

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
Sąd Apelacyjny w Szczecinie
Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie

ACTA IURIS STETINENSIS
4/2017 (20)



(dawnie Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego
Acta Iuris Stetinensis)

Szczecin 2017

Komitet Redakcyjny

dr hab. Zbigniew Kuniewicz prof. US – Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
Maciej Żelazowski – Prezes Sądu Apelacyjnego w Szczecinie
Grzegorz Jankowski – Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie
Arkadiusz Windak – Sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, Przewodniczący II Wydziału
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US – Redaktor naukowy
Szymon Słotwiński – Sekretarz redakcji

Rada Naukowa

prof. dr hab. Roman Hauser – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | prof. dr hab. Andrzej Jakubecki
– Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie | prof. dr hab. Andrzej Marciniak – Uniwersytet Łódzki |
dr hab. Jacek Mazurkiewicz prof. UWr – Uniwersytet Wrocławski | prof. dr hab. Mirosław Nazar – Uniwersytet Marii
Curie-Skłodowskiej w Lublinie | prof. dr hab. Zbigniew Ofiarski – Uniwersytet Szczeciński | prof. zw. dr hab. Adam
Olejniczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | prof. dr hab. Lech Paprzycki – Akademia Leona
Koźmińskiego w Warszawie | prof. dr hab. Tadeusz Smoczyński – Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych
Polskiej Akademii Nauk | prof. dr hab. Roman Wieruszewski – Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
| prof. dr hab. Bronisław Ziemiński – Uniwersytet Szczeciński | Rosario Sapienza, full professor of International
and European Law – The University of Catania School of Law | Ashok R. Patil, prof. dr L.L.M., Ph.D. –
National Law School of India University, Bangalore, Karnataka State (India) | Svitlana Yaroslavivna Fursa,
prof. dr hab. honoured lawyer of Ukraine | Henry Zhuohao Wang, assistant prof. – China University of Political Science
and Law | prof. hab. dr Vytautas Nekrosius – Uniwersytet Wileński | dr John Sorabji – University College, London
| José García-Añón, Ph.D. in Law, full prof., School of Law – University of València (Spain) | Terekhova Lydia,
prof. doctor of law, Omsk State University, Faculty of Law | Masahiko Omura, doctor of law, prof. at Chuo University
Law School (Tokyo, Japan) | Elena Kudryavtseva, prof., Law Faculty of Moscow State University | Alexandre
Freitas Câmara, prof. emeritus and head of Civil Procedure Department at Rio de Janeiro Judicial School | Jayesh
Rathod, associate prof. of law – American University Washington College of Law | Rett R. Ludwikowski, Ph.D.,
prof. of law, Columbus School of Law – The Catholic University of America | Lilia Abramchik, candidate of juridical
sciences, associate prof. – Yanka Kupala State University of Grodno (Belarus) | prof. dr Frieder Dünkler – Universität
Greifswald | prof. Emilio Castorina – University of Catania

Lista recenzentów znajduje się na stronie internetowej zeszytu naukowego | <http://wpiaus.pl/actaiuris>

Redaktor naukowy | dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

Redaktorzy tematyczni | Maria Wysocka, Szymon Słotwiński, Marzena Radziun, Wojciech Bożek

Korektor | Natalia Józwiak

Skład komputerowy | Maciej Umiastowski

Wersja papierowa jest wersją pierwotną

Publikacja wydana dzięki wsparciu finansowemu
Sądu Apelacyjnego i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego

Pełna wersja publikacji <http://wpiaus.pl/actaiuris>

Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne online w międzynarodowej bazie danych
The Central European Journal of Social Sciences and Humanities, <http://cejsh.icm.edu.pl>
w The Central and Eastern European Online Library (CEEOL), www.ceeol.com
oraz w BazHum, bazhum.muzhp.pl

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2017

ISSN 2083-4373

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 10,0. Ark. druk. 10,5. Format B5. Nakład 202 egz.

SPIS TREŚCI

GLOSY

- Mariusz Nawrocki** – Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2016 roku, III KK 225/16..... 5

ARTYKULY

- Katarzyna Święch-Kujawska** – Zwolnienie podatkowe z art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn w orzecznictwie sądów administracyjnych 15
- Adam Banaszekiewicz** – Propozycje zmian w polskim kodeksie karnym w kontekście współczesnej roli własności prywatnej i znaczenia konstytucyjnej zasady ochrony prawa własności 31
- Filip Ciepły** – Konstytucyjne aspekty prawnokarnej ochrony godności ofiar i sprawców przestępstw 55
- Tomasz Dąbrowski** – Wykluczenie członka ze spółdzielni w orzecznictwie sądowym..... 75
- Małgorzata W. Grebler** – Procedura Espoo w niemieckim porządku prawnym – zagadnienia węzłowe..... 93
- Karol Karski, Paweł Mielniczek** – Significance of the Permanent Court of Arbitration judgment of 12 July 2016 in the South China Sea Case no 2013–19 to selected issues of international law of the sea 107
- Anita A. Patil** – Legal framework on comparative advertising in the European Union, United States and India – a contemplative study 125
- Małgorzata Żbikowska** – Kilka refleksji na kanwie rozważań zamieszczonych w książce pt. *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, pod red. B. Lewandowskiego, Warszawa 2016 151

RECENZJE

- Anna Haładyj, Anna Barczak** – Recenzja monografii *Prawo zarządzania środowiskiem – aspekty sprawiedliwości ekologicznej*, pod red. Macieja Nyki i Tomasza Bojar-Fijałkowskiego, Wydawnictwo Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2017, ISBN 978–83–7531–287–4..... 169

Mariusz Nawrocki*

**GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 23 LISTOPADA 2016 ROKU, III KK 225/16¹**

Streszczenie

Głosa dotyczy problematyki czynu ciągłego i konsekwencji, jakie się z nim wiążą na gruncie prawa karnego. Poruszono w niej zagadnienie istoty czynu ciągłego, ustalania jego ram temporalnych, znaczenia konstrukcji jedności przestępstwa, a w związku z tym również zagadnienie początku biegu okresu przedawnienia czynu ciągłego.

Słowa kluczowe: czyn ciągły, czas popełnienia czynu zabronionego, przedawnienie

Już na wstępie niniejszej glosy należy zaznaczyć, że ma ona zasadniczo charakter aprobujący, choć z pewnymi uwagami krytycznymi. Poczynione tutaj rozważania mają na celu rozwinięcie niektórych zapatrywań Sądu Najwyższego, a w tej części, gdzie pojawią się uwagi krytyczne – podjęcie naukowej polemiki ze stanowiskiem przedstawionym w wyroku. Chodzi o rozwinięcie problematyki przestępstw rozciągniętych w czasie, ich materialno-prawnych konsekwencji, w tym m.in. sposobu wyznaczania początku biegu okresu ich przedawnienia.

* dr Mariusz Nawrocki, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, e-mail: mariusz.nawrocki@wpiaus.pl

¹ Wyrok opublikowano w SIP LEX pod numerem 2177092, SIP Legalis pod numerem 1544241 oraz na stronie internetowej SN: www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20KK%20225-16-1.pdf.

Komentowany wyrok zapadł w Izbie Karnej Sądu Najwyższego na rozprawie w dniu 16 listopada 2016 r., po rozpoznaniu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 29 grudnia 2015 r., sygn. akt [...], utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w S. z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt [...].

Wyrokiem Sądu Okręgowego w S. z dnia 4 grudnia 2014 r. oskarżony H.C. został uznany za winnego przestępstwa ciągłego w ujęciu art. 12 k.k., złożonego prawie ze 120 czynów jednostkowych, które to przestępstwo było kwalifikowane kumulatywnie na podstawie art. 11 § 2 k.k. z przepisów: art. 296 § 1–3 k.k. w zw. z art. 284 § 2 k.k. i art. 301 § 2 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., art. 286 § 1 k.k., art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k. i art. 586 k.s.h. Za to przestępstwo został skazany na podstawie art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. na karę 2 lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności, a na mocy art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. wymierzono mu grzywnę w rozmiarze 200 stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 30 złotych.

Od tego wyroku apelację wniósł obrońca oskarżonego. Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 29 grudnia 2015 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego. Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca skazanego, który zarzucił m.in. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez błędną subsumcję polegającą na nieprawidłowym przyjęciu zachowania skazanego określonego w art. 586 k.s.h. jako czynu ciągłego z art. 12 k.k. w zw. z art. 9 § 1 k.k., to jest jako objętego tym samym zamiarem, a nadto rażące naruszenie art. 101 § 1 k.k. oraz art. 102 k.k. i art. 4 § 1 k.k. poprzez ich niezastosowanie, podczas gdy karalność czynu określonego w art. 586 k.s.h. ustała wobec przedawnienia.

Sąd Najwyższy ograniczając rozpoznanie kasacji do zarzutów związanych z przyjętą kwalifikacją prawną czynu z art. 586 k.s.h. w zw. z art. 12 k.k., w tej części kasację uwzględnił, a tym samym uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Ujmując rzecz w dużym uproszczeniu, Sąd Najwyższy uznał, że nie jest możliwe, aby oskarżony objął wszystkie swoje zachowania – kwalifikowane kumulatywnie z ww. przepisów – jednym z góry powziętym zamiarem. Wskazał bowiem, iż „Trudno [...] bezkrytycznie przyjąć, że oskarżony już w chwili podjęcia pierwszego z oszukańczych zachowań, miał także z góry powzięty zamiar popełnienia czynu z art. 586 k.s.h., a więc skrótowo rzecz

ujmując, już wtedy zakładał, że wystąpią warunki do upadłości spółki, lecz on w ogóle z wnioskiem o wdrożenie procedury upadłościowej nie wystąpi, bądź licząc na poprawę kondycji finansowej spółki godził się na przekroczenie dwutygodniowego terminu do zgłoszenia upadłości”. Sąd Najwyższy zalecił Sądowi Apelacyjnemu, aby ten – ponownie rozpoznając sprawę – dokonał powtórnej analizy działalności oskarżonego, w tym przede wszystkim rozważył, czy czyn kwalifikowany z art. 586 k.s.h. nie stanowi odrębnego przestępstwa, a nadto czy nie doszło do jego przedawnienia.

Przy tej okazji Sąd Najwyższy poczynił kilka uwag ogólnych z zakresu materialnego prawa karnego, na które warto zwrócić szczególną uwagę.

Sąd Najwyższy zajął się relacją konstrukcji uregulowanych w art. 11 k.k. i art. 12 k.k. Wskazał bowiem, że „Poszczególne zachowania opisane w czynnie ciągłym, co do którego w dodatku zastosowano kumulatywną kwalifikację z art. 11 § 2 k.k., nawet jeśli pozwalają na ich »naturalne« wyodrębnienie oraz gdy wypełniają w całości znamiona poszczególnych czynów zabronionych, nie mogą być analizowane w kontekście terminów przedawnienia w oderwaniu od treści art. 11 § 3 k.k. oraz art. 101 k.k. W konsekwencji więc następuje przedawnienie całości przestępstwa, a nie jego pojedynczych składników”.

W przedstawionym poglądzie Sąd Najwyższy zasadnie wskazuje, że czyn ciągły może składać się z zachowań, które dają się „naturalnie” wyodrębnić, a tym samym mogą wypełniać w całości znamiona poszczególnych czynów zabronionych. Wydaje się nawet, że taka sytuacja jest regułą, a nie wyjątkiem, jak ujął to Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu. W tym kontekście na podkreślenie zasługuje fakt, że mimo dziesięcioleci funkcjonowania w polskim systemie prawa karnego konstrukcji przestępstwa ciągłego, a następnie (ustawowo ukształtowanej) konstrukcji czynu ciągłego (i „wydzielonego” z przestępstwa ciągłego ciągu przestępstw), nadal nie ma zgodności co do elementarnych przesłanek jej stosowania². Niewątpliwie konstrukcja czynu ciągłego z art. 12 k.k. wywodzi się z jednoczyno-

² Zob. m.in. Ł. Pohl, *Prawo karne*, Warszawa 2012, s. 234–240; J. Majewski, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r.*, I KZP 17/00, „Palestra” 2001, nr 1–2, s. 242–248; A. Wąsek, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r.*, I KZP 17/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, z. 1, poz. 8, s. 19–20; J. Lachowski, A. Marek, *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 7–20; J. Giezek, *Zbieg przepisów a konstrukcja przestępstwa ciągłego*, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 91–111; P. Kardas, *Okoliczności wyłączające przestępnosć lub karalność zachowania a konstrukcja czynu ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1, s. 5–31; A. Zoll, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r.*, III KK 105/09, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2010, nr 6, poz. 65.

wej koncepcji przestępstwa ciągłego³. Niemniej jednak w dalszym ciągu istnieje rozbieżność co do tego, jaki charakter współcześnie ma ta konstrukcja. Konkurują bowiem w tym względzie ze sobą co najmniej dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich – dodajmy, że większościowym – wielość czynów w znaczeniu naturalnym implikuje jeden rzeczywisty czyn charakteryzujący się ciągłością⁴. Drugie stanowisko zakłada, że wielość czynów w znaczeniu naturalnym (z założeniem, że każdy z nich samodzielnie realizuje znamiona typu czynu zabronionego) sprowadza się do jednego czynu w znaczeniu prawnym⁵. Dodaje się tutaj, że w konsekwencji konstrukcja czynu ciągłego jest tworem sztucznym, bo opartym na swoistej fikcji prawnej, zakładającej istnienie jedności tam, gdzie jest naturalna wielość czynów⁶. Jak wskazuje J. Giezek, „O tym, że zachowania składające się na czyn ciągły same w sobie nie są czynami (lecz jedynie jego składnikami), nie decydują jakieś ich naturalne, pozanormatywne właściwości, lecz właśnie przesłanki ustawowo określone w art. 12 k.k. Gdyby wszak zabrakło z góry powziętego zamiaru albo odstępów czasu okazały się zbyt długie, to fragmenty aktywności sprawcy nazwane zachowaniami stałyby się na powrót samodzielnymi czynami”⁷. Rozwijając i nieco modyfikując myśl J. Giezka, można wskazać, że jednostkowe zachowania składające się na czyn ciągły nie tracą swojego samodzielnego charakteru, ale zyskują nową „łączną” jakość. Z uwagi na obowiązywanie przepisu art. 12 k.k. wchodzi w skład „większej” konstrukcji, jaką jest czyn ciągły. To, że ustawodawca w tym przepisie kształtuje nowy byt normatywny, nie musi jednocześnie oznaczać, że wchodzące w jego skład elementy tracą swój dotychczasowy charakter. Ciągłość czynu z art. 12 k.k. należy zatem pojmować jedynie jako ustawowe spoiwo wielu zachowań, a nie ich modyfikator. Można to zobrazować plastycznym przykładem: Cegły tworzące ścianę nie przestają być ceglami tylko z tego powodu, że zostały złączone cementem w kształt pionowego muru. Każda z cegieł nadal zachowuje swoją właściwość i nie traci jej

³ A. Marek, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 7. Zob. również M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze. Zeszyt 20*, Warszawa 1998, s. 25, 41–42.

⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 290.

⁵ J. Giezek (red.) N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 91.

⁶ A. Marek, *Czas popelnienia przestępstwa a konstrukcja tzw. czynu ciągłego*, w: *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, red. J. Warylewski, Gdańsk 2010, s. 243 oraz A. Marek, *O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 126.

⁷ J. Giezek, w: J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *op. cit.*, s. 91.

nawet po wmontowaniu w większą konstrukcję, która stanowi nieco inną jakość niż pojedyncze składające się nań elementy. Rozmontowanie ściany, a więc usunięcie spoiwa spomiędzy cegieł, powoduje, że na powrót uzyskujemy pojedyncze cegły, które ani na moment nie zniknęły, czy jakkolwiek fizycznie się zmieniły⁸.

Warto podkreślić, że odmienne zapatrywanie na istotę czynu ciągłego generuje zróżnicowanie interpretacyjne przepisu art. 12 k.k. Tytułem przykładu można wskazać problematykę obejmowania węzłem czynu ciągłego jednostkowych zachowań w postaci wykroczeń⁹, problematykę osiągnięcia przez sprawcę wieku odpowiedzialności karnej dopiero w trakcie realizacji czynu rozciągniętego w czasie¹⁰ czy też problematykę stosowania zasad intertemporalnych w odniesieniu do czynu ciągłego¹¹. Warto zatem dostrzegać różne spojrzenia na konstrukcje

⁸ M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014, s. 118–119.

⁹ W orzecznictwie Sądu Najwyższego praktyka łączenia w czyn ciągły wykroczeń jest powszechna (np. w wyroku z dnia 21 października 2010 r., V KK 291/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 108 czy w wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., II KK 370/15, Biuletyn Prawa Karnego 2016, nr 1–3, s. 44–47), choć wzbudza zdecydowany opór części doktryny (zob. S. Baniak, *Przestępstwo ciągle a przestępstwo ciągle*, „Problemy Praworządności” 1983, nr 10, s. 16–17; S. Baniak, *Ciąg wykroczeń a przestępstwo ciągle de lege lata i de lege ferenda*, NP 1983, nr 11–12, s. 99–100; A. Kaftal, *W sprawie konstrukcji przestępstwa ciągłego (uwagi polemiczne)*, PiP 1981, z. 5, s. 95; J. Waszczyński, *W sprawie ciągłości przestępstw w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1991, z. 9, s. 75; A. Michalska-Warias, *Niektóre problemy przestępstwa ciągłego i tzw. ciągu przestępstw w rozumieniu art. 12 k.k. i art. 91 k.k.*, Annales UMCS, Sectio G, Ius 2000, vol. XLVII, s. 213–214; M. Nawrocki, *O konstrukcji wykroczenia ciągłego*, PiP 2015, z. 1, s. 31–42).

¹⁰ Zob. M. Nawrocki, *Znaczenie wieku sprawcy niejednochwilowego czynu zabronionego (uwagi w związku z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych)*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 77–84 oraz przywołane tam orzecznictwo, ze szczególnym uwzględnieniem ewolucji poglądów Sądu Najwyższego oraz ostatecznym – dodajmy trafnym – stanowiskiem, że „Czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Jeżeli jednak sprawca czynu zabronionego niewymienionego w art. 10 § 2 k.k. część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karną tylko za te zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku” (wyrok SN z dnia 29 września 2009 r., III KK 105/09, OSNwSK 2009 nr 1, poz. 1902).

¹¹ W komentowanym wyroku SN wskazał: „reguła, że zmiana ustawodawstwa karnego nie może działać na niekorzyść sprawcy (art. 4 § 1 k.k.), nie dotyczy zmiany ustawy w trakcie popełnienia przestępstwa ciągłego (art. 12), przestępstwa trwałego (np. art. 189 k.k., czy też 586 k.s.h.) lub o zbiorowo oznaczonym czasie (np. art. 207 k.k.), których czas popełnienia określa ostatnie zachowanie lub moment przerwania stanu bezprawnego”. Analogiczne stanowisko SN wyrażał w przeszłości – zob. wyrok SN z dnia 7 maja 1976 r., II KR 69/76, OSNPG 1976 nr 11, poz. 95 czy postanowienie SN z dnia 18 grudnia 2015 r., III KK 300/15, Legalis nr 1378828. Odmienne stanowisko odnośnie do stosowania art 4 § 1 k.k. na gruncie czynów rozciągniętych w czasie wyraża M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego...*, s. 162–170.

materialnego prawa karnego, aby móc prawidłowo przypisać ich konsekwencje, które nierzadko mają niebagatelne znaczenie w praktyce stosowania prawa.

Jakkolwiek różne może być spojrzenie na istotę czynu ciągłego, to wydaje się, że panuje zgodność co do tego, że termin jego przedawnienia należy liczyć od momentu zrealizowania ostatniego zachowania składającego się na czyn ciągły. Z takim stanowiskiem spotykamy się również w komentowanym orzeczeniu. Warto uściślić rozważania Sądu Najwyższego, odwołując się do brzmienia przepisu art. 101 § 1 k.k., który stanowi, że „Karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat...”. Wydaje się bowiem, że w warstwie słownej tego przepisu znajduje się odpowiedź na pytanie, jak wyznaczać początek okresu przedawnienia czynu ciągłego i to bez potrzeby odwoływania się do tej czy innej koncepcji omawianej konstrukcji. Po pierwsze, warto mieć na uwadze, że początek biegu okresu przedawnienia jest liczony od czasu popełnienia przestępstwa. Jeżeli „popełnienie” będziemy rozumieć jako „robić coś złego, dopuszczać się czynu karalnego”¹², to tym samym będziemy dokonywać pewnej oceny tego, co jest popełniane. Ocena ta siłą konieczności jest odnoszona do pewnego rezultatu, a zatem efektu jakiejś działalności. Innymi słowy, odnosi się do ukończonego postępowania danej osoby. W konsekwencji nawet jeżeli analizowany czyn jest rozciągnięty w czasie, to okres jego przedawnienia rozpoczyna się – stosownie do art. 101 k.k. – od momentu jego popełnienia, tj. zrealizowania (ukończenia). Po drugie, i to wynika już z istoty przedawnienia, skoro jest ono przykładem konstrukcji uniemożliwiającej ukaranie sprawcy¹³, to musi być ono związane z elementem, który tę karę warunkuje, tj. ze zrealizowaniem kompletu znamion.

Z powyższym dobrze koresponduje dalsza część uzasadnienia komentowanego wyroku. Sąd Najwyższy powołując się na postanowienie z dnia 30 października 2014 r., I KZP 19/14 (ale również postanowienie z dnia 22 marca 2016 r., V KK 345/15, a także wyroki Sądów Apelacyjnych: we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2015 r., II AKa 13/15 i w Katowicach z dnia 24 maja 2013 r., II AKa 563/12), wskazał, że niezależnie od tego, ile przepisów ustawy karnej tworzy kumulatywną kwalifikację czynu będącego przedmiotem postępowania, to jako ten sam czyn może on stanowić tylko jedno przestępstwo. Skoro tak, to termin przedawnienia karalności odnosi się do przestępstwa w jego integralnej

¹² *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1998, t. 2, s. 101.

¹³ K. Marszał, *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 91–92; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 615–619.

całości, mimo że różne są terminy przedawnienia poszczególnych typów przestępstw, które obejmuje kumulatywna kwalifikacja. Przedmiotem przedawnienia jest czyn, a nie kwalifikacja prawna.

Przedstawiony pogląd należy podzielić. Należy bowiem pamiętać, że kodeks karny hołduje teorii jedności przestępstwa, ujmując ją w ramy przepisu art. 11 § 1, zgodnie z którym ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo. Dokładając do tego przepisu art. 11 § 2 k.k., trzeba przyjąć, że ten sam czyn – kwalifikowany nawet w oparciu o dwa przepisy albo więcej przepisów ustawy karnej – może stanowić tylko jedno przestępstwo. Wyrażona poprzez przepis art. 11 § 2 k.k. konstrukcja zbiegu przepisów odnoszona jest do sytuacji, w której do tego samego czynu (tego samego przedmiotu oceny) konkurują dwa ustawowe wzorce wartościowania lub więcej¹⁴. Podstawą zbiegu przepisów jest bowiem tożsamość (identyczność) czynu stanowiącego przedmiot dokonywanej oceny¹⁵. Powiązanie tego z przepisem art. 101 § 1 k.k. musi zatem oznaczać akceptację dla wyrażonego powyżej poglądu, że przedawnia się przestępstwo, nawet kwalifikowane kumulatywnie, a nie legła u jego podstaw kwalifikacja prawna, choćby oparta na dwóch lub więcej przepisach ustawy karnej.

Konsekwencją powyższego jest określony, dodajmy – sensowny sposób wyznaczania terminu przedawnienia. Jak bowiem wskazano wcześniej, przedawnienie jest ściśle powiązane z karalnością. Oznacza to, że okresy przedawnienia są wprost zależne od ustawowego zagrożenia karą przewidzianego za popełnienie danego przestępstwa. W rezultacie, skoro kara za przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie – stosownie do art. 11 § 3 k.k. – jest wymierzana na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, to również ten przepis (jako odpowiedzialny za karalność) wpływa bezpośrednio na określenie terminu przedawnienia.

Podsumowując, wskazać należy, że w przedstawionym Sądowi Najwyższemu do rozpoznania stanie faktycznym zogniskowały się trzy podstawowe instytucje materialnego prawa karnego: tożsamość czynu (wraz ze zbiegiem przepisów), czyn ciągły oraz przedawnienie karalności. Choć instytucje te należą do najbardziej elementarnych w prawie karnym, to nadal wzbudzają wiele kontrowersji, a za sprawą komentowanego wyroku można przyjąć, że powodują niemałe problemy w zakresie ich praktycznego stosowania. Wyrazić należy

¹⁴ P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 109.

¹⁵ *Ibidem*, s. 110.

nadzieję, że niniejsza glosa – jako głos w naukowym dyskursie – przyczyni się choćby częściowo do rozwiania niektórych wątpliwości interpretacyjnych.

Literatura

- Baniak S., *Przestępstwo ciągle w projekcie zmian przepisów kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1983, z. 8.
- Baniak S., *Ciąg wykroczeń a przestępstwo ciągle*, „Problemy Praworządności” 1983, nr 10.
- Baniak S., *Wieloczynowe przestępstwo ciągle de lege lata i de lege ferenda*, NP 1983, nr 11–12.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze. Zeszyt 20*, Warszawa 1998.
- Giezek J., *Zbieg przepisów a konstrukcja przestępstwa ciągłego*, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006.
- Giezek J. (red.) Kłaczyńska N., Łabuda G., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Kaftal A., *W sprawie konstrukcji przestępstwa ciągłego (uwagi polemiczne)*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 5.
- Kardas P., *Okoliczności wyłączające przestępność lub karalność zachowania a konstrukcja czynu ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1.
- Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.
- Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014.
- Lachowski J., Marek A., *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12.
- Majewski J., *Glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r., I KZP 17/00*, „Palestra” 2001, nr 1–2.
- Marek A., *Czas popełnienia przestępstwa a konstrukcja tzw. czynu ciągłego*, w: *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, red. J. Warylewski, Gdańsk 2010.
- Marek A., *O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2.
- Marszał K., *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972.
- Michalska-Warias A., *Niektóre problemy przestępstwa ciągłego i tzw. ciągu przestępstw w rozumieniu art. 12 k.k. i art. 91 k.k.*, Annales UMCS, Sectio G, Ius 2000, vol. XLVII.

- Nawrocki M., *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014.
- Nawrocki M., *O konstrukcji wykroczenia ciągłego*, „Państwo i Prawo” 2015, z. 1.
- Nawrocki M., *Znaczenie wieku sprawcy niejednochwilowego czynu zabronionego (uwagi w związku z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych)*, „Palestra” 2016, nr 4.
- Pohl Ł., *Prawo karne*, Warszawa 2012.
- Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2, red. B. Dunaj, Warszawa 1998.
- Waszczyński J., *W sprawie ciągłości przestępstw w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 9.
- Wąsek A., *Glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r., I KZP 17/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, z. 1.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014.
- Zoll A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III KK 105/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2010, nr 6.

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF NOVEMBER 23, 2016, III KK 225/16

Summary

Gloss refers to the problem of continuous crime and the implications of it in criminal law. It touched on the issue of the essence of a continuous crime, the definition of its temporal framework, the meaning of the construction of the unity of the crime, and, therefore, the issue of the beginning of the period of prescription of a continuous crime.

Keywords: continuous crime, the time of the offense, expiration

Katarzyna Święch-Kujawska*

**ZWOLNIENIE PODATKOWE
Z ART. 4A USTAWY O PODATKU OD SPADKÓW I DAROWIZN
W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH**

Streszczenie

Podatek od spadków i darowizn jest podatkiem majątkowym o specyficznych cechach. Wśród nich warto wymienić m.in. szeroki katalog przywilejów podatkowych. Do najistotniejszych z nich zaliczyć z kolei należy zwolnienie, o którym mowa w art. 4a ustawy. Można je bowiem uznać za najkorzystniejszy, w obecnie obowiązujących polskim systemie podatkowym, przywilej podatkowy. Jednocześnie regulacje prawne w omawianym zakresie wywołują wiele sporów interpretacyjnych, które finalnie są rozstrzygane przez sądy administracyjne.

Powyższe przesłanki dały asumpt do podjęcia tytułowej problematyki. Analiza bogatego dorobku judykatury pozwoliła na ustalenie, które z postanowień ustawy w tym obszarze podlegają najczęściej wykładni dokonywanej przez sądy administracyjne, oraz na sformułowanie wniosków *de lege lata* i *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: podatek od spadków i darowizn, zwolnienia podatkowe

* dr hab. Katarzyna Święch-Kujawska, prof. US, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, e-mail: k.swiech@interia.pl

Wprowadzenie

Podatek od spadków i darowizn¹ jest jednym z podatków stanowiących źródło dochodów własnych gminy. Nie może być jednak uznany za typowy podatek samorządowy, jako że jednostce samorządu terytorialnego nie przyznano żadnych kompetencji w zakresie kształtowania jego elementów konstrukcyjnych². Charakteryzowana danina posiada ponadto kilka specyficznych cech, wyróżniających ją od pozostałych tego typu świadczeń. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że podatek ten w najszerszym zakresie nawiązuje do sytuacji rodzinnej podatnika, która w bezpośredni sposób determinuje zakres i wysokość opodatkowania. Oprócz tego na gruncie ustawy funkcjonuje wyjątkowo rozbudowany system zwolnień podatkowych (również uzależnionych od związków rodzinnych podatnika). W katalogu wspomnianych preferencji podatkowych na szczególną uwagę zasługuje zwolnienie podatkowe, o którym mowa w art. 4a ustawy. Można je bowiem uznać za najkorzystniejszy w aktualnie obowiązującym polskim systemie podatkowym przywilej podatkowy. Jednocześnie regulacje prawne w omawianym zakresie wywołują wiele sporów interpretacyjnych, które finalnie są rozstrzygane przez sądy administracyjne.

Powyższe przesłanki dały asumpt do podjęcia tytułowej problematyki. Analiza bogatego dorobku judykatury ma na celu przede wszystkim stwierdzenie, które z postanowień ustawy w tym obszarze podlegają najczęściej wykładni dokonywanej przez sądy administracyjne oraz czy i ewentualnie w jakim obrębie należałoby postulować zmianę artykułu 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn. W celu zachowania przejrzystości rozważań przyjęto, że w pierwszej kolejności zostaną przedstawione zasadnicze kwestie dotyczące stosowania tytułowej preferencji podatkowej, a następnie zaprezentowane zostanie orzecznictwo sądowe odnoszące się do poszczególnych zasad wynikających z art. 4a u.p.s.d.

Istota zwolnienia z art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn

Ranga omawianego zwolnienia jest bezpośrednim następstwem przyjętych rozwiązań prawnych. Przed przystąpieniem do ich analizy należy jednak wskazać

¹ Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 833 z późn. zm.), dalej: u.p.s.d.

² Do cech charakterystycznych podatków samorządowych zalicza się przyznanie pewnego zakresu władztwa podatkowego beneficjentom tych świadczeń, por. W. Miemieć, *Prawne gwarancje samodzielności finansowej gminy w zakresie dochodów publicznoprawnych*, Wrocław 2005, s. 98.

na przesłanki wprowadzenia preferencji podatkowej³. Za najistotniejszą należy uznać przyjęcie leżącej u podstaw konstrukcji podatku koncepcji, zgodnie z którą członkowie najbliższej rodziny niejednokrotnie przyczyniają się do powstania transferowanego majątku, a zatem opodatkowanie ich nie znajduje uzasadnienia. Poza tym można również wskazać na przesłanki natury społecznej; niektóre rodzaje nabywanych dóbr mają charakter szczególny ze względów rodzinnych i jako takie nie powinny również podlegać opodatkowaniu, ewentualnie wysokość podatku powinna być relatywnie niższa.

W konstrukcji prawnej zwolnienia, o którym mowa w art. 4a ustawy, wyróżnić można jego zakres podmiotowy, zakres przedmiotowy oraz reguły odnoszące się do warunków formalnych stosowania preferencji.

