Muszą być zatem również trzy rodzaje mowy: rodzaj doradczy, sądowy i popisowy”. Arystoteles, *Retoryka*, przeł. H. Podbielski [w:] *Dzieła wszystkie*, Arystoteles, t. 6, Warszawa 2001, s. 1389–1391.

<sup>54</sup> Ch. Perelman, *Imperium...*, s. 32.

<sup>55</sup> Zob. m.in. Kwintylijan, *Kształcenie mówcy. Księgi I, II i X*, przeł. M. Brożek, Warszawa 2002.

<sup>56</sup> Ch. Perelman, *Imperium...*, s.11.

pomiędzy retoryką, dialektyką i filozofią są niezaprzeczone, zaś elementem łączącym je ze sobą jest problematyka rozumowania.

## 5. Właściwość i specyfika rozumowania prawniczego

Pojęcie rozumowania prawniczego (fr. *raisonnement juridique*; ang. *legal reasoning*) – w zależności od języka, w którym została sformułowana jego definicja – może przybierać różne postaci i dotyczyć rozmaitych aspektów kultury prawnej<sup>57</sup>. O rozumowaniach prawniczych można mówić zarówno w kontekście procesu tworzenia prawa, jak również w ramach stosowania prawa. Stąd też nad wyraz słuszną wydaje się konstatacja Włodzimierza Wróbla, wedle której osobom przywykłym do przejrzystości nauk empirycznych „rozumowania prawnicze mogą się wydawać czymś niezwykle ulotnym i nieweryfikowalnym, dziwnym i niekiedy dwuznacznym sporem prawników o słowa”<sup>58</sup>.

W praktyce stosowania prawa można zauważyć, iż rozumowaniom prawniczym towarzyszą ciągle spory dotyczące możliwości ich konkretnego zastosowania w danym przypadku. Rozdźwięki te pojawiają się zarówno w doktrynie, jak również w towarzyszącym jej orzecznictwie, zaś rozwiązywane są poprzez autorytatywną decyzję większości bądź też wyższej instancji. Wedle Chaima Perelmana „tym też różni się rozumowanie prawnicze od rozumowania spotykanego w filozofii i w naukach humanistycznych, gdzie przy braku zgody każdy pozostaje przy swych poglądach, gdyż nie ma sędziego upoważnionego do zakończenia sporów przez wydanie wyroku. Rozumowanie prawnicze ma prawie zawsze charakter sporny i dlatego w przeciwieństwie do czysto formalnego rozumowania dedukcyjnego tylko bardzo rzadko może być uznane za poprawne lub niepoprawne”<sup>59</sup>. Rozumowania prawnicze stanowią więc pewien szczególny rodzaj rozumowań, zaś ich swoistość najwyraźniej objawia się

---

<sup>57</sup> G. Samuel, *A Short Introduction to Judging and to Legal Reasoning*, Cheltenham 2016, s. 1–3; G. Timsit, *Raisonnement juridique* [w:] *Dictionnaire de la culture juridique*, red. D. Alland, S. Rials, Paryż 2003, s. 1290–1297.

<sup>58</sup> W. Wróbel, *Funkcje gwarancyjne rozumowań prawniczych w prawie karnym* [w:] *Rozumność rozumowań prawniczych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2008, s. 204.

<sup>59</sup> Ch. Perelman, *Logika...*, s. 35.

w przestrzeni sędziowskiej (podmiotu wydającego decyzję). Trudności przedstawia jednak próba ich całościowego zdefiniowania.

Pierwsze rozbieżności w pojmowaniu rozumowania prawniczego wynikają chociażby z dwóch odrębnych tradycji intelektualnych znajdujących się u źródeł współczesnego prawa; przyjmuje się, iż anglosaski system *common law* oparty jest na prawie precedensowym, podczas gdy najważniejszy filar prawa kontynentalnego stanowi spuścizna prawa rzymskiego wraz z ideą kodeksu oraz prawa stanowionego. I tak, jak filozoficzne uzasadnienie systemu *common law* stanowił przede wszystkim anglosaski empiryzm (m. in. Bacon, Hume, Mill), tak ogromny wpływ na prawo stanowione miał kontynentalny racjonalizm (m.in. Arystoteles, św. Tomasz, Kartezjusz, Leibniz). Ta odmienność stojąca u podstaw obu porządków prawnych została zauważona już w XIX wieku przez Maksa Webera, który na marginesie swojej teorii socjologicznej, zajmował się także badaniem rozumowań prawniczych pod kątem ich racjonalności.

Wedle Maksa Webera różnice pomiędzy anglosaskim a kontynentalnym systemem prawnym wynikają przede wszystkim z historycznie odmiennego modelu zdobywania wykształcenia prawniczego, który w Europie kontynentalnej oparty był o przymus uniwersytecki, doprowadzając tym samym do stopniowej kodyfikacji oraz systematyzacji norm prawa, w Anglii natomiast polegał na kształceniu prawników poprzez ciągły kontakt z poszczególnymi przypadkami, co pozwoliło zachować mu empiryczny oraz ściśle pragmatyczny charakter<sup>60</sup>. Z drugiej jednak strony – analizując podejście do rozumowań prawniczych – nie można także zapomnieć o postępującym zjawisku konwergencji kultur prawnych. Odmiennie przez wieki tradycje myślenia prawniczego w systemie *common law* oraz w systemie prawa kontynentalnego zaczęły wzajemnie się przenikać<sup>61</sup>.

Dlatego też pojęcie rozumowania prawniczego nie jest pojęciem jednoznacznym. Zawiera ono bowiem w sobie szereg rozmaitych tradycji

---

<sup>60</sup> G. Skapska, *Rozumność rozumowań prawniczych – ujęcie socjologiczne* [w:] *Rozumność...*, s. 73–74.

<sup>61</sup> Zob. m.in. E. Lętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP 2005, z. 4, s. 3–16; O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadlo (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012.

intelektualnych, w ramach których zostało ukształtowane. Równocześnie można jednak przy tym wyróżnić kilka podstawowych znaczeń, jakie zawsze niesie ono za sobą w dyskursie prawnym. I tak, w języku francuskim określenie *raisonnementjuridique* oznacza pewien schemat operacji rozumowych prowadzonych w celu zastosowania reguły prawnej w procesie stosowania prawa, odnosząc się jednak nie tylko do pojmowania i uzasadniania decyzji sędziowskiej, ale też do poziomu racjonalności oraz spójności całego systemu prawnego<sup>62</sup>.

Z kolei angielskim terminem *legal reasoning* określa się najczęściej ogół środków intelektualnych używanych przez sędziego w celu podjęcia decyzji, czyli rozstrzygnięcia powierzonej mu sprawy<sup>63</sup>. Tym samym – w krajach *common law* takich jak Anglia czy Stany Zjednoczone – rozumowanie prawnicze bywa nieraz utożsamiane z aktem sądenia (*judging*), gdyż stanowi ono pewien określony sposób działania sędziego podczas procesu podejmowania i uzasadniania konkretnej decyzji<sup>64</sup>. Ponadto stanowi ono przedmiot rozlicznych badań teoretycznych, czego efektem jest chociażby liczba studiów poświęconych pojęciu rozumowania prawniczego w angielskiej oraz amerykańskiej teorii i filozofii prawa<sup>65</sup>.

Zdaniem Evelyne Feteris – zarówno w metodologii nauk prawnych, jak również w praktyce sędziowskiej – wyróżnia się rozumowania

---

<sup>62</sup> G. Timsit, *Raisonnement...*, s. 1290.

<sup>63</sup> Zastosowanie pojęcia *legal reasoning* na gruncie sądowego stosowania prawa potwierdza także J. Dickson: „There are thus three things (...) which legal theorists could mean by legal reasoning: (a) reasoning to establish the existing content of the law on a given issue, (b) reasoning from the existing content of the law to the decision which a court should reach in a case involving that issue which comes before it, and (c) reasoning about the decision which a court should reach in a case, all things considered”. J. Dickson, *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning* [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret>, 30.10.2017.

<sup>64</sup> Nie oznacza to jednak, że w Anglii oraz Stanach Zjednoczonych rozumowanie prawnicze kończy się wyłącznie na ustaleniu, a następnie zastosowaniu reguły prawnej do konkretnego przypadku, przeciwnie – jak zauważa Tomasz Stawecki – zawiera się ono także w uprawnieniu sędziego do niezastosowania się do formalnie obowiązującej normy, a tym samym do podjęcia władczej decyzji na podstawie innej normy bądź też niepodjęcia decyzji w ogóle. Zob. T. Stawecki, *O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej* [w:] *Rozumność...*

<sup>65</sup> Dorobek anglosaskiej teorii i filozofii prawa szeroko przywołuje m.in. P. Wahlgren, *Legal Reasoning – A Jurisprudential Model*, SSL 2000, nr 40.

prawnicze jako pewne techniki określające stosowalność danej reguły prawnej w konkretnej interpretacji<sup>66</sup>. Ażeby uzasadnić wybór zastosowania lub niestosowania przepisu prawnego w konkretnym przypadku, sędzia może zastosować różne rodzaje rozumowania prawniczego. Tym samym poszczególne rodzaje rozumowania prawniczego stanowią w świecie anglosaskim konkretne przykłady użycia metod interpretacyjnych, które to sędzia może stosować w różnych kombinacjach, uzasadniając wydaną przez siebie decyzję. Czasem zaś poszczególne ujęcia rozumowania prawniczego przeistaczają się w wewnętrzną spójną teorię sędziowskiego uzasadniania decyzji. Przykładem takiej właśnie ogólnej teorii może być chociażby teoria rozumowania prawniczego Neila MacCormicka<sup>67</sup>.

Anglosaskie zainteresowanie problematyką rozumowań prawniczych nie ma jednak bezpośredniego przełożenia w polskiej refleksji nad prawem. Świadczy o tym chociażby nieobecność pojęcia rozumowania prawniczego w pracach takich teoretyków prawa jak Zygmunt Ziemiński, Sławomira Wronkowska, Jerzy Stelmach czy też Lech Morawski<sup>68</sup>. Natomiast, kiedy pojęcie rozumowania prawniczego pojawia się w literaturze przedmiotu, to najczęściej w bardzo wąskim ujęciu, podkreślającym jego formalne zastosowanie w dziedzinie logiki prawniczej<sup>69</sup>.

Wszystko to pozwala zgodzić się z ogólną diagnozą przedstawioną przez Tomasza Staweckiego. Stwierdza on, że „koncepcja «rozumowania prawniczego» jako samodzielnego, a jednocześnie całościowego przedmiotu badań jest stosunkowo rzadko analizowana w polskim prawoznawstwie”<sup>70</sup>. Nie oznacza to przy tym jednak, iż rozumowania prawnicze

---

<sup>66</sup> E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht 2017, s. 9.

<sup>67</sup> Zob. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005.

<sup>68</sup> Zob. m.in. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003; J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999.

<sup>69</sup> P. Łukowski, *Logika...*, s. 212–240.

<sup>70</sup> T. Stawecki, *O celowości...*, s. 39.



w ogóle w nim nie występują<sup>71</sup>. Po prostu najczęściej zawierają się one w opisie poszczególnych faz procesu stosowania prawa oraz w rozważaniach poświęconych wykładni prawa, logice i argumentacji prawniczej czy też teoriom dyskursu<sup>72</sup>.

Dlatego też, chcąc sformułować ogólne znaczenie przynależne pojęciu rozumowania prawniczego, należy odwołać się do prac Jerzego Wróblewskiego<sup>73</sup>. W zaproponowanym przez niego modelu teoretycznym, na rozumowanie prawnicze składają się te wszystkie czynności intelektualne, które stosuje się w celu podjęcia oraz uzasadnienia określonych decyzji prawnych. Oznacza to, iż rozumowanie prawnicze zawiera w sobie zarówno rozumowanie interpretacyjne polegające na ustaleniu normy prawnej na podstawie interpretowanych przepisów, jak również rozumowanie uzasadniające, które ma na celu uzasadnienie decyzji prawnych już podjętych<sup>74</sup>. Oba zaś typy rozumowania trzeba uznać za niezależne od siebie, gdyż ich poprawność należy mierzyć bądź to formalną wartością dyrektyw interpretacyjnych użytych w rozumowaniu bądź też przyjmując pewną określoną skalę wartościowania<sup>75</sup>. W przypadku oceny rozumowań interpretacyjnych chodzi o ich logiczną niesprzeczność, natomiast w przypadku rozumowań uzasadniających decyzje prawne wymagane jest także ustalenie takich wartości, które pozwoliłyby dokonać właściwych wyborów aksjologicznych<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> W książce J. Stelmacha pojęcie „rozumowania prawniczego” zostało zastąpione pojęciem „interpretacji prawniczej”: „interpretacja prawnicza oznacza złożony i wieloelementowy proces obejmujący nie tylko samą wykładnię tekstu prawnego, lecz również kompleks działań związanych z uzasadnianiem prawniczych decyzji interpretacyjnych oraz ich zastosowaniem”. J. Stelmach, *Współczesna...*, s. 17.

<sup>72</sup> T. Stawecki, *O celowości...*, s. 39.

<sup>73</sup> Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988; J. Wróblewski, *Rozumowania prawnicze w wykładni prawa*, SPE 1970, t. IV.

<sup>74</sup> T. Stawecki, *O celowości...*, s. 42.

<sup>75</sup> Zdaniem J. Wróblewskiego: „wydaje się, że rozumowania prawnicze występujące w procesie interpretacji są stosunkowo bardzo prostymi operacjami logicznymi. (...) I dla takich operacji posługiwanie się rozumowaniami nie wymaga żadnych specjalnie zawikłanych konstrukcji poza tymi, jakie daje język prawny oraz pojęciowy aparat prawniczy”, choć dla części rozumowań prawniczych trzeba „opracować odpowiednią skalę wartości, na których można by oprzeć potrzebne wybory”. J. Wróblewski, *Rozumowania...*, s. 20–22.

<sup>76</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 161.

Należy jednak pamiętać, iż Jerzy Wróblewski nie formułuje rozwiniętej koncepcji rozumowania prawniczego w typie anglosaskim, lecz pozostaje wierny dominującemu w polskiej literaturze pojęciu wykładni prawa („interpretacji”), względem którego rozumowanie ma jedynie akcesoryjny charakter<sup>77</sup>. Oznacza to więc, że w tradycji polskiego prawoznawstwa pojęcie rozumowania prawniczego – używane w procesie stosowania prawa – ma dość nieokreślony zakres znaczeniowy, gdyż może być odbierane zarówno *sensu stricto* (rozumowania prawnicze w wykładni prawa), jak również *sensu largo* (rozumowanie podmiotu podejmującego decyzję prawną)<sup>78</sup>.

## 6. Pluralizm metod i rozumowań prawniczych

Wedle Kazimierza Opalka „problemy rozumowań prawniczych stały się w tym stuleciu ważnym tematem teorii i filozofii prawa”<sup>79</sup>. Równocześnie rozważania dotyczące rozumowań prawniczych w teorii i filozofii prawa są nieodłącznie związane z poszczególnymi metodami prawniczymi wykorzystywanymi przez prawników w myśleniu o prawie<sup>80</sup>. Wynika to chociażby ze znaczenia językowego, jakie przypisuje się obu tym pojęciom w różnych kulturach prawnych. Opublikowana w języku polskim praca Bartosza Brożka oraz Jerzego Stelmacha nosi tytuł „Metody prawnicze”, natomiast w tłumaczeniu na język angielski występuje pod tytułem „Methods of legal reasoning”<sup>81</sup>. Tym samym wyraźnie

---

<sup>77</sup> J. Wróblewski, *Rozumowania*, s. 7–8.

<sup>78</sup> Wedle T. Staweckiego rozumowanie prawnicze ujęte w teorii J. Wróblewskiego jako rozumowanie podmiotu podejmującego decyzję prawną, np. sędziego, ma węższy zakres znaczeniowy niż pojęcie dyskursu prawnego, który wymaga procesu komunikacji, czyli udziału co najmniej drugiego uczestnika, niemniej jednak szerszy aniżeli pojęcie wykładni prawa, gdyż dotyczy także uzasadniania podejmowanych decyzji. Zob. T. Stawecki, *O celowości...*, s. 44.

<sup>79</sup> K. Opalek, *Teoria rozumowania prawniczego – między logiką i aksjologią* [w:] *Studia z teorii i filozofii prawa*, red. I. Gołowska, R. Sarkowicz, Kraków 1997, s. 63.

<sup>80</sup> Znaczenie swoistości rozumowań prawniczych w teorii prawa podkreśla również T. Giaro: „Nienowoczesne zagadnienie swoistości rozumowań stosowanych w prawoznawstwie (...) jest wciąż zaliczane do centralnych problemów filozofii prawa”. Zob. T. Giaro, *Racjonalność prawnicza jako sztuka kompromisu* [w:] *Rozumność...*, s. 207.

<sup>81</sup> Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004; J. Stelmach, B. Brożek, *Methods of legal reasoning*, Dordrecht 2006.

widać, iż w kulturze angloamerykańskiej zakres semantyczny pojęcia *legal reasoning* zdecydowanie wykracza poza wąsko rozumiane pojęcie *rozumowania prawniczego*, określając także określony sposób myślenia prawnika, czyli wybraną przez niego metodę prawniczą. Nie oznacza to oczywiście, iż należy postawić – na gruncie języka polskiego – znak równości pomiędzy tymi terminami, jednakże warto mieć świadomość, iż na przeprowadzenie rozumowania prawniczego bezpośrednio wpływa wcześniejszy wybór metody prawniczej.

W prawoznawstwie nie można jednak mówić o metodologicznej tożsamości, przeciwnie istnieje wiele metod zaczerpniętych zarówno z innych nauk, jak matematyka, filozofia, logika, biologia, językoznawstwo, jak też wypracowanych w obrębie samego prawa<sup>82</sup>. Zresztą – jak zauważa Tomasz Pietrzykowski – w przypadku prawoznawstwa należy raczej mówić o dwóch jego modelach, a zatem o nauce prawa oraz nauce o prawie, które to podlegają dalszym zróżnicowaniom zarówno w kontekście przedmiotu badań, jak również co do metod stosowanych do jego badania, aniżeli o spójnej dyscyplinie naukowej<sup>83</sup>. I tak określenie przedmiotu oraz metody prawoznawstwa wiąże się nieodłącznie z kształtowaniem metodologicznej charakterystyki nauk prawnych. Za początek tego procesu uznaje się najczęściej wiek XIX – w którym to powstała szkoła historyczna Friedricha Karla von Savigny'ego oraz nastąpił rozwój pozytywistycznej dogmatyki, której celem było usystematyzowanie prawa tak samo jak nauk przyrodniczych. Równocześnie proces wyodrębnienia się prawoznawstwa przechodził różne fazy i już w wieku XIX podlegał wielu konfliktom doktrynalnym<sup>84</sup>. Także w XX wieku nie udało się wypracować konsensusu, co do metodologii prawoznawstwa pomimo wielu prób,

---

<sup>82</sup> Wedle J. Stelmacha: „Skazani na porażkę zdają się być w pierwszej kolejności właśnie ci, którzy szukają rozstrzygnięć ostatecznych i absolutnych – jednej jedynej właściwej metody, algorytmu interpretacyjnego, który miałby być źródłem pewności. (...) wyraźnie widać to również na terenie nauki o interpretacji prawniczej”. Zob. J. Stelmach, *Współczesna...*, s. 8.