Przystępując do charakterystyki zakresu podmiotowego zwolnienia, należy poczynić uwagę, że również on został wytyczony zgodnie z ogólnymi założeniami podatku od spadku i darowizn, tzn. że osoby uznane przez ustawodawcę za najbliższych członków rodziny powinny być traktowane w sposób podatkowo uprzywilejowany. W myśl art. 4a ustawy zwalnia się od podatku nabycie własności rzeczy lub praw majątkowych przez małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierba, rodzeństwo, ojczyma i macochę pod warunkiem, że spełnią oni warunki formalne określone w kolejnych punktach powołanego artykułu. Zauważalna jest tu pewna prawidłowość, a mianowicie że zwolnienia mogą korzystać osoby zaliczone do pierwszej grupy podatkowej z wyłączeniem teściów, zięciów, synowych⁴, stąd też coraz powszechniej używa się określenia „grupa zerowa” dla wskazania podmiotów wymienionych w art. 4a u.p.s.d.

Zakres przedmiotowy zwolnienia został określony w sposób wyjątkowo szeroki⁵. Obejmuje w zasadzie⁶ wszystkie opodatkowane podatkiem od spadków i darowizn sposoby nabycia rzeczy i praw majątkowych. Podkreślenia godny jest

³ Art. 4a dodany przez art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. z 2006 r., nr 222, poz. 1629).

⁴ Por. J. Banach, *Zwolnienie z podatku od spadków i darowizn nabycia własności rzeczy lub praw majątkowych przez osoby najbliższe*, „Biuletyn Skarbowy” 2009, nr 6, s. 9; D. Rynkiewicz, *Przywileje podatkowe dla najbliższej rodziny zbywcy w podatku od spadków i darowizn*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 13, s. 238 i n.

⁵ Por. K. Biernacki, *Opodatkowanie zniesienia współwłasności*, „Prawo i Podatki” 2009, nr 3, s. 22.

⁶ O wyjątku dotyczącym możliwości skorzystania ze zwolnienia przy nabyciu własności in droadze zasiedzenia, a wywołującym wątpliwości interpretacyjne będzie mowa w dalszej części opracowania.

fakt, że zwolnienie nie jest w żaden sposób limitowane kwotowo, co niewątpliwie minimalizuje efektywność opodatkowania⁷, realizując jednak wskazane wcześniej założenia systemowe.

Bezpośrednim następstwem powyższej regulacji jest wprowadzenie warunków formalnych⁸, umożliwiających korzystanie z przywileju. Należy przypisać im funkcję ewidencyjno-kontrolną. Pierwszym z nich jest obowiązek zgłoszenia⁹ faktu nabycia własności rzeczy lub praw majątkowych właściwemu naczelnikowi urzędu skarbowego w terminie sześciu miesięcy¹⁰ od dnia powstania obowiązku podatkowego, a w przypadku nabycia w drodze dziedziczenia w terminie sześciu miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu stwierdzającego nabycie spadku.

W przypadku, gdy nabywca dowiedział się o nabyciu własności rzeczy lub praw majątkowych po upływie wyżej wskazanego terminu, zwolnienie stosuje się, jeżeli nabywca zgłosi te rzeczy lub prawa majątkowe naczelnikowi urzędu skarbowego nie później niż w terminie sześciu miesięcy od dnia, w którym dowiedział się o ich nabyciu, oraz uprawdopodobni fakt późniejszego powzięcia wiadomości o ich nabyciu¹¹.

Analiza przedstawionych zasad prowadzi do wniosku, że wydłużenie terminu zgłoszenia było co prawda nieodzowne, jednak obecnie nie jest on kompatybilny z przepisami dotyczącymi obowiązku zgłoszenia okoliczności wywołujących powstanie obowiązku podatkowego. W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych należałoby postulować o dokonanie zmiany w tym zakresie. Wystarczające byłoby uznanie, że na podatniku, który będzie korzystał z preferencji, nie ciąży obowiązek złożenia deklaracji podatkowej, ewentualnie obowiązek ten należy zrealizować w terminie 6 miesięcy od powstania obowiązku podatkowego (gdyby okazało się, że podatnik nie jest jednak uprawniony do korzystania ze zwolnienia).

⁷ P. Smoleń, *Zmiany w podatku od spadków i darowizn*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, red. W. Miemiec, Wrocław 2009, s. 413.

⁸ Por. wyrok WSA z 22.09.2010, sygn. I SA/Gd 384/10, LEX nr 603845.

⁹ Por. wyrok WSA z 21.01.2010, sygn. I SA/Gl 11/09, LEX nr 559420, zgodnie z którym znaczenie posiada wyłącznie data zgłoszenia (a nie podpisania formularza) nabycia własności rzeczy lub praw majątkowych właściwemu naczelnikowi urzędu skarbowego.

¹⁰ Pierwotnie obowiązywał miesięczny termin zgłoszenia. Art 4a ust 1 pkt 1 zmieniony przez art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 października 2008 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2008r., nr 203, poz. 1267); por. I. Krawczyk, *Ułga dla najbliższej rodziny w podatku od spadków i darowizn*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 8, s. 33 i n.

¹¹ Por. S. Babiarz, *Zwolnienie podmiotowe z art. 4a oraz projekty zmian ustawy o podatku od spadków i darowizn*, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 10, s. 33–34.

Należy natomiast podzielić pogląd, że obowiązek zgłoszenia, o którym mowa w art. 4a u.p.s.d., ciąży na każdym nabywcy spadku. Zatem okoliczność, że jeden z nabywców z kręgu spadkobierców zgłosił nabycie w ustawowym terminie, nie powoduje zastosowania zwolnienia dla pozostałych spadkobierców¹². Obowiązek ten nie jest jednak bezwarunkowy. Nie obejmuje on przypadków, gdy:

1. wartość majątku nabytego łącznie od tej samej osoby lub po tej samej osobie w okresie 5 lat, poprzedzających rok, w którym nastąpiło ostatnie nabycie, doliczona do wartości rzeczy i praw majątkowych ostatnio nabytych, nie przekracza kwoty wolnej od podatku, dla pierwszej grupy podatkowej lub
2. gdy nabycie następuje na podstawie umowy zawartej w formie aktu notarialnego.

Drugim warunkiem uprawniającym do skorzystania ze zwolnienia jest udokumentowanie nabycia, przy czym musi być on spełniony wyłącznie w przypadku nabycia w drodze darowizny lub polecenia darczyńcy środków pieniężnych, których wartość w okresie podlegającym ustawowej kumulacji przekracza kwotę wolną, ustaloną dla nabywców zaliczonych do pierwszej grupy podatkowej.

Za jedynie dopuszczalny uznano przy tym sposób dokumentowania polegający na przedstawieniu przez nabywcę dowodu przekazania środków pieniężnych na jego rachunek bankowy albo jego rachunek prowadzony przez spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową lub przekazem pocztowym.

Powyższe wymogi muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym wypadku nabycie własności rzeczy lub praw majątkowych podlega opodatkowaniu na zasadach określonych dla nabywców zaliczonych do I grupy podatkowej.

Z analizy przedstawionej konstrukcji prawnej wynika, że jeżeli umowa darowizny środków pieniężnych, których wartość przekracza kwotę wolną od podatku (lub przekracza tę kwotę w okresie 5 lat od ostatniego nabycia od tej samej osoby) zostanie zawarta w formie aktu notarialnego, nabywca (wymieniony w art. 4a ustawy) nie może skorzystać z omawianego zwolnienia wobec braku możliwości udokumentowania otrzymania środków w sposób wyraźnie wskazany w ustawie, chyba że w umowie zostanie wskazany sposób jej wykonania zgodny z wymogami wynikającymi z komentowanego artykułu ustawy.

Wzór zgłoszenia o nabyciu własności rzeczy lub praw majątkowych oraz zakres danych w nim zawartych został określony w rozporządzeniu ministra finansów¹³.

¹² Wyrok WSA z 3.03.2010, sygn. III SA/Po 35/10, LEX nr 576289.

¹³ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2015 r. w sprawie wzoru zgłoszenia o nabyciu własności rzeczy lub praw majątkowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2060).

Art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn w orzecznictwie sądów administracyjnych

Jak zaznaczono na wstępie, art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn obowiązuje od 2007 r. Rezultatem bez mała dziesięcioletniego okresu stosowania przepisu jest m.in. bogaty dorobek orzecniczy sądów administracyjnych. Analiza rozstrzygnięć podejmowanych przez sądy pozwala na wyodrębnienie kilku zasadniczych grup problemowych, a w ich ramach linii orzeczniczych. Na podstawie przeprowadzonych badań można dokonać umownego podziału wyroków na te, które koncentrują się odpowiednio na: zakresie podmiotowym, przedmiotowym oraz warunkach formalnych stosowania zwolnienia. Uprzedzając dalsze rozważania, stwierdzić należy, że te ostatnie przeważają w dorobku judykatury. Oprócz wyżej wskazanych umownie wyróżnić też można orzeczenia dotyczące pozostałych kwestii, wynikających ze stosowania zwolnienia, w tym zwłaszcza rozstrzygające spory powstałe na tle jego wejścia w życie. Zasadne zatem wydaje się przedstawienie orzecznictwa sądowego z uwzględnieniem wskazanej typologii.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do ewentualnej możliwości retroaktywnego stosowania zwolnienia. Problem ten uwidocznił się szczególnie w tych przypadkach, w których śmierć spadkodawcy nastąpiła przed wejściem omawianego zwolnienia w życie, natomiast postępowanie spadkowe wszczynane było już po wejściu w życie zmian ustawy o podatku od spadków. Charakterystyczna jest w tym zakresie jednolita linia orzecznicza, w której eksponuje się fakt, że zwolnienie od podatku ma zastosowanie do nabycia własności rzeczy i praw majątkowych po dniu 31 grudnia 2006 r. (a zatem przy dziedziczeniu momentem nabycia jest chwila śmierci spadkodawcy). Za przyjęciem takiej interpretacji przemawia stwierdzenie, że wprowadzony art. 4a ust. 1 u.p.s.d. w żadnym razie nie reguluje momentu powstania obowiązku podatkowego, lecz warunki zwolnienia nabycia rzeczy i praw majątkowych z podatku¹⁴.

Przyjęcie poglądu o wstecznym działaniu zwolnienia ustanowionego w art. 4a ustawy mogłoby prowadzić do odmiennego traktowania podatników

¹⁴ Wyrok WSA z 13.11.2007, sygn. III SA/Wa 1589/07, LEX nr 423602; wyrok WSA z 21.11.2007, sygn. VIII SA/Wa 533/07, LEX nr 464061; wyrok WSA z 3.12.2007, sygn. ISA/Bd 658/07, LEX nr 323525; wyrok WSA z 19.12.2007, sygn. III SA/Wa 1375/07, LEX nr 322193; wyrok WSA z 29.01.2008, sygn. III SA/Wa 1675/07, LEX nr 339785; wyrok WSA z 4.02.2008, sygn. I SA/Wr 1520/07, LEX nr 508780; wyrok WSA z 6.02.2008, sygn. I SA/OI 656/07, LEX nr 365229; wyrok WSA z 11.03.2008, sygn. I SA/Wr 1862/07, LEX nr 467978; wyrok WSA z 28.03.2008, sygn. I SA/Ld 1447/07, LEX nr 467818; wyrok WSA z 28.03.2008, sygn. I SA/Ld 65/08, LEX nr 467980; wyrok WSA z 28.03.2008, sygn. I SA/Ld 1448/07, LEX nr 467816.

nabywających spadek w tej samej dacie (z uwagi na treść art. 6 ust. 4 u.p.s.d.). Podatnik, który jeszcze nie przeprowadził postępowania spadkowego, mógłby spełnić wymogi formalne (zgłoszenie nabycia – art. 4a ust. 1 pkt 1) po wejściu ustawy w życie. Możliwości tej pozbawiony byłby natomiast spadkobierca, który (nie znając przyszłych regulacji) przeprowadził postępowanie podatkowe w 2006 r. Takiemu zróżnicowaniu sprzeciwia się natomiast zasada powszechności i równości opodatkowania¹⁵. Warto też zwrócić uwagę, że sądy akcentowały, że zawarty w art. 3 ust. 2 ustawy zmieniającej przepis wskazujący na retroaktywny charakter art. 4 ust. 4 u.p.s.d. należało traktować jako wyjątek od zasady i interpretować w sposób ścisły. Wobec powyższego, skoro w art. 3 ust. 2 ustawy z 2006 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych nie wymieniono wprost art. 4a, to należało przyjąć, iż jedynie art. 4 ust. 4 u.p.s.d., w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, zaczął obowiązywać od 13 maja 2006 r., a więc przed wejściem w życie pozostałych przepisów tej ustawy, w tym m.in. art. 4a.. Przepisy przejściowe, tj. art. 3 ust. 2 ustawy z 2006 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych w zw. z art. 4 ust. 4 u.p.s.d. w nowym brzmieniu, zostały wadliwie sformułowane i stąd konieczne było posłużenie się także innymi niż językowa regułami wykładni¹⁶. Celem art. 3 ust 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych¹⁷ nie jest zezwolenie na stosowanie przywileju określonego w art. 4a u.p.s.d. do zdarzeń, które miały miejsce przed 1 stycznia 2007 r., lecz rozszerzenie z mocą wsteczną kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania ze zwolnień i ulg podatkowych

¹⁵ Wyrok NSA z 26.08.2009, sygn. II FSK 1263/08, LEX nr 526498; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 645/08, LEX nr 526483; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 1005/08, LEX nr 526487; wyrok NSA z 18.04.2012, sygn. II FSK 2120/10, LEX nr 1143488; wyrok NSA z 27.09.2011, sygn. III SA/Wa 501/11, LEX nr 1027048; wyrok NSA z 16.09.2011, sygn. II FSK 540/10, LEX nr 954962; wyrok WSA z 7.09.2010, sygn. I SA/Kr 1157/10, LEX nr 749100; wyrok NSA z 15.11.2011, sygn. II FSK 932/10, LEX nr 1070015; wyrok WSA z 27.09.2011, sygn. III SA/Wa 501/11, LEX nr 1027048; wyrok WSA z 4.08.2010, sygn. III SA/Po 71/10, LEX nr 757321; wyrok NSA z 26.01.2010, sygn. II FSK 1418/08, LEX nr 558904; wyrok NSA z 26.08.2009, sygn. II FSK 1566/08, LEX nr 526526; wyrok WSA z 25.06.2009, sygn. I SA/Wr 365/09, LEX nr 529355; wyrok WSA z 16.03.2009, sygn. III SA/Wa 3135/08, LEX nr 496166.

¹⁶ Wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 504/08, LEX nr 513043; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 1279/08, LEX nr 526489; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 1041/08, LEX nr 526488; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 1137/09, LEX nr 526490; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 1336/08, LEX nr 526524; wyrok NSA z 20.08.2009, sygn. II FSK 297/09, LEX nr 529347; wyrok NSA z 26.08.2009, sygn. II FSK 703/08, LEX nr 526486.

¹⁷ Dz.U. nr 222, poz. 1629.

obowiązujących do 31 grudnia 2006 r. o nabywców posiadających obywatelstwo jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) lub mających miejsce zamieszkania na terytorium tego państwa¹⁸.

Analiza dorobku judykatury dotyczącego zakresu podmiotowego zwolnienia, o którym mowa w art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn, pozwala na sformułowanie następujących wniosków¹⁹. Przede wszystkim regulacje ustawowe w omawianym zakresie nie wywoływały istotnych dysonansów interpretacyjnych pomiędzy podatnikami a organami podatkowymi, skutkujących skierowaniem sprawy na drogę sądową. Z kolei sądy administracyjne, rozstrzygając o podmiotowym zakresie stosowania preferencji podatkowej, w zasadzie potwierdzały prawidłowość wykładni przepisu dokonywanej przez organy podatkowe. Stwierdzono m.in., że zwolnienie uregulowane w art. 4a u.p.s.d. ma charakter przywileju podatkowego (finansowego), którego uzyskanie jest możliwe na równych zasadach dla taksatywnie wskazanych w nim podmiotów i po spełnieniu ściśle określonych w nim kryteriów formalnych²⁰.

Również w pełni należy podzielić stanowisko judykatury, w myśl którego jedynie małżeństwo formalnie zawarte zgodnie z prawem uzasadnia traktowanie podmiotu jako małżonka w rozumieniu art. 4a u.p.s.d.²¹ W związku z tym osoby tej samej płci pozostające w stałym związku partnerskim nie mogą skorzystać ze zwolnienia przewidzianego dla darowizny między członkami najbliższej rodziny²².

Przechodząc do charakterystyki orzecznictwa dotyczącego zakresu przedmiotowego zwolnienia, zauważyć należy, że również i ta grupa wyroków nie jest znaczna. Sądy administracyjne rozstrzygały przede wszystkim kwestię dopuszczalności stosowania zwolnienia przy nabyciu w drodze zasiedzenia. Przegląd orzecznictwa pozwala na uznanie, że zaczęła kształtować się raczej

¹⁸ Wyrok WSA z 18.11.2010, sygn. I SA/Ke 468/10, LEX nr 748970; wyrok WSA z 18.02.2009, sygn. I SA/GI 1131/08, LEX nr 491856; wyrok WSA z 24.01.2012, sygn. I SA/Bd 1007/11, LEX nr 1113331.

¹⁹ Podstawę do formułowania wniosków stanowiła analiza około 600 orzeczeń sądów administracyjnych, jednak ze względu na obszerność opracowania powoływane są tylko wybrane, charakterystyczne dla danej linii, wyroki.

²⁰ Wyrok WSA z 3.02.2011, sygn. I SA/GI 1074/10, LEX nr 990591.

²¹ Wyrok WSA z 2.06.2015, sygn. I SA/Gd 468/15, LEX nr 1751540.

²² Wyrok WSA z 27.04.2010, sygn. I SA/Gd 99/10, LEX nr 576644; wyrok NSA z 20.03.2012, sygn. II FSK 1704/10, LEX nr 1124342.

jednolita linia orzecznictwa, zgodnie z którą zakresem zwolnienia należy objąć wszystkie opodatkowane podatkiem sposoby nabycia własności rzeczy i praw majątkowych, w tym nabycie w drodze zasiedzenia. Warunkiem skorzystania ze zwolnienia jest nabycie w ten sposób własności od osoby wymienionej w art. 4a ustawy oraz spełnienie pozostałych, wymienionych w tym przepisie wymogów formalnych²³. Na szczególną uwagę zasługuje podkreślenie przez sąd, że artykuł 4a ust. 1 pkt 1 u.p.s.d. należy rozumieć w ten sposób, że – inaczej niż w Kodeksie cywilnym²⁴ – na gruncie ustawy o podatku od spadków i darowizn możliwe jest nabycie nieruchomości w drodze zasiedzenia od poprzednich właścicieli. Stąd też dla ustalenia, czy nabycie w ten sposób własności rzeczy podlega zwolnieniu od podatku od spadków i darowizn, istotne jest to, kto był jej poprzednim właścicielem. Skoro bowiem art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.s.d. stanowi o zwolnieniu nabycia rzeczy i praw od osób w nim wymienionych (najbliższych) pod warunkiem zgłoszenia tego nabycia w terminie 6 miesięcy od określonego zdarzenia, wskazując jednocześnie, że zwolnienie to dotyczy obowiązku podatkowego powstałego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 2–8 u.p.s.d., który w punkcie 6 obejmuje zasiedzenie, to przyjęcie cywilistycznego rozumienia zasiedzenia oznaczałoby interpretację wskazanego przepisu niezgodnie z jego literalnym brzmieniem. Taka interpretacja stanowiłaby wykładnię *contra legem* z tej przyczyny, że nie uwzględniałaby części przepisu, a więc tych przypadków, które określone są w art. 6 ust. 1 w punktach od 2 do 6 u.p.s.d. Taki zabieg interpretacyjny jest niedopuszczalny, prowadzi do zmiany sensu przepisu ustawowego²⁵.

Niewątpliwie przyjęcie takiej wykładni jest korzystne dla podatników, jednocześnie zauważalna jest pewna liberalizacja w podejściu do instytucji zwolnień podatkowych²⁶ i bezpośrednie odniesienie do autonomii prawa podatkowego. Ma to tym istotniejsze znaczenie, że na gruncie ustawy o podatku od spadków i darowizn zasady opodatkowania nabycia własności w drodze zasiedzenia zostały

²³ Por. wyrok WSA z 26.11.2013, sygn. I SA/Bd 742/13, LEX nr 1434591; wyrok NSA z 19.03.2014 r., sygn. II FSK 883/12, LEX nr 1447090.

²⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 459 z późn. zm.).

²⁵ Wyrok WSA z 28.10.2015, sygn. I SA/GI 441/15, LEX nr 1926273.

²⁶ Por. A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 217 i n.; wyrok NSA z 21.08.2009, sygn. II FSK 389/09, LEX nr 525718; wyrok WSA z 25.09.2009, sygn. I SA/Op 264/09, LEX nr 529171; wyrok WSA z 03.09.2009, sygn. I SA/GI 495/09, LEX nr 519439; wyrok NSA z 7.08.2009, sygn. II FSK 43/09, LEX nr 526149; wyrok NSA z 7.08.2009, sygn. II FSK 78/09, LEX nr 526148. Wyrok NSA z 15.12.1999, sygn. III SA 8158/98, LEX nr 40709.

określone odmiennie niż przy pozostałych nieodpłatnych przysporzeniach. Przejawia się to w odstąpieniu od uzależnienia wysokości podatku od przynależności do grupy podatkowej i w stosowaniu stałej stawki procentowej.

Najobszerniejszą grupę wyroków, wyodrębnioną w oparciu o przedstawione kryterium, stanowią orzeczenia w przedmiocie warunków formalnych zwolnienia. Ich przegląd pozwala na generalną konstatację, że spory między podatnikami a organami podatkowymi pokrywały się z ustawowo wymienionymi wymogami: terminowego zgłoszenia faktu nabycia własności rzeczy i praw majątkowych oraz sposobu dokumentowania ich nabycia na zasadach określonych w ustawie. Również i w tej umownie wyróżnionej grupie orzeczeń zauważalna jest raczej jednolita tendencja wyrokowania.

Mówiąc o pierwszym z warunków formalnych, jakim jest obowiązek zgłoszenia faktu nabycia rzeczy i praw majątkowych właściwemu organowi podatkowemu, należy zauważyć, że ten ustawowy wymóg był przedmiotem orzekania TK. W wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r.²⁷ Trybunał stwierdził, że art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2007 r. do 31 grudnia 2008 r., w zakresie, w jakim przewidywał miesięczny termin złożenia zgłoszenia właściwemu naczelnikowi urzędu skarbowego nabycia w drodze dziedziczenia własności rzeczy lub praw majątkowych przez małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierba, rodzeństwo, ojczyma i macochę, był niezgodny z wywiedzioną z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. W związku z powyższym termin zgłoszenia wydłużono do 6 miesięcy, licząc w analogiczny sposób. Konsekwencją cytowanego wyroku w sferze orzeczniczej sądów administracyjnych jest natomiast słuszne przyjęcie, że 6-miesięczny termin na wypełnienie obowiązku zgłoszenia należy również stosować do zgłoszeń mających miejsce od dnia 1 stycznia 2007 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. Przyjęcie takiego rozwiązania uzupełnia bowiem powstałą wskutek powołanego wyroku TK lukę konstrukcyjną, a jednocześnie odpowiada zasadzie sprawiedliwości prawa, zrównując sytuację podatników, którzy spadek nabyli przed 1 stycznia 2009 r., jak i po tej dacie²⁸.

²⁷ Wyrok TK z 4.06.2013, sygn. P 43/11, www.trybunal.gov.pl.

²⁸ Wyrok NSA z 5.09.2013, sygn. II FSK 1926/13, LEX nr 1403586; wyrok NSA z 5.09.2013, sygn. II FSK 1397/11, LEX nr 1445006; wyrok NSA z 10.09.2013, sygn. II FSK 1956/13, LEX nr 1441261; wyrok NSA z 6.05.2014, sygn. II FSK 1255/12, LEX nr 1481461; wyrok NSA z 18.02.2014, sygn. II FSK 695/12, LEX nr 1450365; wyrok WSA z 16.07.2013, sygn. I SA/Gd 661/13, LEX nr 1363698; wyrok WSA z 17.09.2013, sygn. I SA/Kr 1149/13, LEX nr 1441291; wyrok WSA z 15.10.2013, sygn. VIII SA/Wa 436/13, LEX nr 1421723; wyrok WSA z 7.01.2014, sygn. I SA/GI 1435/13, LEX nr 1409821; wyrok WSA z 16.06.2014, sygn. I SA/Kr 628/14, LEX nr 1546149.

Odnosząc się do warunku terminowego zgłoszenia faktu nabycia rzeczy i praw majątkowych, nie można pominąć najistotniejszej kwestii, będącej źródłem odmiennej wykładni przepisu dokonywanej przez podatników i organy podatkowe, a mianowicie charakteru wskazanego terminu. Orzeczenia w tym przedmiocie stanowią najliczniejszą grupę w charakteryzowanym obszarze. Również i w tym przypadku należy w pełni podzielić stanowisko prezentowane w homogenicznym nurcie wyroków. Zgodnie z nim maksymalny termin wskazany w treści art. 4a ust. 1 u.p.s.d. ma charakter materialnoprawny, w związku z tym nie może zostać przywrócony, a jego dotrzymanie jest bezwzględny warunkiem zastosowania zwolnienia podatkowego²⁹. Warto uzupełnić, że w przypadku nabycia w drodze dziedziczenia termin ten liczony jest od uprawomocnienia się postanowienia sądu o stwierdzeniu nabycia spadku, a nie od otrzymania odpisu tego postanowienia przez podatnika podatku od spadków i darowizn³⁰. Za istotny obszar orzekania sądów administracyjnych należy też uznać rozstrzygnięcia odnoszące się do interpretacji ustawowego zwrotu „powzięcia wiadomości o nabyciu rzeczy i praw majątkowych”, użytego w art. 4a ust. 2 u.p.s.d., który ustanawia wyjątek od zasady ogólnej. Umożliwia bowiem, co już sygnalizowano, złożenie zgłoszenia o nabyciu własności rzeczy i praw majątkowych w terminie 6 miesięcy od tej daty, a nie w terminie 6 miesięcy od dnia powstania obowiązku podatkowego (uprawomocnienia się orzeczenia sądu stwierdzającego nabycie spadku). Analiza wyroków sądów administracyjnych pozwala na stwierdzenie, że odnosiły się one przede wszystkim do powzięcia

²⁹ Wyrok NSA z 21.09.2010, sygn. II FSK 685/09, LEX nr 745805; wyrok WSA z 3.06.2015, sygn. I SA/Gd 813/14, LEX nr 1751599; wyrok WSA z 20.05.2015, sygn. III SA/Wa 2702/14, LEX nr 1683355; wyrok WSA z 6.05.2015, sygn. I SA/Go 117/15, LEX nr 1936875; wyrok WSA z 30.04.2014, sygn. I SA/Ol 61/14, LEX nr 1469914; wyrok WSA w Krakowie z dnia 15.01.2014, sygn. I SA/Kr 1613/13, LEX nr 1497544; wyrok WSA z 4.12.2013, sygn. I SA/Sz 677/13, LEX nr 1410212; wyrok WSA z 27.03.2013, sygn. I SA/Bk 35/13, LEX nr 1299311; wyrok WSA z 11.03.2010, sygn. I SA/Ld 1022/09, LEX nr 590736; wyrok WSA z 8.11.2012, sygn. I SA/Rz 715/12, LEX nr 1448293; wyrok WSA z 14.03.2012, sygn. I SA/Ld 60/12, LEX nr 1227755; wyrok NSA z 15.02.2012, sygn. II FSK 1538/10, LEX nr 1126408; wyrok WSA z 18.01.2012, sygn. III SA/Wa 1024/11, LEX nr 1101734; wyrok NSA z 7.07.2011, sygn. II FSK 377/10, LEX nr 1083126; wyrok NSA z 12.01.2011, sygn. II FSK 1648/09, LEX nr 952713; wyrok WSA z 15.12.2010, sygn. I SA/Ol 768/10, LEX nr 749686; wyrok WSA z 22.11.2007, sygn. I SA/Bd 675/07, LEX nr 368173; wyrok WSA z 13.03.2008, sygn. I SA/Po 1704/07, LEX nr 478672; wyrok WSA z 14.07.2008, sygn. I SA/Po 314/08, LEX nr 482088; wyrok WSA z 15.07.2008, sygn. III SA/Wa 434/08, LEX nr 489485; wyrok WSA z 16.10.2008, sygn. I SA/Gd 477/08, LEX nr 500955; wyrok WSA z 16.10.2008, sygn. I SA/Gd 478/08, LEX nr 500951; wyrok WSA z 23.10.2008, sygn. I SA/Po 1089/08, LEX nr 522582; wyrok WSA z 30.01.2009, sygn. III SA/Wa 2336/08, LEX nr 496160.

³⁰ Wyrok WSA z 3.11.2008, sygn. III SA/Wa 1394/08, LEX nr 515935; wyrok WSA z 3.12.2009, sygn. I SA/Kr 1013/09, LEX nr 582615; wyrok WSA z 18.02.2010, sygn. VIII SA/Wa 739/09, LEX nr 576370.

wiadomości o nabyciu własności rzeczy i praw majątkowych w drodze dziedziczenia. W tym zakresie w orzecznictwie zaakcentowano, że cytowany zwrot należy odnieść nie tyle do wiedzy spadkobiercy o dacie uprawomocnienia się deklaratoryjnego orzeczenia o stwierdzeniu nabycia spadku, ile do momentu, w którym faktycznie dowiedział się on o nabyciu spadku w związku ze śmiercią spadkodawcy. Należy równocześnie podkreślić, że złożenie wniosku o stwierdzenie nabycia spadku, udział w tym postępowaniu czy wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku to okoliczności, które same nie wykluczają późniejszego powzięcia wiedzy przez nabywcę o nabyciu własności rzeczy należących do spadku³¹. Istotne jest, aby organy podatkowe przeprowadziły i rozpoznały wszelkie dowody, które pozwolą na przyjęcie, że uprawdopodobnienie nastąpiło, bądź wykazanie w sposób jednoznaczny, że nie doszło do uprawdopodobnienia faktu późniejszego powzięcia wiadomości o nabyciu własności rzeczy i praw majątkowych³².

Odnosząc się do drugiego z ustawowych warunków uprawniających do skorzystania z komentowanego zwolnienia, a mianowicie obowiązku dokumentowania (w okolicznościach i na zasadach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 2), stwierdzić należy, że najliczniejszą grupę orzeczeń stanowią wyroki rozstrzygające kwestię dopuszczalności przekazania darowizny na rachunek inny niż obdarowanego. Charakterystyczne jest przy tym wyodrębnienie się dwóch, konkurencyjnych linii orzecznictwa. Zgodnie z pierwszą z nich wykładnia językowa powołanego artykułu ustawy przesądza o tym, że o możliwości skorzystania z preferencji podatkowej decyduje fakt przekazania środków na rachunek obdarowanego³³, przy czym nie musi to być wpłata dokonana osobiście przez darczyńcę³⁴.

³¹ Wyrok NSA z 7.10.2015, sygn. II FSK 2064/13, LEX nr 198633; wyrok NSA z 6.02.2013, sygn. II FSK 1191/11, LEX nr 1358219; wyrok NSA z 29.09.2012, sygn. II FSK 209/11, LEX nr 1244144; wyrok WSA z 15.01.2015, sygn. I SA/GI 687/14, LEX nr 1643335; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12.03.2015, sygn. I SA/GI 900/14, LEX nr 1676502; wyrok WSA z 28.04.2015, sygn. I SA/Po 57/15, LEX nr 1759589; wyrok WSA z 17.09.2015, sygn. I SA/Wr 1093/15, LEX nr 1948238; wyrok WSA z 6.08.2014, sygn. I SA/OI 483/14, LEX nr 1503585; wyrok WSA z 28.10.2014, sygn. I SA/GI 130/14, LEX nr 1552625; wyrok WSA z 23.11.2010, sygn. III SA/Wa 1271/10, LEX nr 787205; wyrok WSA z 9.12.2009, sygn. I SA/Lu 506/09, LEX nr 582625.

³² Wyrok WSA z 19.08.2010, sygn. I SA/OI 465/10, LEX nr 749552; wyrok WSA z 20.02.2009, sygn. SA/Po 1533/08, www.orzeczenia.nsa.gov.pl; wyrok WSA z 9.04.2013, sygn. II SA/Wa 3370/12, www.orzeczenia-nsa.pl.