<sup>83</sup> T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 66.

<sup>84</sup> Zdaniem T. Pietrzykowskiego: „Zaciekle spory toczyły się wokół niemal wszystkich ważnych zjawisk XIX-wiecznej jurysprudenji – w szczególności metod tzw. pandektystyki, szkoły egzegezy, historyzmu Savigny'ego i Puchty, radykalnego zwrotu w poglądach Rudolfa von Iheringa i zainicjowanej przez niego metody wazenia interesów czy wreszcie idei rozwijanych przez szkołę «wolnego prawa» (*Freirechtsschule*)”. Równocześnie do tej listy należy też dołączyć spojrzenie Juliusa von Kirchmanna,

jakie ku temu poczyniono<sup>85</sup>. Wciąż bowiem istnieje spór – zarówno co do natury prawoznawstwa, jak również co do metod, za pomocą których można rozwiązywać zaistniałe w nim problemy.

Dlatego też obecnie, jak podkreślają Jerzy Stelmach oraz Bartosz Brożek: „nie ma jednej, powszechnie ważnej prawniczej metodologii ani nie ma żadnej szczególnej metody prawniczej. [Niemniej jednak] warte podkreślenia są zarówno heteronomiczność metod prawniczych, jak i ich pluralizm. Heteronomiczność – bo nie istnieje metoda specyficznie prawnicza. Pluralizm – bo nie istnieje jedna metoda prawnicza”<sup>86</sup>. Równocześnie spośród wielu odrębnych stanowisk merytorycznych wyróżnia się przede wszystkim logikę, analizę, argumentację oraz hermeneutykę, albowiem to one mają największy wpływ na rozwój prawoznawstwa.

Odnosząc te uwagi do kwestii rozumowań prawniczych, należy więc stwierdzić, iż tak jak nie istnieje jedna metoda prawnicza, tak i nie istnieje jedna – jedynie słuszna – koncepcja rozumowania prawniczego<sup>87</sup>. Co więcej, poszczególne koncepcje rozumowania prawniczego przynależą – a przynajmniej nawiązują intelektualnie – do różnych perspektyw badawczych wykorzystywanych w prawoznawstwie<sup>88</sup>. Dlatego też – jak zauważa Chaim Perelman – to właśnie „refleksja nad rozwojem prawa

---

który w swoim referacie skrytykował współczesne mu prawoznawstwo i stosowane w nim metody jako bezwartościowe dla nauki. Tamże, s. 32.

<sup>85</sup> Poszczególne stanowiska co do ogólnej charakterystyki metodologii nauk prawnych streszcza T. Pietrzykowski, odnosząc się zarówno do autorów polskich (Ehrlich, Ziemiński, Wróblewski) jak też obcojęzycznych (Kanaris, Larenz, Pawłowski, Bydliński, Zippelius, Smits, Champeil-Desplats). Tamże, s. 34–44.

<sup>86</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 36.

<sup>87</sup> Co do nieokreśloności rozumowania prawniczego warto przytoczyć zdanie M. Smolaka: „Rodzi się tu jednak problem podstawowy, albowiem samo rozumowanie prawnicze może być ujmowane w różny sposób. Niektórzy przyjmują, że rozumowania prawnicze stanowią pewien rodzaj sylogistyki. Inni z kolei (Szkoła Wolnego Prawa) zakładają, iż rozumowania prawnicze przeprowadza się niezależnie od jakiegokolwiek prawa stanowionego. Jeszcze inni przyjmują, że rozumowania prawnicze są pewnym czysto poznawczym aktem dokonywanym na drodze intuicji i dopiero *ex post facto* jest racjonalizowane wobec rzeczywistego prawa stanowionego”. Zob. M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretyczno-prawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998, s. 116.

<sup>88</sup> Jak stwierdza J. Wróblewski: „Rozumowania prawnicze ujmowane poprzez takie czy inne systemy logiczne, formalne czy argumentacyjne, zawsze zależą od przesłanek wartościujących i ich zasadność może być kontrolowana przez logikę tylko w zakresie tym logikom właściwym”. J. Wróblewski, *Rozumowania...*, s. 14.

wydaje się nieodzownym wstępem do rozważań nad właściwymi tej dyscyplinie technikami rozumowania”<sup>89</sup>.

Rozwijając przedstawione powyżej ustalenia, trzeba powiedzieć, iż pierwszą historycznie, a przy tym wciąż podstawową konsekwencją przyjęcia odmiennych postaw metodologicznych w teorii rozumowań prawniczych jest rozróżnienie pomiędzy stanowiskiem formalistycznym oraz stanowiskiem antyformalistycznym. Wedle Jerzego Wróblewskiego te dwie odmienne postawy nie odnoszą się przy tym wyłącznie do teoretycznych rozważań prawników, lecz zakładają także określone ideały, dotyczące tego, czym powinno być prawo oraz jak powinno wyglądać jego stosowanie<sup>90</sup>.

Stanowisko formalistyczne wywodzi się z tradycyjnego poglądu na rolę teorii prawa<sup>91</sup>. Charakterystyczne dla ujęcia formalistycznego jest zatem – jak pisze Kazimierz Opalek – stwierdzenie, iż „operacje myślowe w procesie stosowania prawa oraz wykładni prawa są rozumowaniami w ścisłym sensie, a mianowicie operacjami opartymi na regułach logiki prawniczej”<sup>92</sup>. Tym samym, rozumowania prawnicze zostają sprowadzone do pewnych rachunków logicznych, których poprawność wynika ze spełnienia kryteriów racjonalnego rozumowania, zaś prawomocność polega „na istnieniu relacji wynikania logicznego pomiędzy przesłankami a wnioskiem”<sup>93</sup>. Zastosowanie sylogizmu prawniczego w procesie wykładni i stosowania prawa gwarantuje pewność prawa oraz przewidywalność decyzji podjętej na jego podstawie<sup>94</sup>.

Tak sformułowane stanowisko dominowało w prawoznawstwie aż do początku XX wieku i było związane z dominującą wówczas ideologią

<sup>89</sup> Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 34.

<sup>90</sup> J. Wróblewski, *Rozumowania...*, s. 7.

<sup>91</sup> Na potwierdzenie tej tezy G. Skąpska przywołuje słowa Maksa Webera: „W ten sposób wysunęło się na czoło zadanie «konstruowania» bezsprzecznych i ogólnych norm prawnych, pod które można by podciągnąć wszystkie przypadki danego rodzaju (...) i na tej drodze stało się obowiązujące dla myślenia prawniczego pojmowanie prawa jako logicznie bezsprzecznego systemu ogólnych norm prawnych, nie dopuszczających żadnych wyjątków i stosowanych do każdego konkretnego przypadku”. Zob. G. Skąpska, *Rozumność...*, s. 73–74.

<sup>92</sup> K. Opalek, *Teoria...*, s. 64.

<sup>93</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa–Kraków 1986, s. 19.

<sup>94</sup> K. Opalek, *Teoria...*, s. 65.

związanej decyzji sędziego w procesie stosowania prawa w ramach pozytywizmu prawniczego<sup>95</sup>. Jeżeli zaś chodzi o same rozumowania, to takie ujęcie miało swoje konsekwencje w wyborze środków służących do ich przeprowadzenia, albowiem formalizm pozwala na zastosowanie rozumowań prawniczych wtedy, gdy ich użycie ma na celu rozstrzygnięcie takich przypadków, które nie zostały objęte normami ustanowionymi przez prawodawcę. Wedle oceny Tomasza Gizbert-Studnickiego w XIX-wiecznej teorii prawa podkreślano bowiem „swoistość rozumowań prawniczych i operacji interpretacyjnych, takich jak analogia, argumentacje *a fortiori* czy *a contrario*, lub sprowadzono wnioski prawnicze do prostych wnioskowań sylogistycznych, ugruntowanych przez logikę arystotelesowską”<sup>96</sup>.

Stanowisko antyformalistyczne pojawiło się w teorii i filozofii prawa na początku XX wieku wraz z nadejściem nurtów prawnych krytycznych wobec pozytywizmu jak chociażby niemiecka *Freirechtsschule*, amerykański realizm prawniczy oraz francuska *libre recherche scientifique*<sup>97</sup>. W swych podstawowych założeniach stanowiło ono odpowiedź na ograniczenia wynikające z sylogistycznego podejścia do rozumowań prawniczych. Jak bowiem pisze Tomasz Gizbert-Studnicki „zwolennicy stanowiska antyformalistycznego twierdzą (...), że rozumowania prawnicze mają zasadniczo nieformalny charakter. Ich prawomocność nie polega na zachodzeniu relacji wynikania logicznego pomiędzy przesłankami a wnioskiem. Poprawności tych rozumowań nie można utożsamiać ze spełnianiem przez nie wymagań nakładanych przez logikę formalną”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Zdaniem T. Pietrzykowskiego: „choć obiegowe wyobrażenia o skrajnym «formalizmie» mającym cechować XIX wieczną «jurisprudencję pojęć» stanowi w dużej mierze legendę wytworzoną przez późniejszych krytyków, nie ulega wątpliwości, że zadanie nauki prawa utożsamiano przede wszystkim z formalnymi operacjami, mającymi prowadzić do przetworzenia empirycznego materiału prawnego w logicznie spójny system oparty na uporządkowanej siatce pojęć i katalogu łączących go zasad podstawowych”. T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 32.

<sup>96</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Język...*, s. 10.

<sup>97</sup> K. Opalek, *Teoria...*, s. 64.

<sup>98</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Język...*, s. 19.

## 7. Podsumowanie

Zarysowany powyżej podział rozumowań z uwagi na wybór stanowiska formalistycznego bądź też antyformalistycznego można podsumować zdaniem Jerzego Wróblewskiego, wedle którego postawę formalistyczną charakteryzuje „stwierdzenie konieczności formalnego logicznego rozumowania w prawie. Natomiast drugą postawę (antyformalistyczną) cechuje podkreślenie roli bardziej lub mniej luźnych wartościowań i technik argumentacyjnych, które mają ostatecznie przesądzać o wyniku rozumowań prawniczych”<sup>99</sup>.

Równocześnie należy z całą mocą podkreślić, iż na przestrzeni XX wieku skonfrontowano dotychczasowy dorobek prawoznawstwa z innymi dziedzinami nauki, wśród których można byłoby wymienić chociażby filozofię języka, logikę, czy też metaetykę albo hermeneutykę. Doprowadziło to zatem do przededefiniowania tradycyjnego ujęcia logiki<sup>100</sup>. Najważniejszym skutkiem tego działania było wyodrębnienie w niej dwóch podstawowych typów: logiki formalnej (logika klasyczna, modalna, deontyczna) oraz logiki nieformalnej (topiki, teoria argumentacji, nowa retoryka)<sup>101</sup>. Jakikolwiek orzekanie o wyższości którejś z nich nie ma jednak sensu, albowiem w dyskursie prawnym „istnieje miejsce zarówno na logikę z formalistycznego, jak i antyformalistycznego punktu widzenia”<sup>102</sup>.

Ponadto słowa *logika* używa się też w znaczeniu wyodrębniającym<sup>103</sup>. Przykładem takiego ujęcia jest występujące w prawoznawstwie pojęcie logiki prawniczej, które wedle Jerzego Wróblewskiego składa się z trzech

---

<sup>99</sup> J. Wróblewski, *Rozumowania...*, s. 7.

<sup>100</sup> Jak bowiem zauważa Chaim Perelman „logika współczesna, ta która rozwijała się od połowy XIX wieku pod wpływem Kanta i logików matematyków, utożsamiała logikę nie z dialektyką, lecz z logiką formalną, czyli z rozumowaniami analitycznymi Arystotelesa”. Ch. Perelman, *Imperium...*, s. 16.

<sup>101</sup> „Na pytanie «jaka logika?» odpowiedzieć można wskazując dwa podstawowe typy logik – logiki formalne i logiki nieformalne.” J. Wróblewski, *Logika prawnicza a teoria argumentacji Ch. Perelmana* [w:] Ch. Perelman, *Logika...*, s. 7.

<sup>102</sup> J. Wróblewski, *Rozumowania...*, s. 28.

<sup>103</sup> Wyodrębnienie logiki prawniczej ma jednak charakter sporny. Przeciwno istnieniu logiki prawniczej jako oddzielnej dyscypliny w logice opowiada się między innymi Georges Kalinowski. Zob. G. Kalinowski, *Y a-t-il une logique juridique?, Logique et Analyse*, Paris 1959, s. 53.



podstawowych znaczeń: logiki uzasadniania, logiki heurezy oraz logiki systemowej<sup>104</sup>. Odnosząc się do wcześniejszego podziału na podejście formalistyczne i antyformalistyczne, należy stwierdzić, że w koncepcjach antyformalistycznych logika prawnicza oznacza zwykle logikę heurystyczną, natomiast w podejściu formalistycznym mianem logiki prawniczej określa się raczej logikę systemową oraz logikę uzasadniania.

Podsumowując powyższe uwagi terminologiczne, trzeba zauważyć, iż to właśnie postępująca wciąż refleksja na polu logiki formalnej oraz nieformalnej wraz ze stopniowym nawiązywaniem do aksjologii i wartościowania w prawie sprawia, że współcześnie nie wypracowano jednego modelu rozumowań prawniczych<sup>105</sup>. Może to więc prowadzić do sporów dotyczących sposobu podejmowania decyzji w procesie stosowania prawa, ponieważ to właśnie początkowe stanowisko metodologiczne (formalistyczne bądź antyformalistyczne) wpływa na pozytywną bądź negatywną odpowiedź na pytanie dotyczące obecności logiki, a zwłaszcza roli sylogizmu prawniczego w rozumowaniach prawniczych<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Poszczególne znaczenia logiki prawniczej charakteryzuje J. Wróblewski: „Logika uzasadniania obejmuje rozumowania, które uzasadniają decyzje względnie twierdzenia prawnicze. (...) Logika heurezy obejmuje rozumowania, przy pomocy których dochodzi się do określonego typu decyzji lub twierdzeń. (...) Rozumowanie prowadzące do określonej decyzji (twierdzenia), a więc należące do logiki heurezy, może się nie pokrywać z logiką, jakiej użyto dla uzasadnienia tej decyzji (twierdzenia), a więc z odpowiednią logiką uzasadniania. (...) Logika systemowa obejmuje powiązania między elementami norm względnie między normami w systemie prawa”. J. Wróblewski, *Logika...*, s. 7.

<sup>105</sup> We współczesnej teorii i filozofii prawa tworzy się między innymi podział na modele dedukcyjne, niededukcyjne oraz koherencyjne. Zob. m.in. K. Pleszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996, s. 35; M. Araszkiewicz, *Koherencyjny model rozumowań prawniczych*, AFPiFS 2010, nr 1.

<sup>106</sup> Zauważa to J. Wróblewski, pisząc: „Spory aksjologiczne związane z logiką prawniczą dotyczą przede wszystkim decyzji stosowania prawa. Wówczas chodzi o to, czy decyzja taka powinna być podejmowana w sposób logiczny. To typowe sformułowanie jest oczywiście zupełnie niesprecyzowane. Nie wiadomo bowiem, czy chodzi o szukanie decyzji (logika heurezy), czy o jej uzasadnienie (logika uzasadniania), czy ma się na względzie logikę formalną, czy logikę nieformalną. Tego typu niejasności występowały nagminnie w sporach nad sylogizmem prawniczym prowadzonych przez przeciwników tej formy rozumowania pod hasłem walki z formalizmem prawniczym związanym z paradygmatem tradycyjnego pozytywizmu prawniczego”. J. Wróblewski, *Logika...*, s. 14.

## Streszczenie

Celem pracy było zanalizowanie pojęcia rozumowania prawniczego. Zadanie to wiązało się z potrzebą wcześniejszego ustalenia znaczenia pojęcia *rozumowania* z punktu widzenia takich dziedzin jak filozofia, logika czy sztuka retoryki oraz przedstawienia definicji szczególnego rodzaju *rozumowania*, jakim jest *rozumowanie prawnicze*. Szczególny nacisk został położony na określenie jego znaczenia w kontekście europejskich kultur prawnych, ponieważ w zależności od języka, w którym jest wyrażone, przybiera ono inny zakres semantyczny. Następnie opisany został problem wielości możliwych metod i teorii rozumowania prawniczego, wynikający z pluralizmu metodologicznego, jakim charakteryzuje się współczesne prawnictwo oraz teoria i filozofia prawa. W związku z tym bardzo ważne wydaje się zwrócenie uwagi na filozoficzne, logiczne oraz retoryczne aspekty sztuki rozumowania, ażeby właściwie zrozumieć pojęcie rozumowania prawniczego.

**Słowa kluczowe:** rozumowanie prawnicze, retoryka, logika prawnicza, metody prawnicze, argumentacja

## Concept of Legal Reasoning and Its Specificity in the Light of Philosophical, Logical and Rhetorical Aspects of Reasoning

### S u m m a r y

The aim of this study was to analyze the concept of legal reasoning. This task included the need of analysis of the meaning of the concept of *reasoning* from the point of view of such areas as philosophy, logic, or the art of rhetoric, and providing the definition of a particular kind of *reasoning*, which is usually described as *legal reasoning*. Particular emphasis has been placed on defining the meaning of *legal reasoning* in the context of European legal cultures, and how it differs depending on the language in which it is expressed. Next, the problem of the multiplicity of possible methods and theories of legal reasoning has been described as a result of methodological pluralism, which is characteristic of contemporary jurisprudence and the theory and philosophy of law. It is really important to make a complex look at philosophical, logical and rhetorical aspects of *reasoning* to better understand the concept of *legal reasoning*.

**Keywords:** legal reasoning, rhetoric, legal logic, legal methods, argumentation

**Michał Sopiński,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: [sopinskimiachal@gmail.com](mailto:sopinskimiachal@gmail.com).

**ZASTRZEŻENIE KARY UMOWNEJ NA WYPADEK ODSTĄPIENIA OD UMOWY – MOŻLIWE  
KONSTRUKCJE INSTYTUCJI W ŚWIETLE ORZECZNICTWA I ICH KONSEKWENCJE  
PRAKTYCZNE**

## 1. Wstęp

Kara umowna stanowi narzędzie powszechnie wykorzystywane we współczesnym obrocie gospodarczym. Zarówno konstrukcja kary umownej, jak i sposób dochodzenia roszczenia o jej zapłatę są o wiele mniej skomplikowane od zasad ustalania i dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. Postanowienia zastrzegające kary umowne stosuje się w umowach różnego typu, a obowiązek zapłaty uzależnia się od rozmaitych okoliczności, warunkujących naruszenie więzi umownej. Za dynamicznym rozwojem tej instytucji stoi nie tylko kreatywność podmiotów występujących w obrocie, ale także to, że normy jej dotyczące konstruowane są na podstawie zaledwie dwóch artykułów Kodeksu cywilnego. Mimo imperatywnego charakteru przedmiotowych regulacji, zasada swobody umów wypływająca z naczelnej zasady Kodeksu cywilnego – autonomii woli stron, pozwala na dostosowanie tej instytucji do potrzeb niemal każdej relacji kontraktowej. Duży zakres możliwości utrudnia wyznaczenie dokładnej granicy swobody w operowaniu tym instrumentem. Należy bowiem zauważyć, że stosowanie kar umownych w postaci dalece zmodyfikowanej może prowadzić do wynaturzenia tej instytucji, którego skutkiem jest zaburzenie równowagi kontraktowej, implikujące z kolei pokrzywdzenie jednej ze stron stosunku umownego. W monografii<sup>1</sup> dotyczącej zagadnienia kary umownej J. Jastrzębski podaje trzy powody, świadczące o potrzebie rozwoju piśmiennictwa w tym zakresie. Po pierwsze, obserwuje się znaczący wzrost znaczenia

---

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

<sup>1</sup> J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 15 i n.

zobowiązań, w przypadku których ogólny zakres obowiązku naprawienia szkody wynikłej dla wierzyciela z niewykonania zobowiązania nie jest wystarczający. Po drugie, o sposobie wykładni kary umownej decyduje przede wszystkim rozumienie instytucji na gruncie orzecznictwa. Po trzecie, mimo bogatego rodowodu, zagadnienie nie stanowi przedmiotu licznych opracowań. Warto w tym miejscu nadmienić, że od opublikowania rozprawy J. Szwaj<sup>2</sup>, która stanowiła jedną z pierwszych kompleksowych publikacji dotyczących przedmiotowej instytucji na gruncie nowego Kodeksu cywilnego do czasu wydania publikacji J. Jastrzębskiego minęło prawie czterdzieści lat. Od czasu zaś publikacji J. Jastrzębskiego do dzisiaj minęło lat blisko dziesięć. Część pierwszej z wymienionych monografii, dotycząca społeczno-gospodarczego przeznaczenia instytucji kary umownej, w świetle zmian które zaszły w obrocie, a przede wszystkim zmiany ustroju gospodarczego, jest w dużej mierze nieaktualna.

Niniejszy artykuł zawiera rozważania na temat kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy – instytucji niewymienionej w przepisach Kodeksu cywilnego<sup>3</sup>, utworzonej przez praktykę obrotu gospodarczego w odpowiedzi na potrzeby podmiotów w nim uczestniczących. Mimo rosnącej popularności w obrocie, wedle stanu wiedzy autora artykułu, powyższe zagadnienie nie było przedmiotem omówienia<sup>4</sup>, wskazującego na powstające współcześnie wątpliwości. Koncepcje dotyczące teoretyczno-prawnej konstrukcji instytucji pochodzą z orzecznictwa Sądu Najwyższego i nie mają jednolitego charakteru. Wspomniane różnice konstrukcyjne, mimo teoretycznego wymiaru, powodują wymierne konsekwencje dla uczestników obrotu. Cel niniejszej pracy jest dwojaki – po pierwsze jest nim zaprezentowanie możliwych konstrukcji instytucji zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, wraz z ich praktycznymi konsekwencjami, do których będą się

---

<sup>2</sup> J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.) – dalej k.c.

<sup>4</sup> Publikacje wymienione w przypisach poprzednich nie poruszają omawianego zagadnienia bezpośrednio. Na stronach 234–242 swojej monografii J. Jastrzębski prezentuje wyłącznie problem zbiegu roszczeń powstających w wyniku odstąpienia od umowy oraz możliwości dochodzenia kary umownej. Nie porusza jednak zagadnienia możliwości zastrzegania kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy.

przykładowo zaliczać okoliczności wyłączające obowiązek zapłaty kary umownej, czy też dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej w przypadku świadczeń określonego charakteru. Drugim celem artykułu jest ustalenie, czy z punktu widzenia lepszej ochrony interesów uczestników obrotu, pożądane jest zachowanie różnych konstrukcji wypracowanych przez orzecznictwo, ich systematyzacja oraz wypracowanie odpowiednich reguł ich stosowania, czy też należałoby raczej wypracować jednolitą konstrukcję omawianego instrumentu.

## 2. Kara umowna w Kodeksie cywilnym

Przepisy regulujące instytucję kary umownej znajdują się w art. 483–484 k.c. Stosownie do przedmiotowych regulacji strony umowy mogą postanowić, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym, naprawienie szkody nastąpi poprzez zapłatę z góry ustalonej sumy pieniężnej. Panuje spór co do funkcji, jaką od początku swego funkcjonowania kara umowna miała pełnić. Część piśmiennictwa<sup>5</sup> stoi na stanowisku o pierwotnym charakterze karnym (prewencyjnym) oraz kompensacyjnym tej instytucji, zaś przeciwnicy tego stanowiska – że w prawie pierwotnym nie rozróżniano tych funkcji<sup>6</sup>. Od czasów rzymskich obserwuje się wzrost znaczenia elementu kompensacyjnego i stopniowe zanikanie funkcji sankcjonującej kary umownej, przy jednoczesnym wyodrębnieniu się swoistej funkcji przymuszającej. O wybijaniu się na gruncie europejskiej tradycji prawnej funkcji kompensacyjnej świadczy fakt wykształcenia się instytucji miarkowania kary umownej na gruncie Kodeksu Napoleona<sup>7</sup>. Spór dotyczący charakteru i funkcji kary umownej nie ma bynajmniej wymiaru wyłącznie teoretycznego, ale przekłada się na praktykę wykładni postanowień, zawierających zastrzeżenia kary umownej. Zwolennicy poglądu<sup>8</sup> o przeważającym kompensacyjnym charakterze tej instytucji z dezaprobatą odnoszą się bowiem

<sup>5</sup> W. Warkallo, *Kara umowna jako czynnik umacniania dyscypliny inwestycyjnej*, SP 1964, nr 3, s. 161.

<sup>6</sup> S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, Kraków 1901, s. 90.

<sup>7</sup> Istotny wpływ na tym etapie odegrały poglądy Ch. Dumolina, rozwinięte później przez R.J. Pothiera.

<sup>8</sup> J. Jastrzębski, *Kara...*, s. 72–77.

do praktyk, w wyniku których zastrzeżona kwota pozostaje w znacznej dysproporcji w stosunku do grożącej stronie szkody<sup>9</sup>, co umawiające strony próbują usprawiedliwiać powołując się na swobodę w wyborze funkcji jaką instytucja ta ma pełnić na gruncie danej umowy<sup>10</sup>. Jak wynika z kolejnych przepisów, kara umowna przysługuje bez względu na wysokość poniesionej szkody. Tym samym, poprzez zastrzeżenie kary umownej, wierzyciel ma znacząco ułatwioną drogę w dochodzeniu naprawienia szkody wynikłej z danego stosunku obligacyjnego. Nie spoczywa bowiem na nim ciężar dowodzenia istnienia dwóch z trzech tzw. przesłanek nieruchomości odpowiedzialności kontraktowej, którymi są szkoda i związek przyczynowy<sup>11</sup>. Podstawę naliczenia kary stanowi bowiem wyłącznie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zakres zobowiązań w przypadku których niewykonania lub nienależytego wykonania wierzyciel ma prawo naliczyć karę umowną, ograniczony jest wyłącznie do tych, mających charakter niepieniężny. Jednakże wniosków takich nie można wyciągnąć wykładając normę dekodowaną z art. 483 § 1 k.c. wyłącznie literalnie. Konieczne jest przeto spojrzenie na zagadnienie w sposób systemowy i funkcjonalny<sup>12</sup>. Wykluczenie możliwości stosowania kary umownej w przypadku zobowiązań pieniężnych wynika z faktu, że na gruncie Kodeksu cywilnego, instytucją właściwą do ochrony interesów właściciela wierzytelności *stricte* pieniężnej są odsetki.

W tym miejscu należy porównać mechanizmy chroniące pozycję dłużnika, zastosowane w przypadku kary umownej i odsetek. Swoistym ograniczeniem swobody ustanowienia wysokości odsetek jest instytucja odsetek maksymalnych. Regulacja ta ma charakter dużo bardziej precyzyjny niż odpowiadający jej instrument ochrony interesu dłużnika zobowiązanego do uiszczenia kary umownej w postaci jej miarkowania. Aby

---

<sup>9</sup> Zwolennikiem prymatu funkcji przymuszającej był W. Czachórski – por. W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1963, s. 174.

<sup>10</sup> Tego typu argumentacja pojawiała się już w uzasadnieniu Komisji Kodyfikacyjnej w odniesieniu do nowopowstałego kodeksu zobowiązań; tamże, s. 6.

<sup>11</sup> A. Fidali, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12*, „Głosa” 2014, nr 2, s. 23–28.

<sup>12</sup> Podobnie: P. Drapała, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12*, PiP 2013, z. 10, s. 133–138.



móc posłużyć się instytucją miarkowania konieczne jest zajście jednej z dwóch okoliczności, o których mowa w art. 484 § 2 k.c., czyli: spełnienie znaczącej części zobowiązania przez dłużnika lub rażące wygórowanie kary. Ustawodawca posłużył się więc dwoma pojęciami nieostrymi – ustalenie bowiem zakresu znaczeniowego terminu „znaczącej części zobowiązania” w mojej ocenie możliwe jest wyłącznie na gruncie konkretnego stanu faktycznego. Tak samo jest w przypadku klauzuli „rażącego wygórowania”, której znaczenie może zostać właściwie ustalone wyłącznie w oparciu o dominującą dla danego stosunku obligacyjnego funkcję kary umownej. Uwadze nie mogą również ująć dodatkowe ograniczenia w stosowaniu mechanizmu miarkowania, wynikające z pozostałych norm o charakterze systemowym oraz praktyki. Należy podnieść, że miarkowanie kary umownej dokonuje się mocą wyroku sądowego o charakterze konstytutywnym – tym samym następuje ingerencja sądu w treść zobowiązania. W świetle podstawowej zasady prawa zobowiązań, jaką jest płynąca z autonomii woli podmiotów swoboda kontraktowa, sąd powinien zachować powściągliwość w dokonywaniu zmian w treści zobowiązania, którego podstawą jest zgodna wola stron. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2017 r.<sup>13</sup>: „Trzeba postrzegać możliwość miarkowania przez sąd kary umownej, a więc ingerencji w treść zobowiązania określonego w umowie, jako wyjątek od zasady, że kara umowna przysługuje w uzgodnionej przez strony wysokości niezależnie od rozmiaru szkody wierzyciela i odnieść żądanie zobowiązanego domagającego się obniżenia kary do realiów każdej sprawy”. Ponadto należy zauważyć, że art. 484 k.c. ze względu na swoje brzmienie, dość wąsko określa ustawowe przesłanki zmniejszenia kary umownej. Jak uznaje Sąd Najwyższy<sup>14</sup>, nie jest dopuszczalne obniżenie kary umownej z pominięciem przesłanek wykonania znaczącej części zobowiązania lub rażącego wygórowania kary, jedynie w oparciu o konstrukcję nadużycia prawa podmiotowego. Powyższy katalog przesłanek ma charakter wyczerpujący, co znaczy, że wystąpienie jednej z nich stanowi warunek *sine qua non* żądania

<sup>13</sup> Wyrok SN z dnia 23 marca 2017 r., V CSK 393/16 (Lex nr 230638).

<sup>14</sup> Wyrok SN z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99 (OSN 2003, nr 7–8, poz. 109).

miarkowania kary umownej<sup>15</sup>. W końcu, w doktrynie i judykaturze prezentowane są odmienne poglądy mające wyjaśnić czy wniosek dłużnika o miarkowanie powinien mieć charakter wyraźny, czy też jest zawarty *implicite* w żądaniu oddalenia powództwa<sup>16</sup>. Za dominujący należy uznać pogląd, pochodzący z orzecznictwa Sądu Najwyższego<sup>17</sup>, zgodnie z którym miarkowanie kary umownej uzależnione jest od zgłoszenia przez dłużnika zarzutu. Ochrona interesów dłużnika uzależniona jest więc od świadomości przysługujących mu uprawnień oraz od podjęcia w tym celu odpowiedniej inicjatywy dowodowej.

Zestawiając ze sobą w tym miejscu instytucje kary umownej oraz odsetek, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na charakter ochrony, jaka wynika z odnoszących się do nich przepisów. W przypadku odsetek art. 359 § 2<sup>1</sup> k.c. określa ich maksymalną wysokość, która stanowi dwukrotność odsetek ustawowych<sup>18</sup>. W przypadku jej przekroczenia artykuł następnym wprowadza sankcję w postaci redukcji utrzymującej skuteczność. W tym przypadku mechanizm ochrony dłużnika działa automatycznie, gdyż powoduje przekształcenie nadmiernych odsetek za opóźnienie *ex lege* w odsetki maksymalne za opóźnienie. W doktrynie podnosi się, że przepis ten nie realizuje dostatecznie swojej funkcji prewencyjnej i nie zniechęca wystarczająco przed zastrzeganiem odsetek przewyższających odsetki maksymalne. Z tego względu proponuje się zamianę odsetek nadmiernej wysokości nie na ich wartość maksymalną, ale ustawową<sup>19</sup>. Niemniej jednak zmiana wysokości zobowiązania nie wymaga konstytutywnego wyroku sądu, nie jest też analizowana przez pryzmat przesłanek ocennych, jak z kolei dzieje się w przypadku miarkowania kary umownej. Co więcej, odmienne niż przy miarkowaniu, możliwe jest podniesienie sprzeczności czynności prawnej (jej części) z zasadami współżycia społecznego lub powoływanie się na nadużycie prawa podmiotowego.

<sup>15</sup> W. Borysiak, *Komentarz do art. 484 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.

<sup>16</sup> K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 484 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017.

<sup>17</sup> Wyrok SN z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05 (OSP 2007, nr 6, poz. 66).

<sup>18</sup> W 2017 r. wysokość maksymalnych odsetek za opóźnienie wynosiła 14%.

<sup>19</sup> A. Zbiegić-Turzańska, *Komentarz do art. 359 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.

Dłużnik może domagać się waloryzacji świadczenia pieniężnego na podstawie art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c.<sup>20</sup> Użycie powyższych ogólnych instytucji prawa cywilnego może mieć miejsce także wtedy kiedy istnieją przesłanki zastosowania przepisów o odsetkach maksymalnych<sup>21</sup>. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że przesłanką wymagalności odsetek jest powstanie opóźnienia, które nie musi wynikać z okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Odmiennie kara umowna co do zasady nie będzie należała się stronie, której kontrahent nie wykonuje lub wykonuje nienależycie zobowiązanie wskutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności<sup>22</sup>.

Z powyższego można mimo to postawić tezę, że zasada *favor debitoris* w przypadku zobowiązań o charakterze pieniężnym pełniej realizuje się w instytucji odsetek, które zapewniają dłużnikowi szerszą ochronę przed pokrzywdzeniem, wynikającym z pozycji w stosunku obligacyjnym. Prowadzi to do konkluzji, że norma dekodowana z art. 483 k.c., nie wprowadzając możliwości zastrzegania kar umownych w przypadku zobowiązań o charakterze pieniężnym, *a contrario* zakazuje wprowadzania tego typu postanowień do umów różnego typu.

### 3. Kara umowna na wypadek odstąpienia od umowy

Zaprezentowane powyżej kodeksowe regulacje operują sformulowaniem dotyczącym zastrzeżenia kary umownej „na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”. Zgodnie z tytułem pracy, przedmiotem rozważań jest zaistniała w obrocie prawnym oraz zaakceptowana przez judykaturę i doktrynę konstrukcja zastrzeżenia kary umownej „na wypadek odstąpienia od umowy”. W tym miejscu należy zastrzec, że na gruncie niniejszej pracy chodzi wyłącznie o tzw. „odstąpienie sankcyjne”, które następuje jako konsekwencja naruszenia zobowiązania. Nie ma wątpliwości, że „odstąpienie od umowy” oraz „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania” nie są terminami równoznacznymi.

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 288 i n.

<sup>21</sup> A. Zbiegień-Turzańska, *Komentarz...*

<sup>22</sup> J. Jastrzębski, *Kara...*, s. 202. Podobnie: J. Szwaja, *Kara...*, s. 41.

Na tym etapie zasadne jest więc przeprowadzenie analizy pojęcia kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy i jego znaczenia w praktyce kontraktowej.

W uchwale mającej moc zasady prawnej z dnia 6 listopada 2003 r.<sup>23</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że: „W praktyce kontraktowej można zaobserwować zastrzeżenie kar umownych także na wypadek skorzystania przez jednego z kontrahentów z uprawnienia kształtującego, np. wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej, przy czym jako jedną z przesłanek dochodzenia kary przewiduje się niekiedy wyrządzenie określonej szkody”. W dalszej części uzasadnienia cytowanej uchwały SN nie przedstawia swojego stanowiska wobec tej praktyki. Jednakże już lektura powyższego fragmentu uzasadnienia może rodzić wątpliwość, czy skorzystanie z uprawnienia prawokształtującego może stanowić samodzielną przesłankę naliczenia kary umownej. Jednoznaczna odpowiedź na to zagadnienie możemy znaleźć w późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 18 lipca 2012 r.<sup>24</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że: „W klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi o swego rodzaju sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono”. W dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy konstatuje, że w wyniku odstąpienia od umowy na podstawie upoważnienia umownego lub ustawowego powstaje stan, który możemy określić jako niewykonanie zobowiązania. Podstawą takiego rozumowania jest norma dekodowana z art. 492 i 494 k.c., zgodnie z którą strona odstępująca może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z odstąpienia od umowy. W stosunkach umownych szkoda wynika zaś z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez stronę. W ten sposób Sąd Najwyższy wyodrębnia w konstrukcji kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy element niewykonania (nienależytego

<sup>23</sup> Uchwała SN (7) z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (Lex nr 81615).