³³ Wyrok NSA z 25.02.2014, sygn. II FSK 706/12, LEX nr 1469137; wyrok NSA z 26.11.2013, sygn. II FSK 2967/11, LEX nr 1415102; wyrok WSA z 7.04.2011, sygn. I SA/Go 103/11, LEX nr 990731; wyrok WSA z 24.09.2009, sygn. III SA/Wa 645/09, LEX nr 607714; wyrok WSA z 31.08.2009, sygn. III SA/Wa 471/09, LEX nr 529332.

³⁴ Wyrok NSA z 12.04.2013, sygn. II FSK 1628/11, LEX nr 1297982.

W znacznej części wyroków prezentowane jest jednak stanowisko odmienne, mogące świadczyć o zmianie w pojmowaniu instytucji zwolnień podatkowych. Ta grupa orzeczeń charakteryzuje się istotną liberalizacją w interpretacji przepisów, wynikającą z szerszego odwoływania się do wykładni celowościowej. Nie kwestionując zasadności jej dokonania, stwierdzić należy, że polemiczne może już być uznanie, czy uzasadnione jest odstąpienie od oczywistych rezultatów wykładni językowej³⁵. Sądy uznawały bowiem, że wymóg dokumentowania spełniony jest w każdym przypadku przekazania darowizny na rzecz uprawnionego obdarowanego, ale na dowolne konto osoby trzeciej, np. wierzyciela obdarowanego, dewelopera czy też diler³⁶.

Podsumowanie

Wprowadzone do obrotu prawnego z dniem 1 stycznia 2007 r. zwolnienie najbliższych członków rodziny z podatku od spadków i darowizn odgrywa niepodważalną rolę w redukcji obciążeń podatkowych. Jednocześnie blisko 10-letni okres obowiązywania zwolnienia wiąże się z licznymi sporami pomiędzy podatnikami a organami podatkowymi, kończącymi się dopiero w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Stąd też dorobek judykatury we wskazanym zakresie to ponad 600 wyroków sądów administracyjnych³⁷.

Ich analiza prowadzi do następujących wniosków. Przede wszystkim koncentrują się one na kwestiach dotyczących warunków formalnych zwolnienia, gdzie za najistotniejszy problem uznać można terminowość zgłaszania faktu

³⁵ Por. B. Brzeziński, *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013, s. 122 i n.; H. Filipczyk, *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Warszawa 2013, s. 88.

³⁶ Wyrok NSA z 25.03.2011, sygn. II FSK 2020/09, www.orzeczenia.nsa.gov.pl; wyrok NSA z 14.10.2010, sygn. II FSK 981/09, LEX nr 746002; wyrok NSA z 22.09.2010, sygn. II FSK 818/09, LEX nr 745880; wyrok NSA z 7.04.2010, sygn. II FSK 1952/08, www.orzeczenia.nsa.gov.pl; wyrok NSA z 7.04.2010, sygn. II FSK 2028/08, LEX nr 596176; wyrok NSA z 8.12.2010, sygn. II FSK 1394/09, LEX nr 686773; wyrok NSA z 14.03.2012, sygn. II FSK 1534/11, LEX nr 1145408; wyrok NSA z 19.01.2012, sygn. II FSK 1419/10, LEX nr 1113601; wyrok NSA z 3.11.2011, sygn. II FSK 880/10, LEX nr 980390; wyrok WSA z 5.11.2010, sygn. I SA/Kr 1438/10, LEX nr 749171; wyrok WSA z 23.09.2010, sygn. III SA/Wr 269/10, LEX nr 757890; wyrok z 18.05.2010, sygn. I SA/Ld 181/10, LEX nr 673723; wyrok WSA z 20.09.2011, sygn. I SA/Gd 362/11, LEX nr 964768; wyrok WSA z 19.07.2011, sygn. I SA/Gd 454/11, LEX nr 898324; wyrok WSA z 28.04.2011, sygn. I SA/Ld 302/11, LEX nr 984274; wyrok WSA z 19.04.2011, sygn. I SA/Bd 167/11, LEX nr 1096388; wyrok WSA z 14.04.2011, sygn. III SA/Po 65/11, LEX nr 823070.

³⁷ Odnotować przy tym można sukcesywnie następujący, w kolejnych latach, spadek ilościowy tych orzeczeń, co z kolei prowadzi do konkluzji o kształtującej się praktyce stosowania przepisu i jej znajomości przez zainteresowane podmioty.

nabywania rzeczy i praw majątkowych organom podatkowym. Poza tym w ramach wyodrębnionych linii orzecznictwa można mówić o ich jednolitości (poza wskazywanymi wyjątkami). Przeprowadzone badania nie wskazały również na istotną ewolucję w interpretacji poszczególnych zasad wynikających z art. 4a ustawy.

Przeгляд rozstrzygnięć sądowych pozwala również na generalną konstatację, że powodem rozstrzygnięcia były nie tyle nieprecyzyjne postanowienia ustawy, ile błędna wykładnia art. 4a (dokonywana zwłaszcza przez podatników). Jest to z kolei następstwem skomplikowanej konstrukcji ustawy, w tym charakteryzowanego art. 4a, szczególnie w zakresie odesłań do określonych w art. 6 momentów powstawania obowiązku podatkowego. Ścisłe powiązanie regulacji prawa podatkowego z prawem cywilnym (przede wszystkim spadkowym), rodzinnym i bankowym, przy niedostatecznej świadomości prawnej podatników, niejednokrotnie skutkuje utratą prawa do zwolnienia. W związku z tym należałoby rozważyć możliwość uproszczenia treści art. 4a ustawy we wskazanych wyżej obszarach. Zasadne również może być nałożenie na banki ustawowego obowiązku informowania osób uprawnionych z tytułu bankowego zapisu na wypadek śmierci o terminie zgłoszenia tego zapisu, którego bieg rozpoczyna się z chwilą śmierci spadkodawcy

Literatura

- Babiarz S., *Zwolnienie podmiotowe z art. 4a oraz projekty zmian ustawy o podatku od spadków i darowizn*, „Przeгляд Podatkowy” 2008, nr 10.
- Banach J., *Zwolnienie z podatku od spadków i darowizn nabycia własności rzeczy lub praw majątkowych przez osoby najbliższe*, „Biuletyn Skarbowy” 2009, nr 6.
- Biernacki K., *Opodatkowanie zniesienia współwłasności*, „Prawo i Podatki” 2009, nr 3.
- Brzeszczyńska S., *Podatek od spadków i darowizn*, Warszawa 2009.
- Brzeziński B., *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013.
- Filipczyk H., *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Warszawa 2013.
- Krawczyk I., *Ulga dla najbliższej rodziny w podatku od spadków i darowizn*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 8.
- Mariański A., *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009.
- Miemiec W., *Prawne gwarancje samodzielności finansowej gminy w zakresie dochodów publicznoprawnych*, Wrocław 2005.
- Rynkiewicz D., *Przywileje podatkowe dla najbliższej rodziny zbywcy w podatku od spadków i darowizn*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 13.

Smoleń P., *Zmiany w podatku od spadków i darowizn*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego, Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, red. W. Miemieć, Wrocław 2009.

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 833 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. z 2006 r., nr 222, poz. 1629).

Ustawa z dnia 10 października 2008 r. o zmianie ustawy o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2008 r., nr 203, poz. 1267).

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2015 r. w sprawie wzoru zgłoszenia o nabyciu własności rzeczy lub praw majątkowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2060).

EXEMPTION, PURSUANT TO ARTICLE 4A OF THE ACT, FROM THE GIFT AND INHERITANCE TAX IN THE JURISPRUDENCE OF ADMINISTRATIVE COURTS

Summary

The gift and inheritance tax is a non-property tax with specific features. Among them, it is worth mentioning, i.a., the wide array of tax privileges. The most significant include the exemption referred to in Article 4a of the act. It can be considered the most beneficial tax privilege under the current tax system. At the same time, regulations in the scope in question cause a number of interpretation disputes that are eventually resolved by administrative courts.

The above premises gave rise to undertaking the subject-matter in question. An analysis of the abundant judicature *acquis* allowed determining which of the act's provisions in this field are most often subject to interpretation done by administrative courts and formulating the *de lege lata* and *de lege ferenda* conclusions.

Keywords: exemption, gift and inheritance tax

Adam Banaszekiewicz*

**PROPOZYCJE ZMIAN W POLSKIM KODEKSIE KARNYM
W KONTEKŚCIE WSPÓLCZESNEJ ROLI WŁASNOŚCI PRYWATNEJ
I ZNACZENIA KONSTITUCYJNEJ ZASADY OCHRONY
PRAWA WŁASNOŚCI**

Streszczenie

Artykuł ma za zadanie przypomnienie o szczególnym znaczeniu gospodarczym i społecznym własności oraz prawa własności. Punktem odniesienia są zmiany, jakie przewidziano do wprowadzenia w polskim kodeksie karnym oraz innych powiązanych z nim ustawach nowelizacją z dnia 23 maja 2016 r. (w chwili publikacji artykułu już wprowadzone w życie – w zmodyfikowanej postaci). Ma ona otwierać drogę do orzekania przypadku mienia podmiotów niebędących sprawcami przestępstwa i nieskazanych za jego popełnienie, jak również mienia niepowiązanego z działalnością przestępczą sprawcy i niestanowiącego korzyści z takiej działalności. W pierwszej kolejności przypomniano względy, z uwagi na które własność, w szczególności zaś własność prywatna, powinna zostać objęta specjalną ochroną, następnie zaś przedstawiono konkretne zapisy polskiej Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. mające zapewnić tę ochronę i umożliwić własności odgrywanie przewidzianej dla niej i oczekiwanej od niej roli. Na koniec nawiązano do zmian w polskim ustawodawstwie karnym, komentując je w kontekście omówionych wcześniej kwestii.

Słowa kluczowe: prawo własności, konstytucyjna zasada ochrony własności, kodeks karny, przepadek rzeczy

* dr Adam Banaszekiewicz, Wydział Nauk Humanistycznych i Społecznych Karkonoskiej Państwowej Szkoły Wyższej w Jeleniej Górze, e-mail: adam.banaszekiewicz@kpswjg.pl

Wprowadzenie

Nie ulega wątpliwości, że prawo własności nie jest tym, czym było jeszcze dwieście pięćdziesiąt lat temu, nie wspominając już o okresie starożytnym. Nie jest prawem nienaruszalnym (świętym) i nieograniczonym (*ius infinitum*). Jest prawem bezwzględnym i obowiązuje *erga omnes*, nie wyłącza jednak zupełnie możliwości ingerencji innych podmiotów, w tym w szczególności podmiotów o charakterze publicznym lub których działanie ma taki charakter, w sferę uprawnień właścicielskich. Nie wiąże się tylko z uprawnieniami, bez żadnych obowiązków. Nie oznacza dla uprawnionego, że może on zrobić ze swoją rzeczą, tak ruchomą, jak i nieruchomą, praktycznie wszystko, na co pozwalają mu jej właściwości techniczne (potocznie rozumiane prawa fizyki), i nikt inny, w czymkolwiek imieniu i w jakimkolwiek interesie by występował, nie ma prawa jej ruszyć, korzystać z niej ani czerpać z niej pożytku¹.

Choć orzecznictwo nie chroni już tak tego prawa i sądy nie bronią takiego jego sensu (nie wydając orzeczeń w każdym bezwzględnie przypadku skierowanych przeciwko tym, którzy czyją własność naruszają), pozostaje ono jednak prawem wyjątkowym, o szczególnym znaczeniu.

Nie wkraczając (niezależnie od słuszności wyciągniętych wniosków) na drogę rozważań o tym, czy prawo to powinno być wciąż mianowane własnością, czymś z samej nazwy służącym tylko uprawnionemu w określonych przez niego celach (czymś „tylko moim”, patrząc z perspektywy właściciela, ze względu na którą prawo to zostało kiedyś utworzone i została mu nadana treść), czy też nie należałoby rozważyć wprowadzenia innej nazwy tego, co obecnie funkcjonuje jako prawo własności, albo czy może nie należałoby dodać jakiegoś przymiotnika dopasowującego przedmiotowe prawo do jego aktualnego kształtu – własność bowiem pozostaje nie tylko najszerszym pod względem treści prawem rzeczowym, ale też prawem podmiotowym. Prawo to, inne, uboższe niż kiedyś, cały czas odgrywa szczególną rolę tak w skali mikro, jak i skali makro. Ma wyjątkowe znaczenie zarówno dla zaspokojenia potrzeb, bezpieczeństwa i rozwoju uprawnionej jednostki oraz osób jej naj-

¹ Koniec wieku XVIII, poczynając od zapisów art. 17 francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, a także wiek XIX i XX doprowadziły do socjalizacji prawa własności, będącej konsekwencją przemian gospodarczych i społecznych oraz kierunku, jaki przyjął rozwój społeczeństw oraz instytucji państwa, a co za tym idzie władzy publicznej i jej zadań.

bliższych, jak i całego państwa ze względu na jego wykorzystanie w sferze działalności gospodarczej (znaczenie gospodarcze)².

To znaczenie nie ogranicza się wyłącznie do „holdów” składanych prawu własności w doktrynie prawa, nie tylko prawa prywatnego – cywilnego, ale też publicznego, zwłaszcza gospodarczego, ale, co istotne, znajduje wyraz w treści najważniejszego aktu prawnego w państwie, wyznaczającego kierunki pozostałych regulacji, jakim jest konstytucja. Treść prawa własności, jego granice i możliwość (dopuszczalność) ograniczeń wyznaczają głównie nie czyjeś koncepcje, wytwory ludzkiego umysłu, sformułowania, którym zawsze można przeciwstawić inny pogląd, ale przede wszystkim konkretne przepisy.

W Polsce przepisy te tworzą nad prawem własności parasol ochronny, bez którego nie mogłoby ono odgrywać swojej roli. Ich kształt nie jest przypadkowy i ma szczególne znaczenie dla wypełniania przez prawo własności (przede wszystkim własności prywatnej) przewidzianej funkcji. Przepisy te są ze sobą organicznie związane i pozwalają zrealizować zamierzony cel, którego osiągnięcie wszelka nie do końca przemyślana zmiana (nieuwzględniająca ogólnego obrazu i służąca realizacji innych wartości, niż te, o które chodzi) mogłaby co najmniej utrudnić.

O tym przede wszystkim należy pamiętać, planując wprowadzenie nowych rozwiązań, mogących lub z założenia mających wpłynąć na zakres ingerencji i na kształt uprawnień właścicielskich – czyli na możliwość wykorzystania własności przez uprawnionego dla celów, którym powinna ona służyć. Co przy tym kluczowe, cele te są ważne nie tylko dla samego dysponującego rzeczą, ale także dla całego państwa oraz jego gospodarki, co nie pozwala uznawać tej kwestii za obojętną w szerszym wymiarze.

Stwierdzenie to nabiera praktycznego wydźwięku w świetle brzmienia niektórych artykułów projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 23.05.2016 r. Projekt ten, powszechnie dostępny i komentowany³, pozwalał na ingerencję w uprawnienia właściciela rzeczy nawet w przypadku domysłów dotyczących jego złych intencji czy niedopilnowania, związanych z potencjalnym zastosowaniem tego, co ma on do dyspozy-

² Poza tym bez posiadania określonego majątku administracja publiczna nie mogłaby należycie wykonywać powierzonych jej zadań. Nie o prywatną własność, tak istotną dla ustroju gospodarczego państwa, w tym przypadku jednak chodzi.

³ Zob. np. www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-pr-ust-o-zm-u-kodeks-karny-145-u-5-16-15712.pdf (dostęp 27.09.2016).

cji. Obecnie (wrzesień 2017 r.) część zapisów projektu stanowi już obowiązujące w Polsce prawo⁴.

Jest to przykład tendencji do karania za myśli, zresztą domniemane, albo za brak reakcji, a nie za czyny, za to, co dzieje się naprawdę. Warto zastanowić się nad sensem tego kierunku myślenia w konfrontacji z ramami dopuszczalnych zachowań, jakie stwarza polska ustawa zasadnicza.

Krótko o szczególnym znaczeniu (prawa) własności, czyli względy teoretyczne

Nie można zaprzeczyć, iż wśród ekonomistów panuje pogląd, że „własność” jest terminem niedającym się dokładnie zdefiniować. Istniejące definicje własności są w wielu przypadkach sprzeczne, nieprecyzyjne, wadliwe.

Przykładowo według M. Webera własność to „monopolizacja szans na podejmowanie konkretnych działań”⁵. Natomiast J. Mączyński uważa własność za „całokształt społecznych form przynależności do określonych podmiotów wszelkiego rodzaju dóbr mogących służyć zaspokojeniu potrzeb ludzkich”⁶. R. Milewski definiuje własność jako „zbiór efektywnie wykorzystywanych (a nie tylko deklarowanych czy zapisanych w kodeksie lub konstytucji) uprawnień, inaczej praw własności, jakimi dany podmiot własności (właściciel) dysponuje w odniesieniu do określonego obiektu (przedmiotu) własności”⁷. Z kolei A. Cisek wskazuje, że z ekonomicznego punktu widzenia własność oznacza każdą formę władania częściami przyrody mającymi wartość majątkową, która pozwala na zawłaszczenie materialnych części przyrody⁸.

⁴ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r., poz. 768. Całą drogę legislacyjną ustawy można prześledzić na stronie www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1186 (dostęp 12.09.2017).

⁵ M. Weber, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, t. 1, New York 1968, s. 5, tekst oryginalny https://archive.org/stream/MaxWeberEconomyAndSociety/MaxWeberEconomyAndSociety_djvu.txt (dostęp 11.09.2017). Por. M. Kaczmarczyk, *Wstęp do socjologicznej teorii własności*, Warszawa 2006, s. 27–72.

⁶ A. Mączyński, *Koncepcja własności w obowiązującym prawie polskim*, w: *Własność*, red. T. Wawak, Kraków 1990, s. 25–26.

⁷ Na zbiór ten składają się dwa podzbiory uprawnień: 1) faktyczne korzystanie w różnorodny sposób z obiektu własności, 2) bezpośredni lub pośredni udział w podejmowaniu istotnych decyzji dotyczących wykorzystania tego obiektu, czyli zarządzania nim. R. Milewski, w: *Podstawy ekonomii*, red. R. Milewski, Warszawa 1998, s. 23.

⁸ A. Cisek, w: *Podstawy prawa cywilnego i handlowego*, red. E. Gniewek, Wrocław 2002, s. 178.

Dokładniejsza analiza wszystkich znanych definicji własności, opisów treści i form omawianego terminu prowadzi do wniosku, że własność jest kategorią (pojęciem, terminem) ekonomiczną o ogromnym bogactwie treści i form, o przebogatej strukturze wewnętrznej i dynamicznej zmienności szczegółów. W jednych przypadkach „własność” jest tożsama z określonymi dobrami ekonomicznymi, w innych – z określonymi prawami podmiotów gospodarowania, w jeszcze innych – z określonymi obowiązkami podmiotów gospodarowania (np. własność gruntu to obowiązek właściciela gruntu uiszczania podatku gruntowego). W jeszcze innych przypadkach „własność” to określony cel ludzkiej aktywności (pracuje się po to, by móc uzyskać określone przedmioty na własność), jak również określony środek realizacji danych celów (zrealizuję dany cel, jeśli będę miał daną własność).

Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że w teorii ekonomii oraz w praktyce gospodarczej „własność” jest tym, czym ją świadomie i celowo uczyni określony podmiot. „Własność jest m.in. określonym »produktem« określonej świadomości, określonej wiedzy, określonego działania określonego podmiotu. Jest to określone »ekonomiczne dobro« – abstrakcyjne w teorii ekonomii, rzeczywiste (materialno-energetyczne) w praktyce gospodarczej”⁹.

Będące przedmiotem własności nieruchomości i ruchomości mogą generować nowe wartości ekonomiczne, czyli – innymi słowy – przynosić korzyści, tak naturalne (np. owoce czy plony zbóż), jak i cywilne (czyli np. środki pieniężne otrzymywane tytułem czynszu najmu lub dzierżawy). Właściwe wykorzystanie własności pozwala mnożyć zasoby pieniężne, jak i pozyskiwać przedmioty, które mogą być wykorzystane do produkcji albo w innym celu (dobra luksusowe itp.). Własność jest tym samym postrzegana jako źródło bogactwa oraz dobrobytu. Pozwala osiągnąć bezpieczeństwo finansowe i gwarantuje zaspokojenie na początek podstawowych życiowych, a potem również tych dalszych potrzeb. Przestało być zatem obojętne, jak podmiot uprawniony korzysta z przysługującego mu prawa własności. Niewłaściwe wykorzystanie przedmiotów własności, tkwiącego w nich potencjału „dobrotwórczego”, a tym bardziej niszczenie ich, bezproduktywne zużywanie, spotyka się z potępieniem.

W powszechnym ujęciu doktryny ekonomicznej oraz prawnej istnienie własności prywatnej oraz gwarancja jej ochrony są głównymi determinantami przedsiębiorczości oraz bogacenia się jednostek i społeczeństw, a w konsekwencji

⁹ Zob. np. R. Milewski, w: *Podstawy ekonomii...*, s. 26–27.

wzrostu i rozwoju gospodarczego¹⁰. W tym kontekście, mówiąc o własności jako o wartości, wspomnieć należy o teorii tzw. praw własności (*property rights*). Za jej twórców uważa się A.A. Alchiana, H. Demsetza, E.G. Furubotna oraz S. Pejovitcha. Teoria ta pojawiła się w Stanach Zjednoczonych w latach pięćdziesiątych ubiegłego stulecia. Według teoretyków praw własności teoria tradycyjna ewidentnie nie docenia problematyki własności w analizie ekonomicznej, choć skądinąd słusznie przyjmuje, że własność prywatna i swobodna przedsiębiorczość są najlepszą podstawą efektywnej gospodarki. W dominującym nurcie współczesnej gospodarki zakłada się zwykle milcząco istnienie własności prywatnej (kapitalistycznej) jako oczywistego i jednocześnie pożądanego stanu; bliższa analiza związków między formami własności i procesami gospodarczymi podejmowana jest stosunkowo rzadko. Eksponując problematykę własności, teoretycy praw własności starają się więc przede wszystkim wypełnić powstałą w teorii tradycyjnej lukę¹¹.

Co najistotniejsze, w warunkach ograniczoności zasobów gospodarczych i ciągle rosnących ludzkich potrzeb oraz wynikającej stąd konieczności racjonalnego gospodarowania wcześniej czy później, zdaniem przedstawicieli omawianej teorii, pojawia się zapotrzebowanie na określone uregulowania w zakresie praw własności, a ponadto tendencja do ustanowienia prywatnych form (a tym samym i praw) własności jako najbardziej efektywnych. W ich opinii własność prywatna pozwala na najlepsze określenie praw własności. Tam gdzie prawa własności są określone źle lub też nie są określone wcale, dochodzi często do rabunkowej gospodarki zasobami, gdyż nie ma nikogo, kto byłby dostatecznie silnie zainteresowany ich efektywnym wykorzystaniem.

Środkiem, za pośrednictwem którego prawa własności wpływają w dużym stopniu na alokację zasobów, jest wymiana¹². Nieskrępowane akty kupna-sprze-

¹⁰ Np. T. Włudyka, w: *Instytucje gospodarki rynkowej*, red. T. Włudyka, M. Smaga, Warszawa 2012, s. 149.

¹¹ W opinii jej twórców teoria praw własności jest przede wszystkim próbą uogólnienia wzajemnych powiązań między prawami własności w węższym sensie a bodźcami i regułami działań gospodarczych ludzi, przy czym chodzi o wykazanie, że: 1) treść praw własności wpływa na alokację (rozmişczenie oraz wykorzystanie) różnego typu zasobów i to wpływa w sposób określony oraz przewidywalny, 2) ekonomia jako nauka jest w stanie wyjaśnić długookresowe zmiany w obrębie struktury praw własności oraz np. związki między systemem prawnym a decyzjami gospodarczymi, co powinno ułatwić upowszechnianie w praktyce rozwiązań organizacyjno-prawnych sprzyjających wzrostowi efektywności zagospodarowania.

¹² Wymiana dóbr to – w świetle teorii praw własności – przede wszystkim wymiana praw własności do nich.

daży tych praw prowadzą w końcu do tego, że zasoby przechodzą w ręce podmiotów, które potrafią je najlepiej wykorzystać. Do istotnych zadań państwa w związku z tym należy wprowadzanie takich unormowań prawnych, które sprzyjają nieustannej wymianie praw własności.

Teoretycy praw własności duże znaczenie przywiązują do badań wpływu zróżnicowania w praktyce warunków gospodarowania na podział praw własności, a także do tzw. ekonomicznej analizy prawa, tzn. analizy wpływu wielorakich rozwiązań legislacyjnych na przebieg procesów gospodarczych w różnych okresach, krajach i systemach społeczno-gospodarczych. Podstawowa teza wynikająca z badań teoretyków praw własności głosi, że system społeczno-gospodarczy oparty na własności prywatnej i zapewniający swobodny transfer praw własności prowadzi do relatywnie (w porównaniu z innymi systemami) najlepszej alokacji zasobów gospodarczych¹³.

Bez wątpienia własność prywatna, jej poszanowanie i ochrona są fundamentalne dla rozwoju każdego państwa, warunkują istnienie i przestrzeganie wolności gospodarowania. W systemie gospodarczym, w którym nie istnieje własność prywatna, trudno mówić o wolności. Te dwie kategorie – wolność i własność – są ze sobą ściśle powiązane i jedna warunkuje istnienie drugiej, dlatego częścią składową uznanych miar wolności gospodarczej jest ochrona praw własności¹⁴.

Ogólnie można stwierdzić, że istotne dla tej ochrony znaczenie ma, jak łatwo zauważyć, odpowiednia regulacja prawna. W wypadku nadmiernej ingerencji na drodze przepisów prawa w stosunki własnościowe i ograniczania możliwości właścicieli w zakresie wykorzystania należących do nich przedmiotów w sposób korzystny dla gospodarki może dojść do sytuacji, w której własność przestanie odgrywać rolę pozytywną, przysparzającą, a zacznie odgrywać rolę negatywną. Dlatego wszelkie przypadki ingerencji prawnej we własność prywatną powinny być dobrze sprecyzowane i stanowić ostateczność. Nie powinno się np. zajmować mienia mogącego generować korzyści do czasu wyjaśnienia sprawy karnej albo zajmować odpowiednich przedmiotów, których pochodzenie nie zostało przez władającego nimi udokumentowane, ponieważ w czasie takiego zajęcia pożytek będzie z nich żaden, a ich wartość użytkowa będzie się coraz bardziej zmniejszać. Wyjątkiem powinna być sytuacja, kiedy przedmioty takie pochodzą z przestępstwa albo jest bardzo prawdopodobne, że zostaną użyte do popełnienia przestępstwa, czyli że zagrożą one wartości donioślejszej i korzyść, jaką mogłyby przynieść, byłaby mniejsza niż wyrządzona szkoda.

¹³ R. Milewski, w: *Podstawy ekonomii...*, s. 27–30.

¹⁴ D. Bochańczyk-Kupka, *Rola państwa w ochronie praw własności*, „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania” t. 2, nr 35, Szczecin 2014, s. 28.

Ochrona własności w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku (konstytucyjna ochrona własności)

Przedstawione wyżej doktrynalne ujęcie prawa własności, wynikające ze znaczenia własności tak dla rozwoju osoby uprawnionej, jak i całej gospodarki, a tym samym państwa, pozostawałoby tylko poglądem, stanowiskiem, jednym z wielu, jakie można zająć w tym temacie. Każdy z postulowanych stanów rzeczy, by przestał być tylko jedną z teoretycznych koncepcji i nabrał praktycznego znaczenia, musi znaleźć odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach prawa. Wśród tych natomiast podstawowe znaczenie, otwierając drogę dla istnienia określonych instytucji i określonego podejścia w przepisach niższego rzędu, mają postanowienia aktualnej Konstytucji. Z zapisów Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. wyprowadzana jest zasada ochrony prawa własności (własności) przez państwo. Jej przepisy mówią o: własności (np. art. 20), prawie własności (art. 165 i 233) albo o prawie do własności (art. 64) bądź o własności prywatnej czy własności jednostek samorządowych, co wprowadza do treści ustawy zasadniczej pewną chaotyczność.

Można stwierdzić, że przepisy poświęcone tej tematyce są nieliczne, pozwalają one jednak w sposób jednoznaczny określić zasady, na jakich opiera się ustroj gospodarczy kraju, jak również podstawowe zasady dotyczące możliwości naruszenia sfery uprawnień właścicielskich. Najważniejsze spośród tych przepisów znalazły się w rozdziale ustawy zasadniczej poświęconym wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela, w podrozdziale odnoszącym się do wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Jest to wynikiem tego, że własność, wraz z innymi prawami podmiotowymi przewidzianymi w Konstytucji, kształtuje sposób zachowania się podmiotu prawa w sposób mniej lub bardziej ograniczony. Własność to najszersze pod względem treści prawo podmiotowe i przynajmniej z teoretycznego punktu widzenia wykonywanie tego prawa winno polegać na postępowaniu z rzeczą wedle upodobania właściciela, w sposób niczym nieskrępowany.

Pierwszym przepisem Konstytucji, mówiącym o własności prywatnej, jest przepis art. 20, zgodnie z którym: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁵. Podkreślenia wymaga fakt, iż zadaniem

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.), art. 20.

Konstytucji jest nie tylko określenie ustroju politycznego państwa, ale także sprecyzowanie zasad, na jakich opiera się jego ustrój gospodarczy. Jedną z tych zasad jest, w myśl cytowanego art. 20 Konstytucji, przyznanie prymatu sektorowi prywatnemu w gospodarce, czyli uznanie własności prywatnej za podstawę życia gospodarczego. Własność prywatna to drugi (po wolności działalności gospodarczej) filar społecznej gospodarki rynkowej i dźwignia rozwojowa ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Przez własność prywatną należałoby tutaj rozumieć wszelką własność należącą do podmiotów autonomicznych wobec państwa i sektora jego własności gospodarczej¹⁶.

W sformułowaniu art. 20 kryje się wyraźna dyrektywa pochodząca od ustrojodawcy, zakazująca działań (w tym ustawodawczych) umożliwiających restytucję systemu zakładającego dominowanie, jak niegdyś w PRL, własności państwowej i przedmiotów państwo reprezentujących. Ponadto zawiera również drugą dyrektywę, tj. dyrektywę kontynuowania trwającego już wiele lat procesu prywatyzacji majątku państwowego¹⁷.

Szczególne znaczenie dla problematyki ochrony własności ma art. 21 Konstytucji. Stanowi on, iż:

1. Rzeczpospolita chroni własność i prawo dziedziczenia.
2. Wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem¹⁸.

¹⁶ Wyrok TK z 30.01.2001 r., K 17/00, OTK 2001 nr 1, poz. 4.

¹⁷ Zob. Z. Witkowski, w: *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2013, s. 85 oraz L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 82. Wyrażone w art. 20 Konstytucji sprzężenie wolności działalności gospodarczej z własnością prywatną świadczy, że konstytucyjną gwarancją wynikającą z art. 22 Konstytucji objęta jest działalność gospodarcza, dla której materialną podstawą jest szeroko pojęta własność prywatna, nie jest natomiast objęta nią działalność prowadzona przez państwo i różne instytucje publiczne z wykorzystaniem majątku Skarbu Państwa, innych państwowych osób prawnych lub mienia należącego do jednostek samorządu terytorialnego. Stanowisko takie znajduje także swoje potwierdzenie w wykładni historycznej. Art. 6 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy przez art. 77 tzw. małej konstytucji, proklamujący swobodę działalności gospodarczej wyraźnie podkreślał, iż zasada ta gwarantowana jest „bez względu na formę własności”. Natomiast Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r. stwierdzenia takiego nie zawiera, a w art. 20 wyraźnie eksponuje rolę własności prywatnej – zob. wyrok TK z 7.05.2001 r., K 19/00, OTK 2001 nr 4, poz. 82.

¹⁸ Zob. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 21. Użyty w treści art. 21 ust. 2 Konstytucji zwrot „jedynie wówczas”, jak i samo umiejscowienie przepisu dotyczącego wywłaszczenia w bezpośrednim następstwie proklamacji konstytucyjnej zasady ochrony własności, powinno być – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – traktowane jako podkreślenie przez ustrojodawcę wyjątkowego i szczególnego charakteru tej instytucji – zob. wyrok TK z 14.03.2000 r., P. 5/99, OTK 2000 nr 2, poz. 60.