<sup>24</sup> Uchwała SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12 (Lex nr 1271627).

wykonania zobowiązania), który świadczy o zgodności z konstrukcją kary umownej z art. 483 k.c. Jednakże samo powiązanie funkcjonalne i konstrukcyjne art. 483 k.c. z art. 492 i 494 k.c. nie rozstrzyga sprawy, gdyż rodzi pytanie, czy na wspomniany stan niewykonania lub nienależytego wykonania umowy należy patrzeć z perspektywy okoliczności stanowiących podstawę odstąpienia, czy też obowiązków z niego wynikających. Wspomniane konstrukcje zostaną przedstawione z uwzględnieniem ich praktycznych konsekwencji w punktach 1 i 2 niniejszego ustępu.

W tym miejscu należy poczynić zastrzeżenie dotyczące funkcji, jaką w zarysowanej powyżej konstrukcji pełni skorzystanie z uprawnienia prawokształtującego do odstąpienia od umowy. Jakkolwiek, tak jak wspomniano wcześniej, jego realizacja nie stanowi samoistnego źródła roszczenia o zapłatę kary umownej w razie odstąpienia od umowy, tak jest ona warunkiem koniecznym, bez którego wystąpienia roszczenie to nie powstanie<sup>25</sup>. Samo roszczenie ma szczególny charakter, gdyż wbrew zasadzie *accessorium sequitur principali*, trwa mimo zniweczenia węzła obligacyjnego, z którego powstało. Na marginesie można dodać, że praktyka pozwala uznać postanowienia odnoszące się do wzajemnych rozliczeń stron za czynności odrębne od głównego zobowiązania, a ich utrzymanie po ustaniu węzła obligacyjnego realizuje postulat życzliwej interpretacji umów. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 października 2006 r.<sup>26</sup>: „Byłoby wbrew ich woli [stron – przyp. red.], gdyby zapłata kary umownej była uwarunkowana nieskorzystaniem z prawa odstąpienia, czyli dalszym utrzymywaniem się stosunku prawnego, którego wykonanie jest wadliwe lub zagrożone [...]”. W dalszej części Sąd Najwyższy podniósł, że: „Utrzymywanie w mocy postanowień umownych zabezpieczających lub upraszczających wyrównanie szkody w znaczeniu bardziej potocznym niż w art. 361 § 2 k.c.<sup>27</sup> lub skłaniających dłużnika do wypełnienia zobowiązania jest zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego lub traktatowego”.

<sup>25</sup> Wyrok SN z dnia 29 czerwca 2005 r., V CK 105/05 (Lex nr 395072).

<sup>26</sup> Wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06 (Lex nr 224585).

<sup>27</sup> Sąd Najwyższy ma na myśli tzw. szkodę ogólną, o której była mowa w uchwale SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12 (Lex nr 1271627).

### 3.1. Kara umowna jako sankcja za nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z art. 494 k.c.

Zgodnie z pierwszym poglądem prezentowanym w orzecznictwie, niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, które aktualizowałyby obowiązek uiszczenia kary umownej należy upatrywać w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązań *sensu largo* o charakterze niepieniężnym, które art. 494 k.c. nakłada na strony umowy, od której odstąpiono. Zgodnie z dyspozycją normy odczytywanej ze zdania drugiego przytoczonego przepisu strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Według poglądów doktryny zobowiązanie odszkodowawcze jest zobowiązaniem niepieniężnym, w którym świadczenie pieniężne pełni jedynie rolę umorzenia zobowiązania w swej istocie niepieniężnego<sup>28</sup>. Z poglądem tym wydaje się zgadzać w przytaczanej wcześniej publikacji J. Szwejca<sup>29</sup>. Autor uznaje dopuszczalność zastrzegania kar umownych na wypadek niewykonania zobowiązań niemieszczących się w kategorii zobowiązania pieniężnego z art. 483 § 1 k.c. W kategorii zobowiązań pieniężnych autor umieszcza te rodzaje zobowiązań, w których świadczenie główne lub jedno ze świadczeń głównych ma charakter pieniężny. W przypadku zaś upoważnienia przemiennego, będą to te zobowiązania, w których nastąpi koncentracja świadczenia pieniężnego i niepieniężnego do świadczenia pieniężnego. W kategorii zobowiązań pieniężnych nie będą się zaś mieścić te zobowiązania, w których świadczenie pieniężne ma charakter zastępczy, a taki charakter ma większość świadczeń odszkodowawczych. W konsekwencji taki tok myślenia przesądza o skuteczności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy niezależnie od charakteru świadczeń wynikających z danego stosunku zobowiązaniowego.

Pogląd zgodny z powyższymi rozważaniami został zaprezentowany w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 r.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 64; W. Czachórski [i. in], *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 70.

<sup>29</sup> J. Szwejc..., s. 42–44.

<sup>30</sup> Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06 (Lex nr 224591).



W przedmiotowej sprawie stan faktyczny dotyczył odstąpienia od umowy leasingu przez leasingodawcę. Zgodnie z postanowieniami umowy łączącej strony, kara umowna zastrzeżona była na wypadek odstąpienia od umowy na wypadek niewykonywania lub nienależytego wykonywania obowiązków przez leasingobiorcę. Sąd Najwyższy uznał za ważne postanowienia umowne dotyczące kary umownej. W uzasadnieniu do wyroku podniesiono, że odstępując od umowy leasingodawca powołał się wprawdzie na nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego, ale nie mogło to zdaniem sądu przesądzać o charakterze jego zobowiązania. „W rozpoznawanej sprawie na skutek odstąpienia od umowy leasingobiorca został zobowiązany do zwrotu rzeczy leasingodawcy, karę umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy wiązać można więc z nienależytym wykonaniem zobowiązania zwrotu rzeczy, a jest to niewątpliwie świadczenie niepieniężne”. W takim ujęciu bez znaczenia dla skuteczności zastrzeżenia kary umownej był charakter świadczenia, do jakiego zobowiązany był w umowie leasingobiorca. Widać tu jednak pewną powściągliwość składu orzekającego, który przymiotem niepieniężności obdarzył wyłącznie obowiązek zwrotu rzeczy, nie wypowiadając się na temat charakteru zobowiązania odszkodowawczego. Podsumowanie rozważań Sądu stanowi fragment uzasadnienia: „W istocie więc kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy jest karą przewidzianą w razie niewykonania lub nienależytego wykonania wszelkich zobowiązań niepieniężnych, jakie mogą powstać wskutek odstąpienia od umowy. Z tego względu, dla możliwości skutecznego zastrzeżenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy nie ma znaczenia, że przyczyną uprawniającą leasingodawcę do złożenia oświadczenia o odstąpieniu było nienależyte wykonanie przez leasingodawcę świadczenia pieniężnego (zapłaty rat leasingowych)”. Jednakże, trzeba zauważyć, że w treści uzasadnienia do wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że na stronie, od której żądano zapłaty kary umownej, ciążył obowiązek zwrotu przedmiotu leasingu, co szczególnie podkreśla niepieniężny charakter jej zobowiązania. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się jednak co do kierunku, w którym zmierzałoby rozstrzygnięcie, gdyby obowiązek zapłaty kary umownej należało uzależnić wyłącznie od niewykonania zobowiązania odszkodowawczego.



Wyraźniej na ten temat Sąd Najwyższy wypowiedział się w innym wyroku z dnia 13 czerwca 2008 r.<sup>31</sup>, w którym dokonał podobnej interpretacji postanowienia umownego zawierającego zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Przedmiotowy stan faktyczny, podobnie jak w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem SN z 20 października 2006 r., także dotyczył umowy leasingu. Odnosząc się do świadczeń wynikających z dyspozycji normy odczytywanej z art. 494 k.c. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Tak określone świadczenia nie mają od początku charakteru pieniężnego, co oczywiście nie wyklucza, że w razie ich niewykonania lub wyboru uprawnionego może pojawić się obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej. Nie ma jednak podstaw prawnych aby zobowiązanie wynikające z art. 494 k.c. określać jako zobowiązanie pieniężne w rozumieniu art. 483 k.c. W razie ich niewykonania lub nienależytego wykonania można więc zastrzec, że naprawienie wynikłej stąd szkody nastąpi poprzez zapłatę kary umownej”. Powyższy fragment świadczy o tym, że w przedmiotowej sprawie skład orzekający uznał niepieniężny charakter wszystkich zobowiązań wynikających z normy odczytywanej z art. 494 k.c., co pozostaje w zgodzie z poglądem o niepieniężnym charakterze zobowiązań odszkodowawczych za doznaną szkodę. W przedmiotowym wyroku Sąd Najwyższy wskazał również, że istnieje możliwość zwolnienia się z obowiązku zapłaty kary umownej, przez co nie może być mowy o tym, że w zaproponowanym rozwiązaniu *a limine* zakłada się niewykonanie obowiązków, o których mowa w art. 494 k.c. Zdaniem składu orzekającego strona zobowiązana do uiszczenia kary umownej ma możliwość wykazania w procesie, że pomimo zastrzeżenia kary umownej za odstąpienie, wykonała obowiązki przewidziane w art. 494 k.c. i stronie uprawnionej kara się nie należy.

Powołując się na powyższe stanowiska, w wyroku z dnia 21 maja 2014 r.<sup>32</sup> Sąd Najwyższy skonstatował, że wprawdzie: „W orzecznictwie dopuszcza się jednak możliwość skutecznego zastrzeżenia kary umownej również na wypadek odstąpienia od umowy, bez względu

---

<sup>31</sup> Wyrok SN z dnia 13 czerwca 2008 r., I CSK 13/08 (Lex nr 637699).

<sup>32</sup> Wyrok SN z dnia 21 maja 2014 r., II CSK 529/13 (Lex nr 1493917).

na charakter świadczeń, do jakich zobowiązały się strony umowy, od której się odstępuje”.

Tym niemniej trzeba zaznaczyć, że zarysowana w wyrokach z lat 2006 i 2008 koncepcja została skrytykowana w przytoczanej już uchwale SN z dnia 18 lipca 2012 r. Odnosząc się do orzecznictwa łączącego karę umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków wynikających z art. 494 k.c., w szczególności obowiązku zwrotu otrzymanych świadczeń skład orzekający stwierdził, że: „tak rozumiana kara umowna musiałaby jednak wyraźnie wynikać z postanowień umowy, w przeciwnym przypadku należy ją powiązać z obowiązkiem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem umowy, od której odstąpiono, a nie z obowiązkiem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem obowiązków wynikających z art. 494 k.c. powstałych wskutek odstąpienia od umowy. Chodzi o karę umowną, której obowiązek zapłaty powstaje z chwilą złożenia przez jedną ze stron umowy skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, nie zaś o karę, której obowiązek zapłaty aktualizuje się później w następstwie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z art. 494 k.c. Ponadto kara ta przysługuje tej stronie, która była uprawniona do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność strona przeciwna. Tymczasem obowiązek zwrotu świadczeń otrzymanych na podstawie umowy, powstający z mocy art. 494 k.c. z chwilą odstąpienia od umowy, ciąży na obu stronach umowy i każda z nich może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego obowiązku”. Część rozważań Sądu Najwyższego odnosząca się do przytoczonych słów, jak i do ogólnej dopuszczalności zastrzegania kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy została zaaprobowana przez glosatorów uchwały – Aleksandrę Fidali<sup>33</sup> oraz Przemysława Drapałę<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> A. Fidali, *Glosa...*, s. 23–28.

<sup>34</sup> P. Drapała, *Glosa...*, s. 133–138.

### 3.2. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy rozumiane jako uproszczenie redakcyjne

Zgodnie z drugim poglądem, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, które rodzi obowiązek uiszczenia kary umownej, należy utożsamiać z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, które stanowiło przesłankę realizacji uprawnienia prawokształtującego do odstąpienia od umowy. Według rozważań Sądu Najwyższego, zaprezentowanych w przytaczanej już uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. karę umowną na wypadek odstąpienia „należy [...] powiązać z obowiązkiem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem umowy, od której odstąpiono”. Twierdzenie to zostaje rozwinięte w dalszej części uzasadnienia: „Wskutek odstąpienia od umowy (na podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego uregulowanego w art. 492 k.c.) powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania”. Przedstawiając zaś konsekwencje odstąpienia od umowy, Sąd Najwyższy stwierdza, że: „W takich przypadkach [odstąpienia od umowy – przyp. red.] dochodzi zazwyczaj do doznania szkody przez stronę, która skorzystała z uprawnienia do odstąpienia od umowy, co powoduje powstanie obowiązku dłużnika naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (por. art. 494 k.c.)”. Rozumowanie Sądu Najwyższego możemy sprowadzić zatem do ciągu przyczynowo-skutkowego, który rozpoczynałoby pojawienie się okoliczności w postaci nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania, uprawniającej stronę do odstąpienia od umowy, następnie w wyniku skorzystania przez stronę z tego uprawnienia powstawałby stan, który określamy jako „niewykonanie zobowiązania”, który z kolei wiąże się zwykle z obowiązkiem naprawienia szkody przez stronę, z powodu której od umowy odstąpiono, o czym mówi art. 494 k.c. W konsekwencji pojawia się możliwość dochodzenia zastrzeżonej w umowie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, która to kara może zaspokoić roszczenia odszkodowawcze wynikające z art. 494 k.c. W ten sposób koncepcja składu orzekającego pozostaje w zgodzie z konstrukcją kary umownej z art. 483 k.c., gdyż podstawę jej dochodzenia stanowi niewykonanie lub

nienależyte wykonanie zobowiązania. Zdaniem Aleksandry Fidali, która w swojej glosie<sup>35</sup> przychylnie odniosła się do tej części rozumowania Sądu Najwyższego, dla zrozumienia istoty zagadnienia, z którym zmierzył się Sąd Najwyższy, kluczowe jest, aby nie stawiać „znaku równości pomiędzy przejawem niewykonania zobowiązania, stanowiącym przesłankę odstąpienia od umowy, a niewykonaniem zobowiązania, do jakiego dojdzie w jego następstwie. Szkoda wyrządzona w pierwszym i w drugim przypadku, co do zasady, będzie inna”.

Powyższy wywód należy uzupełnić o zastrzeżenie, że zaistnienie indywidualizowanej szkody majątkowej nie stanowi okoliczności warunkującej możliwość dochodzenia kary umownej<sup>36</sup>. Możliwe są bowiem stany faktyczne, w których realizacja normy odczytywanej z art. 494 k.c. ograniczy się wyłącznie do obowiązku zwrotu świadczeń, co Sąd Najwyższy zasygnalizował używając w przytoczonym fragmencie przysłówka „zwykłe”. Zdaniem Sądu Najwyższego odpowiedzialność wynikająca z doprowadzenia do stanu niewykonania zobowiązania pochłania odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w wyniku którego doszło do odstąpienia od umowy. Charakteryzując karę umowną, w judykaturze<sup>37</sup> i doktrynie podnosi się, że stanowi ona swoisty „surogat odszkodowania”. Nie oznacza to jednak, że kara umowna ma zastąpić odszkodowanie związane z powstającą u wierzyciela szkodą majątkową, ale powinna stanowić z góry umówioną kwotę pieniężną, płaconą na wypadek niewykonania zobowiązania, której celem jest skompensowanie wszystkich negatywnych dla wierzyciela konsekwencji wynikających ze stanu naruszenia zobowiązania, co jest związane ze znanym doktrynie pojęciem tzw. „szkody ogólnej”. W glosie<sup>38</sup> do uchwały, Przemysław Drapała uzupełnia, że przy ustalaniu wysokości kary umownej trzeba mieć świadomość, że nie pełni ona w umowie wyłącznie funkcji kompensacyjnej, ale także represyjną i prewencyjną.

<sup>35</sup> A. Fidal, *Glosa...*, s. 23–28.

<sup>36</sup> Szerzej na ten temat SN wypowiedział się w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69).

<sup>37</sup> Taki pogląd wyrażony jest chociażby w uzasadnieniu do uchwały wskazanej w przypisie wcześniejszym.

<sup>38</sup> P. Drapała, *Glosa...*, s. 133–138.

Problem, który pojawia się na tym etapie rozważań, wiąże się z możliwością uzależnienia uprawnienia do odstąpienia od umowy zarówno od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zarówno o charakterze niepieniężnym, jak i pieniężnym, podczas gdy norma *iuris cogentis*, wynikająca z art. 483 k.c. pozwala zastrzegać karę umowną wyłącznie w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania natury pieniężnej. Pogląd, który przyjęło późniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego, został sformułowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lutego 2007 r.<sup>39</sup>, a więc poprzedzającym wydaną wcześniej uchwałę. Zgodnie z tym poglądem: „[...] ocena skuteczności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy nie może być oderwana od oceny, na czym polegało niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania”. W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że wyłączną przyczyną odstąpienia od umowy było niewykonanie zobowiązania o charakterze pieniężnym, przez co zastrzeżona w umowie kara się nie należy. Jednakże trzeba zastrzec, że Sąd Najwyższy nie uznał samego postanowienia umowy, zawierającego zastrzeżenie kary umownej, za nieważne. W jego ocenie w całokształcie uprawnień, jakie przysługiwały danej stronie stosunku prawnego, oprócz zobowiązań o charakterze pieniężnym można było wyodrębnić i takie, które miały charakter niepieniężny. Gdyby od umowy odstąpiono wskutek ich niewykonania lub nienależytego wykonania, naliczenie kary umownej byłoby zasadne.

Odnosząc się do jeszcze wcześniejszych rozważań, trzeba nadmienić, że sama koncepcja „uproszczonej redakcji” postanowienia umownego zawierającego zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, jak i sama konstrukcja, pochodzą właśnie z fragmentu uzasadnienia przedmiotowego wyroku: „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy można zatem traktować jako formę uproszczenia redakcji warunków umowy, która pozwala na przyjęcie przez strony, że wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które uprawniają stronę do odstąpienia od umowy, stanowią jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej”.

---

<sup>39</sup> Wyrok SN z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06 (Lex nr 274191).

Na marginesie warto dodać, że mimo dokonania przez skład orzekający własnej wykładni omawianej w artykule konstrukcji, w końcowej części uzasadnienia zawarto odniesienie do drugiej koncepcji wykładni postanowienia zawierającego zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, zaprezentowanej w nieco wcześniejszym wyroku z 20 października 2006 r.<sup>40</sup> Sąd Najwyższy uznał, że tego rodzaju wykładni nie można *a limine* wykluczyć, jednakże przedmiotowego rozwiązania nie można było odnieść do stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie. Niestety Sąd Najwyższy nie pokusił się o uzasadnienie swojego stanowiska, przez co swoim stwierdzeniem raczej przysporzył wątpliwości interpretacyjnych, niżli ich odjął. Warto w tym miejscu nawiązać do glosy<sup>41</sup> Andrzeja Szlęzaka, który w swojej pracy zestawił obydwie rozstrzygnięcia. Autor zaaprobował obydwie orzeczenia, przede wszystkim z uwagi na to, że zmierzały w kierunku utrzymania w mocy postanowień umownych, których wprawdzie literalne brzmienie wskazywało na niedopuszczalność, jednakże odpowiednia klasyfikacja pozwoliła dopasować do znanej przepisom prawa konstrukcji. Jednakże odnosząc rozważania obydwu składów orzekających do obecnej rzeczywistości gospodarczej wskazał, że: „O ile bowiem uznanie, że strony miały zamiar sankcjonować przez karę umowną niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań, jakie przyjęły na siebie w zawartej przez nie umowie (jeśli doszło z tego powodu do odstąpienia od niej przez uprawnionego), wydaje się zgodne z doświadczeniami płynącymi z obserwacji praktyki rynkowej, o tyle sankcjonowanie przez karę umowną niewykonania zobowiązań ustawowych, jakie powstają wskutek odstąpienia od umowy, z praktyki tej nie wydaje się wynikać”. Taki wniosek jest przekonujący z dwóch względów – po pierwsze, jak przyznaje sam autor, znajduje większe odbicie w rzeczywistości, a po drugie interpretacja postanowienia umownego nakierowana jest na ustalenie zamiaru jaki strony miały przy układaniu treści łączącego je stosunku obligacyjnego, co pozostaje w zgodzie z dyrektywą wykładni oświadczeń woli z art. 65 k.c.

<sup>40</sup> Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06 (OSNC 2007, nr 7–8, poz. 117).

<sup>41</sup> A.S. Szlęzak, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06* (OSP 2009, nr 4, poz. 38); tenże, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06* (OSP 2009, nr 4, poz. 39).

Koncepcja uproszczonej redakcji postanowień umowy, pojawiała się później wielokrotnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Niezmiennie, skuteczność zastrzeżenia uzależniona była od oparcia wykonania uprawnienia do odstąpienia od umowy na przesłance niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Trudność interpretacyjną sprawiło dokładne wyznaczenie zakresu pojęcia „zobowiązanie niepieniężne” oraz rozstrzygnięcie, czy niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania, które nie ma charakteru podstawowego na gruncie danego stosunku obligacyjnego, także uprawnia do naliczenia kary umownej. Z perspektywy czasu widać, że orzecznictwo oparło się tutaj na rozumowaniu zaprezentowanym w przywoływanej już uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., w której stwierdzono, że: „Kategorię »zobowiązania« niepieniężnego należy rozumieć szeroko. Obejmuje ono z pewnością zobowiązania niepieniężne, przewidujące świadczenia o charakterze majątkowym, np. polegające na zawarciu umowy przyrzeczonej, art. 389–390 k.c., oraz niemajątkowym, np. powstrzymanie się od podejmowania określonej działalności, w tym – konkurencyjnej”. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r.<sup>42</sup> za wystarczającą przyczynę naliczenia zastrzeżonej kary umownej, uznano niedochowanie obowiązków wynikających z konieczności współdziałania między stronami umowy o dzieło (art. 640 k.c.), zaś we wspomnianym wyżej wyroku z dnia 23 marca 2017 r. nieudzielenie gwarancji zapłaty w umowie o roboty budowlane (art. 649<sup>1</sup> k.c.), natomiast w wyroku z dnia 28 maja 2014 r.<sup>43</sup> wystarczające okazało się niezapewnienie frontu robót w ramach współdziałania między stronami związanymi umową o roboty budowlane. Odnośnie do wymagalności kary umownej w przypadku odstąpienia spowodowanego niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) zobowiązania, niemającego charakteru podstawowego, Sąd Najwyższy odniósł się *explicite* w treści uzasadnienia przytaczanego wyroku z dnia 28 maja 2014 r.: „[...] niewykonanie przez stronę istotnego obowiązku umownego o charakterze niepieniężnym, nie mającego charakteru podstawowego (świadczenia), polegającego na konieczności

<sup>42</sup> Wyrok SN z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11 (Lex nr 1162612).

<sup>43</sup> Wyrok SN z dnia 28 maja 2014 r., I CSK 345/13 (Lex nr 1532768).



współdziałania z dłużnikiem, może być podstawą do zastrzeżenia kary umownej”. Tym samym orzecznictwo odrzuciło pogląd, zgodnie z którym niektóre obowiązki strony powinny być kwalifikowane jako obowiązki w ramach współdziałania z kontrahentem, przy wykonywaniu których strona nie występuje w roli dłużnika, a w roli wierzyciela zobowiązanego do działania, które umożliwia drugiej stronie jako dłużnikowi spełnienie jego świadczenia.

Z powyższego wynika, że przy ocenie wymagalności kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy należy oceniać wyłącznie to, czy zobowiązanie, którego nie wykonano (wykonano nienależycie) ma charakter niepieniężny. Nieistotna jest przy tym pozycja, jaką zobowiązanie to zajmowało w danym stosunku umownym – główną, czy też jedynie uboczną. Potwierdza to dalsza treść uzasadnienia do przedmiotowego wyroku: „W literaturze przeważa pogląd, że *de lege lata* nie jest możliwe zrezygnowanie z zasady, w myśl której, przesłanką odstąpienia od umowy i domagania się zastrzeżonej kary umownej musi być naruszenie przez dłużnika obowiązków o charakterze niepieniężnym”. Zaprezentowana interpretacja konstrukcji kary umownej, wpływa na sposób, w jaki podmiot zobowiązany do jej uiszczenia może zwolnić się z tego obowiązku. Skoro więc podstawę jej naliczenia stanowi niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania niepieniężnego, to zwolnienie z obowiązku zapłaty może nastąpić poprzez wykazanie, „że niewykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które [zobowiązany do zapłaty kary umownej] nie ponosi odpowiedzialności”, jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2017 r.<sup>44</sup>

Współlistnienie dwóch zarysowanych wyżej konstrukcji dostarcza wiele wątpliwości na etapie stosowania prawa przez sądy. Interpretując zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy na gruncie konkretnego przypadku, w uzasadnieniach do wyroków składy orzekające przywołują często tezy orzeczeń prezentujących koncepcje odmienne, co znacząco utrudnia pojęcie istoty zagadnienia. Przykładowo wyrok SN

---

<sup>44</sup> Wyrok SN z dnia 23 marca 2017 r., V CSK 393/16 (Lex nr 2306389).

z dnia 21 maja 2014 r.<sup>45</sup> odsyła do wyroku z dnia 20 października 2006 r.<sup>46</sup> oraz wyroku z dnia 13 czerwca 2008 r.<sup>47</sup> Orzeczenia te zostały przywołane na potwierdzenie faktu dopuszczalności stosowania zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. O przypadkowości wyboru odesłań świadczy fakt, że skład orzekający nie zdecydował się przywołać treści wspomnianej po wielokroć, kluczowej dla omawianego zagadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., zdecydowanie bardziej aktualnej oraz omawiającej zagadnienie bardziej kompleksowo od wybranych w uzasadnieniu orzeczeń. Jednocześnie należy zauważyć, że wyłącznie wyrok z dnia 20 października 2006 r. prezentuje konstrukcję zastrzeżenia kary umownej, tożsamą konstrukcji zastosowanej w wyroku z dnia 21 maja 2014 r. Źródłem powstającego w ten sposób problemu jest zatem skomplikowany charakter omawianego zagadnienia, w wyniku którego wyodrębnione w niniejszej pracy linie orzecznicze zdają się w niektórych miejscach ze sobą spletać, w innych zaś od siebie oddalać. Brak ostrożności w wyborze odesłań, powoduje raczej zaciemnienie zagadnienia, niżli jego rozjaśnienie. Zjawisko potęguje ponadto szeroki dostęp do baz orzeczniczych oraz postępująca tendencja zarówno w nauce, jak i praktyce prawa, do zastępowania własnych argumentów na poparcie stawianych tez rozlicznymi źródłami oraz odesłaniami.

Zdarzają się również przypadki, gdzie różnice interpretacyjne dotyczące konstrukcji kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy uwidaczniają się na etapie kontroli międzyinstancyjnej lub skargi kasacyjnej. Tak było w przypadku omawianego już wyroku z dnia 21 maja 2014 r., gdzie sąd drugiej instancji badał dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej w oparciu o istnienie zobowiązania o charakterze niepieniężnym, natomiast zdaniem Sądu Najwyższego charakter świadczeń, do których zobowiązały się strony, nie wpływa na skuteczność postanowienia zawierającego zastrzeżenie kary umownej przedmiotowej treści. Okoliczności te świadczą, że omawiane zagadnienie stanowi rzeczywisty problem interpretacyjny, a nie zagadnienie czysto teoretyczne.

<sup>45</sup> Wyrok SN z dnia 21 maja 2014 r., II CSK 529/13 (Lex nr 1493917).

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06 (Lex nr 224591).

<sup>47</sup> Wyrok SN z dnia 13 czerwca 2008 r., I CSK 13/08 (Lex nr 637699).

### 3.3. Quasi-kara umowna, swoista kara umowna

Niezależnie od wcześniejszych rozważań na temat charakteru odstąpienia od umowy i konkluzji, że nie może ono stanowić samoistnego źródła roszczenia o zapłatę kary umownej, zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy w praktyce obrotu bywa także uznawane za „swoistą” karę umowną, której zarówno zastrzeżenie jak i dochodzenie nie podlega reżimowi art. 483 i 484 k.c. Źródła takiego poglądu należy upatrywać w brzmieniu art. 84 Kodeksu zobowiązań<sup>48</sup>, traktującego o instytucji odszkodowania umownego – zastąpionej w obecnie obowiązującym kodeksie przez karę umowną. Przedmiotowa regulacja nie wskazywała na to, jakie okoliczności mogą aktualizować obowiązek zapłaty zastrzeżonej umownie kwoty ani też nie uzależniała skuteczności zastrzeżenia od charakteru świadczeń, będących przedmiotem zobowiązania. W mojej ocenie kwestię sporną stanowi to, czy zasada swobody umów, wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz tradycja poprzednich kodeksów stanowią podstawę do wysnucia wniosku o dopuszczalności takiej konstrukcji. Wskazuje się, że taka konstrukcja najbardziej odpowiada woli stron, gdyż karę umowną tego rodzaju zastrzega się przede wszystkim aby zapewnić trwałość węzła obligacyjnego. Zastrzeżenie kary umownej ma bowiem pełnić przede wszystkim funkcję stymulującą i represyjną, w drugiej zaś kolejności kompensacyjną. W zgodzie z powyższym wypowiedział się Sąd Najwyższy w sprawie, w której co prawda przedmiotem rozważań było zastrzeżenie kary umownej na wypadek wypowiedzenia umowy, jednakże rozważania Sądu można także odnieść do omawianego w artykule zagadnienia. W wyroku z dnia 20 października 2006 r.<sup>49</sup> Sąd Najwyższy podaje, że „Tego rodzaju zastrzeżenie, niebędące karą umowną w rozumieniu art. 483 § 1 k.c., ale bez wątplenia mające charakter represyjny, dopuszczalne jest w świetle zasady swobodnego kształtowania stosunku prawnego (art. 353<sup>1</sup> k.c.)”. Konsekwencją takiej

<sup>48</sup> Art. 84: „§ 1. Odszkodowanie umowne należy się wierzycielowi bez potrzeby wykazania przezeń jakiegokolwiek szkody. § 2. Odszkodowania wyższego niż umowne wierzyciel może dochodzić na zasadach ogólnych, jeżeli się zrzeknie odszkodowania umownego” (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań, Dz.U. poz. 598 ze zm.).

<sup>49</sup> Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06 (Lex nr 224593).

konstrukcji jest uniezależnienie się roszczenia o zapłatę „swoistej” kary umownej od głównego roszczenia wynikającego z danego zobowiązania. W ten sposób powyższe zastrzeżenie odrywa się od rodzaju umowy i nie pozostaje w żadnym związku z kwestią spełnienia świadczenia będącego przedmiotem umowy. Pogląd zaprezentowany przez Sąd spotkał się z aprobatą w głosie<sup>50</sup> autorstwa Doroty Krekora-Zajęc.

Podążając za tokiem rozumowania zaprezentowanym w powyższym orzeczeniu, „swoista” kara umowna stanowi w rzeczywistości świadczenie przysługujące jednej ze stron w razie spełnienia się warunku w postaci odstąpienia od umowy. Taki sposób myślenia został powtórzony w późniejszym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 r.<sup>51</sup> Skład orzekający wspomniał o istnieniu różnych koncepcji konstrukcji kary umownej, jednakże z uwagi na podobieństwo stanów faktycznych, podążył za koncepcją zaprezentowaną w wyroku z dnia 20 października 2006 r. W uzasadnieniu takiej decyzji Sąd Najwyższy zwrócił szczególną uwagę na zamiar stron, które zamieściły w umowie postanowienie tej treści: „Przyczyną wprowadzenia do umowy postanowienia o karze umownej był zamiar zabezpieczenia interesu wykonawcy przez zryczałtowanie mu utraty zysku, jaki mógłby osiągnąć, gdyby umowa nie została wcześniej rozwiązana”. Tym samym Sąd Najwyższy uznał, że zastrzeżona w umowie kara miała stanowić „zryczałtowanie utraty zysku”, jaki strona mogłaby osiągnąć, gdyby umowa została zrealizowana. Sąd Najwyższy odniósł się także do możliwości stosowania zaprezentowanej w wyroku konstrukcji w innych stanach faktycznych: „Może być [zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia/wypowiedzenia – przyp. red.] elementem każdej innej umowy, której rozwiązanie w drodze wypowiedzenia skutkuje powstaniem szkody lub stawia stronę dotkniętą wypowiedzeniem w innej niekorzystnej sytuacji”. Sąd Najwyższy zaaprobował także tezę odnoszącą się do oderwania roszczenia wynikającego z zastrzeżenia zapłaty kary umownej, zaprezentowaną w wyroku z dnia 20 października 2006 r.

<sup>50</sup> D. Krekora-Zajęc, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06*, „Glosa” 2009, nr 1, s. 40–43.

<sup>51</sup> Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08 (Lex nr 484667).

Zaprezentowane powyżej stanowisko nie spotkało się z aprobatą w późniejszej judykaturze. Podkreśla to jedna z tez przywoływanej już po wielokroć uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r.: „W klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi o swego rodzaju sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono”. Z kolei Andrzej Szlęzak w omawianej wcześniej glosie<sup>52</sup> podnosi, że kara umowna stanowi instrument o charakterze sankcji – i to dość surowej dla dłużnika, bo (jak chce Sąd Najwyższy<sup>53</sup>) stosowanej także wówczas, gdy wierzyciel nie poniósł szkody – interpretacja odnośnych postanowień kodeksu w kierunku dopuszczalności zastrzegania kar umownych także na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań pieniężnych, tj. rozszerzania zakresu zastosowania art. 483 i 484 k.c. na przypadki w przepisach tych nieprzewidziane, nie zasługuje na aprobatę. Podobnie należałoby ocenić próby konstruowania – jak to określił J. Jastrzębski<sup>54</sup> – „quasi-kar umownych”, które zastrzegano by w związku z zobowiązaniami pieniężnymi, a do których nie miałyby stosować się przepisy art. 483 i 484 k.c. Pisząc o próbach interpretacji art. 483 i 484 k.c. w kierunku dopuszczalności zastrzegania kary umownej także w przypadku zobowiązań pieniężnych autor miał zapewne na myśli wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 1994 r.<sup>55</sup>, który nie rozpoczął jednak konsekwentnej linii orzeczniczej. Postulował on liberalną interpretację przepisów normujących kwestię kary umownej, aprobując możliwość zastrzegania kar umownych w przypadku zobowiązań pieniężnych, oraz zachowawcze podejście do instytucji miarkowania kary umownej.

---

<sup>52</sup> A.S. Szlęzak, *Glosa...*

<sup>53</sup> Uchwała SN (7) z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (Lex nr 81615).

<sup>54</sup> J. Jastrzębski, *Kara...*, s. 236 i n.

<sup>55</sup> Wyrok SN z dnia 28 stycznia 1994 r., I CO 39/93 (Lex nr 164843).

#### 4. Kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy w najnowszym orzecznictwie sądów powszechnych

Konstruktywność wywodu teoretyczno-prawnego, a takim jest próba opisanie konstrukcji kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, powinna być mierzona wedle możliwości przełożenia się wypracowanych wniosków na powstanie dobrej praktyki, odzwierciedlającej potrzeby podmiotów występujących w obrocie. To, że właściwa, a więc dopasowana konstrukcyjnie do stanu faktycznego interpretacja zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy stanowi rzeczywisty problem, uwidacznia się w podejściu do tego problemu w orzecznictwie sądów powszechnych.

Z dokonanego przeglądu najnowszych orzeczeń, odnoszących się do zagadnienia prezentowanego w artykule, można wyciągnąć wniosek, że sądy powszechne najczęściej interpretowały postanowienia zawierające zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy zgodnie z drugą koncepcją spośród trzech omówionych powyżej, a więc z koncepcją „uproszczenia redakcyjnego”. Na tym stanowisku stanął Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 28 maja 2015 r.<sup>56</sup> Odnosząc się do koncepcji swoistej kary umownej, uznał ją za niemożliwą do pogodzenia z obecnie panującymi regulacjami normującymi instytucję kary umownej. Zdaniem Sądu, tego rodzaju konstrukcja odpowiada bowiem bardziej stosunkowi gwarancyjnemu, niż konstrukcji kary umownej opartej na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej, z wyłączeniem konieczności zaistnienia szkody.

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 11 czerwca 2015 r.<sup>57</sup> skład orzekający podzielił ten sam pogląd co Sąd Apelacyjny w Gdańsku. Tym niemniej, w uzasadnieniu do wyroku zamieszczony został przegląd orzecznictwa odnoszący się do wspomnianego zagadnienia, w którym przedstawiono różne sposoby interpretacji postanowień zawierających zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. Sąd stanął na stanowisku, że żadnej z zaprezentowanych

<sup>56</sup> Wyrok SA w Gdańsku z dnia 28 maja 2015 r., I ACa 9/15 (Lex nr 1917070).