Odrębne potraktowanie problematyki własności prywatnej wynika z jej kluczowego znaczenia w sferze ustroju gospodarczego państwa. Art. 21 Konstytucji stanowi wprost, iż własność podlega w Polsce szczególnej ochronie ze strony państwa. W świetle tego przepisu zagwarantowanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa, przy czym powinność ta urzeczywistniana jest zarówno przez działania o charakterze prawodawczym (ukształtowanie podstawowych instytucji prawnych konkretyzujących treść własności, określenie środków ochrony prawa własności), jak i faktyczne czynności organów państwa, mające za przedmiot dobra stanowiące własność jakiejś osoby¹⁹. Art. 21 nie przewiduje ochrony praw majątkowych innych niż własność. Mówi o nich jednak art. 64 Konstytucji, który w ust. 1 przyznaje każdemu „prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia”²⁰. Podkreślenia wymaga jednocześnie fakt, że na gruncie przepisów konstytucyjnych sprzed wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. przyjmowano, iż własność w ujęciu konstytucyjnym obejmowała nie tylko prawo własności, lecz również inne prawa majątkowe, w tym prawa obligacyjne. Prowadziło to do wniosku, iż własność w znaczeniu konstytucyjnym jest synonimem mienia (np. orzeczenie TK z 11.02.1992 r., sygn. K. 14/91, OTK 1992, cz. I, poz. 7, uchwała TK z 11.01.1995 r., sygn. W. 11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 17). Jednak na gruncie przepisu art. 64 Konstytucji takie szerokie ujęcie prawa własności nie znajduje uzasadnienia. Przepis ten wyraźnie odróżnia własność od innych praw majątkowych.

Co istotne, własność w art. 21 Konstytucji potraktowana została bardzo szeroko, a więc bez rozróżniania, kto jest jej podmiotem. Ochronie podlega zatem wszelka własność, zarówno ta, która służy celom produkcyjnym, jak również ta, która ma zaspokajać osobiste potrzeby właściciela i jego rodziny. Obojętne jest też, czy podstawę dla prawa własności wyprowadza się z kodeksu cywilnego, czy z jakiegokolwiek innej ustawy²¹. Warto przypomnieć, iż także z kodeksu cywil-

¹⁹ Organy państwa mają zatem tworzyć takie przepisy, które nie dość, że nie będą stanowiły przeszkody, to wręcz zabezpieczą wykonanie własności i sukcesję praw i obowiązków w drodze spadkobrania. Z punktu widzenia roli państwa w gospodarce własność i jej ochrona są elementem zarówno tradycyjnych, jak i alternatywnych funkcji państwa. W szczególności są elementem funkcji legislacyjnej państwa, tj. tworzenia prawa obowiązującego podmioty gospodarcze oraz regulującego obowiązujące między nimi zasady współdziałania i konkurencji. Za przejaw tej funkcji państwa uważa się również tworzenie sprawnych instytucji zapewniających przestrzeganie i egzekwowanie prawa. D. Bochańczyk-Kupka, *op. cit.*, s. 27 oraz wyrok TK z 25.02.1999 r., sygn. K 23/98, pkt 1. (Z. U. 1999/2/25).

²⁰ Zob. wyrok TK z 12.01.1999 r., P. 2/98, OTK 1999 nr 1, poz. 2.

²¹ Zob. orzeczenie TK z 4.10.1989 r., K. 3/88, OTK 1989 poz. 2.

nego wykreślone zostały regulacje przewidujące szczególną ochronę własności społecznej (art. 127–129 kodeksu)²². Przepisy art. 21 określają kierunki rozwoju prawa cywilnego, a głównie regulacji w zakresie prawa spadkowego.

Jak podkreśla W. Skrzydło, zagwarantowanie prawa własności nie oznacza bynajmniej, że jest ona nienaruszalna i ma charakter absolutny²³. Mogą zaistnieć sytuacje, w których niezbędna jest zmiana właściciela. Konstytucja przewiduje takie przypadki, dlatego nie wyklucza i nie zakazuje dokonywania wywłaszczenia mienia. Ważne jest jednak, iż pozbawienie obywatela prawa własności (wywłaszczenie) może nastąpić tylko przy jednoczesnym zachowaniu dwóch podstawowych warunków. Po pierwsze wywłaszczenie powinno nastąpić na cele publiczne, to znaczy powinno być podyktowane interesem publicznym (np. budowa autostrady), który miałby w konkretnym przypadku pierwszeństwo przed interesem indywidualnym właściciela. Wspomnieć należy, że nie ma tutaj znaczenia, w jakiej formie wywłaszczenie następuje. Po drugie właściciel powinien otrzymać słuszne odszkodowanie²⁴. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego tylko takie odszkodowanie można pogodzić z zasadą ochrony własności. Ponadto Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada słusznego odszkodowania oznacza, iż nie jest dopuszczalne ograniczenie odszkodowania poprzez określony sposób jego obliczania lub tryb jego wypłaty. Odszkodowanie słuszne winno umożliwić wywłaszczonemu właścicielowi odtworzenie prawa przejętego przez państwo lub inny podmiot prawa publicznego lub nabycie prawa o zbliżonej wartości²⁵. Odszkodowanie takie ustala się przeważnie odpowiednio do wartości rynkowej rzeczy i na drodze porozumienia z właścicielami, co zapobiega żądaniu przez wywłaszczanych obywateli nieuzasadnionych (wygórowanych) stawek odszkodowania.

Na tle przedstawionego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego sformułować można wniosek, iż zasada słusznego odszkodowania odwołuje się do poję-

²² Art. 126–135 skreślone zostały przez art. 1 pkt 22 i 23 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 55, poz. 321).

²³ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 26 oraz L. Garlicki, *op. cit.*, s. 82.

²⁴ Odszkodowanie słuszne to w świetle ustalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego odszkodowanie sprawiedliwe, a więc także ekwiwalentne i tym samym nienaruszające istoty odszkodowania za przejętą własność. Por. orzeczenie TK z dnia 8.05.1990 r., K. 1/90, OTK 1990 poz. 2 oraz M. Szewczyk, *Konstytucyjna zasada słusznego odszkodowania i jej realizacja w ustawodawstwie zwykłym*, w: *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, red. E. Knoś, Kraków 1999, s. 431 i n.

²⁵ Zob. orzeczenie TK z 19.06.1990 r., K. 2/90, OTK 1990, poz. 3.

cia sprawiedliwości rozumianej jako sprawiedliwość wyrównawcza. Oznacza to, iż Konstytucja wymaga, aby ustawodawca zwykły zapewniał wyłączone wyrównanie poniesionego uszczerbku. W przeciwnym razie, skoro wyłączenie dokonywane jest w interesie publicznym, ciężary publiczne nie byłyby rozłożone równomiernie na wszystkich. W konsekwencji, jak podkreśla M. Szewczyk, takie rozwiązanie należałoby potraktować jako sprzeczne z konstytucyjną zasadą równości wszystkich wobec prawa wyrażoną w art. 32 ust. 1 zd. 1 Konstytucji oraz konstytucyjnym prawem równego traktowania wszystkich przez władze publiczne (art. 32 ust. 1 zd. 2 Konstytucji)²⁶.

Oprócz wymienienia ochrony prawa własności w art. 21 Konstytucji jako podstawowej zasady ustroju istotne dla treści niniejszej pracy będą również przepisy art. 64 Konstytucji, który znajduje się w rozdziale 2 zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, w podrozdziale noszącym tytuł „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne”. Zgodnie z treścią tego artykułu:

1. Każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia.
2. Własność i inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej.
3. Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności²⁷.

Art. 64, podobnie jak art. 21 Konstytucji, traktuje własność szeroko i dodatkowo wymienia inne prawa majątkowe, którym poręcza prawo ich dziedziczenia. Na gruncie tego przepisu należy zwrócić uwagę, zwłaszcza w kontekście poprzednich regulacji prawnych kreujących zasadę szczególnej ochrony własności społecznej, na fakt zrównania ochrony różnych typów czy form własności (prywatnej, społecznej)²⁸. Podkreśla się, iż stanowisko takie jest absolutnie konieczne i to zarówno z punktu widzenia interesów indywidualnych, jak też w związku z dynamicznie zachodzącymi procesami restrukturyzacji własności w naszym kraju²⁹.

Ochrona prawna kategorii ekonomiczno-prawnych wymienionych w art. 64 Konstytucji opiera się na zasadzie równości. W zakresie własności prywatnej

²⁶ Zob. M. Szewczyk, *op. cit.*, s. 435.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 64.

²⁸ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 82.

²⁹ Z. Witkowski, w: *Prawo konstytucyjne...*, s. 123.

objawia się to tym, że własność każdego obywatela chroniona jest w jednakowym stopniu bez względu na jego sytuację ekonomiczną czy społeczną. Chodzi zatem o równą dla wszystkich ochronę prawa własności. Kwestia ta znalazła swe odzwierciedlenie w licznych orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego³⁰.

Konsekwencją obowiązywania konstytucyjnej zasady ochrony własności prywatnej jest to, iż możliwość wkraczania w sferę tej własności dopuszczalna jest tylko wyjątkowo i z zachowaniem określonych w odpowiednich przepisach prawa warunków. Oprócz warunków wymienionych w art. 21 Konstytucji, to znaczy dopuszczalności wywłaszczenia tylko na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem, w ustępie 3 art. 64 Konstytucji sformułowany został trzeci warunek, który powinien być zachowany tak podczas pozbawiania obywatela własności prywatnej (wywłaszczenia), jak i podczas jakiegokolwiek ograniczania sfery uprawnień właściciela. Warunkiem tym jest, aby wszelkie ograniczenia prawa własności wprowadzane były w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim istota prawa własności pozostaje nienaruszona. Tak więc przy wywłaszczaniu muszą być spełnione trzy warunki: powinno ono nastąpić na cele publiczne, za słusznym odszkodowaniem i zgodnie z procedurą określoną w ustawie. W pozostałych natomiast przypadkach ograniczania prawa własności (w mniejszym zakresie niż całkowite jej pozbawienie) powinien być spełniony warunek ostatni, a więc oparcie ingerencji na przepisach ustawy. Tym samym ingerencja organów państwowych w sferę własności prywatnej nigdy nie może nastąpić na podstawie aktu niższego rzędu niż ustawa, np. rozporządzenia. Oczywiście jest również, iż regulacja przypadków, w których ingerencja jest dopuszczalna, i zasad, na których ingerencja ta ma się opierać, nie może nastąpić w formie, której art. 87 ust. 1 Konstytucji nie wymienia pośród źródeł powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej (np. zarządzenia), ponieważ akty w takiej formie nie mogą stanowić podstawy decyzji podjętej wobec obywateli i nie mogą kształtować zakresu ich praw i obowiązków³¹.

Szczególny pogląd wyraził w tej materii Trybunał Konstytucyjny³², który w wyroku z 25 maja 1999 r. stwierdził, iż „odrębne unormowanie problematyki ograniczania własności, poprzez wskazanie w art. 64 ust. 3 Konstytucji przesłankę dopuszczających tego rodzaju działania, nie oznacza wyłączenia zastosowa-

³⁰ Zob. np. wyrok TK z 29.05.2001 r., K 5/01, OTK 2001 nr 4, poz. 87, wyrok z 7.05.2001 r., K 19/00, OTK 2001 nr 4, poz. 82 czy też wyrok z 13.02.2001 r., K. 19/99, OTK 2001 nr 2, poz. 30.

³¹ Art. 93 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

³² Wyrok TK z 25.05.1999 r., SK. 9/98, OTK 1999 nr 4, poz. 78.

nia w odniesieniu do tego prawa generalnej zasady wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przesądza o tym zarówno rola tego ostatniego przepisu, wyznaczona jego miejscem w systematyce rozdziału II ustawy zasadniczej („Zasady ogólne”), jak i funkcją, którą przepis ten pełni w zakresie unormowania praw i wolności jednostki. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego sprowadza się ona do zakreślenia pewnych nieprzekraczalnych granic ingerencji państwa (przede wszystkim prawodawcy) w sferę gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności jednostki. Treść art. 64 ust. 3 konstytucji ogranicza się wyłącznie do wskazania przesłanki formalnej (wymóg ustawy) oraz zakreślenia maksymalnej granicy ingerencji (zakaz naruszania istoty prawa własności). Przepis art. 31 ust. 3 wskazuje ponadto wartości, których ochrona przemawia za dopuszczalnością ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa (w tym w prawa właściciela). Tym samym potraktowanie art. 64 ust. 3 jedynie jako przepisu szczególnego wyłączającego ogólną zasadę proklamowaną w art. 31 ust. 3 konstytucji, prowadziłoby do zbyt daleko idących następstw, polegających na zrelatywizowaniu ochrony prawnej, zagwarantowanej prawu własności przez konstytucję. Analiza treści obydwu klauzul określających przesłanki ograniczania praw wskazuje, że w przypadku prawa własności to właśnie art. 31 ust. 3 konstytucji powinien spełniać rolę podstawową, natomiast art. 64 ust. 3 traktować należy wyłącznie jako konstytucyjne potwierdzenie dopuszczalności wprowadzania ograniczeń tego prawa”.

Ograniczenie prawa własności jest zatem możliwe, gdy łącznie spełnione zostaną warunki określone w art. 31 ust. 3 oraz 64 ust. 3 Konstytucji³³.

Należy zauważyć, że treść art. 21 i art. 64 Konstytucji dotyczy tych samych kwestii, które traktowane są w zupełnie różnych kategoriach prawnych. Jak już bowiem było wspomniane, pierwszy z tych artykułów dotyczy jednej z zasad ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej, drugi zaś obejmuje jedno z podstawowych praw ekonomicznych. Nie przypadkiem też prawo własności zostało wśród tych praw wyeksponowane i wysunięte na czoło.

Zestawienie regulacji zawartej w art. 64 Konstytucji ze standardami międzynarodowymi rodzi wrażenie ustanowienia standardu krajowego o większym potencjale gwarancyjnym. Regulacje międzynarodowe formułują bowiem „prawo własności”, a nie „prawo do własności”, co ma poważne reperkusje w sferze obowiązków państwa.

Istotny dla kwestii konstytucyjnie przewidzianej (umożliwionej) dopuszczalności ingerencji w sferę uprawnień właścicielskich do określonej rzeczy

³³ W przypadku wywłaszczenia odpowiednio należy brać pod uwagę art. 21.

jest również art. 46 Konstytucji. Ma on kluczowe znaczenie dla przewidzianych nowych rozwiązań w sferze prawa karnego. Stwierdzono w nim mianowicie, że przepadek rzeczy może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu.

Sens tego przepisu nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Wobec wcześniejszego nadużywania kary dodatkowej przepadku rzeczy, ze względu na potrzebę szczególnej ochrony własności jako istotnej wartości ekonomicznej i społecznej, w obowiązującej Konstytucji przyjęto wyraźnie, że kara ta może być orzekana tylko w przypadkach, które określa ustawa. Wyklucza się tym samym wszelkie w tym względzie akty prawne pochodzące od organów władzy wykonawczej³⁴.

Poza tym przepadek mienia nie może nastąpić na podstawie aktu innego podmiotu, a tylko na podstawie orzeczenia sądu, i to orzeczenia ostatecznego. Tylko niezawisły sąd ma prawo wydawania tego rodzaju orzeczeń. Wszelkie dodatkowe komentarze są zbędne³⁵.

Tytułem ogólnej uwagi należy przypomnieć, że w doktrynie prawa konstytucyjnego i orzecznictwie TK prezentowany jest pogląd, że ukształtowanie własności jako zasady ustrojowej decyduje, iż ochrona tej własności jest wartością narzucającą kierunek interpretacji zarówno art. 64 Konstytucji, jak i unormowań ustawowych³⁶. Należy o niej bezwarunkowo pamiętać nie tylko w procesie stosowania prawa, ale również jego tworzenia.

Treść projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 23 maja 2016 r. a ochrona prawa własności

Podstawowym punktem odniesienia jest to, że prawo własności nie jest obecnie z założenia prawem absolutnym. Wręcz przeciwnie, we współczesnych systemach prawnych – jak podkreśla TK – „bez względu na model ustrojowy państwa, charakter polityki prowadzonej przez państwo czy tradycje respektowania wolności i praw człowieka – dominująca część prawa dotyczy różnego rodzaju interwencji państwa w sferę szeroko pojmowanego prawa własności” (K 20/07). W związku z tym „ocena wszelkich regulacji dotyczących prawa własności nie

³⁴ To właśnie akty tej władzy były podstawą orzekania o przepadku rzeczy w okresie stanu wojennego i w latach następnych.

³⁵ Zob. np. W. Skrzydło, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2002, s. 15.

³⁶ Wyrok TK z 12.01.2000 r., sygn. P 11/98, pkt 4 (Dz.U. z 2000 r., nr 3, poz. 46).

sprowadza się [...] do zagadnienia prawnej dopuszczalności wprowadzania ograniczeń jako takich, ale do kwestii dochowania konstytucyjnych ram, w jakich podlegające ochronie konstytucyjnej prawo może być ograniczane” (P 2/98)³⁷.

Odnosnie do tych ram należy stwierdzić, iż ideą jest, że ograniczenia własności powinny stanowić ostateczność i służyć realnym oraz aktualnym interesom, celom i wartościom, z założenia mającym charakter publiczny (społeczny), o których mowa w wymienionych poprzednim rozdziale przepisach Konstytucji, a nie potencjalnemu czy możliwemu do zrealizowania w bliżej nieokreślonej przyszłości dobru. To, w imię czego następuje ingerencja, powinno już istnieć, być jasno określone i mieć wyraźnie wyższą wartość niż naruszane prawo.

W tym kontekście zwrócić należałoby uwagę na treść przepisów ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 23 maja 2016 r. Większość ograniczeń prawa własności ma charakter administracyjnoprawny, jednak te wprowadzane przepisami z zakresu prawa karnego mają dokładnie takie samo znaczenie z punktu widzenia ram, o których była mowa, i nienaruszania tak istoty prawa własności, jak i roli, jaką ono pełni.

W art. 44a kodeksu karnego, który miał być dodany na mocy wspomnianej nowelizacji, przewidziano, że w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości oraz w wypadkach przewidzianych w ustawie, sąd może orzec przepadek składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, które służyło lub było przeznaczone do popełnienia tego przestępstwa, chociażby nie stanowiło własności sprawcy, jeżeli jego właściciel lub inna osoba uprawniona na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach przewidywała albo mogła przewidzieć, że może ono służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa³⁸.

Nawet jeżeli uznać, że alarmowanie o możliwości uczynienia z proponowanych rozwiązań docelowego użytku w postaci przejmowania przez osoby zainteresowane przedsiębiorstw, jak również, wstępnie, pozbywania się konkurencji poprzez blokowanie jej możliwości produkcyjnych i doprowadzanie do braku płynności finansowej i w rezultacie do upadłości, stanowi zdecydowaną przesadę, wniosek, że godzą one w co najmniej jedną zasadę wynikającą z treści polskiej ustawy zasadniczej, oderwany od rzeczywistości już się nie wydaje.

³⁷ Por. też wyrok z dnia 22.05.2007 r., SK 36/06 (Dz.U. z 2007 r., nr 98, poz. 657), wyrok z dnia 8.10.2007 r., K 20/07, 102/9/A/2007 oraz wyrok z dnia 16.10.2007 r., K 28/06 (Dz.U. z 2007 r., nr 195, poz. 1413).

³⁸ Analogiczne zmiany zostały wprowadzone w kodeksie karnym skarbowym w odniesieniu do przestępstw skarbowych.

Tak sformułowany przepis już na pierwszy rzut oka sprzeczny jest z zasadą swobody działalności gospodarczej, będącą jednym z fundamentów ustroju oraz prawa gospodarczego w Polsce, tak publicznego, jak i prywatnego. Po spełnieniu przez przedsiębiorcę wszelkich przewidzianych przepisami warunków dotyczących podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej państwo (władza publiczna czy – innymi słowy – administracja gospodarcza) nie powinno w tę działalność ingerować – przeszkadzać w niej. Na niej opiera się bowiem bogactwo oraz rozwój tak przedsiębiorcy, jak i całego państwa. Tymczasem w zamierzonym stanie prawnym sąd karny orzekając o przypadku całości lub części mienia przedsiębiorstwa, może działalność tę utrudnić albo całkowicie ją uniemożliwić³⁹.

Zgodnie z treścią art. 22 Konstytucji ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. W omawianym przypadku przesłanka formalna, czyli wprowadzenie ograniczenia w drodze ustawy, została zachowana. Jeżeli jednak chodzi o drugą, materialną przesłankę przewidzianą w Konstytucji, ważnego interesu publicznego jako przyczyny ograniczenia swobody działalności gospodarczej podmiotów, które same nie popełniły ani nie zamierzały popełnić przestępstwa, ale przewidywały lub jedynie mogły przewidzieć możliwość popełnienia go przez inne osoby, nie daje się zauważyć. Nie ma bez wątpienia takiego interesu w paraliżowaniu przedsiębiorczości.

Przed wszystkim jednak art. 44a w proponowanym brzmieniu narusza zasadę ochrony własności omawianą w poprzednim fragmencie niniejszego artykułu. Jego treść kłóci się z duchem przepisów, z których wynika dopuszczalność dokonywania ograniczeń. Nie można wskazać aktualnej i istotnej wartości, której ochrona byłaby ważniejsza niż ochrona wartości, jaką jest własność.

Przepis ten pozwala także na pozbawienie właścicieli przedmiotów własności i uniemożliwienie właściwego, kreującego nowe dobra ich wykorzystania w zbyt rozległej grupie przypadków. Trudność powoduje już samo ustalenie sensu pojęcia „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Nie wiadomo też, według jakich kryteriów miałyby zostać ustalone, że uprawniony mógł przewi-

³⁹ W drugim paragrafie tego samego artykułu stwierdzono wprawdzie, że przypadku, o którym mowa, nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa skarbowego lub stopnia zawinienia oskarżonego, zbyt dużo jednak w cytowanym przepisie zawarto określeń, które mogą skutkować różnymi ocenami i prowadzić do rezultatu ewidentnie sprzecznego z ideą stojącą za zapisami Konstytucji mającymi chronić własność jako wartość.

dzieć, iż należące do niego mienie może realnie służyć (być przeznaczone) do popełnienia przestępstwa. Potencjalna możliwość wykorzystania mienia do tych celów jest bowiem oczywista. W jaki więc sposób można ustalić zasługującą na potępienie postawę właściciela mienia jeszcze zanim przestępstwo zostało popełnione? W zdecydowanej większości przypadków nie będzie to oczywiste i możliwe do udowodnienia. Już same rozważania w tym zakresie prowadzą do stwierdzeń rozmiągających się ze zdrowym rozsądkiem. Poza tym w przypadku, gdy majątek przedsiębiorstwa stanowi współwłasność, utracą go również ci współwłaściciele, którzy mimo zachowania należytej ostrożności popełnienia przestępstwa nie przewidzieli ani nie mogli przewidzieć. Taka forma pozbawienia własności nie jest zgodna z jakimkolwiek duchem sprawiedliwości, jak również ze standardami prawnymi⁴⁰.

Jeśli chodzi o kolejne przepisy przedmiotowej nowelizacji, art. 45 kodeksu karnego miał uzyskać brzmienie: „w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, albo przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, albo popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa, jeżeli prowadziło ono lub mogło prowadzić, chociażby pośrednio, do osiągnięcia korzyści majątkowej, uważa się, że mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w ciągu 5 lat przed popełnieniem przestępstwa lub po jego popełnieniu, do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, stanowi korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”⁴¹.

Uwagę zwraca końcowa część tego przepisu. Z jej brzmienia wynika domniemanie, że wszelkie mienie uzyskane przez sprawcę przestępstwa spełniającego znamiona przedstawione w wymienionym okresie przed popełnieniem przestępstwa oraz po nim stanowi korzyść uzyskaną z działalności przestępczej. Na sprawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że jest inaczej. W przypadku, gdy jest ono niemożliwe, dochodzi do przepadku mienia.

⁴⁰ Podobnie jest w przypadku, gdy przedsiębiorstwo funkcjonuje np. w formie spółki kapitałowej. Na zablokowaniu jego możliwości w zakresie generowania dochodu tracą wszyscy akcjonariusze/udziałowcy.

⁴¹ Za korzyść majątkową osiągniętą z popełnienia przestępstwa uważa się przy tym także wszelkie pożytki, jakie sprawca lub inny podmiot uzyskał z takiej korzyści. Przepadkowi będą podlegały zatem kolejne składniki mienia sprawcy, nie pochodzące bezpośrednio z przestępstwa. Rodzi się pytanie, w jaki sposób np. w sytuacji, gdy sprawca inwestuje pozyskane korzyści wraz ze środkami uzyskanymi zupełnie legalnie i osiąga z tego zyski, zostanie ustalone, jakie pożytki mają podlegać przepadkowi.

Zakłada się przestępcze pochodzenie wszelkiego (uzyskanego w określonym czasie) mienia sprawcy przestępstwa. Własność o niewykazanym pochodzeniu przestaje podlegać ochronie. Otwiera to drogę do niezgodnego z przedstawionymi przepisami Konstytucji przejęcia własności nabytej w sposób całkowicie zgodny z obowiązującym prawem w sytuacji, gdy właściciel nie posiada dowodów, przede wszystkim dokumentów, jak np. dowód zakupu, pozwalających na potwierdzenie pochodzenia mienia. Do zaboru mienia opartego na takich założeniach nie powinno dojść w ogóle. Poza tym zabór ten pozbawia uprawnionego możliwości pożytecznego wykorzystania mienia. Prowadzi on do znacznego skomplikowania stosunków własnościowych oraz generalnie gospodarczych (przede wszystkim w postaci niemożliwych do realizacji umów i płatności) i uniemożliwienia spełnienia przez własność omówionej wcześniej roli, jaką powinna ona odgrywać.

Sformułowanie: „do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w ciągu 5 lat przed popełnieniem przestępstwa” oznacza, że przypadkowi podlegałoby mienie nie-
stanowiące korzyści z popełnienia tego przestępstwa, za które sprawca został skazany. Trudno jest znaleźć uzasadnienie dla takiego przypadku mienia.

W proponowanej treści § 3 tego samego artykułu przewidziano, że „jeżeli mienie stanowiące korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa, o którym mowa powyżej, zostało przeniesione na osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, faktycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym, uważa się, że rzeczy będące w samoistnym posiadaniu tej osoby lub jednostki, przysługujące jej prawa majątkowe oraz wszelkie pożytki uzyskane z przeniesionego na nią mienia należą do sprawcy, chyba że na podstawie okoliczności towarzyszących ich nabyciu nie można było przypuszczać, że mienie to, chociażby pośrednio, pochodziło z czynu zabronionego”. Ponieważ mienie to jest zatem uważane za podlegające przypadkowi mienie sprawcy przestępstwa, otwarta zostałaby droga do jego odebrania podmiotom, które je nabyły⁴².

W projekcie ustawy nowelizującej przewidziano dodanie do kodeksu karnego art. 292a, który miał mieć brzmienie: „Kto posiada rzecz zyskaną za pomocą czynu zabronionego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Jak to zasygnalizowano w komentarzach prasowych, w swoich opiniach prokuratorzy zwracali uwagę na to, że przepis ten może np. umożliwić konfiskatę mieszkania, które ktoś przejął przez zasiedzenie, nie mając

⁴² Możliwość zablokowania tej drogi miałaby się, jak stwierdzono w cytowanym przepisie, opierać na przypuszczeniach oraz innych zwrotach mogących podlegać rozmaitej interpretacji.

pojęcia, że właściciel np. kupił je wiele lat wcześniej za pieniądze pochodzące z przestępstwa. Tym bardziej że – w przypadku majątku pochodzącego z przestępstwa – ustawa miała być stosowana wstecz⁴³.

Artykuł, o którym mowa, został usunięty z projektu w toku prac legislacyjnych i nie znalazł się w ustawie z dnia 23 marca 2017 r., co uznać należy za przejaw pozytywnej, w kontekście powyższych uwag, opartej na zwróceniu się w kierunku podstawowych zasad państwa prawa oraz wartości konstytucyjnych, refleksji ustawodawcy.

Podsumowanie

Tytułem krótkiego podsumowania, starając się już nie wracać do tego, co zostało wcześniej wyraźnie podkreślone, należy raz jeszcze przypomnieć, iż własność nie jest w myśl Konstytucji RP wartością absolutną i pod żadnym pozorem nietykalną. Dopuszczalne jest jej ograniczenie, a nawet wywłaszczenie, przy czym dopuszczalność ograniczenia Konstytucja RP uzależnia od uregulowania ustawowego. Pozwala to na ograniczenie własności w konkretnym przypadku przez przedstawiciela suwerena w sposób odpowiadający społecznym oczekiwaniom i w procedurze poddanej pewnym wymogom co do jej zgodności z Konstytucją⁴⁴. Musi tym samym istnieć wyższa, istotniejsza racja, której realizacji oczekuje społeczeństwo. Takim społecznym oczekiwaniem nie jest z całą pewnością „dmuchanie na zimne” w postaci sparaliżowania możliwości korzystania z własności i pobierania pożytków, jakie ona przynosi, oraz wykorzystania jej potencjału produkcyjnego, w sytuacji, gdy tak naprawdę brak jest realnego (potwierzonego) zagrożenia ze strony uczynionego z niej w przyszłości użytku.

Pomimo zmian, jakie w ciągu ostatnich dwóch stuleci zaszły w jej zakresie treściowym, własność wciąż ma kluczowe znaczenie dla życia społecznego i gospodarczego państwa. Wszelkie ingerencje w nią powinny być ostatecznością i być naprawdę dobrze uzasadnione potrzebą niezwłocznej ochrony istotniejszych wartości. Poza tym – odnosząc się do omówionych przepisów projektu noweli-

⁴³ Zob. np. E. Siedlecka, *Nacjonalizacja a la PiS*, „Gazeta Wyborcza” z dnia 8.06.2016 r. Tekst dostępny również na stronie internetowej <http://wyborcza.pl/1,75398,20203253,nacjonalizacja-a-la-pis.html> (dostęp 27.09.2016).

⁴⁴ Zob. np. A. Frankiewicz, *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, z. III, Wrocław 2009, s. 192.

zacji polskiego kodeksu karnego i operując terminologią z zakresu tego prawa – w prawie państw cywilizowanych nie istnieje domniemanie winy, a wyłącznie domniemanie niewinności.

Literatura

- Bochańczyk-Kupka D., *Rola państwa w ochronie praw własności*, „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania”, t. 2, nr 35, Szczecin 2014.
- Frankiewicz A., *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiانا Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona*, z. III, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2009.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Warszawa 2000.
- Kaczmarczyk M., *Wstęp do socjologicznej teorii własności*, Warszawa 2006.
- Mączyński A., *Koncepcja własności w obowiązującym prawie polskim*, w: *Własność*, red. T. Wawak, Kraków 1990.
- Podstawy ekonomii*, red. R. Milewski, Warszawa 1998.
- Podstawy prawa cywilnego i handlowego*, red. E. Gniewek, Wrocław 2002.
- Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2013.
- Siedlecka E., *Nacjonalizacja a la PiS*, „Gazeta Wyborcza” z dnia 8.06.2016 r.
- Skrzydło W., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2002.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2002.
- Szewczyk M., *Konstytucyjna zasada słusznego odszkodowania i jej realizacja w ustawodawstwie zwykłym*, w: *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, red. E. Knosala, Kraków 1999.
- Weber M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, New York 1968.
- Włudyka T., w: *Instytucje gospodarki rynkowej*, red. T. Włudyka, M. Smaga, Warszawa 2012.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r., nr 55, poz. 321).
- Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 768).

Orzecznictwo

- Orzeczenie TK z 4.10.1989 r., K. 3/88, OTK 1989, poz. 2.
Orzeczenie TK z dnia 8.05.1990 r., K. 1/90, OTK 1990, poz. 2.
Orzeczenie TK z 19.06.1990 r., K. 2/90, OTK 1990, poz. 3.
Wyrok TK z 12.01.1999 r., P. 2/98, OTK 1999, nr 1, poz. 2.
Wyrok TK z 25.02.1999 r., K 23/98, pkt 1, Z.U. 1999/2/25.
Wyrok TK z 25.05.1999 r., SK. 9/98, OTK 1999, nr 4, poz. 78.
Wyrok TK z 12.01.2000 r., P 11/98, pkt 4, Dz.U. z 2000 r., nr 3, poz. 46.
Wyrok TK z 14.03.2000 r., P. 5/99, OTK 2000, nr 2, poz. 60.
Wyrok TK z 30.01.2001 r., K 17/00, OTK 2001, nr 1, poz. 4.
Wyrok TK z 13.02.2001 r., K. 19/99, OTK 2001, nr 2, poz. 30.
Wyrok TK z 7.05.2001 r., K 19/00, OTK 2001, nr 4, poz. 82.
Wyrok TK z 29.05.2001 r., K 5/01, OTK 2001, nr 4, poz. 87.
Wyrok TK z 22.05.2007 r., SK 36/06, Dz.U. z 2007 r., nr 98, poz. 657.
Wyrok TK z 8.10.2007 r., K 20/07, 102/9/A/2007.
Wyrok TK z 16.10.2007 r., K 28/06, Dz.U. z 2007 r., nr 195, poz. 1413.

Źródła internetowe

www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-pr-ust-o-zm-u-kodeks-karny-145-u-5-16-15712.pdf

<http://wyborcza.pl/1,75398,20203253,nacjonalizacja-a-la-pis.html>

**SUGGESTIONS FOR CHANGES IN THE POLISH PENAL CODE
IN THE CONTEXT OF CURRENT ROLE OF PRIVATE PROPERTY
(OWNERSHIP) AND MEANING OF THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS**

Summary

The article is to remind you of a particular economic and social importance of ownership and property rights. The main point are the changes, which provided for the introduction of the Polish Penal Code and other associated laws amendment dated May

23, 2016 year (at the time of publication of the article already implemented - in modified form). It has opened the way for the confiscation of property companies that are not perpetrators of the crime and sentenced for the commission of, as well as the property is not associated with criminal activities and perpetrators did not constitute benefits from such activities. The first were reminded reasons, due to which ownership and especially private property should be covered by special protection, then the presented specific provisions of the Polish Constitution of 2 April 1997, which are to ensure that the ownership fulfills its role. At the end refers to the changes in the Polish criminal legislation, commenting on them in the context of the issues discussed earlier.

Keywords: ownership, the constitutional principle of protection of property, the Penal Code, forfeiture of things

Filip Cieply*

KONSTITUCYJNE ASPEKTY PRAWNOKARNEJ OCHRONY GODNOŚCI OFIAR I SPRAWCÓW PRZESTĘPSTW

Streszczenie

Autor artykułu podejmuje analizę treści konstytucyjnej zasady godności człowieka odnoszonej do statusu prawnego ofiary i sprawcy przestępstwa na gruncie prawa karnego. Wskazuje on, że o ile zakres podmiotowy tej zasady charakteryzuje zbieżność ochrony ofiary i sprawcy, o tyle jej zakres przedmiotowy cechuje się merytoryczną polaryzacją normatywnych konsekwencji wobec obu tych stron, wynikającą z aksjologicznych założeń odpowiedzialności karnej wskazanych w ustawie zasadniczej. Autor poświęca też uwagę zakazowi okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania interpretowanemu z perspektywy ochrony ofiar przestępstw.

Słowa kluczowe: godność człowieka, odpowiedzialność karna, ofiara przestępstwa, zasada humanitaryzmu, prawo karne

Wprowadzenie

Wynikający z treści art. 30 Konstytucji RP obowiązek poszanowania godności człowieka jest zasadą obowiązującą we wszystkich gałęziach polskiego systemu prawnego, ale ze względu na specyfikę sankcji szczególne znaczenie uzyskuje na gruncie prawa karnego. Organy władzy publicznej zasadę godności

* dr Filip Cieply, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, adres e-mail: fcieply@kul.pl

człowieka powinny uwzględniać na etapie stanowienia prawa karnego, wykładni jego przepisów, stosowania środków przymusu procesowego, sądowego wymiaru kary oraz wykonywania kar i innych sankcji karnych¹.

Na płaszczyźnie legislacyjnej zasada poszanowania godności człowieka wymusza na ustawodawcy, aby w centrum swoich zadań stawiał człowieka, chroniąc najważniejsze określone w ustawie zasadniczej wartości ludzkie, odpowiadające treści podstawowych wolności i praw człowieka. Konstytucyjne wartości związane z godnością człowieka to ludzkie życie, zdrowie, własność, bezpieczeństwo osobiste, relacje rodzinne, tożsamość narodowa, kulturowa, etniczna, wyznaniowa itd.² Zgodne ze wskazaniem konstytucyjnymi ustawodawstwo karne z jednej strony chroni człowieka i przynależy do sfery godności wartości (dobra prawne), z drugiej zaś, konsekwentnie, w celu ochrony tych wartości określa typy zachowań zabronionych naruszających dobra prawne, przewidując za ich popełnienie stosowanie dolegliwych sankcji karnych. Na gruncie prawa karnego ochrona wartości związanych z godnością człowieka wiąże się ze stosowaniem środków reakcji prawnokarnej, które reaktywnie same godzą w niektóre z wartości ściśle związane z godnością.

Analiza treści zasady godności człowieka w obszarze prawa karnego koncentruje się zazwyczaj na ochronie godności sprawcy przestępstwa³. Z perspektywy sprawcy wskazuje się, że konstytucyjny nakaz poszanowania godności ludzkiej obejmuje m.in. zakazy domniemywania winy i wymierzania kar bez uwzględnienia stopnia winy, stosowania kar i innych środków karnych bez poszanowania godności człowieka, stosowania tortur lub niehumanitarnego albo poniżającego traktowania i karania skazanego, jak również prawo do sprawiedliwego osądu sprawcy, zakaz wstecznego działania ustaw karnych czy też wyeliminowanie dostępu osób nieuprawnionych do przechowywanych materiałów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, których rezultaty muszą być objęte tajemnicą dopóty, dopóki nie zostaną udostępnione jako materiał dowodowy w procesie karnym, na zasadach stosowanych w postępowaniu karnym⁴.

¹ W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 46.

² Por. A. Marek, w: *System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, t. I, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 7–8; A. Grześkowiak, w: *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012, s. 19.

³ M. Budyn-Kulik, *Prawa człowieka w kontekście represyjnej funkcji prawa karnego. Przyczynek do rozważań o proporcjonalności w prawie karnym*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 147.

⁴ L. Bosek, *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 96–98.

Wydaje się, że w obszarze prawa karnego, z perspektywy oceny istoty czynu zabronionego i specyficznej relacji pomiędzy ofiarą i sprawcą, istnieje potrzeba zwerbalizowania elementów konstytucyjnej zasady godności człowieka zogniskowanych na osobie ofiary przestępstwa. Da się zauważyć pewną nierówność akcentów, a przecież z zasadą humanizmu ściśle wiąże się zasada równości wobec prawa. Na gruncie aksjologii ustawy zasadniczej zakłada się, że wszyscy ludzie są równi, ponieważ każdy jest nosicielem najwyższej wartości – człowieczeństwa. Oznacza to nakaz poszanowania godności zarówno pokrzywdzonego, jak i sprawcy przestępstwa⁵. Dopiero te dwie strony szczególnej relacji powstałej na skutek popełnienia przestępstwa, we właściwym połączeniu, stanowią o pełnej realizacji zasady humanizmu⁶. Głównym zadaniem ustawodawcy powinno być zatem zbalansowanie elementów sprawca – przestępstwo – ofiara⁷.

Godność ofiary przestępstwa

Do istotnej reorientacji analiz kryminologicznych i prawnokarnych w kierunku ofiary przestępstwa doszło na skutek załamania się idei resocjalizacji. Po dekadach pozytywistycznych rozważań skoncentrowanych na osobie sprawcy przestępstwa w drugiej połowie XX w. zwrócono uwagę na ujemną treść i następstwa aktu kryminalnego ponoszone przez ofiarę. Rozpoczął się swoisty powrót ofiary do centrum zainteresowania wymiaru sprawiedliwości. Dążenie do uwzględnienia godności, praw i interesów osoby pokrzywdzonej przestępstwem współcześnie należy do tendencji istotnie zmieniających filozofię i przepisy prawa karnego oraz politykę karną państwa⁸.

W tym nurcie podejmuje się działania ku temu, by rola pokrzywdzonego była w pełniejszy sposób rozpoznana i uwzględniona w przepisach prawa karnego. Sukcesywnie wzrasta ilość regulacji normatywnych gwarantujących ochronę ofiar przestępstw. Postuluje się nawet zdefiniowanie ofiary w zakresie ogólnej definicji

⁵ W. Cieślak, *Prawo...*, s. 46; A. Marek, w: *System...*, s. 7–8.

⁶ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 250; B. Janiszewski, *Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary*, w: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, red. B. Janiszewski, Poznań 2004, s. 95.

⁷ M. Smarzewski, *Prawo karne sprawcy czy ofiary? Kryzys aksjologiczny i dogmatyczny na gruncie prawa karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2012, nr 1, s. 42.

⁸ A. Marek, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem (refleksje na tle projektu nowej kodyfikacji karnej)*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 205–206.

przestępstwa, istoty odpowiedzialności karnej i interpretacji poszczególnych znamion przestępstw. Przywołuje się znaną w niektórych systemach prawnych koncepcję ofiary rozumianej jako podmiot bierny przestępstwa, przynależny do struktury czynu zabronionego. Pojawiła się też koncepcja wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego⁹.

Pod wpływem wiktymologii do katalogu praw człowieka zalicza się prawo do obrony przed byciem ofiarą czynu zabronionego¹⁰. W myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego obowiązek ochrony ludzkiej godności polega również na zapewnieniu skutecznej prawnokarnej ochrony przed wiktymizacją¹¹. Do katalogu praw ofiar zalicza się m.in.: prawo do ochrony przed przestępstwami, prawo do odszkodowania za szkody i cierpienia wynikające z przestępstwa, prawo do sprawiedliwości, szacunku i dobrego traktowania przez funkcjonariuszy organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości¹².

Na gruncie nauki prawa karnego ochrona godności i wynikających z niej praw ofiary przestępstwa wyraża się w ogólnej zmianie spojrzenia na funkcje prawa karnego, a konkretnie w zwiększeniu znaczenia funkcji kompensacyjnej oraz rozwijaniu i uszczegóławianiu procesowych uprawnień pokrzywdzonego¹³. Należy jednak zaznaczyć, że byłoby nieuzasadnioną redukcją praw ofiar koncentrowanie się wyłącznie na potrzebie zwiększania procesowych kompetencji pokrzywdzonego. Fakt, że w praktyce o dowartościowaniu ofiar decydują w istotnej mierze regulacje karnoprosesowe, nie świadczy, iż mniejsze znaczenie dla ofiar mają regulacje prawa materialnego¹⁴. Pokrzywdzony to zasadniczo

⁹ Zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009; M. Smarzewski, *Podmiot bierny przestępstwa na tle włoskiego prawa karnego*, Lublin 2013, s. 19–50; M. Królikowski, R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2015, Przedmowa, pkt. 1.

¹⁰ E. Bieńkowska, *Ochrona interesów pokrzywdzonego (osoby fizycznej) w świetle przepisów prawa karnego materialnego oraz działalności państwa na rzecz ofiar przestępstw*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 1, s. 244–245; A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1 (IV), s. 22.

¹¹ Por. wyrok TK z 30.10.2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128; wyrok TK z 9.10.2001 r., sygn. SK 8/00, OTK 2001, nr 7, poz. 211; orzeczenie TK z 28.05.1997 r., sygn. K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19; wyrok TK z 9.07.2009 r., sygn. SK 48/05, OTK 2009-A, nr 7, poz. 108.

¹² A. Marek, *Ofiara przestępstwa a wymiar sprawiedliwości*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1985, nr 16, s. 8.

¹³ J. Jakubowska-Hara, *O lepsze zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego w prawie karnym*, w: *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk, Lublin 2006, s. 175; A. Marek, *Ochrona interesów ofiary*, „Gazeta Prawnicza” 1984, nr 10, s. 3.

¹⁴ E. Bieńkowska, w: *System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, t. I, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 325–327; A. Marek, *Ochrona ofiar przestępstw w systemie prawa karnego*, „Edukacja Prawnicza” 1994, nr 2, s. 28.

pojęcie materialnoprawne, gdyż oznacza jeden z podmiotów stosunku materialnoprawnego, a więc stosunku między sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym¹⁵.

Z punktu widzenia konstytucyjnej ochrony godności ofiary przestępstwa istotne znaczenie mają zatem regulacje prawa karnego materialnego, w szczególności dotyczące wysokości i przesłanek wymiaru orzekanych wobec sprawców sankcji karnych. Kwestia poszanowania godności ofiar przestępstw wiąże się ściśle z problemem grożących i realnie orzekanych środków reakcji prawnokarnej, które wobec rozmiarów szkody i krzywdy ofiary powinny być w stopniu nałożonej dolegliwości sprawiedliwe¹⁶. Analiza ustawowego zagrożenia i praktyki stosowania sankcji karnych, w tym możliwość wpływu pokrzywdzonego na sądowy wymiar kary, stanowią najlepszy wskaźnik tego, w jaki sposób i czy w ogóle zabezpieczane są interesy osób pokrzywdzonych, niezależnie od tego, z jakich uprawnień procesowych korzystają¹⁷.

Na płaszczyźnie aksjologii Konstytucji RP zasada godności człowieka w perspektywie ochrony praw ofiar przestępstw wiąże się z konstytucyjnymi zasadami sprawiedliwości (art. 2), proporcjonalności (art. 31 ust. 3) i równości (art. 32). Należy ją odczytywać także przez pryzmat preferowanej przez polskiego ustrojodawcę personalistycznej, humanistycznej koncepcji antropologicznej oraz prawnonaturalnego komponentu zasady godności człowieka (art. 30)¹⁸. Perso-

¹⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 37; L. Falandysz, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980, s. 7.

¹⁶ Zob. E. Bieńkowska, w: *System...*, s. 325–327; A. Marek, *Ochrona...*, s. 28. Por. wyrok TK z 6.07.1999 r., sygn. P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103.

¹⁷ Por. E. Bieńkowska, *Ochrona...*, s. 244.

¹⁸ L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 396; A. Zoll, *Człowiek jako podmiot wolności i praw w jednoczącej się Europie*, „Horyzonty Wychowania” 2003, nr 3, s. 19; A. Nowicka-Jeżowa, *Humanizm w epoce renesansu i ponad epokami*, w: *Humanista. Projekty antropologii humanistycznej. Część pierwsza*, red. A. Nowicka-Jeżowa, Warszawa 2010, s. 82; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 41; J. Zajadło, *Godność, wolność i równość w Konstytucji RP (szkic encyklopedyczny)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVII, s. 424; P. Hofmański, *Zasada humanizmu w prawie karnym*, w: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn, Wolters Kluwer 2013, s. 61; K. Complak, *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo*, w: *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 7; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis 2012, art. 30, pkt 5–6; K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa i jego źródeł w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 304; P. Wiśniński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 24–25; M. Zdyb, *Godność człowieka w perspektywie art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Normatywny wymiar godności człowieka*, red. W. Lis, A. Balicki, Lublin 2012, s. 51. Por. wyrok TK z 15.10.2002 r., sygn. SK 6/02, OTK-A 2002, nr 5, poz. 65; wyrok TK z 23.03.1999 r., sygn. K 2/99, OTK 1999, nr 3, poz. 38. Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis 2012, art. 30, pkt 5–6.

nalistyczne i prawnonaturalne konotacje zasady godności odnoszonej do ofiary przestępstwa implikują uznanie i realizację prawa ofiary do zadośćuczynienia sprawiedliwości karnej w postaci m.in. sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd (art. 2 w zw. z art. 45 ust 1 i art. 175), co w aspekcie materialnym oznacza realizację prawa ofiary do sprawiedliwego, proporcjonalnego do czynu ukarania sprawcy. G. Hansen podkreśla, że państwowa władza karania wywodzi się z pierwotnego roszczenia pokrzywdzonego, „by sprawiedliwości stało się zadość, a przestępcy oddane zostało, co mu się należy”. Pierwotne, naturalne prawo do ukarania przestępcy we współczesnych warunkach stanowi przedmiot powierzony władzy państwowej. Niemniej w sytuacji powierzenia uprawnienia do karania państwu nie może się ono od realizacji tego zobowiązania uchylać¹⁹. Ustanowienie i orzekanie proporcjonalnych do ciężaru przestępstwa sankcji karnych stanowi zgodne z zasadą godności człowieka prawnonaturalne zadośćuczynienie należne ofierze. Organy władzy publicznej nie mają kompetencji aksjologicznych do tego, by na płaszczyźnie normatywnej ignorować prawa ofiary, tym samym ją uprzedmiotawiać. Istotnym ograniczeniem prawa ofiary do zadośćuczynienia sprawiedliwości karnej jest zasada humanitaryzmu (art. 40), jednak nie można jej interpretować na tyle szeroko (absolutystycznie), aby prawo ofiary do zadośćuczynienia sprawiedliwości czynić iluzorycznym, naruszając jego istotę.

W perspektywie aksjologii konstytucyjnej, jeżeli państwo nie respektowałoby praw ofiar wynikających z ustawy zasadniczej, tym samym wykrajałoby z treści zasady godności człowieka jej istotny element. Organy państwa uzurpowałyby sobie nienależne na gruncie konstytucyjnym prawo do kreowania treści podstawowych praw człowieka, a nie ich odczytywania z ludzkiej natury, szanowania, realizacji i ochrony. W każdej sytuacji, gdy organy władzy publicznej decydują się na odejście od zasad sprawiedliwości, proporcjonalności i równości w kierunku nieuzasadnionego aksjologicznie łagodzenia sankcji karnych, wchodzi w kolizję z istotnymi konstytucyjnymi uprawnieniami pokrzywdzonego. Tego rodzaju nieusprawiedliwiona ingerencja w roszczenie ofiary do zadośćuczynienia sprawiedliwości karnej powinna być odczytywana jako kolizja z zasadą godności człowieka – ofiary przestępstwa.

Na gruncie prawa karnego materialnego ochrony godności ofiary konsekwentnie nie powinno się sprowadzać wyłącznie do materialnej kompensacji

¹⁹ Por. G. Hansen, *Kara śmierci jako problem filozoficzny*, „Edukacja Filozoficzna” 1996, nr 21, s. 90–91.

szkody wyrządzonej przestępstwem²⁰. Redukowanie uprawnień ofiary do orzeczenia sankcji odszkodowawczej, włączając w to nawet materialne zadośćuczynienie za krzywdę, nie znajduje usprawiedliwienia konstytucyjnego. Należy mieć przy tym na względzie fakt, że nie każdą krzywdę wyrządzoną przestępstwem da się zrekompensować finansowo. W przypadku umyślnego naruszenia czynem kryminalnym takich wartości, jak życie, zdrowie, relacje rodzinne, prawidłowy rozwój dziecka, bezpieczeństwo powszechne, wolność seksualna itp., próba zawężenia treści sankcji do wymiaru monetyzacji tych wartości może sama w sobie być postrzegana jako uszczerbek w sferze godności osoby pokrzywdzonej. Odpowiedzią na takie przestępstwa jak zabójstwo, umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, pobicie, zgwałcenie, przestępstwo seksualne na szkodę małoletniego, rozpijanie małoletniego, rozbój itp. powinna być zasadniczo adekwatna, proporcjonalna do ciężaru czynu, mieszcząca się w wymogach zasady humanitaryzmu sankcja karna, co nie oznacza braku powinności orzeczenia obok niej odpowiadającej wielkości szkody sankcji kompensacyjnej.

Godność sprawcy przestępstwa

Merytoryczny zakres zasady godności człowieka w odniesieniu do sprawcy przestępstwa w istotnej części pokrywa się z zakresem właściwym ofierze, np. zakaz przedmiotowego traktowania. Godność jako źródło podmiotowości prawnej, wolności i praw człowieka jest nie tylko przyrodzona, ale i niezbywalna. W istotnej części normatywne implikacje zasady godności człowieka wobec sprawcy i ofiary przestępstwa są jednak zróżnicowane. Stanowią niejako przeciwstawne bieguny tej samej powinności wynikającej z zasady godności. O biegunowym zróżnicowaniu prawnokarnych implikacji zasady godności człowieka decyduje przyjęta przez ustrojodawcę koncepcja czynu zabronionego, jako podstawy odpowiedzialności karnej, którego dopuszczenie się zasada godności warunkuje, ale którego nie usprawiedliwia. Obowiązek poszanowania godności człowieka jest spójny z konstytucyjną zasadą nieuchronności odpowiedzialności karnej wyrażonej w art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Zgodnie z treścią art. 30 Konstytucji RP godność człowieka ma charakter powszechny i jest przynależna każdemu człowiekowi bez względu na jego przynależność. Zasada godności obejmuje swoim oddziaływaniem ochronę człowieka

²⁰ Por. E. Hryniewicz-Lach, *Kompensacja szkód i krzywd w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 3, s. 68–83.

w jego relacjach z innymi osobami oraz organami państwa także wówczas, gdy człowiek odpowiada prawnie za czyn naruszający obowiązujące prawo²¹. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że godność człowieka nie zostaje utracona nawet przez zachowanie się w sposób niegodny²². Godność człowieka jest niezbywalna, co oznacza, że w żaden sposób, a tym bardziej za pomocą regulacji prawnych nikogo nie można godności pozbawić. Ustawodawca nie ma kompetencji do tego, aby w prawie określać przesłanki utraty godności bądź warunki, jakie osoba powinna spełnić, aby zasłużyć na postępowanie godne człowieka²³. Godność jest immanentną cechą człowieczeństwa i w żaden sposób nie można się je zrzec ani jej przekreślić²⁴. Popęlenie przestępstwa nie anuluje człowieczeństwa, nie dehumanizuje, nie likwiduje godności sprawcy, nie pozbawia podmiotowości, nie wyklucza spod ochrony prawnej. Popęlenie nawet najcięższego przestępstwa nie oznacza „wyjęcia spod prawa”. Zasada godności człowieka chroni przestępcę przed zakusami normatywnego wykluczenia²⁵.

W ramach działań podejmowanych wobec sprawcy przestępstwa niezmiennie obowiązuje wynikająca z zasady godności podstawowa reguła, w myśl której człowiek nie może być traktowany wyłącznie jako środek do jakiegokolwiek innego celu, który leży poza nim samym. Także sprawca przestępstwa w jego osobowej godności ma być celem działań państwa, ma być traktowany jako podmiot prawa, nigdy zaś jako przedmiot regulacji prawnej i działań organów władzy publicznej²⁶. Sprawca przestępstwa ma być traktowany jako podmiot odpowiedzialności karnej, a nie bezosobowy, nieodpowiedzialny przedmiot polityki karnej.

Wszelkie strategie polityki kryminalnej państwa, które racjonalizują stosowanie kary kryminalnej wyłącznie względami prewencyjnymi, a więc potrzebą walki

²¹ Zob. B. Banaszak, *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, Legalis, teza 3–5. Por. Wyrok TK z 15.11.2000 r., sygn. P 12/99, OTK 2000, nr 7, poz. 260.

²² Wyrok TK z 5.03.2003 r., sygn. K 7/01, OTK-A 2003, nr 3, poz. 19.

²³ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis 2012, art. 30, pkt 7.

²⁴ A. Zoll, *Polityka karna w kontekście obowiązku poszanowania godności osoby karanej*, w: *Kara w nauce i kulturze*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2009, s. 46; T. Bojarski, *Konstytucyjna ochrona podstawowych wartości humanistycznych a projektowane prawo karne*, „Annales UMCS, sec. G” 1997, vol. XLIV, s. 26.

²⁵ Zob. P. Tuleja, *Prawa jednostki do ochrony przed wykluczeniem a konstytucyjne zadania państwa*, w: *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, red. Z. Kędzia, A. Rost, Poznań 2009, s. 148.

²⁶ Więcej zob. P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008, s. 127–143.

z przestępczością, a ignorują aspekt ponoszenia osobistej odpowiedzialności karnej, instrumentalizują, a więc uprzedmiotawiają sprawców przestępstw. Z zasady godności człowieka wynika, że sprawcy przestępstwa nie można karać wyłącznie w tym celu, aby ograniczać wskaźniki przestępczości, czy też jego lub innych zniechęcać do popełniania przestępstw. Wyłącznym albo głównym motywem karania nie może być w szczególności ani odstraszenie (prewencja ogólna negatywna), ani integracja społeczeństwa wokół wartości i umacnianie właściwych postaw wśród obywateli (prewencja ogólna pozytywna). Stosowanie sankcji wobec sprawcy przestępstwa nie może być uzasadniane wyłącznie tym, aby innym żyło się bezpieczniej. Wskazaną przez ustrojodawcę istotą stosowania sankcji karnych jest podleganie (ponoszenie) osobistej odpowiedzialności karnej za dopuszczenie się czynu zabronionego (art. 42 ust. 1), który to czyn musi być zawiniony (art. 42 ust. 3), czyli mieć charakter osobowy, co jest projekcją ludzkiej godności.

W kolizji z zasadą godności człowieka pozostaje także ujmowana behawiorystycznie indywidualno-prewencyjna racjonalizacja stosowania sankcji karnych. Celem stosowania sankcji nie może być wyłącznie resocjalizacja w jej pozytywistycznym, behawiorystycznym rozumieniu²⁷. Skazany nie może być traktowany jako przedmiot oddziaływań resocjalizacyjnych, rozumianych jako przymusowa terapia lub socjotechniczne korygowanie charakteru. Metody oddziaływania na skazanego nie mogą zmierzać do modyfikacji jego osobowości wbrew jego woli. Jak nie wolno leczyć chorego wbrew jego woli, tak nie wolno czynić sprawcy przestępstwa przedmiotem państwowych zabiegów korekcyjnych. W zasadę godności człowieka wpisane jest bowiem założenie, że sprawca posiada autonomiczną osobowość i tylko dzięki tej autonomii może kształtować swoją wewnętrzną orientację wobec wartości społecznych. System prawny, który takiej autonomii nie respektuje z punktu widzenia zasady godności człowieka zasługuje na słuszną krytykę²⁸.

Wszelkie manipulacyjne próby zmiany osobowości sprawców przestępstw stanowią instytucjonalne zanegowanie autonomii, podmiotowości, a więc ludzkiej godności. Przewidziana prawem sankcja karna nie może być w swej istocie

²⁷ Zob. F. Ciepły, *Idea resocjalizacji w prawie karnym*, w: *Profilaktyka, resocjalizacja, rewalidacja pomocą rodzinie*, red. B. Kałdon, Sandomierz – Stalowa Wola 2007, s. 460–473.

²⁸ Por. C. Roxin, *Nowe kierunki polityki kryminalnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 4, s. 98–99; J. Migdał, *Perspektywy kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, nr 1, s. 272–273; J. Migdał, *Resocjalizacja skazanych – utopia czy perspektywiczne wyzwanie*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2008, nr 61, s. 103–115.

zabiegiem oddziaływania na psychikę skazanego (*treatment*) czy narzędziem korekcji jego osobowości (*correction*). Sprawcy przestępstwa nie powinno się traktować jak niepoczytalnego lub zarażonego chorobą zakaźną pacjenta, a sankcji karnej jako środka terapii lub rodzaju kwarantanny. Prawnej odpowiedzi na przestępstwo nie można również sprowadzać do kategorii środka wychowawczego lub poprawczego stosowanego wobec nieletnich. Medykalizacja i infantylicyzacja wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych nie mieści się w standardach wyznaczonych przez zasadę godności człowieka.

Implikacją zasady godności człowieka na gruncie prawa karnego jest także zakaz określania zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy na podstawie szacowania prawdopodobieństwa zdarzeń przyszłych (predykcja kryminalna). Niepokonalne, bo wynikające z autonomii osoby, trudności związane ze sformułowaniem trafnej prognozy kryminologicznej nie pozwalają na pogodzenie zasady godności człowieka ze stosowaniem sankcji karnych (przejmujących *de facto* rolę środków zabezpieczających) przede wszystkim w oparciu o ustalenie stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego w przyszłości.

Nadużyciem zasady godności człowieka jest powoływanie się na nią w celu generalnej kontestacji stosowania sankcji karnych wobec osób dopuszczających się zachowań kryminalnych, co ma miejsce w ramach teorii abolicjonizmu kary lub próbach redukcji wymiaru sprawiedliwości do zasad sprawiedliwości naprawczej. Nurty kontestatorskie i abolicjonistyczne, kwestionujące stosowanie kary sprawiedliwej zawierającej w sobie pierwiastek adekwatnej odpłaty, cierpienia, odwołując się w celu potwierdzenia swoich postulatów do treści zasady art. 30 Konstytucji RP, popełniają błąd w identyfikacji założeń antropologicznych ustrojodawcy. Prawodawca konstytucyjny przyjmuje bowiem jako podstawę systemu prawnego koncepcję człowieka jako osoby, podmiotu poznającego rzeczywistość, podejmującego wolne decyzje i ponoszącego za nie odpowiedzialność, w tym odpowiedzialność karną²⁹. W Konstytucję RP wpisany jest obowiązek przestrze-

²⁹ A. Zoll, *Czy filozofia ma być służącą czy panią? (uwagi do pewnej wypowiedzi P.J.A. Feuerbacha)*, w: *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda, Kraków 2001, s. 25; L. Bosek, *Prawo...*, s. 109; K. Complak, *Uwagi...*, s. 41; J. Zajadło, *Godność...*, s. 424; M.A. Krąpiec, *Godność (dignitas hominis)*, w: *Powszechna encyklopedia filozofii*, t. 4, red. A. Maryniarczyk, Lublin 2003, s. 15; T. Guz, *O naturze wrodzonej godności człowieka*, w: *Normatywny wymiar godności człowieka*, red. W. Lis, A. Balicki, Lublin 2012, s. 13; W. Lang, *Podmiotowość prawna*, w: *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, red. M. Borucka-Arztowa, Toruń 2006, s. 109. Por. wyrok TK z 8.11.2001 r., sygn. P 6/01, OTK 2001, nr 8, poz. 248.

gania prawa (art. 83) oraz obowiązek poszanowania wolności i praw innych (art. 31 ust. 2). Normatywną konsekwencją dopuszczenia się czynu zabronionego jest podleganie odpowiedzialności karnej opartej na winie (art. 42 ust. 1 i 3).

Osobowa godność sprawcy przestępstwa zakłada, że popełniając przestępstwo, staje się on winny (*reatus culpa*) i godny kary (*reatus poenae*). Dlatego też sprzeczne z zasadą godności byłoby stosowanie sankcji karnej za zachowania, na które człowiek nie miał wpływu, których nie mógł uniknąć albo które w ogóle nie miały miejsca, a są jedynie prognozowane przez organy wymiaru sprawiedliwości. Zaś w pełni zgodne z zasadą godności jest wymierzenie sankcji karnej za czyn zabroniony w ustawie, którego człowiek się dopuścił, na który miał wpływ i którego mógł uniknąć. To popełnienie czynu zabronionego wynikające z podjętej decyzji woli stanowi spójne z zasadą godności człowieka uzasadnienie ponoszenia odpowiedzialności karnej³⁰.

Stosowanie sankcji karnych będących adekwatną, przewidzianą ustawowo i proporcjonalną (art. 31 ust. 3 w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP) odpowiedzią na fakt dopuszczenia się czynu zabronionego nie oznacza przedmiotowego traktowania sprawcy dla osiągnięcia korzyści społecznych leżących poza nim samym. Sprawca nie jest w tym przypadku środkiem do celu, ale podmiotem i celem samym w sobie³¹. Wskazana w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP istota podlegania odpowiedzialności karnej za czyn nie jest sprzeczna z treścią art. 30, a jedynie potwierdza autonomię, odpowiedzialność, status podmiotowy sprawcy związany z jego godnością. Orzeczenie i wykonanie sprawiedliwej kary nie tylko nie odbiera godności sprawcy, ale potwierdza wobec niego samego, ofiar i wspólnoty społecznej godność, osobową tożsamość, wolność (autonomię) i odpowiedzialność sprawcy, zdolność do samodzielnego decydowania o swoim nastawieniu do innych i ponoszenia z tego tytułu przewidzianych prawem konsekwencji.

Zakaz okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania

Postulat proporcjonalności, a więc adekwatności dolegliwości sankcji karnych do ciężaru czynu, ogranicza konstytucyjna zasada humanitaryzmu (art. 40). W praktyce i tu widać pewną niepokojącą asymetrię w podejściu do sprawcy i ofiary przestępstwa. Interpretacja zasady humanitaryzmu, w zakresie zakazu okrutnego,

³⁰ Por. A. Zoll, *Polityka...*, s. 49.