<sup>57</sup> Wyrok SO w Lublinie z dnia 11 czerwca 2015 r., II CA 213/15 (Lex nr 1770793).

w przytoczonych rozstrzygnięciach koncepcji nie można odmówić zasadności. Różnice między kierunkiem, jaki obrały poszczególne orzeczenia, wynikają natomiast zdaniem Sądu z odmienności stanów faktycznych, w których zapadały. Dokonany przez Sąd podział może być o tyle mylący, że skupia się raczej na grupowaniu orzeczeń według podobieństwa stanów faktycznych i zastosowanego rozwiązania, a nie przyjętej koncepcji konstrukcji kary umownej i płynących z tego konsekwencji. Tytułem przykładu, w jednej grupie orzeczeń zostały wyróżnione wyroki, które skuteczności postanowienia zawierającego zastrzeżenie kary umownej upatrują w niewykonaniu zobowiązania niepieniężnego stanowiącego podstawę odstąpienia oraz te, w których naliczenie kary umownej było spowodowane niewykonaniem obowiązku zwrotu świadczonej rzeczy, który wynikał ze zobowiązania powstałego wskutek odstąpienia od umowy. W ten sposób zestawienie nie dotyka w ogóle dylematu, który prowadzi do pytania, czy uznanie, że kara umowna wynika ze zobowiązań powstałych na mocy art. 494 k.c. nie przesądza o skuteczności jej zastrzeżenia w związku z niepieniężną istotą świadczeń odszkodowawczych, o których ten przepis mówi.

Wyboru tej samej konstrukcji, co w dwóch poprzednich orzeczeniach, dokonał Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 czerwca 2016 r.<sup>58</sup> Sąd potwierdził, że w postanowieniach umownych tego typu nie może chodzić o sankcję finansową za samo skorzystanie z uprawnienia prawokształtującego do odstąpienia od umowy, ale o karę finansową w rozumieniu art. 483 k.c., której celem jest zrekompensowanie poniesionej szkody, a której skuteczność jest zależna od charakteru zobowiązania, w wyniku którego nastąpiło odstąpienie. Zdaniem Sądu, możliwe jest ustalenie przez strony sankcji za samo odstąpienie od umowy (oderwaną od przyczyn odstąpienia), jednakże, z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter normy art. 483 § 1 k.c., sankcja taka nie może być karą umowną. Skuteczność takiego postanowienia musi jednak jasno wynikać z woli stron, których celem było w tym przypadku scementowanie łączącego je węzła obligacyjnego.

Dokonanie powyższego przeglądu prowadzi do wniosku, że o wybo-  
rze stosowanej na gruncie danego przypadku konstrukcji zastrzeżenia

<sup>58</sup> Wyrok SA w Białymstoku z dnia 30 czerwca 2016 r., I ACa 191/16 (Lex nr 2071267).



decyduje przede wszystkim jej dominujący charakter. Nie wydaje się to być kierunkiem słusznym – dobór konstrukcji, wraz z jej odpowiednim uzasadnieniem, powinien w pierwszej kolejności odnosić się do wzajemnych oświadczeń woli stron, kształtujących charakter łączącej je relacji. Tymczasem zamiast próby rzeczywistego rozstrzygnięcia powstałego między stronami sporu, obserwuje się tendencję do ustalenia konstrukcji dominującej w obrębie danego typu umowy i przeniesienia jej na realia rozstrzyganej sprawy. Bez odpowiedzi pozostawię w tym miejscu pytanie, czy z lektury publikowanego uzasadnienia do wyroku możliwe jest odczytanie intencji stron, kryjącej się w danym postanowieniu umownym. Powyższe konkluzje wskazują, że rozważania na temat możliwych konstrukcji zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy oraz tego, co powinno stać za zastosowaniem jednej z nich na gruncie konkretnego przypadku, nie mają wymiaru wyłącznie teoretycznego, ale przekładają się wprost na funkcjonowanie podmiotów uczestniczących w obrocie.

## 5. Podsumowanie

Oprócz założeń wskazanych we wstępie, celem niniejszego artykułu było przede wszystkim zaprezentowanie omawianego zagadnienia przez pryzmat jego praktycznych konsekwencji, aby powyższe rozważania nie miały wyłącznie wymiaru teoretyczno-prawnego. Przyjęcie pierwszej koncepcji, zgodnie z którą kara umowna zabezpiecza wykonanie zobowiązań powstałych w wyniku odstąpienia od umowy, rozstrzyga kwestię ważności przedmiotowej klauzuli na etapie oceny charakteru tych zobowiązań. Zobowiązanie do zwrotu świadczeń, o ile nie dotyczy kwot pieniężnych, nie będzie miało bowiem charakteru pieniężnego, natomiast zobowiązanie odszkodowawcze w swojej istocie nie stanowi zobowiązania pieniężnego. Zwolnienie się z odpowiedzialności zapłaty kary umownej możliwe zaś będzie, w przypadku wykazania, że strona uczyniła zadość obowiązkowi nakładanym na nią przez normę wynikającą z art. 494 k.c.

Zgodnie z drugą koncepcją, w myśl której kara umowna zastrzeżona jest na wypadek niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania, stanowiącego podstawę odstąpienia, zachodzi konieczność w pierwszej kolejności oceny charakteru zobowiązania, od którego odstąpiono, w drugiej zaś

rozstrzygnięcia czy niewykonanie danego zobowiązania stanowiło rzeczywistą podstawę odstąpienia od umowy. Konstrukcja ta może stanowić bowiem pole do nadużyć stron, które będą zamieszczały w umowie sztuczne postanowienia nakładające na jedną z nich zobowiązania natury niepieniężnej (np. obowiązki informacyjne, notyfikacyjne), których niewykonanie będzie obwarowane umownym prawem odstąpienia, skutkującego możliwością naliczenia kary umownej. W świetle obowiązującego w doktrynie przekonania, kara umowna ma uczynić zadość stronie odstępującej za wszystkie negatywne następstwa powstałe w wyniku odstąpienia od umowy. Obejmuje ona więc swoim zakresem nie tylko następstwa niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań natury niepieniężnej, ale także pieniężnej. W ocenie autora konieczne jest określenie podstawy odstąpienia od umowy, gdyż w przeciwnym razie kreatywność stron układających treść umowy mogłaby doprowadzić do obejścia ustawowego zakazu nakładanego przez normę wynikającą z art. 483 k.c. Zwolnienie się z obowiązku zapłaty kary umownej będzie zaś sprowadzało się w świetle omawianej konstrukcji do wykazania braku odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, które stanowiło podstawę odstąpienia.

Przechodząc do teorii „swoistej” kary umownej należy wskazać, że stosowanie tej koncepcji może znacząco zaburzyć równowagę kontraktową stron, szczególnie ze względu na wspomniane oderwanie się roszczenia o zapłatę kary umownej od roszczenia wynikającego z treści umowy, w wyniku którego roszczeń tych można dochodzić niezależnie od siebie. Interpretowanie kary umownej zgodnie z omawianą koncepcją wymaga pogłębionej analizy wykładni oświadczeń woli stron umowy, które karze umownej chciały nadać przede wszystkim funkcję stymulującą i represyjną. Tym niemniej należy podnieść, że charakterystyka takiego instrumentu bardziej przypomina instytucję gwarancji niż kary umownej w rozumieniu obecnie obowiązującego Kodeksu cywilnego. Zwolnienie się z obowiązku zapłaty kary umownej możliwe byłoby wyłącznie w przypadku dowiedzenia nieskuteczności odstąpienia od umowy.

Zdaniem autora, najlepszym podsumowaniem powyższych rozważań są słowa napisane w ramach dygresji w jednej z glos<sup>59</sup> przez

<sup>59</sup> Z. Radwański, *Glosa do wyroku SN z dnia 5 czerwca 2002 r., II CKN 701/00*, OSP 2003, nr 10, poz. 124.

prof. Radwańskiego: „[...] przepis art. 483 § 1 k.c. dopuszcza zastrzeżenie odszkodowania umownego tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Niestety, w praktyce gospodarczej często spotyka się takie niezgodne z prawem dodatkowe zastrzeżenia umowne, co zapewne spowodowane jest dawnymi nawykami ukształtowanymi jeszcze pod rządami Kodeksu zobowiązań z 1933 r. oraz kontynuowanymi w okresie PRL na podstawie szczególnych regulacji prawnych odnoszących się do stosunków między jednostkami gospodarki społecznej. Czas już jednak najwyższy, aby normy obowiązującego dzisiaj Kodeksu cywilnego przeniknęły do świadomości przedsiębiorców, a zwłaszcza prawników wspomagających ich w działalności gospodarczej”. W ocenie autora artykułu, instytucja kary umownej powinna mieć zastosowanie wyłącznie w przypadkach *explicite* przewidzianych w art. 483 k.c., czyli niewykonania lub niewykonania zobowiązań o charakterze niepieniężnym. W przypadku zastrzeżenia jej na wypadek odstąpienia od umowy, niemożliwe jest zatem odejście od reżimu art. 483 i 484 k.c., który zapewnia odpowiedni poziom ochrony stronie obciążonej karą. Zachowanie różnorodności konstrukcyjnej umożliwia zaś, poprzez przeprowadzenie odpowiedniej wykładni oświadczeń woli, identyfikację elementu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i właściwą ocenę konkretnego zastrzeżenia.

Należy mieć również na uwadze to, że z treści oświadczeń woli stron może wynikać zamiar skorzystania z innego niż kara umowna instrumentu prawnego. Jak bowiem zauważa prof. Radwański w dalszej części swojej pracy: „ustalenie, że kwalifikacja prawna wspomnianego zastrzeżenia umownego jako odszkodowania umownego (kary umownej) jest niewłaściwa, nie prowadzi jeszcze do uznania jej nieważności. Obowiązuje bowiem ogólna dyrektywa życzliwej interpretacji umów *benigna interpretatio*, która nakazuje poszukiwanie takiego ich rozumienia, które zapewniłoby ich maksymalną skuteczność prawną, a w konsekwencji realizację woli stron. Na przeszkodzie temu nie stoi nazwanie przez same strony wspomnianej klauzuli umownej »karą umowną«. Przypomnieć bowiem w związku z tym trzeba ogólną zasadę, że użycie przez strony jakiegś nazwy wskazującej na określony typ czynności prawnej nie wiąże sądu

w procesie kwalifikacji prawnej tej czynności. Decyduje bowiem o tym jej treść ustalona w toku wykładni dokonanej wedle reguł wskazanych w art. 65 k.c.”. Warto jednak w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że tego rodzaju konwersja musi mieć swoje oparcie w treści oświadczeń woli stron zawierających umowę. Zastosowanie jej w nieodpowiedni sposób może spowodować zaburzenie równowagi kontraktowej w danym stosunku umownym, a co za tym idzie stanowić pokrzywdzenie jednej ze stron. Zamykając całość powyższych rozważań, niezależnie od przyjętej konstrukcji kary umownej i tego czy w danym stosunku pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, stymulującą, czy represyjną, co zależy przede wszystkim od woli umawiających się stron; powinna niezmiennie pozostać instrumentem mającym na celu utrzymanie równowagi między stronami, a nie samoistnym źródłem korzyści, wynikających z niepowodzenia drugiej strony stosunku umownego.

### Streszczenie

Kara umowna stanowi bardzo często używane narzędzie we współczesnym obrocie gospodarczym. Zarówno konstrukcja kary umownej, jak i sposób dochodzenia roszczenia o jej zapłatę są o wiele mniej skomplikowane od zasad ustalania i dochodzenia odszkodowania. Postanowienia zawierające zastrzeżenie kary umownej stosuje się w umowach różnego rodzaju, a obowiązek zapłaty uzależnia się od różnych okoliczności. Częstą praktyką jest zastrzeżenie kar umownych na wypadek odstąpienia od umowy. Konstrukcji takiej nie zna jednak polski Kodeks cywilny. Dopuszczenie do obrotu kary umownej w takiej formie wiązało się z koniecznością opracowania przez orzecznictwo dobrej teorii, która położyłaby fundament pod ustalenie się dobrej praktyki w tej materii. Wypracowane rozwiązania nie mają jednak jednorodnego charakteru, a różnice teoretyczne przekładają się na praktykę funkcjonowania tej instytucji w obrocie.

**Słowa kluczowe:** kara umowna, klauzula umowna, odstąpienie od umowy, równowaga kontraktowa, swoboda umów

## **Contractual penalty clause for the withdrawal from a contract – interpretation of legal structure in the light of case law and its implications**

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

Contractual penalty constitutes a very frequently used instrument in present economic relations. Both the construction as well as the way in which it is executed, are far simpler than principles of establishment and execution of damages. Clauses stipulating contractual penalties are applied to many sorts of contracts, also the obligation to pay the contractual penalty may be dependent on varied circumstances. It is a frequent practice to stipulate a contractual penalty in case of withdrawal from an agreement. However, the construction of this sort is not present in the Polish Civil Code. Acceptance of contractual penalty in presented form followed a necessity to create a sufficient theory which would lay foundations for establishment of a good practice in this matter. However, elaborated solutions are not uniform and theoretical differences result in differences in functioning of this legal institution in economic relations.

**Keywords:** contractual penalty, contractual clause, withdrawal from an agreement, contractual balance, freedom of contract

**Filip Wiaderek,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: f.wiaderek@student.uw.edu.pl.

**CHARAKTER WPISU HIPOTEKI DO KSIĘGI WIECZYTEJ PRZY SUBROGACJI  
USTAWOWEJ – GŁOSA – II CSK 548/10**

Do skutków wstąpienia *ex lege* w prawa zaspokojonego wierzyciela stosuje się odpowiednio przepisy o przelewie wierzytelności, a w szczególności art. 509 § 2 Kodeksu cywilnego<sup>1</sup>. Zarówno cel instytucji podstawienia w postaci utrwalenia, wzmocnienia sytuacji prawnej osoby trzeciej wstępującej w prawa zaspokojonego wierzyciela, jak i możliwość stosowania do subrogacji ustawowej przepisów o cesji wierzytelności powoduje, że użyty w art. 95 ust. 5 Prawa bankowego<sup>2</sup> zwrot „przeniesienie hipoteki w związku ze zbyciem wierzytelności bankowej” odnosi się do przeniesienia hipoteki w przypadku subrogacji ustawowej. **Warunkiem uzyskania hipoteki przez osobę trzecią, spłacającą wierzyciela, jest dopełnienie wymagań niezbędnych do jej przejścia. Niezbędny jest zatem wpis hipoteki do księgi wieczystej, który ma charakter konstytutywny.**

**1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 czerwca 2011 r. (II CSK 548/10)**

Problematyka przeniesienia hipoteki zabezpieczającej wierzytelność przy nabyciu tej wierzytelności *ex lege* oraz charakteru ujawnienia tego zdarzenia w treści księgi wieczystej budzi liczne kontrowersje. W szczególności późniejsze ze wskazanych zagadnień, ze względu na swój ładunek formalny, wydaje się często pomijane w orzecznictwie, co owocuje bezrefleksyjnym przyjęciem konstytutywnego charakteru wpisu zmiany hipoteki w związku z subrogacją. Co więcej, wskazany problem poruszany w niniejszej glosie ma nie tylko znaczenie teoretyczne, ale i praktyczne istotne z punktu widzenia obrotu prawnego, przede wszystkim

---

\* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: lpierwienis@gmail.com.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459) – dalej: k.c.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1876) – dalej: p.b.

w zakresie postępowań wieczystoksięgowych. Zasadne wydaje się więc przeanalizowanie stanowiska Sądu Najwyższego w wyroku będącym przedmiotem niniejszej glosy, który stanowi jedno z nielicznych orzeczeń, gdzie wskazane wyżej zagadnienia zostały poruszone. Analiza dotyczyć będzie głównie rozróżnienia instytucji przelewu wierzytelności i podstawienia, akcesoryjności jako cechy zabezpieczenia hipotecznego i wreszcie charakteru wpisu zmiany hipoteki w związku z subrogacją.

## 2. Stan faktyczny i stanowisko sądów orzekających w sprawie

Na podstawie umowy z dnia 29 września 1993 r. Powszechny Bank Kredytowy S.A. w W. (dalej: PBK S.A. w W.) udzielił P.P.H.W.E.I. sp. z o.o. (dalej: spółka) w Z. kredytu inwestycyjnego w kwocie 1 000 000 zł. Zabezpieczeniem spłaty kredytu było m.in. poręczenie udzielone przez Waldemara L. (pozwanego) oraz hipoteka na należącej do małżonków Jerzego i Marzenny K. (powodów) nieruchomości objętej księgą wieczystą nr (...) prowadzoną w Sądzie Rejonowym w Zgierzu. W dniu 17 listopada 1993 r. Sąd Rejonowy wpisał hipotekę w wysokości 1 000 000 zł na rzecz PBK S.A. w W.

Ze względu na niespłacenie kredytu PBK S.A. w W. wystąpił do poręczyciela Waldemara L. o zapłatę. Waldemar L. dokonał spłaty kredytu w wysokości 414.000 zł. W dniu 9 lutego 2007 r. bank BPH S.A. w K. (jako następcą prawny PBK S.A. w W.) wystawił zaświadczenie o stanie zadłużenia wynikającego z umowy kredytowej oraz o dokonaniu przez Waldemara L. spłaty w wysokości 414.000 zł z tytułu należności głównej. Jednocześnie BPH S.A. w K. oświadczył, że w związku ze spłatą przez poręczyciela wchodzi on, do wysokości dokonanej zapłaty, w prawa wierzyciela. Jako podstawę prawną zaświadczenia wskazał art. 95 p.b.

W dniu 15 maja 2007 r. Waldemar L. złożył wniosek do Sądu Rejonowego o zmianę treści hipoteki zwykłej w kwocie 1 000 000 zł przez wpisanie, że hipoteka przysługuje Bankowi do kwoty 586 000 zł oraz Waldemarowi L. do kwoty 414 000 zł. W dniu 16 sierpnia 2007 r. Sąd Rejonowy w Zgierzu dokonał w księdze wieczystej nr (...) wpisu hipoteki w wysokości 414 000 zł na rzecz Waldemara L. z tytułu kredytu udzielonego



spółce. Jednocześnie, Sąd zmniejszył kwotę hipoteki ustanowionej na rzecz Banku do kwoty 586 000 zł.