³¹ J.G. Murphy, *Marxism and Retribution*, w: *A Reader on Punishment*, red. R.A. Duff, D. Garland, Oxford 1994, s. 47–70.

niehumanitarnego i poniżającego traktowania, skupia się właściwie wyłącznie na osobie sprawcy, z sposób nieuzasadniony ignorując ochronę przysługującą ofierze.

Zasada humanitaryzmu ma fundamentalne znaczenie dla prawa karnego. Słownikowo humanitaryzm oznacza postawę nacechowaną poszanowaniem człowieka i jego godności, pragnieniem oszczędzenia mu cierpień. Postawa humanitarna to postawa mająca na celu troskę o człowieka, jego dobro i potrzeby³². Na gruncie prawa karnego zasadę humanitaryzmu należy rozumieć jako dyrektywę minimalizowania cierpień, dolegliwości i innych niedogodności, zadawanych człowiekowi przy stosowaniu prawnej reakcji na przestępstwo oraz wymierzania sankcji karnych tylko wtedy i w takich granicach, w jakich jest to konieczne dla realizacji funkcji prawa karnego. Zasada humanitaryzmu oznacza także, że wymagania stawiane przez prawo karne powinny uwzględniać naturę człowieka, a więc naturalne ludzkie możliwości, ograniczenia, prawa i obowiązki względem innych. Regulacje prawnokarne, a zwłaszcza stosowane w nim sankcje, nie powinny być okrutne, nie powinny poniżać człowieka ani wyrządzać mu zbędnych z punktu widzenia funkcji prawa karnego dolegliwości³³.

Przepis art. 40 Konstytucji RP stanowi, że nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się również stosowania kar cielesnych. Jeśli chodzi o kwestie terminologiczne, to pojęcie tortur na gruncie normatywnym jest definiowane w art. 1 ust. 1 Konwencji z dnia 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania³⁴. Stosowanie tortur oznacza każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest

³² Zob. W. Zalewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2015, art. 3, pkt. 16–17.

³³ J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 46; A.M. Kania, *Zasada humanitaryzmu w kontekście unormowań prawnokarnych*, w: *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 26, red. L. Bogunia, Wrocław 2010, s. 55.

³⁴ Dz.U. z 1989 r., nr 63, poz. 378. Zob. J. Skupiński, *Międzynarodowy zakaz tortur lub innego niehumanitarnego traktowania w świetle polskiego prawa karnego*, w: *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995, s. 271–274; H.-J. Bartsch, *Zakaz stosowania tortur i złego traktowania w europejskim systemie ochronnym*, w: *Standardy praw człowieka...*, s. 278–285; W. Sobczak, *Wolność od tortur – czy istnieją standardy europejskie?*, w: *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 338–353.

ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą³⁵.

Ani Konstytucja RP, ani wskazana konwencja nie definiują pojęcia okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania. Artykuł 16 ust. 1 konwencji zobowiązuje jedynie państwa-strony do zapobiegania stosowania innych aktów okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, nieokreślonych w definicji tortur w art. 1, gdy akty takie dokonywane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym, na skutek ich polecenia lub za ich wyraźną lub milczącą zgodą. Pojęcie okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania odnosi się do przypadków nadużycia władzy przez organy publiczne.

Pojęcie okrutnego i nieludzkiego traktowania obejmuje jednak kontekst szerszy niż mogłoby się to *prima facie* wydawać. Przyjmuje się, że oprócz zadawania bólu fizycznego lub psychicznego okrutnym i nieludzkim traktowaniem może być także stwarzanie sytuacji dolegliwych także z innych względów, np. moralnych. O nieludzkim traktowaniu można mówić w każdym przypadku znaczącej ingerencji w sferę fizycznej lub psychicznej integralności człowieka, jakiej nie da się uzasadnić w danych okolicznościach. W grę mogą wchodzić działania zgodne z prawem, które jednak przekraczają właściwy dla nich i nieunikniony poziom dolegliwości³⁶.

Traktowanie poniżające polega zaś na zamachach wymierzonych w godność człowieka, na zmuszaniu go do zachowań upadających czy sprawiających wrażenie wyrzekania się człowieczeństwa³⁷. To zachowanie polegające na ingerencji w fizyczną lub psychiczną integralność człowieka, wywołującej u niego takie doznania, jak strach, stres, podporządkowanie, upokorzenie, upodlenie lub zniewolenie³⁸. Poniżające traktowanie znaczy więcej niż traktowanie nieprzy-

³⁵ Por. art. 7 ust. 2 pkt (e) Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r., Dz.U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

³⁶ Zob. P. Daniluk, *Zakaz tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz niedobrowolnych eksperymentów naukowych w kontekście leczenia bez zgody*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 1, s. 176–177.

³⁷ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis 2012, art. 40, pkt 2.

³⁸ *Ibidem*.

jemne czy niewygodne. Jest to złe traktowanie, którego celem jest wzbudzenie poczucia strachu, udręki, niższości, poniżające lub upokarzające³⁹.

Biorąc pod uwagę szeroki zakres znaczeniowy zakazu określonego w art. 40 Konstytucji RP, należałoby interpretację niektórych jego elementów rozwijać z punktu widzenia ochrony godności ofiary przestępstwa. Otwarta pozostaje kwestia, jakie zachowania organów władzy publicznej podejmowane zarówno wobec ofiar, jak i sprawców przestępstw, mogłyby być uznane za okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie ofiar. Przykładowo, wydaje się, że na gruncie konstytucyjnych zasad równości i sprawiedliwości przypadki umyślnych zaniechań organów państwa w ściganiu przestępstw skutkujących bezkarnością sprawców albo ustanawianie bądź orzekanie rażąco łagodnych, jaskrawie nieproporcjonalnych do wagi przestępstw kar za szczególnie dotkliwe dla godności pokrzywdzonego przestępstwa, mogłyby być uznane jako traktowanie ofiar w sposób okrutny, nieludzki bądź poniżający, ze względu na cierpienia moralne zadawane ofierze przez te organy nierealizujące zobowiązań konstytucyjnych (wtórna wiktymizacja).

Podsumowanie

Zasada godności człowieka jest normą konstytucyjną, która w obszarze prawa karnego paralelnie obejmuje ochroną sprawcę i ofiarę przestępstwa. W podstawowym zakresie treść normatywna tej zasady jest tożsama wobec obu stron relacji prawnej powstałej na skutek popełnienia przestępstwa. Sprawca i ofiara muszą być bezwzględnie zawsze traktowani podmiotowo (art. 30) i humanitarnie (art. 40). Odpowiadające godności człowieka podmiotowe i humanitarne podejście w obszarze reakcji prawnokarnej wyraża się jednak w sposób biegunowo odmienny wobec ofiary i sprawcy przestępstwa ze względu na charakter czynu kryminalnego, którego istotę i skutki normatywne określają inne zasady konstytucyjne, m.in. zasada sprawiedliwości (art. 2), zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3) i zasada nieuchronności odpowiedzialności karnej za dopuszczenie się czynu zabronionego (art. 42 ust. 1).

W konstytucyjną zasadę godności człowieka wpisane są antropologiczne założenia ustrojodawcy, który jako fundament aksjologiczny polskiego systemu prawnego przyjmuje koncepcję człowieka jako osoby, podmiotu poznającego rzeczywistość i podejmującego wolne decyzje, na którym ciąży obowiązek

³⁹ P. Burzyński, *Ustawowe...*, s. 147–154.

przestrzegania prawa (art. 83), w tym obowiązek poszanowania wolności i praw innych (art. 31 ust. 2), który podlega odpowiedzialności karnej za dopuszczenie się czynu zabronionego określonego w ustawie (art. 42 ust. 1). Wolność człowieka na gruncie konstytucyjnym jest nierozłącznie związana z jego osobistą odpowiedzialnością. Związek wolności i odpowiedzialności stanowi istotny element zasady godności człowieka. Stosowanie przez państwo sankcji karnych, będących nieuchronną (art. 42 ust. 1), adekwatną, to jest proporcjonalną (art. 31 ust. 3), sprawiedliwą (art. 2), humanitarną (art. 40) odpowiedzią na fakt dopuszczenia się czynu zabronionego, nie oznacza przedmiotowego traktowania sprawcy dla osiągnięcia korzyści społecznych leżących poza nim samym. Sprawca nie jest w tym przypadku środkiem do celu, ale pozostaje podmiotem ponoszącym osobistą odpowiedzialność za dopuszczenie się czynu zabronionego. Podleganie odpowiedzialności karnej nie tylko nie jest sprzeczne z zasadą godności człowieka, ale przeciwnie – potwierdza ją, wskazując na autonomię i podmiotowy status sprawcy.

Patrząc z drugiej strony, ochrona godności ofiary przestępstwa wyraża się nie tylko w naprawieniu szkody i finansowym zadośćuczynieniu za krzywdę wyrządzoną przestępstwem, ale obejmuje również gwarancję wymierzenia sprawcy proporcjonalnej, sprawiedliwej kary w humanitarnych granicach. Prawem ofiary, wynikającym z zasady godności człowieka, jest nie tylko prawo kompensacji szkodliwych skutków przestępstwa ze strony sprawcy, ewentualnie do otrzymania od organów państwa koniecznej pomocy medycznej, psychologicznej, prawnej czy socjalnej, czy też pomocy w zakresie efektywnego naprawienia szkody i zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną przestępstwem, ale jednocześnie ofiara ma prawo do tego, aby istniały przepisy karne pozwalające na skuteczne dochodzenie sprawiedliwości karnej przed sądem. Na sądzie ciąży bowiem konstytucyjny obowiązek sprawiedliwego traktowania ofiary (art. 2), sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (art. 45 ust. 1), wymierzenia sprawiedliwości (art. 175), w tym także na płaszczyźnie wymiaru sprawcy kary za przestępstwo. Uwzględniając prawnonaturalny komponent zasady godności, nie ma aksjologicznego uzasadnienia, aby państwo niejako przebaczało winę w imieniu ofiary, rezygnując z wymierzenia sprawcy przestępstwa kary adekwatnej do czynu. Ofiara nie może być przez państwo traktowana przedmiotowo w procesie egzekwowania odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, ale ma być traktowana podmiotowo, czyli z uwzględnieniem należnego jej naturalnego i konstytucyjnego prawa do zadośćuczynienia sprawiedliwości karnej.

Wynikający z zasady godności człowieka humanitarny wymiar prawa karnego powinien mieć zatem na względzie nie tylko sprawcę, ale i ofiarę przestępstwa. Zachowania organów państwa, w tym określenie sankcji karnej w ustawowym zagrożeniu, orzekanie jej przez sąd i wykonywanie przez organy administracyjne, nie powinny przyjmować takiego kształtu, który byłby także wobec ofiary moralnie upokarzający, stanowiąc okrutne, nieludzkie, poniżające traktowanie. Na przykład przypadki zaniechań organów władzy publicznej skutkujących bezkarnością sprawców albo ustanawianie, orzekanie bądź wykonywanie rażąco łagodnych, ewidentnie nieproporcjonalnych do wagi przestępstw kar za szczególnie dotkliwe dla godności pokrzywdzonego przestępstwa, powinno być postrzegane na płaszczyźnie prawnej jako traktowanie ofiar przez organy władzy publicznej w sposób okrutny, nieludzki lub poniżający.

Literatura

- Banaszak B., *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP*, Legalis.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis 2012.
- Bartsch H.-J., *Zakaz stosowania tortur i złego traktowania w europejskim systemie ochronnym*, w: *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995.
- Bieńkowska E., Mazowiecka L., *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Bieńkowska E., *Ochrona interesów pokrzywdzonego (osoby fizycznej) w świetle przepisów prawa karnego materialnego oraz działalności państwa na rzecz ofiar przestępstw*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 1.
- Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010.
- Bojarski T., *Konstytucyjna ochrona podstawowych wartości humanistycznych a projektowane prawo karne*, „Annales UMCS, sec. G” 1997, vol. XLIV.
- Bosek L., *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012.
- Bosek L., *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Budyn-Kulik M., *Prawa człowieka w kontekście represyjnej funkcji prawa karnego. Przyczynek do rozważań o proporcjonalności w prawie karnym*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010.

- Burzyński P., *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008.
- Cieplý F., *Idea resocjalizacji w prawie karnym*, w: *Profilaktyka, resocjalizacja, rewali-dacja pomocą rodzinie*, red. B. Kałdon, Sandomierz – Stalowa Wola 2007.
- Cieślak M., *Polska procedura karna*, Warszawa 1971.
- Cieślak W., *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010.
- Complak K., *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5.
- Complak K., *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo*, w: *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006.
- Daniluk P., *Zakaz tortur, okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania oraz niedobrowolnych eksperymentów naukowych w kontekście leczenia bez zgody*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 1.
- Duff A., *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1 (IV).
- Działocha K., *Konstytucyjna koncepcja prawa i jego źródeł w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006.
- Falandysz L., *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980.
- Guz T., *O naturze wrodzonej godności człowieka*, w: *Normatywny wymiar godności człowieka*, red. W. Lis, A. Balicki, Lublin 2012.
- Hansen G., *Kara śmierci jako problem filozoficzny*, „Edukacja Filozoficzna” 1996, nr 21.
- Hofmański P., *Zasada humanizmu w prawie karnym*, w: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn, Wolters Kluwer 2013.
- Hryniewicz-Lach E., *Kompensacja szkód i krzywd w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 3.
- Jakubowska-Hara J., *O lepsze zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego w prawie karnym*, w: *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk, Lublin 2006.
- Janiszewski B., *Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary*, w: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, red. B. Janiszewski, Poznań 2004.
- Kania A.M., *Zasada humanitaryzmu w kontekście unormowań prawnokarnych*, w: *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 26, red. L. Bogunia, Wrocław 2010.
- Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Za-włocki, Legalis 2015.
- Krąpiec M.A., *Godność (dignitas hominis)*, w: *Powszechna encyklopedia filozofii*, t. 4, red. A. Maryniarczyk, Lublin 2003.

- Lang W., *Podmiotowość prawna*, w: *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, red. M. Borucka-Arztowa, Toruń 2006.
- Marek A., *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem (refleksje na tle projektu nowej kodyfikacji karnej)*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.
- Marek A., *Ochrona interesów ofiary*, „Gazeta Prawnicza” 1984, nr 10.
- Marek A., *Ochrona ofiar przestępstw w systemie prawa karnego*, „Edukacja Prawnicza” 1994, nr 2.
- Marek A., *Ofiara przestępstwa a wymiar sprawiedliwości*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1985, nr 16.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2001.
- Migdał J., *Perspektywy kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, nr 1.
- Migdał J., *Resocjalizacja skazanych – utopia czy perspektywiczne wyzwanie*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2008, nr 61.
- Murphy J.G., *Marxism and Retribution*, w: *A Reader on Punishment*, red. R.A. Duff, D. Garland, Oxford 1994.
- Nowicka-Jeżowa A., *Humanizm w epoce renesansu i ponad epokami*, w: *Humanista. Projekty antropologii humanistycznej. Część pierwsza*, red. A. Nowicka-Jeżowa, Warszawa 2010.
- Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012.
- Roxin C., *Nowe kierunki polityki kryminalnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 4.
- Skupiński J., *Międzynarodowy zakaz tortur lub innego nieludzkiego traktowania w świetle polskiego prawa karnego*, w: *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995.
- Smarzewski M., *Podmiot bierny przestępstwa na tle włoskiego prawa karnego*, Lublin 2013.
- Smarzewski M., *Prawo karne sprawcy czy ofiary? Kryzys aksjologiczny i dogmatyczny na gruncie prawa karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2012, nr 1.
- Sobczak W., *Wolność od tortur – czy istnieją standardy europejskie?*, w: *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010.
- System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, t. I, red. A. Marek, Warszawa 2010.
- Tuleja P., *Prawa jednostki do ochrony przed wykluczeniem a konstytucyjne zadania państwa*, w: *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, red. Z. Kędzia, A. Rost, Poznań 2009.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.

- Zajadło J., *Godność, wolność i równość w Konstytucji RP (szkic encyklopedyczny)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVII.
- Zdyb M., *Godność człowieka w perspektywie art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Normatywny wymiar godności człowieka*, red. W. Lis, A. Balicki, Lublin 2012.
- Zoll A., *Człowiek jako podmiot wolności i praw w jednoczącej się Europie*, „Horyzonty Wychowania” 2003, nr 3.
- Zoll A., *Czy filozofia ma być służącą czy panią? (uwagi do pewnej wypowiedzi P.J.A. Feuerbacha)*, w: *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda, Kraków 2001.
- Zoll A., *Polityka karna w kontekście obowiązku poszanowania godności osoby karanej*, w: *Kara w nauce i kulturze*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2009.

THE CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE DIGNITY OF VICTIMS AND PERPETRATORS OF CRIME IN PENAL LAW

Summary

The author analyzes the content of the constitutional principle of human dignity in relation to the victim and the perpetrator of a crime. The subjective scope of this principle is characterized by the convergence of the protection of the victim and the perpetrator, whereas its objective scope is characterized by a polarization of normative consequences, as a result of the constitutional assumptions of criminal liability. The author draws attention to the prohibition of cruel, inhuman and degrading treatment interpreted in light of the protection of victims of crime.

Keywords: human dignity, criminal liability, the victim of a crime, the principle of humanity, criminal law

Tomasz Dąbrowski*

WYKLUCZENIE CZŁONKA ZE SPÓŁDZIELNI W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

Streszczenie

W artykule omówiono istotę członkostwa w spółdzielni, a także czynniki warunkujące przyjęcie osoby w poczet jej członków. Zanalizowano konstrukcję art. 24 § 2 pr. sp., odnosząc się do sytuacji skutkującej wykluczeniem członka ze spółdzielni. Poruszono również kwestię podmiotów uprawnionych dojęcia uchwały w przedmiocie wykluczenia członka ze spółdzielni, a także możliwości odwołania się członka od uchwały wykluczającej go z grona spółdzielców. Przedstawiono także zasady, które musi spełnić odwołujący się. Następnie omówiono zagadnienie zaskarżenia uchwały o wykluczeniu członka ze spółdzielni do sądu, a także sprecyzowano możliwości rozwiązania stosunku członkostwa oraz wskazano organ, który jest władny podjąć w tej kwestii stosowną uchwałę.

Słowa kluczowe: wykluczenie, członek, spółdzielnia, orzecznictwo sądowe

Wprowadzenie

Członkostwo w spółdzielni oparte jest na zasadzie dobrowolności. Polega ono na dobrowolnym i świadomym współdziałaniu dla osiągnięcia zespołowych

* dr Tomasz Dąbrowski, Wydział Nauk Ekonomicznych i Prawnych Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, e-mail: t.dabrowski@uthrad.pl

korzyści, jak również na samorządowym podejmowaniu decyzji i kontroli odpowiedzialności względem całego zespołu. Te wszystkie elementy tworzą tzw. świadomość spółdzielczą, bez której nie ma autentycznej spółdzielni¹. W świetle art. 15 § 2 i 4 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze członkami spółdzielni mogą być osoby fizyczne i osoby prawne². Trzeba zauważyć, iż osoby, które zakładają daną spółdzielnię, uzyskują członkostwo *ex lege* z chwilą jej zarejestrowania. Natomiast przystępujący do spółdzielni uzyskują członkostwo po złożeniu deklaracji członkowskiej oraz podjęciu przez właściwy organ spółdzielni decyzji o przyjęciu ich w poczet członków.

Instytucja wykluczenia członka ze spółdzielni pojawiła się w polskim prawie spółdzielczym w art. 26 ustawy z dnia 29 października 1920 r. o spółdzielniach³. Obecnie wykluczenie członka ze spółdzielni jest uregulowane w przepisach art. 24 pr. sp. Wykluczenie członka ze spółdzielni jest środkiem radykalnym i niezwykle dotkliwym, prowadzącym do utraty członkostwa. Ponieważ wywołuje liczne problemy praktyczne, wydaje się celowe i właściwe szersze przedstawienie tej instytucji w oparciu o analizujące orzecznictwa.

Autor nie podejmuje problematyki dotyczącej wykluczenia członka ze spółdzielni pracy unormowanej w przepisie art. 193 pr. sp., gdyż ta kwestia wykracza poza ramy opracowania.

Przesłanki wykluczenia członka ze spółdzielni

Z analizy konstrukcji art. 24 § 2 pr. sp. wynika, że członek może zostać wykluczony ze spółdzielni w sytuacji, gdy z jego winy umyślnej lub z powodu rażącego niedbalstwa dalsze pozostawanie w spółdzielni nie jest możliwe do pogodzenia z postanowieniami statutu lub dobrymi obyczajami. Statut spółdzielni musi precyzyjnie regulować przyczyny wykluczenia. Analiza konstrukcji tego przepisu wskazuje, że wina wykluczanych członków spółdzielni musi przybrać kwalifikowaną postać, tj. umyślność zachowania członka (wina umyślna) lub nieumyślność w formie rażącego niedbalstwa członka.

O istnieniu winy umyślnej można mówić tylko wtedy, gdy nastawienie psychiczne członka spółdzielni w stosunku do popełnionego czynu jest świadome

¹ K. Boczar, *Spółdzielczość. Problematyka społeczna i ekonomiczna*, Warszawa 1986, s. 223.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 21 ze zm., dalej cytowana jako pr. sp.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 1950 r., nr 25, poz. 232 ze zm.

lub gdy dany członek spółdzielni, posiadając świadomość szkodliwości swojego postępowania, chce dokonać tego czynu lub godzi się na to. Natomiast z rażącym niedbalstwem mamy do czynienia w sytuacji, gdy członek spółdzielni nie zachował wymaganej staranności, mimo że możliwość wystąpienia skutków swojego postępowania mógł przewidzieć. Tak wypowiedział się SA w Warszawie w wyroku z 26 listopada 2015 r.⁴ Podobny pogląd został zaprezentowany przez SA w Białymstoku w wyroku z 9 czerwca 2015 r.⁵ W myśl tego orzeczenia wina umyślna istnieje w sytuacji, gdy stosunek członka spółdzielni do jego czynu jest świadomy, a ponadto gdy dany członek, mając pełną świadomość szkodliwości skutku swojego postępowania, chce tego dokonać lub godzi się na to. Jak podkreśla sąd w dalszej części wyroku, z rażącym niedbalstwem członka spółdzielni mamy do czynienia wtedy, gdy nie zachował on wymaganej staranności, a możliwość wystąpienia skutku swego czynu mógł przewidzieć. W podobnym tonie wypowiedział się SA w Łodzi w wyroku z 2 września 2014 r.⁶ Zdaniem sądu o istnieniu winy umyślnej można mówić wówczas, gdy stosunek psychiczny członka spółdzielni do popełnionego przez niego czynu jest w pełni świadomy, a ponadto gdy dany członek, mając świadomość szkodliwości skutku swojego postępowania, chce tego dokonać lub godzi się na to. W dalszej części judykatu sąd podkreśla, że z rażącym niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy członek spółdzielni nie zachował staranności, jakiej można wymagać, mimo że mógł przewidzieć jego konsekwencje wystąpienia.

Wypada odnotować, że przez należyłą staranność należy rozumieć obiektywnie istniejący wzorzec postępowania w odniesieniu do treści staranności danego rodzaju stosunku. Zgodnie z art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, należyta staranność to staranność ogólnie wymagana⁷. Niezachowanie należytej staranności przez członka spółdzielni może mieć miejsce w nieprzestrzeganiu przez niego uregulowań statutowych lub dobrych obyczajów, a co szczególnie ważne – nieprzestrzeganiu regulacji ustawowych.

Problematyka dotycząca znaczenia pojęcia „dobre obyczaje” była przedmiotem rozważań SA w Katowicach⁸. Zgodnie z jego wyrokiem pojęcie „dobre

⁴ Sygn. VI ACa 1359/14, LEX nr 2026422.

⁵ Sygn. I ACa 118/15, LEX nr 1746789.

⁶ Sygn. I ACa 387/14, LEX nr 1511694.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 ze zm. Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8 (535–536), s. 14–15.

⁸ Wyrok SA w Katowicach z 14.05.2015 r., sygn. I ACa 49/15, LEX nr 1747249.

obyczaję” należy rozumieć jako podstawowe i zarazem powszechnie akceptowane zasady przyzwoitego, godnego postępowania oraz jako ogólne reguły uczciwości obowiązujące wszystkich uczestników życia społecznego i obrotu gospodarczego. Z kolei w wyroku z 3 czerwca 2015 r. SN stwierdził, że w kategoriach dobrych obyczajów pozostaje przestrzeganie obowiązujących przepisów prawnych, a świadome ich naruszenie musi być zakwalifikowane jako zachowanie naruszające zasady uczciwego obrotu⁹.

Z regulacji art. 24 § 2 zd. 2 wynika, iż podstawy wykluczenia członka muszą zostać sprecyzowane w statucie spółdzielni. Statut spółdzielni jako najwyższy akt wewnętrznego prawa spółdzielczego powinien być w jak największym stopniu dostosowany do możliwości, potrzeb i oczekiwań każdej społeczności spółdzielczej. Należy szczególnie podkreślić, że w tworzeniu postanowień statutu oraz wszystkich jego zmian powinna zaangażować się jak największa liczba członków spółdzielni. Mogą oni zgłaszać swoje uwagi, spostrzeżenia i wnioski. Sytuacja taka przełoży się na prawidłowe zrozumienie przepisów statutu spółdzielni, gdyż znajomość tych uregulowań pozwala członkom spółdzielni na prawidłowe korzystanie z praw członkowskich i wypełnianie obowiązków członkowskich, a także znajomość przesłanek wykluczenia¹⁰. Przyczyny wykluczenia określone w treści statutu spółdzielni będą zróżnicowane w zależności od typu spółdzielni¹¹. Brak uregulowań w statucie przepisów poświęconych wykluczeniu członka czyni statut wadliwym i stanowi przeszkodę w jego rejestracji¹². W doktrynie podkreśla się, iż zasadniczymi i powszechnie przez statuty przewidywanymi przyczynami wykluczenia są: działanie na szkodę spółdzielni, popełnienie czynu hańbiącego; zawiniona utrata wymaganych przez statut kwalifikacji członkowskich; uporczywe na skutek złej woli lub niedbalstwa uchylanie się od obowiązków statutowych¹³. Przyczyny wykluczenia wiążą się przede wszystkim z rodzajem i przedmiotem działalności spółdzielni, co nie pozostaje bez wpływu na treść obowiązków członkowskich¹⁴.

⁹ Sygn. V CSK 592/14, OSNC 2016, nr 5, poz. 65.

¹⁰ K. Dąbrowski, T. Dąbrowski, *Recenzja książki G. Tylca, Statut spółdzielni i jego kontrola w postępowaniu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 181.

¹¹ G. Tylec, *Statut spółdzielni i jego kontrola w postępowaniu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego*, Warszawa 2013, s. 80.

¹² R. Bierzanek, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1989, s. 101.

¹³ M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1966, s. 57; A. Miączynski, *Prawo spółdzielcze. Zarys wykładu części ogólnej*, Kraków 1980, s. 171.

¹⁴ W. Jastrzębski, *Prawo spółdzielcze. Zarys wykładu*, Warszawa 1986, s. 45.

Jak wskazał SA w Katowicach, działanie członka spółdzielni polegające na odmowie udostępnienia zajmowanego przez niego lokalu pracownikom spółdzielni w celu wykonania przeglądu zamontowanych w tym mieszkaniu urządzeń grzewczych nie może być uznane za uporczywe naruszenie postanowień statutu spółdzielni pozwalające na wykluczenie członka z rejestru spółdzielni¹⁵. Spory pomiędzy członkami spółdzielni lub członkami organów spółdzielni nie mogą być rozwiązywane przez wykluczanie niektórych ze spierających się osób ze spółdzielni¹⁶. Z kolei w wyroku SA w Łodzi uznał, iż zwinione zaległości z tytułu opłat eksploatacyjnych mogą być uzasadnioną podstawą do wykluczenia członka ze spółdzielni¹⁷. W wyroku z 23 października 2014 r. SO w Lublinie stwierdził, że do przyczyn wykluczenia nie zalicza się prowadzenia przez członka sporu majątkowego ze spółdzielnią, a także niepłacenie przez członka spornych należności, choćby nawet statut przewidywał dla takich przypadków sankcję wykluczenia, chyba że należności przestały być sporne¹⁸.

Postępowanie w sprawie wykluczenia członka ze spółdzielni

De lege lata organem uprawnionym do podjęcia uchwały w przedmiocie wykluczenia z grona członków spółdzielni może być rada nadzorcza lub walne zgromadzenie. Postanowienia statutu spółdzielni muszą precyzyjnie wskazywać, który z powyższych organów spółdzielni ma taką kompetencję. *In concreto* przed podjęciem uchwały przez uprawniony organ musi on obligatoryjnie wysłuchać wyjaśnień zainteresowanego członka spółdzielni – art. 24 § 4 pr. sp. Spółdzielnia powinna uprzednio zawiadomić członka o terminie, miejscu i godzinie posiedzenia organu, a także powiadomić go o stawianych wobec niego zarzutach. Pozwoli mu to na zapoznanie się z nimi i ustosunkowanie się do nich¹⁹. Członek, wobec którego stawiane są zarzuty, powinien złożyć wyjaśnienia. Może to uczynić zarówno ustnie, jak również pisemnie. SA w Katowicach w wyroku z 8 kwietnia 2009 r. uznał, że zgodnie z art. 24 § 4 pr. sp. organ,

¹⁵ Wyrok SA w Katowicach z 24.06.2014 r., sygn. I ACa 225/14, Legalis nr 1062617.

¹⁶ Wyrok SA w Łodzi z 5.03.2014 r., sygn. I ACa 1173/13, Legalis nr 895161.

¹⁷ Wyrok SA w Łodzi z 11.01.2013 r., sygn. I ACa 1004/12, Legalis nr 734327.

¹⁸ Sygn. I C 589/13, „Monitor Spółdzielczy” 2014, nr 6, s. 37.

¹⁹ P. Zakrzewski, *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich*, Warszawa 2010, s. 400; K. Pietrzykowski, *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990, s. 234.

do kompetencji którego należy podejmowanie uchwał w sprawie wykluczenia członka ze spółdzielni, ma obowiązek wysłuchania go. Obowiązek ten nie może być uznany za bezwzględnie wiążący niezależnie od okoliczności związanych z wysłuchaniem zainteresowanego członka spółdzielni. Przepis ten należy interpretować następująco: organ spółdzielni ma obowiązek stworzenia zainteresowanemu członkowi możliwość wypowiedzenia się w sprawie jego wykluczenia. Nie ma natomiast obowiązku wysłuchania zainteresowanego członka spółdzielni, jeśli pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawił się na posiedzenie²⁰.

Natomiast członkowi nie przysługuje prawo uczestniczenia w posiedzeniu podczas głosowania nad uchwałą wykluczającą go z grona członków spółdzielni. Jeżeli zarzuty stawiane są członkowi rady nadzorczej spółdzielni, nie może on brać udziału w głosowaniu na posiedzeniu tego organu, o czym stanowi art. 56 § 2 pr. sp. W sytuacji, gdy właściwym organem będzie walne zgromadzenie spółdzielni, członek ma prawo brać udział w głosowaniu nad przedmiotową uchwałą²¹.

Po podjęciu uchwały dotyczącej wykluczenia członka z grona spółdzielców organ, który podjął przedmiotową uchwałę, musi zawiadomić członka na piśmie, załączając uzasadnienie podjętej uchwały w terminie dwóch tygodni od dnia podjęcia uchwały. *In fine* ust. 5 art. 24 pr. sp. statuuje, iż zawiadomienie członka spółdzielni, które nie zostało mu doręczone z powodu niezgłoszenia przez niego zmiany adresu, ma moc prawną doręczenia.

Uzasadnienie podjętej uchwały musi przedstawiać motywy, którymi kierował się organ spółdzielni, uznając, że zachowanie członka wyczerpuje przesłanki wykluczenia uregulowane w postanowieniach statutu. W wyroku z 30 czerwca 2016 r. SA w Gdańsku stwierdził, iż bez wskazania w treści uzasadnienia konkretnego zachowania członka spółdzielni nie można uznać, że uchwała zawiera motywy leżące u podstaw jej podjęcia²². Jak trafnie dostrzega K. Pietrzykowski, uchwałę uzasadnia ten organ, przez który została ona podjęta. Treść uzasadnienia musi wynikać z protokołu obrad organu oraz zawierać wskazanie konkretnej przyczyny pozbawienia członkostwa i argumentów przemawiających za trafnością i celowością tej sankcji²³. Stanowisko takie potwierdził SN, uznając, że podstawy wykluczenia muszą zostać przedstawione w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości, jakie zachowania stanowiły w ocenie wykluczającego organu

²⁰ Sygn. I ACa 151/09, OSA 2010, nr 4, s. 40–47.