Pozwem z dnia 17 stycznia 2008 r. Waldemar L. wniósł o zasądzenie od Jerzego K., Marzenny K. i spółki kwoty 414 000 zł tytułem zwrotu części spłaconego kredytu. Natomiast w pozwie z dnia 20 października 2008 r., skierowanym przeciwko Waldemarowi L., małżonkowie Jerzy i Marzenna K. wnieśli, by w dziale IV księgi wieczystej nr (...), wykreślić wpis o treści „hipoteka w wysokości 414.000 zł na rzecz Waldemara L. z tytułu kredytu udzielonego na działalność gospodarczą »P.P.H.W.E.I.«, spółki z o.o. (...)”.

Sąd Rejonowy uznał, że stan ujawniony w przedmiotowej księdze wieczystej jest zgodny z rzeczywistym stanem prawnym. Przyjął, że Waldemar L. wskutek zapłaty na rzecz BPH S.A. w K. kwoty 414 000 zł, spłacił częściowo dług powodów, za który odpowiadał osobiście jako poręczyciel, a w konsekwencji wszedł, na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c., w prawa zaspokojonego wierzyciela, nabywając, wraz ze spłaconą wierzytelnością, zabezpieczającą ją hipotekę ustanowioną na nieruchomości powodów. W związku z tym, Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 2 czerwca 2009 r. oddalił powództwo małżonków Jerzego i Marzenny K. przeciwko Waldemarowi L.

Wskutek wniesionej apelacji, Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokiem z dnia 20 stycznia 2010 r. oddalił apelację powodów od wyroku Sądu Rejonowego, uznając za niezasadne zarzuty naruszenia art. 518 § 1 pkt 1 k.c. oraz art. 95 ust. 1, 3, 4 i 5 p.b. Sąd Okręgowy uznał, że do oceny skutków wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela można odpowiednio stosować przepisy k.c. o przelewie wierzytelności, w tym art. 509 § 2 k.c., który stanowi o przejściu praw związanych z wierzytelnością. Wskazał, że szczególne zasady dokonywania wpisów hipoteki przewidziane w art. 95 ust. 1–4 p.b. stosuje się odpowiednio do ujawnienia w księdze wieczystej zmiany treści hipoteki i przeniesienia hipoteki w związku ze zbyciem wierzytelności bankowej.

W skardze kasacyjnej powód Jerzy K. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez nakazanie wykreślenia wpisu hipoteki. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 1 czerwca 2011 r. oddalił skargę kasacyjną.

Zasadniczymi problemami rozstrzyganymi w niniejszej sprawie przez Sąd Najwyższy są konsekwencje zastosowania konstrukcji subrogacji ustawowej (podstawienia, czy też *cessio legis*), o której mowa w art. 518 k.c., w zakresie przeniesienia praw akcesoryjnych związanych z wierzytelnością (w niniejszej sprawie hipoteki zabezpieczającej wierzytelność bankową). Należy przypomnieć, iż subrogacja polega na tym, że w sytuacjach wskazanych w przepisie osoba trzecia, spłacając wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty<sup>3</sup>. Innymi słowy, w strukturze stosunku zobowiązaniowego **osoba trzecia spłacająca wierzyciela zajmuje jego miejsce**. Nabycie wierzytelności albo jej części w trybie art. 518 k.c. ma zatem charakter translatywny, pochodny i następuje z mocy prawa z chwilą dokonania zapłaty. Wypada również podkreślić, że nabycie wierzytelności ma charakter translatywny także w przypadku częściowej spłaty wierzyciela i nabycia części wierzytelności<sup>4</sup>. W przypadku subrogacji ustawowej sytuacja prawna dłużnika nie ulega zmianie, dłużnikowi przysługują przeciwko nowemu wierzycielowi wszystkie zarzuty, które mógł podnieść przeciwko pierwotnemu wierzycielowi<sup>5</sup>.

Sąd Najwyższy, w orzeczeniu będącym przedmiotem niniejszej glosy wskazał, iż kluczowe znaczenie mają dwie kwestie. Pierwsza związana jest z możliwością odpowiedniego zastosowania do instytucji podstawienia przepisów o przelewie wierzytelności, w szczególności art. 509 § 2 k.c., przewidującego przejście na nabywcę praw związanych z wierzytelnością. Druga zaś dotyczy art. 95 ust. 5 p.b. i wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zbycie wierzytelności bankowej skutkującej przeniesieniem hipoteki obejmuje przypadek subrogacji ustawowej.

Należy zauważyć, że o ile rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, zdaniem autora niniejszej glosy, jest prawidłowe, to jednak uzasadnienie Sądu w kwestiach dotyczących podobieństwa instytucji przelewu i podstawienia oraz brak uzasadnienia w przypadku wymogów związanych

<sup>3</sup> K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 518 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2015.

<sup>4</sup> P. Sobolewski, *Komentarz do art. 518 [w:] Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część Ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.

<sup>5</sup> Tamże.

z przeniesieniem hipoteki przy zastosowaniu subrogacji (charakter wpisu hipoteki do księgi wieczystej) budzą wątpliwości i zastrzeżenia.

Niemniej, wymaga podkreślenia, iż na gruncie zaistniałego stanu faktycznego, gdzie pozwany (beneficjent podstawienia) dokonał już zmiany wpisu w księdze wieczystej, rozważania przedstawione poniżej, dotyczące charakteru wpisu hipoteki do księgi wieczystej, będą miały charakter hipotetyczny. Wydaje się jednak, iż brak uzasadnienia Sądu Najwyższego zastąpiony prostym stwierdzeniem, iż warunkiem uzyskania hipoteki przez osobę trzecią, splacającą wierzyciela, jest wpis hipoteki do księgi wieczystej, który ma charakter konstytutywny, nie jest przekonujący. W związku z tym, kwestia tego czy subrogacja znosi wszelkie, zarówno ustawowe, jak i umowne ograniczenia związane z przelewem wierzytelności, w tym np. konstytutywny charakter wpisu hipoteki na rzecz nowego wierzyciela w przypadku wierzytelności hipotecznej, pozostaje jak najbardziej aktualna i nierozstrzygnięta. Abstrakcyjny zaś charakter poruszanego problemu nie wpływa, w przekonaniu autora niniejszej glosy, na jego wagę.

### 3. Analiza prawna stanowiska Sądu Najwyższego

Jak wyżej wskazano w uzasadnieniu do wyroku Sąd Najwyższy skoncentrował swoje rozważania głównie na ocenie, czy do subrogacji ustawowej można odpowiednio stosować przepisy regulujące instytucję przelewu oraz czy zbycie wierzytelności bankowej zabezpieczonej hipoteką ma takie samo zastosowanie w przypadku subrogacji jak i przelewu.

W niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy rozstrzygał o szczególnym przypadku subrogacji, o którym mowa w art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Przepis ten wskazuje, że podstawienie dotyczy osoby trzeciej, która płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście albo pewnymi przedmiotami majątkowymi. **Istotne jest tu zastrzeżenie, że zapłata ma dotyczyć cudzego długu.** Chodzi więc o poręczyciela (splaca on dług formalnie własny, ale materialnie cudzy)<sup>6</sup>, który co prawda względem wierzyciela odpowiada jak współdłużnik solidarny (art. 881 k.c.), to jednak splacając

<sup>6</sup> A. Szpunar, *Wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela*, Kraków 2000, s. 55–57.

wierzyciela, wstępuje w jego miejsce i nabywa spleconą wierzytelność. W konsekwencji staje się wierzycielem głównego dłużnika.

Sąd Najwyższy prawidłowo wskazał podstawowy cel instytucji podstawienia, to jest zabezpieczenie interesów osoby trzeciej, która dokonując spłaty wierzyciela doprowadza do wygaśnięcia długu do wysokości dokonanej zapłaty. Następnie Sąd Najwyższy prawidłowo podkreślił jedną z cech odróżniających subrogację od przelewu, mianowicie, iż w przypadku subrogacji osoba trzecia nabywa spleconą wierzytelność tylko w takim zakresie, w jakim spłaciła wierzyciela, tj. w zakresie rzeczywistego zaspokojenia. Przelew wierzytelności prowadzi zaś do nabycia przez cesjonariusza całej wierzytelności. Innymi słowy, cesjonariusz może domagać się od dłużnika całej sumy bez względu na to, ile dawnemu wierzycielowi zapłacił<sup>7</sup>.

Jednakże to nie jedyna różnica pomiędzy subrogacją a przelewem. Charakterystyczne dla subrogacji jest również to, że wierzytelność nabyta z mocy prawa pod tytułem szczególnym przez osobę trzecią wskutek częściowej zapłaty, musi ustąpić pierwszeństwa wierzytelności pozostalej przy dawnym wierzycielu<sup>8</sup>. Skutki tego zastrzeżenia przejawiają się m.in. w postępowaniu egzekucyjnym. Natomiast samo nabycie wierzytelności następuje z chwilą dokonania zapłaty<sup>9</sup>, zatem wskutek jednostronnej czynności osoby trzeciej. Przy czym, mimo wyraźnego brzmienia przepisu nie zawsze będzie odnosiło się to do zapłaty. Nie jest wykluczone, że za zgodą wierzyciela będzie jej równoważne np. *datio in solutum*<sup>10</sup>.

Można zatem wywnioskować, iż **subrogacja jest instytucją odmienną od przelewu**. Następuje w innych okolicznościach, może służyć do realizacji innych celów. Wobec braku subrogacji sama zapłata prowadziłaby bowiem do wygaśnięcia długu, natomiast osobie trzeciej przysługiwałyby jedynie roszczenia wynikające z treści stosunku,

<sup>7</sup> Wyrok SN z dnia 25 lutego 2005 r., II CK 440/04 (Lex nr 175415).

<sup>8</sup> J. Mojak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. 2, Warszawa 2005, s. 162.

<sup>9</sup> L. Stecki [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, t. 1, Warszawa 1989, s. 528.

<sup>10</sup> K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 518 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2015.

usprawiedliwiającego jej dokonanie, ewentualnie z bezpodstawnego wzbogacenia<sup>11</sup>.

Jednakże, niezależnie od powyższych cech różnicujących subrogację od przelewu, art. 518 k.c. nie rozstrzyga dalszych kwestii związanych ze zmianą wierzyciela, co zostało słusznie dostrzeżone przez Sąd Najwyższy. W szczególności **przepis dotyczący subrogacji nie reguluje sytuacji praw akcesoryjnych zabezpieczających daną wierzytelność**, co stanowiło problem w sprawie będącej przedmiotem analizy Sądu Najwyższego. W związku z powyższym, w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy, biorąc pod uwagę podobieństwo przelewu i subrogacji wskazane w orzecznictwie oraz w doktrynie<sup>12</sup>, stwierdził, iż do skutków wstąpienia *ex lege* w prawa zaspokojonego wierzyciela stosuje się odpowiednio przepisy o cesji, w szczególności art. 509 § 2 k.c., który stanowi o prawach nabywanych wraz z przeniesioną wierzytelnością.

Podstawowy argument Sądu Najwyższego za zastosowaniem do subrogacji przepisów o przelewie opierał się na celu instytucji podstawienia. Zdaniem Sądu Najwyższego, subrogacja ma na celu utrwalenie praw osoby trzeciej względem dłużnika w związku z wykonaniem świadczenia, które na nim ciąży. Tym samym w opinii sądu, gdyby osoba trzecia splacająca wierzyciela (np. poręczyciel, zastawca) nie miała możliwości nabycia wraz z wierzytelnością zabezpieczających ją praw (hipoteki albo zastawu), uzyskana wierzytelność mogłaby nie mieć dla niej większego znaczenia, co ujawniłoby się w przypadku niewypłacalności dłużnika.

Ponadto w przeciwieństwie do cech rozróżniających przedmiotowe instytucje prawa cywilnego, sąd wskazał również kilka dodatkowych cech wskazujących na ich podobieństwo. Między innymi podkreślił, iż obie instytucje stanowią formy sukcesji wierzytelności pod tytułem szczególnym. Obie instytucje zostały uregulowane w tym samym dziale Kodeksu cywilnego. Wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela powoduje, podobnie jak przelew, jedynie przejście dotychczasowej wierzytelności

<sup>11</sup> E. Łętowska [w:] *System prawa cywilnego*, red. Z. Radwański, t. 3, Ossolineum 1981, s. 918.

<sup>12</sup> Wyrok SN z dnia 1 czerwca 2011 r., II CSK 548/10 (Legalis); J. Mojak [w:] *Kodeks...*, s. 167 G. Kozieł [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, red. A. Kidyba, t. 3, Warszawa 2010, s. 800; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, Warszawa 2010, s. 376; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2011, s. 957.

na nowego wierzyciela, a więc zmianę osób uczestniczących w stosunku zobowiązaniowym po stronie czynnej. Jak również fakt, iż wierzytelność na skutek jej splacenia przy subrogacji nie wygasa, lecz trwa nadal, a zatem skutek podstawienia jest podobny, jak przy cesji wierzytelności.

Biorąc pod uwagę obecny stan prawny, w tym brak przepisów regulujących sytuację praw akcesoryjnych zabezpieczających daną wierzytelność, należy pozytywnie ocenić stanowisko Sądu Najwyższego w tym zakresie. Byłoby nierozsądne bowiem twierdzić, iż dana wierzytelność zabezpieczona hipoteką przechodzi na drugi podmiot w wyniku podstawienia bez istniejących na niej zabezpieczeń. Przemawia za tym, poza argumentami słusznie wskazanymi przez Sąd Najwyższy, charakter samej hipoteki. Zgodnie z art. 79 ust. 1 zd. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece<sup>13</sup>: „W razie przelewu wierzytelności hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi inaczej”. Następnie w ust. 2 tego przepisu ustawa wskazuje, iż „Hipoteka nie może być przeniesiona bez wierzytelności, którą zabezpiecza”. Wyżej wskazany przepis wskazuje na podstawową cechę zabezpieczenia hipotecznego, mianowicie akcesoryjność. **Hipoteka jest prawem akcesoryjnym związanym z wierzytelnością, którą zabezpiecza**<sup>14</sup>. Nawiązując do wskazanego wyżej art. 79 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. oraz biorąc pod uwagę fakt nieuregulowania konsekwencji subrogacji dla praw akcesoryjnych, należy stwierdzić, iż hipoteka jako prawo akcesoryjne przechodzi wraz z wierzytelnością. Poszukując zaś podstawy prawnej dla przedmiotowego przejścia zabezpieczenia, słusznie Sąd Najwyższy wskazał na art. 509 § 2 k.c., który statuuje, iż wraz z wierzytelnością przechodzą na nabywcę wszelkie związane z nią prawa.

Jak można zauważyć, analiza Sądu Najwyższego, choć uproszczona w zakresie relacji pomiędzy subrogacją a przelewem, jest prawidłowa i nie powinna budzić większych wątpliwości. Jednakże, w swoich rozważaniach Sąd Najwyższy odniósł się również do charakteru wpisu hipoteki do księgi wieczystej przy subrogacji ustawowej. Przypomnieć należy,

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2017 r. poz. 1007) – dalej: u.k.w.h.

<sup>14</sup> S. Kostecki [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.



iż w sprawie będącej przedmiotem niniejszej glosy pozwany Waldemar L. złożył wniosek o zmianę treści hipoteki, a Sąd Rejonowy w Zgierzu dokonał wpisu zgodnego z wnioskiem. Tym samym kwestia charakteru wpisu hipoteki do księgi wieczystej przy subrogacji nie stanowiła kwestii spornej w przedmiotowej sprawie. Niemniej, Sąd Najwyższy odnosząc się do wymagań formalnych uzyskania hipoteki przez osobę trzecią w wyniku subrogacji, w swoim uzasadnieniu wskazał, iż niezbędny jest wpis hipoteki do księgi wieczystej, który ma charakter konstytutywny, wskazując jako podstawę art. 67 u.k.w.h. To kontrowersyjne stanowisko Sądu nie znalazło niestety uzasadnienia w głosowanym orzeczeniu, gdyż Sąd prawdopodobnie zdając sobie sprawę, że wskazany problem nie stanowi kwestii spornej, nie podał uzasadnienia dla swojego stanowiska w tym zakresie. Jednakże, poruszając tę kwestię Sąd niechcący otworzył pole do dyskusji, w wyniku czego zagadnienie niesporne w sprawie zostało głównym przedmiotem rozważań niniejszej glosy.

Zagadnienie charakteru wpisu przejścia wierzytelności w księdze wieczystej można rozwiązać na trzy sposoby. Według pierwszego z nich, wpis w księdze wieczystej ma charakter konstytutywny i stanowi przesłankę przejścia zarówno hipoteki, jak i zabezpieczonej wierzytelności. Druga alternatywa interpretacyjna zaprezentowana w głosowanym orzeczeniu przez Sąd Najwyższy przyjmuje, że w razie wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela hipotecznego może dojść do przelamania zasady akcesoryjności hipoteki. Spłacający bowiem nabywa od razu wierzytelność, a hipoteka przechodzi na niego dopiero po dokonaniu wpisu w księdze wieczystej<sup>15</sup>. Wreszcie, w myśl trzeciego poglądu, wpis w księdze przejścia wierzytelności hipotecznej ma charakter deklaratoryjny. Z chwilą zapłaty osoba trzecia nabywa zarówno wierzytelność, jak i zabezpieczającą ją hipotekę<sup>16</sup>.

Jak zatem widać **kwestia charakteru wpisu hipoteki w przypadku subrogacji nie jest jednoznaczna**. W przypadku przelewu sytuacja jest

<sup>15</sup> J. Mojak [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 518, nb. 8; A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 180; K. Zagrobelny *Komentarz do art. 518 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2011 (jednakże powołane wypowiedzi nie są dostatecznie jasne i mogą być interpretowane także jako wyraz pierwszego stanowiska).

<sup>16</sup> J. Pisuliński, *Hipoteka kaucyjna*, Kraków 2002, s. 303–305.



klarowna, gdyż art. 79 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. wyraźnie wskazuje, że do przelewu wierzytelności hipotecznej niezbędny jest wpis w księdze wieczystej. Natomiast kontrowersje rodzi zagadnienie, czy wymaganie wpisu konstytucyjnego (art. 79 ust. 1 zd. 2 u.k.w.h.) stosuje się także w odniesieniu do subrogacji<sup>17</sup>.

W literaturze dominuje pogląd, że każdego rodzaju subrogacja wierzytelności hipotecznej wymaga konstytucyjnego wpisu w księdze wieczystej<sup>18</sup>. Pogląd ten jest wyrazem stanowiska, że przepisy o przelewie – jako ogólny, kompleksowy reżim prawny – znajdują analogiczne zastosowanie do wstąpienia *ex lege* w prawa zaspokojonego wierzyciela. Za tym poglądem może przemawiać także *ratio legis* wymagania wpisu konstytucyjnego, czyli ustalenie stanu prawnego nieruchomości, który to cel pozostaje aktualny również w odniesieniu do subrogacji.