²¹ K. Pietrzykowski, *Powstanie...*, s. 234.

²² Sygn. V ACa 924/15, LEX nr 2157812.

²³ K. Pietrzykowski, *Powstanie...*, s. 239.

spółdzielni zaniechanie obowiązków przez jej członka. Przyczyny wykluczenia członka muszą być zatem w uzasadnieniu uchwały podane w sposób konkretny. Jak zauważa SN, nie jest wystarczające wskazanie jako przyczyny wykluczenia „nierespektowanie decyzji władz spółdzielni” bez określenia, o jakie konkretne decyzje chodzi i na czym polega ich nierespektowanie²⁴. Również w wyroku SA we Wrocławiu stwierdził, że art. 24 ust. 5 zd. 2 pr. sp. wskazuje na konieczność podania motywów, którymi kierował się organ spółdzielni, uznając, że zachowanie członka spółdzielni uzasadnia wykluczenie²⁵.

Odwołanie się od uchwały rady nadzorczej do walnego zgromadzenia

Jeżeli postanowienia statutu spółdzielni normują, iż organem właściwym w sprawie wykluczenia członka ze spółdzielni jest rada nadzorcza, członek, który nie zgadza się z przedmiotową uchwałą, ma możliwość odwołania się od niej do walnego zgromadzenia spółdzielni. Przepisy prawa spółdzielczego regulują dwa odrębne tryby, w ramach których członek może się odwołać do walnego zgromadzenia. Odwołanie może się odbyć według zasad postępowania wewnątrzspółdzielczego – art. 24 § 8 zd. 2 w zw. art. 32 ust. 1 pr. sp. Natomiast w sytuacji, gdy statut spółdzielni nie przewiduje postępowania wewnątrzspółdzielczego, odwołanie odbywa się według zasad postępowania quasi-wewnętrzznego – art. 24 § 9 pr. sp.²⁶ Różnica polega przede wszystkim na innych terminach dotyczących wniesienia odwołania, a także terminie rozpatrzenia odwołania czy powiadomienia o terminie posiedzenia walnego zgromadzenia. W pierwszej sytuacji terminy te musi określić statut spółdzielni, w drugiej sytuacji określają je przepisy ustawy Prawo spółdzielcze²⁷.

Odwołanie może wnieść uprawniony członek w terminie zakreślonym przez postanowienia statutu lub przepisy ustawy. Na podstawie art. 24 § 9 pr. sp., termin wniesienia odwołania wynosi miesiąc i jest liczony od dnia doręczenia uchwały w przedmiocie wykluczenia łącznie z jej uzasadnieniem. Odwołanie musi być wniesione na piśmie, a zgodnie z art. 53 ust. 3 pr. sp. złożenie go w lokalu spółdzielni albo jednemu z członków zarządu lub pełnomocnikowi ma skutek prawny

²⁴ Wyrok SN z 23.07.2014 r., sygn. V CSK 545/13, Legalis nr 1061882.

²⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z 27.06.2013 r., sygn. I ACa 676/13, Legalis nr 999414.

²⁶ H. Cioch, *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011, s. 61. Autor podkreśla, że członek nie ma obowiązku wyczerpania jednego z tych postępowania i może zaskarżyć uchwałę w przedmiocie jego wykluczenia bezpośrednio do sądu.

²⁷ P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 405.

względem spółdzielni²⁸. W trybie ust. 9 art. 24 zd. 3 pr. sp. odwołujący się członek spółdzielni musi być obligatoryjnie zawiadomiony o posiedzeniu walnego zgromadzenia co najmniej na trzy tygodnie przed terminem posiedzenia tego organu²⁹. Nie jest wystarczające zawiadomienie członka za pomocą pism obiegowych lub przez wywieszenie na tablicy ogłoszeń³⁰. W świetle zd. drugiego powyższego przepisu odwołanie powinno być rozpatrywane na najbliższym walnym zgromadzeniu, jednak nie później niż w ciągu dwunastu miesięcy od dnia wniesienia odwołania. Statut spółdzielni normuje terminy do wniesienia odwołania od trzech do sześciu tygodni.

Podczas posiedzenia walnego zgromadzenia członek wnoszący odwołanie ma prawo być obecny przy rozpatrywaniu swojego odwołania i je popierać. Uprawnienie to wynika z art. 24 § 8 pr. sp. Członek może stawiać przeciwko uchwale rady zarówno zarzuty merytoryczne, jak i formalne (np. niewysłuchanie go przez radę nadzorczą lub podjęcie przez nią uchwały z naruszeniem obowiązujących zasad proceduralnych – art. 35 § 5 pr. sp.)³¹.

Uniemożliwienie członkowi spółdzielni udziału w posiedzeniu organu rozpatrującego jego odwołanie w sprawie wykluczenia z grona członków jest takim uchybieniem formalnym, które pozwala na stwierdzenie, że mogło ono wpłynąć na treść uchwały³². Niedopuszczenie wykluczonego członka do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu spółdzielni jest pozbawieniem go prawa do obrony i naruszeniem art. 24 § 8 pr. sp. Prawo wykluczonego do uczestniczenia w obradach walnego zgromadzenia przy rozpatrywaniu jego odwołania nie uprawnia odwołującego się do pozostawania na sali obrad w czasie głosowania³³.

Należy pamiętać, że walne zgromadzenie może podejmować uchwały jedynie w sprawach objętych porządkiem obrad, podanym do wiadomości członków w terminach określonych w postanowieniach statutu i w określony tam sposób. Wynika z tego, iż najwyższy organ spółdzielni może prawidłowo rozpatrzyć odwołanie członka od uchwały rady nadzorczej w przedmiocie jego wykluczenia jedynie w sytuacji, gdy sprawa ta została ujęta w porządku obrad. Organ ten po zaprezentowaniu swoich argumentów przez odwołującego się członka musi rozstrzygnąć, czy czyn członka jest zawiniony i sprzeczny z postanowieniami

²⁸ Zob. wyrok SN z 31.01.2008 r., sygn. II CSK 378/07, LEX nr 863957.

²⁹ Wyrok SA w Krakowie z 12.09.2013 r., sygn. I ACa 747/13, LEX nr 1540881.

³⁰ K. Pietrzykowski, *Powstanie...*, s. 246.

³¹ M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1985, s. 72.

³² Wyrok SA w Katowicach z 24.03.2000 r., sygn. I ACa 21/00, „Wokanda” 2001, nr 3, s. 46.

³³ M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 72.

statutu lub dobrymi obyczajami. Walne zgromadzenie może podjąć uchwałę utrzymującą w mocy uchwałę rady nadzorczej, jak również może podjąć uchwałę uchylającą uchwałę rady nadzorczej. Zgodnie z art. 41 § 2 pr. sp., uchwały walnego zgromadzenia podejmowane są zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy uprawnionych członków do głosowania, chyba że ustawa lub statut stanowią inaczej. Jak słusznie wyjaśnił SA w Krakowie w wyroku z 7 października 2016 r., jeżeli od uchwały rady nadzorczej w przedmiocie wykluczenia członek wnieśnie odwołanie do walnego zgromadzenia, to przedmiotem głosowania na walnym zgromadzeniu powinno być uwzględnienie bądź też oddalenie tego odwołania. Wyłącznie uchwała walnego zgromadzenia, która uzyska większość głosów (50% plus 1), będzie miała moc obowiązującą. Remis w głosowaniu oznacza, iż walne zgromadzenie nie podjęło uchwały w sprawie odwołania – na żadną z opcji nie oddano liczby głosów (50% plus 1) wymaganej do tego, by uznać uchwałę za podjętą³⁴.

Z przebiegu obrad walnego zgromadzenia sporządza się protokół, który powinien być podpisany przez przewodniczącego, a także inne osoby wskazane w statucie. Musi on zawierać treść podjętych uchwał wraz z ich uzasadnieniem oraz dane dotyczące przebiegu dyskusji i głosowania³⁵. Protokół z posiedzenia walnego zgromadzenia ma jedynie walor dokumentu prywatnego. Stanowi on tylko dowód z przebiegu obrad i podjętych uchwał³⁶. Odpis treści uchwały spółdzielni musi dostarczyć odwołującemu się w terminie dwóch tygodni od dnia jej pojęcia.

Zaskarżenie uchwały o wykluczeniu członka ze spółdzielni do sądu

Członek może zaskarżyć do sądu uchwałę w sprawie jego wykluczenia z grona spółdzielców w trzech przypadkach: 1) W sytuacji, gdy organem wykluczającym jest rada nadzorcza, członek nie musi się odwoływać od podjętej przez nią uchwały do walnego zgromadzenia (zebrania przedstawicieli), lecz może bezpośrednio zaskarżyć przedmiotową uchwałę do sądu. Uprawnienie to wynika bezpośrednio z art. 24 § 6 pkt 2 pr. sp. 2) Gdy odwołanie od uchwały rady nadzorczej wykluczonego członka do walnego zgromadzenia zostało oddalone. W tej sytuacji, zgodnie

³⁴ Sygn. I ACa 748/16, LEX nr 2163033.

³⁵ K. Pietrzykowski, *Powstanie...*, s. 255.

³⁶ Wyrok SA w Lublinie z 19.10.2016 r., sygn. I ACa 137/16, LEX nr 2152884.

z art. 42 § 3–9 pr. sp., wykluczony członek może zaskarżyć uchwałę do sądu³⁷.
3) W przypadku, gdy taką uchwałę podejmie walne zgromadzenie spółdzielni.

Należy pamiętać, iż uprawnienie do zaskarżenia uchwały w sprawie wykluczenia ze spółdzielni przysługuje w myśl art. 24 § 6 pkt 2 i art. 42 § 4 pr. sp. wyłącznie wykluczonemu członkowi w terminie zawitym, który wynosi dla wszystkich trzech przypadków 6 tygodni liczonych od dnia doręczenia uchwały łącznie z uzasadnieniem. Podobne zapatrywanie wyraził SN w postanowieniu z 24 czerwca 1999 r. Zdaniem SN, uprawnienie wykluczonego członka do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia (zebrania przedstawicieli) ma charakter osobisty i nie przechodzi na spadkobierców³⁸.

W art. 42 § 6 pr. sp. członek, który nie był obecny na posiedzeniu walnego zgromadzenia na skutek jego wadliwego zwołania, może wnieść powództwo w ciągu 6 tygodni od dnia powzięcia wiadomości o uchwale, nie później jednak niż przed upływem roku od dnia obradowania tego gremium. Jak wywiódł SA w Katowicach w wyroku z 29 sierpnia 2012 r., w sytuacji, gdy obrady walnego zgromadzenia spółdzielni trwały kilka dni, należy przyjąć, iż termin do wniesienia powództwa przez wykluczonego członka liczy się od dnia, w którym organ ten podjął kwestionowaną uchwałę³⁹. Jak wskazał SA w Warszawie w wyroku z 20 sierpnia 2013 r., dla wystąpienia z powództwem o uchylenie uchwały ustawodawca przewidział termin 6 tygodni, liczony od dnia doręczenia członkowi uchwały wraz z uzasadnieniem wykluczenia ze spółdzielni. Termin ten jest zawity, a powództwo wniesione z jego uchybieniem musi podlegać oddaleniu⁴⁰. Nie można zgodzić się z tym stwierdzeniem SA, gdyż są przypadki, kiedy powództwo wniesione po terminie, nie musi podlegać oddaleniu. W wyroku z 14 lipca 1999 r. SN stanął na stanowisku, że termin sześciotygodniowy do wniesienia powództwa o uchwalenie uchwały walnego zgromadzenia (zebrania przedstawicieli) jest terminem zawitym prawa materialnego, a nie terminem przedawnienia⁴¹.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 42 § 8 pr. sp. sąd może nie uwzględnić upływu terminu uregulowanego w art. 42 § 6 pr. sp., jeżeli utrzymanie uchwały podjętej przez walne zgromadzenie w mocy wywołałoby dla członka spółdzielni szczególnie dotkliwe skutki. Należy zaznaczyć, że opóźnienie w zaskarżeniu

³⁷ P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 406–407.

³⁸ Sygn. I CKN 317/99, Legalis nr 503424.

³⁹ Sygn. I ACa 468/12, Legalis nr 1067412.

⁴⁰ Sygn. VI ACa 121/13, Legalis nr 747225.

⁴¹ Sygn. II CKN 450/98, LEX nr 1164714.

przedmiotowej uchwały musi być usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami i nieznaczące.

Na gruncie interpretacji art. 42 § 8 pr. sp. SA w Białymstoku wypowiedział się w wyroku z 16 maja 2014 r., uznając, iż ustawodawca w analizowanym przepisie przewidział możliwość nieuwzględnienia przez sąd upływu terminu określonego w art. 42 § 6 pr. sp. w przypadku, gdy utrzymanie uchwały wywołałoby dla członka szczególnie dotkliwe skutki, a opóźnienie w zaskarżeniu tej uchwały jest usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami i nie jest nadmierne. Zastosowanie tego przepisu pozostawione jest w całości uznaniu sądu i zależy od wykazania okoliczności przewidzianych tą regulacją⁴². Podobne zapatrywanie wyraził SA w Szczecinie w wyroku z 8 sierpnia 2013 r., uznając, iż aby zastosować art. 42 § 8 pr. sp. konieczne jest usprawiedliwienie opóźnienia w zaskarżeniu uchwały, które wynikało z powodu wyjątkowych okoliczności, co przekłada się na wykazanie wiarygodnych dowodów⁴³.

Warto wskazać, że w wyroku z 11 maja 2016 r. SN uznał, iż w sytuacji, gdy przyczyną opóźnienia w zaskarżeniu uchwały o wykluczeniu nie była bierność skarżącego, lecz błędne skierowanie pozwu z żądaniem uchylenia tej uchwały przeciwko osobie fizycznej uznanej za nielegalnego przewodniczącego rady nadzorczej, to w sprawie wystąpiły opisane w art. 42 § 8 pr. sp. przesłanki usprawiedliwiającej nieuwzględnienie terminu do wniesienia pozwu⁴⁴.

W piśmiennictwie przedmiotu podkreśla się sytuację, w której walne zgromadzenie nie rozpatrzyło w terminie odwołania od uchwały członka. W tym przypadku termin sześciotygodniowy do wniesienia powództwa zaczyna swój bieg od dnia, w którym odwołanie powinno być najpóźniej rozpatrzone⁴⁵.

Zgodnie z treścią art. 24 § 1–3 pr. sp. bezskuteczny upływ powyższych terminów skutkuje tym, że podjęta uchwała rady nadzorczej lub walnego zgromadzenia (zebrania przedstawicieli) staje się skuteczna. W tej sytuacji członek spółdzielni zostaje usunięty z rejestru członków spółdzielni.

Członkowi spółdzielni, który kwestionuje uchwałę organu spółdzielni w przedmiocie jego wykluczenia, przysługuje uprawnienie do wystąpienia z roszczeniami: o uchylenie uchwały, o ustalenie nieważności uchwały i o ustalenie nieistnienia uchwały. Tak wypowiedział się SA w Łodzi w wyroku

⁴² Sygn. I ACa 98/14, Legalis nr 992467.

⁴³ Sygn. I ACa 309/13, Legalis nr 776464.

⁴⁴ Sygn. I CSK 304/15, Legalis nr 1472819.

⁴⁵ P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 407.

z 28 stycznia 2011 r.⁴⁶ Z roszczeniami tymi może wystąpić do właściwego miejscowo (zgodnie z siedzibą spółdzielni) sądu okręgowego. Uprawnienie takie statuuje art. 17 pkt 4² ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁴⁷. Jak wynika *expressis verbis* z art. 321 § 1 k.p.c., sąd nie może orzekać co do przedmiotu, który nie został objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie (*ne eat iudex ultra petita partium*). Zakres kognicji sądu rozpoznającego powództwo w przedmiocie wykluczenia ze spółdzielni ograniczony jest do badania tylko tych przyczyn wykluczenia, które wyraźnie zostały wymienione w treści uchwały⁴⁸. Sąd w postępowaniu o uchylenie uchwały organu spółdzielni w przedmiocie wykluczenia członka nie może badać, czy istniały inne jeszcze przyczyny niepowołane w uchwale o wykluczeniu, które mogłyby ewentualnie uzasadniać wykluczenie członka ze spółdzielni⁴⁹.

Trafne jest stanowisko SA w Białymstoku, według którego różnica pomiędzy uchwałą bezwzględnie nieważną a uchwałą nieistniejącą jest taka, iż pierwszym przypadku z przyczyn merytorycznych lub formalnych uchwała jest nieważna od samego początku, natomiast w drugim przypadku uchwale towarzyszą tak daleko idące uchybienia, że w ogóle nie można mówić o jej podjęciu⁵⁰. W odniesieniu do powyższego stanowiska w doktrynie podnosi się, że różnica między uchwałą bezwzględnie nieważną a nieistniejącą polega na tym, że w pierwszym przypadku oświadczenie woli zostało złożone, jednak z przyczyn merytorycznych lub formalnych ustawa traktuje je jako nieważne od samego początku, natomiast w drugim przypadku podejmowaniu uchwały towarzyszyły tak daleko idące uchybienia formalne, że w ogóle nie można mówić o złożeniu oświadczenia woli przez spółdzielnię⁵¹.

Z regulacji art. 42 § 2 pr. sp. wynika, że uchwała sprzeczna z ustawą jest nieważna⁵². W tym przypadku chodzi podobnie jak w art. 58 § 1 k.c. o sprzeczność uchwały z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy. Należy pamiętać,

⁴⁶ Sygn. I ACa 1125/10, OSAŁ 2012, nr 2, poz. 13.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1822 ze zm., dalej cytowana jako k.p.c.

⁴⁸ Wyrok SA w Łodzi z 12.01.2016 r., sygn. I ACa 984/15, Legalis nr 1408637.

⁴⁹ Wyrok SA w Warszawie z 7.03.2014 r., sygn. VI ACa 1700/13, OSG 2014, nr 9, poz. 70, s. 86.

⁵⁰ Wyrok SA w Białymstoku z 11 marca 2015 r., I ACa 875/14, Legalis nr 1241257.

⁵¹ K. Pietrzykowski, w: *Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, red. Z. Banaszczyk, Warszawa 2000, s. 216.

⁵² Na temat nieważności uchwał walnego zgromadzenia spółdzielni zob. A. Zbiegień-Turzańska, *Sankcje wadliwych uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni*, Warszawa 2012, s. 317–367.

iż przez ustawę należy rozumieć nie tylko przepisy ustawy Prawo spółdzielcze, ale każdą inną ustawę, która obowiązuje w chwili podjęcia nieważnej uchwały, a także przepisy Konstytucji RP (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP), umowy międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą Sejmu (art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP), prawa Unii Europejskiej mającego bezpośrednie zastosowanie w porządku wewnętrznym (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP) i rozporządzenia wydanego na podstawie i w wykonywaniu ustawy (art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 i art. 92 ust. 1 Konstytucji)⁵³. W analizowanym przypadku właściwe jest powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały w przedmiocie wykluczenia oparte na art. 189 k.p.c. Niezgodność uchwały organu spółdzielni z ustawą może się wyrażać zarówno w treści uchwały, jak również w wadach postępowania prowadzącego do jej podjęcia. Członek, który wytacza powództwo w oparciu o art. 42 § 2 pr. sp. w zw. z art. 189 k.p.c. może podnosić zarzuty o charakterze merytorycznym (odnosząc się do niezgodności treści uchwały z ustawą), a także zarzuty o charakterze formalnym (odnoszące się do wad w procedurze podjęcia uchwały)⁵⁴.

W art. 42 § 3 pr. sp. przewidziane zostało, że uchwały sprzeczne z postanowieniami statutu bądź dobrymi obyczajami lub godzące w interesy spółdzielni albo mające na celu pokrzywdzenie jej członka są dotknięte względną nieważnością (uchwała taka traci moc prawną w przypadku jej prawomocnego uchylecia przez sąd)⁵⁵. Niezgodność uchwały w przedmiocie wykluczenia członka ze spółdzielni (podjętej przez walne zgromadzenie lub radę nadzorczą), która jest niezgodna z powodów wskazanych powyżej, może dotyczyć przepisów o charakterze materialnym, jak i formalnym. W takim przypadku kontroli podlega zarówno treść uchwały (aspekt materialny), jak i tryb jej podjęcia (aspekt formalny)⁵⁶. Uchybienia natury formalnej, do których doszło przy podjęciu uchwały przez organ spółdzielni, uzasadniają uchylenie tej uchwały tylko wtedy, gdy miały lub mogą mieć wpływ na jej istotną treść⁵⁷. W wyroku z 13 maja 2016 r. SA w Warszawie trafnie uznał, że niezgodność uchwały organu spółdzielni z przepisami ustawy może uzasadniać roszczenie o stwierdzenie nieważności uchwały, natomiast sprzeczność

⁵³ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483. K. Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wydanie 6*, Warszawa 2011, s. 382.

⁵⁴ Wyrok SA w Szczecinie z 16.07.2015 r., sygn. I ACa 250/15, Legalis nr 1392983.

⁵⁵ A. Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz. Wydanie 13*, Warszawa 2014, s. 115.

⁵⁶ A. Sikorska-Lewandowska, *Nieważność uchwał rady nadzorczej spółdzielni*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16, s. 870.

⁵⁷ Wyrok SN z 9.11.2016 r., sygn. II CSK 21/16, LEX nr 2166377.

uchwały z postanowieniami statutu uzasadniać może co najwyżej wystąpienie z powództwem o uchylenie uchwały⁵⁸.

W sytuacji wystąpienia zbiegu podstaw powództw wynikających z art. 42 § 2 pr. sp. i z art. 42 § 3 pr. sp. pierwszeństwo ma obligatoryjnie nieważność bezwzględna, która jest wynikiem podjęcia uchwały z naruszeniem przepisów ustawy.

Wypada odnotować, iż w przypadku żądania ustalenia nieistnienia uchwały (przez wykluczonego członka spółdzielni na podstawie art. 42 § 9 pr. sp.) wymagane jest stwierdzenie uchybień w procesie podjęcia uchwały, które wykluczają przyjęcie, że doszło do wyrażenia woli przez powołane organy spółdzielni⁵⁹. W innym judykacie Sąd Apelacyjny w Warszawie przyjął, że w sytuacji żądania ustalenia nieistniejącej uchwały w oparciu o art. 42 § 9 pr. sp. chodzi o tak rażące uchybienia w procesie podjęcia uchwały lub w procedurze zwołania organu, że wykluczają one możliwość uznania, że organ wyraził wolę jako ten właściwy⁶⁰.

Jeżeli sąd stwierdzi, iż podjęta uchwała, wykluczająca członka ze spółdzielni, jest wadliwa, unieważni ją na mocy konstytucyjnego wyroku z mocą wstecz. Natomiast wykluczenie członka z grona spółdzielców staje się skuteczne, gdy zostanie spełniony jeden z prawnych warunków unormowanych w art. 24 § 10 pr. sp. Wyrok sądu, zgodnie z art. 42 § 9 pr. sp., obowiązuje wszystkich członków spółdzielni, jak i jej organy.

Podsumowanie

Spółdzielnia może rozwiązać stosunek członkostwa tylko przez wykluczenie albo wykreślenie członka. Wykluczenie członka z grona spółdzielców stanowi jednostronne oświadczenie woli spółdzielni. Może ono nastąpić w przypadku, gdy z winy umyślnej lub z powodu rażącego niedbalstwa dalszego pozostawania w spółdzielni nie da się pogodzić z postanowieniami statutu spółdzielni lub dobrymi obyczajami. Postanowienia statutu powinny dokładnie określać przyczyny wykluczenia ze spółdzielni członka. Z przeprowadzonej analizy orzecznictwa w tym przedmiocie wynika jednoznacznie, iż wykluczenie członka ze spółdzielni jest środkiem radykalnym i niezwykle dotkliwym. Może być dokonywane jedynie w przypadku, gdy konkretne zawinione zachowanie członka jest tak daleko

⁵⁸ Sygn. VI ACa 849/15, LEX nr 2067818.

⁵⁹ Wyrok SA w Warszawie z 9.06.2014 r., sygn. VI ACa 93/14, LEX nr 1527313.

⁶⁰ Wyrok SA w Warszawie z 28.09.2011 r., sygn. VI ACa 20/11, LEX nr 1101516.

rażące, iż powoduje, że dalsze pozostawienie w spółdzielni nie jest do pogodzenia z postanowieniami statutu lub dobrymi obyczajami. Postępowanie członka dające podstawy do wykluczenia musi być zawinione co najmniej w stopniu rażącego niedbalstwa. Natomiast ciężar dowodu istnienia podstaw do wykluczenia zawsze obligatoryjnie spoczywa na spółdzielni. Ugruntowana jest linia orzecznicza, w myśl której możliwość rozwiązania stosunku członkostwa przez wykluczenie istnieje tylko wówczas, gdy czyn członka jest pod względem przedmiotowym sprzeczny z postanowieniami statutu spółdzielni lub dobrymi obyczajami, a pod względem podmiotowym zawiniony. Uchwałę w przedmiocie wykluczenia członka może podjąć, w zależności od uregulowania w postanowieniach statutu, rada nadzorcza lub walne zgromadzenie. Organ, do którego kompetencji należy podejmowanie uchwał w sprawie wykluczenia, ma obowiązek wysłuchania wyjaśnień zainteresowanego członka spółdzielni. Organ ten musi stworzyć zainteresowanemu członkowi możliwość złożenia wyjaśnień. W uchwale o wykluczeniu organ powinien wskazać na konkretne zachowanie się członka będące przyczyną wykluczenia. W uzasadnieniu uchwały konieczne jest przedstawienie motywów, którymi kierował się organ, uznając, że przedmiotowe zachowanie członka nie jest do pogodzenia z postanowieniami statutu lub dobrymi obyczajami.

Członek, który kwestionuje uchwałę organu w przedmiocie jego wykluczenia, może wystąpić do sądu okręgowego z roszczeniami o uchylenie uchwały, o ustalenie nieważności uchwały oraz o ustalenie nieistnienia uchwały. Wykluczenie członka ze spółdzielni jest skuteczne w sytuacji spełnienia się choćby jednego warunku uregulowanego w art. 24 § 10 pr. sp.

W konkluzji powyższych rozważań należy jeszcze raz z całą stanowczością podkreślić, iż wskazane jest jak najszybsze uczestniczenie członków danej spółdzielni w tworzeniu postanowień statutu bądź ich modyfikacji. Przełoży się to na znajomość treści przesłanek statutu dotyczących wykluczenia. Ustanie członkostwa w spółdzielni poprzez wykluczenie ma duże znaczenie dla interesów członka i może mieć przełożenie na negatywne konsekwencje, np. może stanowić przeszkodę przy ponownym ubieganiu się tego członka o członkostwo w spółdzielni.

Literatura

Banaszczyk Z., Granecki P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8 (535–536).

Bierzanek R., *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1989.

Boczar K., *Spółdzielczość. Problematyka społeczna i ekonomiczna*, Warszawa 1986.

- Cioch H., *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011.
- Dąbrowski K., Dąbrowski T., Recenzja książki G. Tylca, *Statut spółdzielni i jego kontrola w postępowaniu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego*, „Ius Novum” 2013, nr 4.
- Gersdorf M., Ignatowicz J., *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1966.
- Gersdorf M., Ignatowicz J., *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1985.
- Jastrzębski W., *Prawo spółdzielcze. Zarys wykładu*, Warszawa 1986.
- Miączyński A., *Prawo spółdzielcze. Zarys wykładu części ogólnej*, Kraków 1980.
- Pietrzykowski K., *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990.
- Pietrzykowski K., *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wydanie 6*, Warszawa 2011.
- Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, red. Z. Banaszczyk, Warszawa 2000.
- Sikorska-Lewandowska A., *Nieważność uchwał rady nadzorczej spółdzielni*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16.
- Stefaniak A., *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz. Wydanie 13*, Warszawa 2014.
- Tylec G., *Statut spółdzielni i jego kontrola w postępowaniu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego*, Warszawa 2013.
- Zakrzewski P., *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich*, Warszawa 2010.
- Zbiegień-Turzańska A., *Sankcje wadliwych uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni*, Warszawa 2012.

EXCLUDING THE MEMBER FROM CO-OPERATIVE MEMBERSHIP IN JUDICIAL PRACTICE

Summary

The paper entitled *Excluding the member from co-operative membership in judicial practice*, consists of the following parts: introduction; reasons for excluding the member from co-operative membership; proceedings to exclude the member from co-operative membership; appealing against the resolution on excluding the member from

co-operative membership and a summary. In the introduction the author writes about the essence of being a co-operative member and the issues determining acceptance of a person as a co-operative member. In the next part the author analyses the structure of Article 24 § 2 of the Co-operatives Law referring to the situation resulting in the exclusion of the member from co-operative membership. The following part of the paper deals with the issue of entities entitled to make a resolution on excluding the member from co-operative membership. The third part entitled *Appealing to the general meeting against the supervisory board resolution*, contains information about a possibility of appealing against the resolution on excluding the member from co-operative membership. The author gives the conditions (of the appeal) which must be met by the person appealing. The following part is devoted to the appeal to the court against the resolution on excluding the member. In summary the author describes possibilities of terminating the membership and defines them in detail. He also defines which bodies are entitled to pass an appropriate resolution.

Keywords: exclusion, member, co-operative, judicial practice

Małgorzata W. Greßler*

PROCEDURA ESPOO W NIEMIECKIM PORZĄDKU PRAWNYM – ZAGADNIENIA WĘZŁOWE

Streszczenie

Procesy gospodarcze i inwestycyjne niejednokrotnie oddziałują na środowisko. Prawno-międzynarodowe ramy proceduralne w przedmiocie transgranicznego oddziaływania na środowisko tego typu projektów ustanowione zostały w Konwencji z Espoo. Do ich zadań należy zarówno poprawa jakości informacji przedkładanych decydentom, jak i ułatwienie mieszkańcom terenów narażonych bezpośredniego zaangażowania się w te procesy decyzyjne. Istnieje wiele zagadnień wymagających dookreślenia przez prawodawcę krajowego. Niemiecki porządek legislacyjny posiłkuje się w takich przypadkach odpowiednim stosowaniem norm zawartych w przepisach o krajowej ocenie środowiskowej.

Słowa kluczowe: Konwencja z Espoo, ocena oddziaływania na środowisko

W rodzimym piśmiennictwie – sądzić należy, że bardzo słusznie – podniesiono, iż „procedury ocen oddziaływania na środowisko są jednym z w a ż n i e j s z y c h [wyróżnienie autorki] instrumentów ochrony środowiska, których celem jest ekologizacja procesów gospodarczych i inwestycyjnych”¹. Dokumentem w całości dotyczącym instytucji ocen oddziaływania na środowisko i stwarzającym wiążące

* dr Małgorzata W. Greßler, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, e-mail: malgorzata.gressler@wpiaus.pl

¹ A. Barczak, *Procedury ocen oddziaływania na środowisko*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 5, s. 354.

prawno-międzynarodowe ramy proceduralne dla wykonywania przywołanych ocen w kontekście transgranicznym jest Konwencja z Espoo sporządzona w dniu 25 lutego 1991 r.² (dalej: Konwencja). Świadomość zależności między działalnością gospodarczą i jej konsekwencji dla środowiska powoduje bowiem konieczność współpracy międzynarodowej przy ocenianiu oddziaływania na środowisko oraz – jak to sygnalizuje normodawca – „rozwijania wybiegającej w przyszłość polityki [...], łagodzenia i kontrolowania znaczących szkodliwych oddziaływań na środowisko w ogólności, a w kontekście transgranicznym w szczególności”, jak również „wyraźnego rozważania czynników ekologicznych we wczesnej fazie procesu podejmowania decyzji przez zastosowanie ocen oddziaływania na środowisko na wszystkich odpowiednich szczeblach administracji, jako niezbędnego środka poprawy jakości informacji przedstawianej decydentom, tak aby racjonalne decyzje dotyczące środowiska były podejmowane przy zwróceniu baczonej uwagi na minimalizowanie znaczących szkodliwych oddziaływań”.