Wydaje się, że podobne stanowisko zajmuje Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie. Co więcej, wskazując na konstytucyjny charakter wpisu Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu powołał się na art. 67 u.k.w.h., który stanowi, że „Do powstania hipoteki niezbędny jest wpis w księdze wieczystej”. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym wskazany przepis nie może mieć zastosowania. Wynika to z faktu, iż art. 67 odnosi się do ustanowienia hipoteki, podczas gdy w niniejszej sprawie hipoteka już została ustanowiona. Konstrukcja subrogacji nie zakłada zaś powstania nowej hipoteki, lecz jedynie wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela. Oznacza to niejako, iż hipoteka nie uległa zmianie, zmienił się jedynie podmiot, który korzysta z uprawnienia jakie hipoteka kreuje. Tym samym, właściwsze wydaje się zastosowanie art. 79 u.k.w.h., który odnosi się do przeniesienia wierzytelności zabezpieczonej hipoteką, co miało miejsce w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy.

Odmienne stanowisko, niż to lakonicznie zaprezentowane przez Sąd Najwyższy, opiera się przede wszystkim na wykładni językowej art. 79 ust. 1

<sup>17</sup> T. Czech, *Hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 355.

<sup>18</sup> P. Mądry, *Konwersja długu jako instrument prawny obrotu wierzytelnościami*, „Rejent” 2003, nr 4, s. 72; J. Mojak [w:] *Kodeks...*, s. 1342; J. Mojak, *Przelew wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, Lublin 1990, s. 31; A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 179–180 (z tym, że niektórzy z powołanych autorów przyjmują, iż wymaganie wpisu konstytucyjnego odnosi się tylko do przejścia hipoteki, a nie obejmuje przejścia spleaconej wierzytelności).

zd. 2 u.k.w.h., który dotyczy tylko przelewu<sup>19</sup>. Zgodnie z tym stanowiskiem, wskazany przepis jest przepisem szczególnym, który nie powinien być analogicznie stosowany w innych przypadkach, gdy nie występuje ku temu istotna potrzeba<sup>20</sup>. Ustalenie stanu prawnego nieruchomości zasadniczo nie jest taką istotną potrzebą, skoro w innych sytuacjach pozaumownego przejścia wierzytelności hipotecznej (np. dziedziczenie), nie obowiązuje wymaganie wpisu konstytucyjnego. W takich sytuacjach należy *per analogiam* stosować ogólny art. 509 § 2 k.c., który potwierdzając akcesoryjność hipoteki, z mocy ustawy powoduje jej przejście na osobę, na którą przeszła zabezpieczona wierzytelność (tak też art. 79 ust. 1 zd. 1 *per analogiam*).

Wskazane stanowisko wydaje się tym bardziej właściwe, iż jako jedyne uwzględnia specyfikę wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela w stosunku do przelewu polegającą na tym, że **zmiana wierzyciela jest tutaj konsekwencją zapłaty, a nie umowy mającej na celu przeniesienie wierzytelności i zarazem zachowuje akcesoryjność hipoteki**<sup>21</sup>. Ta odrębność subrogacji uzasadnia odstępnie w procesie stosowania przez analogię przepisów o przelewie wierzytelności hipotecznej od przewidzianej w art. 79 ust. 1 zd. 2 konstytucyjności wpisu w księdze wieczystej zmiany wierzyciela.

Gdyby bowiem nabywca wierzytelności nie nabywał z mocy prawa hipoteki, ale musiał zawierać umowę o jej przeniesienie, to do czasu zawarcia umowy przenoszącej hipotekę i wpisu nowego wierzyciela do księgi wieczystej, nabyta przez niego wierzytelność nie korzystałaby z zabezpieczenia rzeczowego. Mogłoby to mieć negatywne skutki dla nowego wierzyciela w razie ogłoszenia upadłości dłużnika lub wszczęcia egzekucji przez innego wierzyciela z nieruchomości obciążonej. Nabywcy wierzytelności nie przysługiwałoby wówczas pierwszeństwo zaspokojenia się z masy upadłości lub z nieruchomości<sup>22</sup>. Ponadto przejście z mocy prawa hipoteki na osobę splacającą wierzyciela hipotecznego jest zgodne z zasadą akcesoryjności hipoteki. Skoro z chwilą

<sup>19</sup> B. Swaczyna [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2011, s. 356–357.

<sup>20</sup> T. Czech, *Hipoteka...*, s. 356; B. Swaczyna [w:] *Hipoteka...*, s. 356–357.

<sup>21</sup> J. Pisuliński, *Hipoteka...*, s. 304.

<sup>22</sup> Tamże.

zapłaty *ipso jure* przechodzi na taką osobę zabezpieczona wierzytelność, to równocześnie na taką osobę musi przejść zabezpieczająca ją hipoteka. Inaczej hipoteka musiałaby przejściowo przysługiwać dotychczasowemu (zaspokojonemu) wierzycielowi, a to oznaczałoby rozejście się hipoteki i zabezpieczonej nią wierzytelności. Groziłoby to także tym, iż splacony wierzyciel mógłby zbyć hipotekę na rzecz innej osoby, która korzystając z przepisów o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych mogłaby żądać zaspokojenia się z nieruchomości. Prowadziłoby to wówczas do sytuacji, iż właściciel nieruchomości obciążonej, będący zarazem dłużnikiem osobistym, miałby dwóch wierzycieli: osobę, która nabyła wierzytelność zabezpieczoną na skutek jej zapłaty i nabywcę hipoteki.

Ponadto, idąc nawet za stanowiskiem Sądu Najwyższego, wymaganie wpisu konstytutywnego w przypadku subrogacji rodzi szereg negatywnych konsekwencji dla obrotu. Przede wszystkim: 1) hamuje obrót wierzytelnościami, zwłaszcza w obliczu znanych powszechnie opóźnień w działalności sądów wieczystoksięgowych; 2) rodzi niepewność prawną, czy i kiedy cesjonariusz nabędzie wierzytelność hipoteczną; 3) nastęrcza problemów w odniesieniu do spłat i czynności zmieniających wierzytelność, których dokonano w okresie przed wpisem przeniesienia hipoteki w księdze wieczystej; 4) powoduje trudności w transakcjach, w których następuje zbycie pakietów wierzytelności lub wierzytelności zabezpieczonych pakietem różnorodnych zabezpieczeń (np. jednocześnie hipoteką oraz zastawem rejestrowym)<sup>23</sup>.

Powyższych negatywnych konsekwencji, które wynikają z konstytutywności wpisu, nie niwelują pozytywne skutki w postaci pełniejszej realizacji funkcji informacyjnej ksiąg wieczystych, zwłaszcza że funkcja ta nie obejmuje przypadków przejścia wierzytelności hipotecznych na inną osobę z mocy prawa.

W związku z tym, wydaje się, iż w przypadku subrogacji wierzytelności zabezpieczonej hipoteką na nabywcę przechodzi w chwili zapłaty zarówno splacona wierzytelność jak i zabezpieczająca ją hipoteka. Tym samym **wpis hipoteki przy subrogacji ustawowej ma jedynie charakter deklaratoryjny.**

---

<sup>23</sup> T. Czech, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece* [w:] *Hipoteka. Komentarz*, red. T. Czech, Warszawa 2011.

Na marginesie należy jedynie zarysować, iż w literaturze sprawa podstawienia umownego, a więc wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie umowy zawartej pomiędzy tym wierzycielem a osobą trzecią, nie jest oceniana jednolicie. Większość przedstawicieli doktryny reprezentuje jednak pogląd, iż wobec pominięcia w Kodeksie cywilnym znanej Kodeksowi zobowiązań subrogacji umownej, *de lege lata* dopuszczalne jest jedynie ustawowe wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela<sup>24</sup>.

Gdyby jednak uznać istnienie konstrukcji subrogacji umownej, rzecz przedstawia się odmiennie. Konstrukcja ta wykazuje istotne podobieństwo do przelewu. Opiera się także na czynności prawnej między dotychczasowym wierzycielem a splacającym (splata wierzytelności jest czynnością prawną), na którą zgodę wyraża dłużnik. W praktyce można zaryzykować nawet stwierdzenie, że są to konstrukcje równoważne, które pozwalają na osiągnięcie zbliżonego rezultatu. Warto uwzględnić też kwestię spójności systemu polskiego prawa cywilnego. Gdyby wykluczyć stosowanie art. 79 ust. 1 zd. 2 *per analogiam* do subrogacji umownej, okazałoby się, że wymaganie wpisu konstytucyjnego można łatwo obejść<sup>25</sup>.

Powyższe argumenty przemawiają za wnioskiem, że subrogacja umowna wierzytelności hipotecznej wymaga konstytucyjnego wpisu w księdze wieczystej<sup>26</sup>.

Wreszcie, ostatnim problemem poruszonym przez Sąd Najwyższy w wyroku było zastosowanie przepisów o zbyciu wierzytelności bankowej zabezpieczonej hipoteką do subrogacji. W niniejszej sprawie przedmiotem analizy Sądu Najwyższego była hipoteka zabezpieczająca wierzytelność bankową. Wierzytelności bankowe podlegają zaś szczególnemu reżimowi zawartemu w Prawie bankowym, które reguluje również w art. 95 ust. 5 kwestie przeniesienia hipoteki zabezpieczającej wierzytelność bankową. Artykuł 95 ust. 5 wskazuje, że przepisy określające szczególne

---

<sup>24</sup> E. Łętowska [w:] *System...*, s. 919; J. Mojak [w:] *Kodeks...*, s. 161; A. Szpunar, *Wstąpienie...*, s. 40. Odmiennie: W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, s. 365; H. Ciepla [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2005, s. 687.

<sup>25</sup> T. Czech, *Hipoteka...*, s. 357.

<sup>26</sup> Postanowienie SN z dnia 29 lipca 1998 r., II CKN 864/97 (Lex nr 50752).

zasady dokonywania wpisów hipotecznych stosuje się odpowiednio do ujawnienia w księdze wieczystej zmiany treści hipoteki i **przeniesienia hipoteki w związku ze zbyciem wierzytelności bankowej** oraz do dokonania wpisu hipoteki obciążającej użytkowanie wieczyste, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz wierzytelność hipoteczną.

Zdaniem Sądu Najwyższego, zarówno cel podstawienia w postaci utrwalenia, wzmocnienia sytuacji prawnej osoby trzeciej wstępującej w prawa zaspokojonego wierzyciela, jak i możliwość stosowania do subrogacji ustawowej przepisów o cesji wierzytelności powoduje, że wskazany wyżej przepis odnosi się do przeniesienia hipoteki w przypadku subrogacji ustawowej. W stosunku do stanowiska sądu w tym zakresie, co do zasady należy stwierdzić, iż nie budzi ono szczególnych wątpliwości. Słusznie Sąd wskazał, iż zarówno zastosowany przez ustawodawcę w art. 518 § 1 k.c. zwrot „nabywa spleconą wierzytelność” jak i argument wskazujący na nieuzasadnione stosowanie art. 95 ust. 5 p.b. wyłącznie do przeniesienia wierzytelności w drodze cesji, trafnie uzasadniają możliwość zastosowania przepisów Prawa bankowego również w sytuacji podstawienia.

**Jednakże, należy zauważyć, iż odpowiednie stosowanie przepisu art. 95 ust. 5 nie przesądza o kwestii konstytucyjności wpisu hipoteki do księgi wieczystej przy subrogacji ustawowej.** Przepis ten nie determinuje charakteru wpisu hipoteki do księgi wieczystej, lecz jedynie wskazuje na dodatkowe wymogi formalne istniejące przy zabezpieczeniu wierzytelności bankowej.

#### 4. Podsumowanie

Biorąc powyższe pod uwagę należy podkreślić, iż wyrok Sądu Najwyższego w sprawie będącej przedmiotem glosy jest co do zasady prawidłowy. Sąd prawidłowo wykazał podobieństwa pomiędzy przelewem a subrogacją, co uzasadniało odpowiednie stosowanie przepisów o przelewie, w szczególności art. 509 § 2 k.c. Ponadto, Sąd Najwyższy słusznie wskazał, iż możliwe jest odpowiednie stosowanie art. 95 ust. 5 p.b. do przypadku subrogacji. Niemniej, w zakresie dotyczącym wymogów formalnych wpisu hipoteki przenoszonej na nabywcę w wyniku subrogacji, Sąd Najwyższy, bez głębszej refleksji i uzasadnienia dał asumpt ku

stwierdzeniu, iż wpis hipoteki do księgi wieczystej, zarówno w przypadku przelewu, jak i subrogacji ma charakter konstytutywny.

Należy zauważyć, iż stanowisko zajęte w wyroku Sądu Najwyższego, co prawda bez uzasadnienia, jest jednym z nielicznych przypadków, kiedy Sąd Najwyższy zaadresował kwestię charakteru wpisu do księgi wieczystej przy subrogacji ustawowej i z pewnością może być uznane za wartościowy głos w dyskusji w tym zakresie. Jednakże, brak uzasadnienia dla konstytutywnego charakteru wpisu oraz poglądy doktryny wydają się nie przesądzać zupełnie tej kwestii.

W wyniku zaś przeprowadzonej analizy w niniejszej glosie, należy stwierdzić, że w przypadku subrogacji ustawowej wierzytelności hipotecznej brakuje przekonujących argumentów, aby art. 79 ust. 1 zd. 2 u.k.w.h. (konstytutywny charakter wpisu przy przelewie), wykorzystać w drodze analogii. Jest to konstrukcja na tyle odmienna od przelewu, że należy stosować do niej ogólne reguły dotyczące pozaumownego przejścia wierzytelności, wraz z zabezpieczeniem hipotecznym. Przy subrogacji ustawowej hipoteka bowiem *ex lege* przechodzi na osobę, która spłaciła dotychczasowego wierzyciela (art. 509 § 2 k.c. oraz art. 79 ust. 1 zd. 1 u.k.w.h. *per analogiam*), a wpis zmiany wierzyciela w księdze wieczystej ma charakter deklaratoryjny. Należy zatem przyjąć, że w razie wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela, na nabywcę wierzytelności w zasadzie przechodzi także hipoteka zabezpieczająca spłaconą wierzytelność.

Gdyby jednakże uznać prawidłowość stanowiska Sądu Najwyższego, *de lege ferenda* w omawianym przypadku wskazane byłoby odstępianie od wymagania wpisu konstytutywnego w prawie polskim. Przelew wierzytelności hipotecznej nie powinien być w ogóle uzależniony od ujawnienia w księdze wieczystej ze względu na negatywne konsekwencje dla obrotu. Alternatywnie można wprowadzić rozwiązanie, które przyjęto w odniesieniu do zastawu rejestrowego (art. 17 ust. 1 ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów<sup>27</sup>) – przelew zabezpieczonej wierzytelności nie zależy od wpisu, ale przejście zabezpieczenia na cesjonariusza wymaga ujawnienia w rejestrze<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. z 2017 r. poz. 1278).

<sup>28</sup> T. Czech, *Uwagi do nowelizacji przepisów o hipotece*, PL 2009, nr 3–4, s. 157–158.

W związku z powyższym, problem prawny, poruszony przez Sąd Najwyższy, choć z pozoru stanowi jedynie wymóg formalny, to jednak ma istotne znaczenie praktyczne. Konsekwencje przenoszenia zabezpieczeń wraz z wierzytelnościami nierzadko stanowią kluczową kwestię przy negocjacjach transakcji refinansowania i innych transakcji, w których uczestniczy podmiot trzeci. Byłoby tym samym niezwykle przydatne, gdyby Sąd Najwyższy uzyskał możliwość ponownej refleksji nad tym doniosłym gospodarczo i prawnie zagadnieniem. Jeśli bowiem obecnie zajęte stanowisko miałoby stać się wyznacznikiem kształtowania obrotu wierzytelności, warto byłoby oprzeć je na szerszej analizie, uwzględniającej pełne spektrum pytań i wątpliwości powstających na tle tej problematyki w obecnym stanie prawnym.

### Streszczenie

Problem charakteru wpisu wierzytelności hipotecznej przy subrogacji ustawowej co do zasady stanowi kwestię pomijaną zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie. Powszechnie wydaje się stanowisko, w ramach którego uznaje się, iż taki wpis ze względu na funkcję informacyjną jaką pełnią księgi wieczyste, jak również ze względu na podobieństwo konstrukcyjne przelewu i subrogacji, ma charakter konstytutywny. Jednakże, aby jakieś rozwiązanie prawne zastosować, nie wystarczy by było ono słuszne, czy by sprawdzało się na gruncie podobnych konstrukcji prawnych. Konieczne jest wskazanie podstaw prawnych, na których można je oprzeć. Brak uzasadnienia dla konstytutywnego charakteru wpisu przy subrogacji w polskich przepisach prawa, jak również różnice zachodzące pomiędzy przelewem a subrogacją, uzasadniające zastosowanie zasad ogólnych w zakresie przejścia wierzytelności, wydają się wskazywać, iż przy subrogacji ustawowej hipoteka z mocy prawa przechodzi na osobę, która spłaciła dotychczasowego wierzyciela, a tym samym wpis zmiany wierzyciela w księdze wieczystej ma charakter deklaratoryjny.

**Słowa kluczowe:** księgi wieczyste, hipoteka, subrogacja, wierzytelność, zabezpieczenia



**The character of entry of the mortgage into the mortgage  
and land register under the legal subrogation  
– the commentary on the Supreme Court’s judgement  
– II CSK 548/10**

**S u m m a r y**

The issue of the character of entry of the mortgage into the mortgage and land register under the legal subrogation is usually omitted in both jurisprudence as well as in doctrine. It is widely assumed that, such an entry, due to informative function of the mortgage and land register, as well as due to the parallel nature of the assignment and subrogation, has a constitutive character. However, for a legal solution to be applicable, it is not sufficient to be just or effective in the similar context in other legal frameworks. It is necessary to show its legal basis. The lack of justification for the constitutive nature of the entry into the land and mortgage register in case of subrogation in Polish law, as well as the differences between assignment and subrogation, justify the imposition of general rules on the transfer of rights. Under these rules the mortgage automatically transfers to the person who paid the former creditor under subrogation. Consequently, the entry of the amendment of the creditor in the land and mortgage register seems to have a declaratory nature.

**Keywords:** land and mortgage register, mortgage, subrogation, claims, securities

**Łukasz Pierwienis,**

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland,  
e-mail: l.pierwienis@gmail.com.