Zgodnie z art. 2 Konwencji każda ze stron zobowiązała się do indywidualnego lub wspólnego podejmowania „odpowiednich i skutecznych środków”³ zmierzających do zapobiegania, redukcji i kontrolowania „znaczącego szkodliwego transgranicznego oddziaływania”⁴ na środowisko wynikającego z planowanej działalności”⁵. W szczególności za zadania stron uważać należy dążenia do ustanowienia stosownych⁶ procedur ocen oddziaływań na środowisko⁷ skore-

² Bundesgesetzblatt (dalej: BGBl.) II 1996, s. 1406 i n.

³ Art. 2 ust. 1 Konwencji.

⁴ Termin „oddziaływanie transgraniczne” (org. *transboundary impact*) został zdefiniowany legalnie w art. 1 wyróżnika (viii) Konwencji jako „jakiegokolwiek oddziaływanie, nie mające wyłącznie charakteru globalnego, na terenie podlegającym jurysdykcji [umawiającej się strony Konwencji] [...], spowodowane planowaną działalnością, której fizyczna przyczyna jest w całości lub częściowo położona na terenie podlegającym jurysdykcji innej [umawiającej się strony Konwencji]”.

⁵ W rozumieniu art. 1 wyróżnika (v) Konwencji za „planowaną działalność (org. *proposed activity*)” uznać należy „każdą działalność lub każdą większą zmianę działalności będącą przedmiotem decyzji właściwego organu, zgodnie z mającą zastosowanie procedurą krajową”.

⁶ L. Dietrich, *Verschärfte Anforderungen an Vorhaben – Novellierungen für UVP-Verordnung Bergbau und WHG*, „Produkthaftpflicht international” 2013, s. 152.

⁷ W rozumieniu art. 1 wyróżnika (vi) Konwencji jako zakres pojęciowy terminu „ocena oddziaływania na środowisko” (org. *environmental impact assessment*) przywołać trzeba „krajową procedurę szacowania prawdopodobnego oddziaływania planowanej działalności na środowisko”, przy czym pojęcie „oddziaływania” (org. *impact*) normodawca definiuje legalnie w art. 1 wyróżnika (vii) Konwencji jako (dowolny) „jakiegokolwiek skutek planowanej działalności dla środowiska z uwzględnieniem: zdrowia i bezpieczeństwa ludzi, flory, fauny, gleby, powietrza, wody klimatu, krajobrazu i pomników historii lub innych budowli albo wzajemnych oddziaływań między tymi czynnikami; [...] skutki dla dziedzictwa kultury lub dla warunków społeczno-gospodarczych spowodowane zmianami tych czynników”.

lowanych z planowanymi działalnościami „mogącymi powodować znaczące szkodliwe [szeroko rozumiane – dop. MWG] oddziaływania transgraniczne”, przy czym owe procedury cechować powinno uwzględnienie opinii publicznej⁸ i przygotowanie stosownej⁹ dokumentacji oceny¹⁰.

Odnosnie do niemieckiego porządku normatywnego, jako akt wdrażający postanowienia przywołanej Konwencji wskazać należy ustawę z dnia 12 lutego 1990 r. o kontroli zgodności ze środowiskiem naturalnym¹¹ (dalej: UVPG). W szczególności należy tu przywołać paragraf 9b dotyczący zaangażowania stosownych organów, jak również opinii publicznej w planowane przedsięwzięcia zagraniczne (*Grenzüberschreitende Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung bei ausländischen Vorhaben*)¹². W fachowym piśmiennictwie wskazuje się na obowiązek¹³ stosownych (niemieckich) organów zapewnienia rzeczywistego¹⁴ zaangażowania opinii publicznej (tego kraju) w planowane zagraniczne przedsięwzięcia przez podjęcie wszelkich starań zmierzających do wypełnienia przez (pozostałe) strony Konwencji zobowiązań z niej wynikających¹⁵ (w odniesieniu do przywołanych wyżej działalności mogących powodować znaczące szkodliwe oddziaływania transgraniczne¹⁶). Przede wszystkim podkreślić należy, że na stronę pochodzenia¹⁷ nałożony został obowiązek zagwarantowania przeprowadzenia oceny oddziaływania na

⁸ Pojęcie „opinii publicznej” (org. *the Public*) wyklądać należy – zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 1 wyróżnik (x) Konwencji – jako „jedną lub więcej osób fizycznych lub prawnych”.

⁹ M. Röckinghausen, *Luftqualitätsplanung: Stand, Erfahrungen, Probleme*, „Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel” (dalej: „I+E”) 2012, s. 188.

¹⁰ Art. 2 ust. 2 Konwencji.

¹¹ Org. Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung – UVPG, tj. z dnia 24 lutego 2010 r., BGBl, s. 94 ze zm.

¹² A. Schink, *Verstärkung der Öffentlichkeitsbeteiligung und neue UVP-Anforderungen für Unternehmen*, „Deutsches Verwaltungsblatt” (dalej: „DVBl”) 2013, s. 1347.

¹³ S. Fritz, *Integrierter Umweltschutz im Völkerrecht*, Berlin 2009, s. 165.

¹⁴ M. Kment, *Grenzüberschreitende Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung bei ausländischen Vorhaben und Planungen – eine Analyse des § 9b UVPG*, „Natur und Recht” (dalej: „NuR”) 2012, s. 321 i n.

¹⁵ F.J. Feldmann, *Die Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie in deutsches Recht*, „DVBl” 2001, s. 589 i n.

¹⁶ P. Schütte, M. Winkler, *Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht*, „Zeitschrift für Umweltrecht” (dalej: „ZUR”) 2012, s. 703.

¹⁷ Zakres pojęciowy terminu „strona pochodzenia” normodawca z Espoo określił jako „Strona lub Strony [...] [K]onwencji, pod których jurysdykcją planowana działalność ma mieć miejsce”.

środowisko *przed* podjęciem decyzji o zatwierdzeniu lub podjęciu planowanej działalności tego typu¹⁸.

W przypadku kiedy państwo sąsiadujące z Niemcami planuje podjęcie działalności mogącej powodować znaczące transgraniczne szkodliwe oddziaływania, organ, który byłby właściwy dla takiego przedsięwzięcia na terenie Republiki, ma ustawowy obowiązek¹⁹ zwrócenia się do organu strony pochodzenia w celu udostępnienia dokumentacji związanej z przygotowawaną działalnością²⁰. Sądzić należy, że położenie geograficzne przedsięwzięcia nie musi ograniczać się do

¹⁸ Prawodawca z Espoo dla zestawienia rodzajów działalności, które uznał za potencjalnie powodujące szkodliwe oddziaływania transgraniczne, posłużył się katalogiem o charakterze zamkniętym, stanowiącym integralną część Konwencji – załącznik I. Zaliczył do nich: 1) rafinerie ropy naftowej (z wyjątkiem instalacji wytwarzających jedynie smary z ropy naftowej) i instalacje do gazyfikacji i upłynniania węgla lub łupków bitumicznych o wydajności 500 ton lub więcej na dobę; 2) elektrownie ciepłne i inne instalacje energetyczne o wyjściowej mocy cieplnej 300 megawatów lub więcej oraz elektrownie jądrowe i inne reaktory jądrowe (z wyjątkiem instalacji badawczych do produkcji i konserwacji materiałów rozszczepialnych i paliwородnych, których moc maksymalna nie przekracza 1 kilowata ciągłego obciążenia cieplnego); 3) instalacje zaprojektowane wyłącznie do produkcji lub wzbogacania paliw jądrowych do przerobu napromieniowanych paliw jądrowych lub do magazynowania, usuwania i przerobu odpadów promieniotwórczych; 4) duże instalacje do pierwszego wystąpienia surowki żelaza i stali oraz do produkcji metali nieżelaznych; 5) instalacje do wydobywania azbestu oraz do przerobu i przetwarzania azbestu i produktów zawierających azbest; w odniesieniu do produktów azbestowo-cementowych z roczną produkcją większą niż 20 000 ton produktu końcowego, w odniesieniu do materiałów ściernych z roczną produkcją większą niż 50 ton produktu końcowego oraz w odniesieniu do innego wykorzystania azbestu w ilości większej niż 200 ton rocznie; 6) kombinaty chemiczne; 7) budowę autostrad, dróg szybkiego ruchu, tras dla dalekobieżnego ruchu kolejowego oraz lotnisk o podstawowej długości pasa startowego 2100 metrów lub więcej; 8) rurociągi ropy naftowej i gazu o dużych przekrojach; 9) porty handlowe oraz śródlądowe szlaki wodne i porty śródlądowe, które pozwalają na ruch jednostek pływających o wyporności ponad 1350 ton; 10) instalacje do usuwania odpadów przez spalanie, obróbkę chemiczną lub składowanie toksycznych i niebezpiecznych odpadów; 11) wielkie zapory i zbiorniki wodne; 12) wydobywanie wód gruntowych w przypadkach, gdy roczna objętość wydobywanej wody wynosi 10 milionów metrów sześciennych lub więcej; 13) wytwarzanie pulpy drzewnej i papieru w ilości 200 ton lub więcej masy powietrzno-suchej na dobę; 14) wydobywanie na dużą skalę i przerób na miejscu rud metali lub węgla; 15) produkcję węglowodorów na morzu pełnym; 16) duże urządzenia do magazynowania ropy naftowej, produktów petrochemicznych i chemicznych; 17) wyrąb lasów na dużych powierzchniach. Pokreślenia wymaga jednak fakt, że zgodnie z normą zawartą w art. 2 ust. 5 Konwencji strona ma prawo „podjęcia rozmowy na temat tego, czy jedna lub więcej z planowanych działalności, nie wymienionych w załączniku I, powodują lub mogą powodować znaczące szkodliwe oddziaływanie transgraniczne i czy w związku z tym nie powinny być traktowane, jak gdyby były wymienione w załączniku”. Art. 2 ust. 3 Konwencji.

¹⁹ T. Bunge, *Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung: die UVP-Änderungsrichtlinie 2014*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” (dalej: „NVwZ”) 2014, s. 1257.

²⁰ UVPG § 9b ust. 1. Szerzej: C. Rung, *Die UVP-Aktualisierungsprüfung*, „Zeitschrift für Europäisches Umwelt und Planungsrecht” (dalej: „EurUP”) 2014, s. 279.

regionów przygranicznych²¹. W praktyce zaistnieć może bowiem sytuacja, kiedy w postępowanie transgraniczne zaangażowana będzie większa liczba państw²². Jako przykład wskazać należy choćby budowę autostrad czy rurociągów (ropy naftowej lub gazu) o dużych przekrojach²³.

W procedurze Espoo wyróżnić można 3 następujące etapy: notyfikację działalności (powiadamianie), ocenę oddziaływania na środowisko oraz wydanie decyzji końcowej.

Notyfikacja

Zgodnie z normą zawartą w art. 3 ust. 1 Konwencji, w przypadku działalności mogących spowodować znaczące szkodliwe oddziaływanie transgraniczne (w szczególności działalności wymienionych w załączniku I przywołanej Konwencji), obowiązkiem²⁴ strony pochodzenia jest powiadomienie każdej strony, którą ta pierwsza uzna za stronę narażoną²⁵ o planowanej działalności. Referowana Konwencja nie określa *expressis verbis* języka, w którym owa notyfikacja powinna być uczyniona. Niemiecki ustawodawca stanowi natomiast o powinności swoich organów – właściwych dla postępowania – uzyskania od strony pochodzenia stosownego tłumaczenia²⁶.

Minimalną treść rzeczonego powiadomienia stanowią: informacja o planowanej działalności wraz z dostępnymi danymi o rodzaju oddziaływania transgranicznego, charakter możliwej decyzji oraz wskazanie terminu odpowiedzi²⁷.

²¹ G. Franßen, M. Grunow, *Standortbezogene Rechtsfragen bei der Zulassung von Depo-nievorhaben auf neuen Flächen – Teil 1*, „Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft” (dalej: „AbfallR”) 2015, s. 241.

²² H. Hartmut, *Deutscher und europäischer Grundrechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen*, „Betriebs-Berater” (dalej: „BB”) 2014, s. 23.

²³ C. Abromeit, *Die Ostseepipeline: Praxisbericht einer grenzüberschreitenden Verfahrens-beteiligung nach der Espoo-Konvention*, „ZUR” 2007, s. 354.

²⁴ S. Görsdorf-Kegel, *Gefahren erkannt, aber nicht gebannt*, „Versicherungswirtschaft” 2013, s. 10.

²⁵ Za stronę narażoną w rozumieniu Konwencji uważać należy „Stronę lub Strony [K]onwencji, które mogą być narażone na transgraniczne oddziaływanie planowanej działalności”.

²⁶ UVPG § 9b ust. 1, zd. 3. Szerzej: C.D. Classen, *Umweltrechtlichebeihilfe im deutschen Recht – Weitere Defizite*, „juris – Die Monatszeitschrift” (dalej: „JM”) 2014, s. 161.

²⁷ Art. 3 ust. 2 Konwencji.

Strony narażone powinny zostać poinformowane o planowanej działalności nie później niż własna opinia publiczna²⁸.

Analiza tekstu Konwencji, w szczególności jej art. 3, pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż celem notyfikacji nie jest tylko i wyłącznie poinformowanie krajów sąsiadujących o planowanej działalności, ale przede wszystkim umożliwienie im czynnego udziału w procedurach oceny oddziaływania na środowisko²⁹. Normodawca nie stanowi jednak, ani która jednostka administracyjna konkretnie jest adresatem notyfikacji, ani też która jednostka administracyjna jest zobowiązana do udzielenia wiążącej odpowiedzi na nią³⁰. W niemieckim porządku prawnym za punkt kontaktowy uznano Ministerstwo ds. Środowiska i Ochrony Przyrody oraz Budowy Reaktorów Jądrowych i ich Bezpieczeństwa (*Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit*)³¹. Podkreślenia jednak wymaga okoliczność, że ustawodawca w §14 UVPG stanowi o możliwej równoległej (konkurencyjnej) właściwości kilku organów związkowych (*Zulassung durch mehrere Landesbehörden*), co powodować może praktyczną trudność jej ustalenia³². W takiej sytuacji dopuszcza się możliwość powierzenia koordynowania³³ postępowania organowi szczebla federalnego (*federführende Behörde*)³⁴.

W sytuacji kiedy notyfikowane państwo narażenia nie wyrazi chęci zaangażowania się w transgraniczne procedury środowiskowe, procedura Espoo zostaje zakończona³⁵. Sądzić należy, że brak chęci aktywnego uczestnictwa przyjmując można *per facta concludentia*, jeżeli powiadamiana (za potwierdzeniem odbioru) strona po upływie wyznaczonego terminu nie udzieli żadnej odpowiedzi³⁶. W niemieckim porządku legislacyjnym organ prowadzący postępowanie posiada prerogatywy szacunkowe odnośnie do transgranicznej działalności

²⁸ Art. 3 ust. 1 Konwencji.

²⁹ Art. 3 ust. 3 Konwencji. A. Versteil, D. Buchsteiner, *Investitions- und Planungssicherheit im Spannungsfeld von erweiterten Klagerechten für Umweltverbände*, „I+E” 2012, s. 73.

³⁰ S. Schlacke, *Bundesfachplanung für Höchstspannungsleistungen*, „NVwZ” 2015, s. 626.

³¹ C. Sangenstedt, *Die Reform der UVP-Richtlinie 2014: Herausforderungen für das deutsche Recht*, „ZUR” 2014, s. 526.

³² UVPG § 14 ust. 1 zd. 1.

³³ UVPG § 14 ust. 2.

³⁴ UVPG § 14 ust. 1 zd. 2.

³⁵ Art. 3 ust. 4 Konwencji. Szerzej M. Rebentisch, „Kumulierende Vorhaben” in *der neueren Rechtsprechung des BVerwG*, „Umwelt- und Planungsrecht” (dalej: „UPR”) 2016, s. 53.

³⁶ Art. 3 ust. 3 Konwencji.

i ocenia, czy charakter przedsięwzięcia wskazuje na ewentualność powodowania znaczących szkodliwych oddziaływań³⁷. W przypadku uznania dostarczonych materiałów za niewystarczające dla takiej oceny, przywołany organ korzysta z ustawowej kompetencji skontaktowania się z państwem pochodzenia i zażądania dodatkowej dokumentacji³⁸. W piśmiennictwie fachowym naszych zachodnich sąsiadów podkreśla się, że już na tym etapie postępowania dopuszcza się możliwość zaangażowania w postępowanie dalszych organów³⁹. Notyfikacja jest podstawą dla powiadomienia opinii publicznej konkretnego regionu o planowanym przedsięwzięciu⁴⁰.

Dogłębna analiza przytaczanego wielokrotnie tekstu UVPG nie pozwala jednak na wyciągnięcie wniosku, aby na tym etapie postępowania istniała możliwość z a ż ą d a n i a przez opinię publiczną z a a n g a ż o w a n i a się państwa w postępowanie. Takiego rozszczenia legislator nie zawarł w normach prawnych. Wydaje się, że wykładnia Konwencji w tym duchu także nie jest możliwa⁴¹.

Nie oznacza to bynajmniej braku dostępu do informacji środowiskowych⁴². Ustawowy obowiązek poinformowania opinii publicznej związanej z terenami narażonymi na znaczące szkodliwe oddziaływania leży po stronie organu państwa narażonego⁴³.

Ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko na terenie strony narażonej

Obowiązkiem strony pochodzenia jest przygotowanie stosownej dokumentacji oceny oddziaływania na środowisko⁴⁴, określanej w niemieckim systemie prawnym terminem: raport oceny oddziaływania na środowisko (*UVP-Bericht*).

³⁷ UVPG § 9b ust. 1 zd 1.

³⁸ UVPG § 9b ust. 1 zd 3.

³⁹ C. Külpmann, *Rechtsschutz Dritter bei fehlerhafter UVP-Vorprüfung*, „Juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht” 2015, nb. 5.

⁴⁰ UVPG § 9b ust. 2.

⁴¹ M. Knauff, *Wirtschaftsaufsicht zwischen Staat und Markt*, „Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft” 2013, s. 136.

⁴² A. Dietz, *Bedürfnis, Bedarf und Nachfrage im Infrastruktur- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, „Gewerbearchiv” 2016, s. 101.

⁴³ UVPG § 9b ust. 2.

⁴⁴ Art. 4 ust. 1 Konwencji.

Normodawca z Espoo ustanawia jego minimalną treść⁴⁵. Strona pochodzenia zobligowana została również do przekazania tej dokumentacji stronie narażenia. Na jej podstawie strony zainteresowane mają „zadbać (*arrange*) o [jej] przekazanie [...] organom i opinii publicznej Strony narażonej na terenach, które mogą być narażone” oraz „o przedłożenie uwag właściwemu organowi Strony pochodzenia” przed podjęciem ostatecznej decyzji w przedmiocie planowanej działalności transgranicznej⁴⁶.

Wydaje się, że na pytanie o to, kto ponosi koszty tłumaczenia, odpowiedzieć należy zgodnie z zasadą „zanieczyszczający płaci”⁴⁷. Nie jest to, co prawda, *expressis verbis* sformułowane przez normodawcę z Espoo, wydaje się jednak, iż owe wydatki translacyjne nie muszą być pokrywane z pieniędzy podatników⁴⁸, ale mogą zostać nałożone na przedsiębiorcę (grupę przedsiębiorców) podejmującego oddziałujące przedsięwzięcie⁴⁹. Ustawodawca naszych zachodnich sąsiadów zaznacza jedynie, że w przypadku nieotrzymania stosownego tłumaczenia niemiecki organ właściwy do załatwiania tego typu spraw zobowiązany jest do zwrócenia się do strony narażającej z wnioskiem o dostarczenie rzeczonoego tłumaczenia⁵⁰.

W fachowym piśmiennictwie podkreśla się z całą stanowczością, że ustawodawca wprowadził do porządku legislacyjnego wyłącznie normy stanowiące o obowiązku kooperacji w ramach postępowania wszczętego na terenie innego kraju, przy jednoczesnym braku możliwości inicjatywy w tej materii, co może

⁴⁵ Załącznik II Konwencji stanowi o następujących elementach dokumentacji: 1) opis proponowanej działalności i jej cel, 2) opis, jeśli to stosowne, realnych wariantów (np. dotyczących lokalizacji lub technologii planowanej działalności, także wariantu niepodejmowania działań), 3) opis środowiska, które prawdopodobnie zostałyby znacząco narażone przez proponowaną działalność i jej warianty, 4) opis potencjalnych oddziaływań planowanej działalności i jej wariantów na środowisko oraz ocenę ich znaczenia, 5) opis środków łagodzących szkodliwe oddziaływanie na środowisko, 6) wyraźne wskazanie metod prognozy i przyjętych założeń, jak również wykorzystanych danych o środowisku, 7) identyfikację luk wiedzy i wątpliwości, napotkanych przy zbieraniu wymaganych informacji, 8) zarys, jeśli to stosowne, programu monitoringu i zarządzania oraz planów analizy porealizacyjnej oraz 9) nietechniczne podsumowanie zawierające stosowne wizualne materiały ilustracyjne (mapy, wykresy itd.).

⁴⁶ Art. 4 ust. 2 Konwencji. Por. W. Feldt, J. Schumacher, *Die Alternativenprüfung im Rahmen des Verfahrens zur geplanten Elbvertiefung*, „NuR” 2015, s. 391.

⁴⁷ U. Hösch, *Die Überwachung von festgesetzten Kompensationsmaßnahmen*, „UPR” 2015, s. 81.

⁴⁸ H. Hahn, *Deutscher und europäischer Grundrechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen*, „BB” 2014, s. 23.

⁴⁹ M. Kalternborn, J. Norpoth, *Globale Standards für soziale Unternehmensverantwortung*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2014, s. 402.

⁵⁰ UVPG § 9b ust. 1.

powodować w określonych okolicznościach faktycznych sytuacje konfliktowe⁵¹, co zostało już wyżej zasygnalizowane.

Ponieważ przygotowanie stosownej dokumentacji może ujawniać wiele kluczowych dla przedsiębiorcy danych, prawodawca z Espoo zwrócił uwagę na konieczność pozostawienia stronom prawa „do stosowania krajowych przepisów, regulacji decyzji administracyjnych lub przyjętych praktyk prawnych w celu ochrony informacji, których dostarczenie mogłoby naruszać tajemnicę przemysłową i handlową”. Terminy „tajemnicy przemysłowej” oraz „tajemnicy handlowej” nie zostały zdefiniowane legalnie, stąd też trudno jednoznacznie stwierdzić, w duchu którego⁵² systemu prawnego należy przywołane pojęcia wyklądać⁵³. Bardzo trudna może stać się zatem odpowiedź na pytanie, za czym przemawiać będzie rachunek aksjologiczny w przypadku konfliktu takich wartości, jak ochrona środowiska i ochrona pozycji przedsiębiorcy na rynku, uwarunkowana przecież w dużej mierze wiedzą konkurencji?

Raport oceny oddziaływania na środowisko powinien być przekazany organom oraz opinii publicznej na terenach, które mogą być narażone⁵⁴. Strona narażona obowiązana jest bowiem w „rozsądnym terminie, zanim ostateczna decyzja w sprawie planowanej działalności zostanie podjęta” do zajęcia stanowiska. Podkreślenia wymaga, iż zaangażowanie publiczności (opinii publicznej) w postępowanie transgraniczne nie jest obowiązkiem wyłącznie jednego państwa (narażającego), ale wszystkich zainteresowanych państw⁵⁵. Sposób realizacji postulatów zaangażowania opinii publicznej w postępowanie nie jest określony w Konwencji⁵⁶. Odnośnie do niemieckiego porządku prawnego w przywołanej

⁵¹ M. Kment, *op. cit.*, s. 321.

⁵² Ustawodawca niemiecki nie definiuje legalnie przywołanych pojęć (por. M. Böse, *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, Tübingen 2005, s. 84 i n.). Zgodnie jednak z wykładnią sądową dookreślenia należy dokonywać *a casu ad casum* (por. postanowienie BGH z dnia 19 czerwca 2007 r., KVR 16/06, niepubl.). Przede wszystkim chodzi tu jednak o takie informacje, do których dostęp jest w danym przedsiębiorstwie ograniczony (por. H. Kube, *Die Macht der Information – Konsultation, Information, Rechte der Betroffenen*, „Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht” 2007, s. 165 i n.), przy czym przedsiębiorca uważa za istotne utrzymanie tego typu spraw w niewiedzy innych uczestników rynku, przede wszystkim swoich konkurentów (M. Rossi, *Informationsfreiheitsgesetz*, Baden-Baden 2006, s. 15 i n.).

⁵³ I. Zerbes, *Unternehmensinterne Untersuchungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2013, s. 551.

⁵⁴ Art. 4 ust. 2 Konwencji. Por. C. Scherer-Leydecker, *Die Konzentrationswirkung bei der Zulassung raumbedeutsamer Vorhaben und umweltrelevanter Anlagen*, „DVBl” 2015, s. 816.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ J.-C. Pielow, M.-L. Weiss, *Der Rechtsrahmen für den Bau und Betrieb unterirdischer Pumpspeicherkraftwerke*, „NuR” 2015, s. 226.

sytuacji odpowiednie zastosowanie znajdują normy zawarte w przepisach o krajowej ocenie środowiskowej⁵⁷. Właściwy rzeczowo organ przekazuje informacje dotyczące przedsięwzięcia innym organom, wskazując jednocześnie niemiecki organ prowadzący⁵⁸. To organ prowadzący bowiem kompiluje zgłoszone informacje oraz opinie strony niemieckiej i przekazuje jednolite stanowisko organowi partnerskiemu państwa narażającego. Konwencja nie ustanawia tu konkretnego terminu, po upływie którego zgłaszanie uwag państw narażonych nie musiałyby być brane pod uwagę. Kwestię tę regulują normy zawarte w przepisach krajowych. W przypadku Niemiec jest to 30 dni⁵⁹.

Zawiadomienie opinii publicznej o przedsięwzięciu ograniczone jest do narażonych terenów. W doktrynie zauważa się, że chodzi tu o przekazanie informacji w sposób typowy dla urzędowych zawiadomień w zainteresowanej okolicy⁶⁰. Stosując odpowiednio normę zawartą w §73⁶¹ ust. 5 niemieckiej ustawy z dnia 25 maja 1976 r. o postępowaniu administracyjnym⁶², stwierdzić wypada, że minimalna treść takiego ogłoszenia powinna zawierać określenie miejsca, w którym zagraniczne dokumenty przedłożone są do wglądu, ramy czasowe, w jakich przywołany wgląd będzie możliwy, oraz wskazywać organ właściwy dla prowadzenia postępowania – jak również jednostkę administracyjną strony narażającej odpowiedzialną za postępowanie – i terminy⁶³.

Jak już wyżej zasygnalizowano, art. 4 Konwencji nie stanowi o obowiązku przetłumaczenia dokumentacji, czy też uwag publiczności na język urzędowy państwa narażającego. Traktuje on natomiast o możliwości przekazania spostrzeżeń bezpośrednio do organu wszczynającego procedurę (strony pochodzenia)⁶⁴.

⁵⁷ UVPG § 9b ust. 3. Por. A. Schink, *Bundesfachplanung für den Netzbau*, „I+E” 2014, s. 203.

⁵⁸ UVPG § 9b ust. 1 wyr. 2. Por. W. Kahl, *Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht- Teil 1*, „JuristenZeitung” 2016, s. 666.

⁵⁹ P. Hahn, K. Watson, *Novellierung der UVP-Richtlinie – Im Spannungsfeld zwischen Qualitätssicherung und Verfahrensvereinfachung*, „I+E” 2013, s. 157.

⁶⁰ A. Scheidler, *Aktuelle Rechtsfragen zur planerischen Steuerung von Windkraftanlagen*, „Wirtschaft und Verwaltung” 2014, s. 56.

⁶¹ Odnoszący się do gminnych planów zagospodarowania przestrzennego. Szerzej: A. Dekker, *Landschaftsschutz als entgegenstehender Belang gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB bei der Genehmigung von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 und 2 BauGB*, „UPR” 2015, s. 207.

⁶² Verwaltungsverfahrensgesetz, tj. BGBl. 2003, s. 102, z późn. zm.

⁶³ G. Müller, *Gemeinde und Umweltschutz*, „Die Gemeinde” (dalej: „BWGZ”) 2014, s. 662.

⁶⁴ Art. 4 ust. 2 Konwencji.

Decyzja końcowa

Po ukończeniu dokumentacji oceny oddziaływania na środowisko strona pochodzenia zobowiązana jest do podjęcia, „bez zbędnej zwłoki”, konsultacji ze stroną narażoną⁶⁵. W ramach takich konsultacji państwo narażające zobligowane może być przykładowo do dostarczenia dodatkowych informacji związanych z planowanym przedsięwzięciem, jej możliwych wariantów (w tym zaniechania) czy środków łagodzenia szkodliwego oddziaływania⁶⁶. Co do zasady strona niemiecka prowadzi tego typu konsultacje na szczeblu naczelnym⁶⁷ w formule oficjalnego posiedzenia⁶⁸. W piśmiennictwie niejednokrotnie stawia się pytanie o moc wiążącą takich konsultacji⁶⁹.

Decyzja końcowa dotycząca planowanej działalności dostarczana stronie narażonej zawierać powinna „uzasadnienie i argumentację leżącą u jej podstaw”⁷⁰ oraz uwzględniać wyniki oceny oddziaływania na środowisko, dokumentację oceny oddziaływania na środowisko, jak również uwagi publiczności obszarów narażonych oraz wyniki przywołanych wyżej konsultacji⁷¹. Prawodawca z Espoo nie związał jednak państwa narażającego owymi wynikami⁷². W Konwencji nie ma także normy przyznającej stronie narażonej prawo weta⁷³.

Podsumowanie

Procesy gospodarcze i inwestycyjne mogą być skorelowane z eksploatacją środowiska. Podmioty podejmujące tego typu działalność podczas jej wykonywania powinny uwzględniać wiele czynników, w tym oddziaływanie na środowi-

⁶⁵ U. Hösch, *Alternativen oder wo geht es lang?*, „UPR” 2014, s. 401.

⁶⁶ Art. 5 Konwencji.

⁶⁷ UVPG § 8 ust. 2. Por.: M. Kment, T. Pleiner, *Neustart der Planung von Offshore-Windenergieanlagen*, „Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland” 2015, s. 367.

⁶⁸ C. Külpmann, *Verfahrensfehler bei der Umweltverträglichkeitsprüfung und ihre Rechtsfolgen*, „jurisPR-BVerwG” 2016, nb. 6.

⁶⁹ S. Fritz, *op. cit.*, s. 116.

⁷⁰ Art. 6 ust. 2 Konwencji. Por. R. Hirschner, *Mediation als Instrument zur Konfliktlösung beim Ausbau der Windenergie*, „BWGZ” 2015, s. 1093.

⁷¹ Art. 6 ust. 1 Konwencji. Por. A. Schink, *Die UVP-V Verteidigung*, „I+E” 2014, s. 257.

⁷² F.-J. Feldmann, *op. cit.*, s. 589.

⁷³ H. Wendt, *Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern in der UVP*, „Juris PraxisReport Umwelt- und Planungsrecht” 2014, nb. 1.

sko, łącznie z jego transgraniczną formą. Konwencja z Espoo ustanawia wiążące prawno-międzynarodowe ramy proceduralne ocen przywołanych (gospodarczych) działań w kontekście środowiskowym. Procedura ta nie tylko przyczyniać się ma do poprawy jakości informacji przedstawianej decydentom, ale także do zaangażowania w owe procesy decyzyjne również mieszkańców terenów narażonych na ewentualne znaczące transgraniczne szkodliwe oddziaływanie. Wiele kwestii dookreślających normy zawarte w przepisach Konwencji musi być uregulowanych przez prawodawcę krajowego. Niemiecki porządek normatywny posiłkuje się w takich sytuacjach stosowanymi odpowiednio normami zawartymi w przepisach o krajowej ocenie środowiskowej.

Literatura

- Barczak A., *Procedury ocen oddziaływania na środowisko*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 5.
- Böse M., *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, Tübingen 2005.
- Bunge T., *Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung: die UVP-Änderungsrichtlinie 2014*, „NVwZ” 2014.
- Classen C. D., *Umweltrechtliche behelfe im deutschen Recht - Weitere Defizite*, „JM” 2014.
- Decker A., *Landschaftsschutz als entgegenstehender Belang gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB bei der Genehmigung von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 und 2 BauGB*, „UPR” 2015.
- Dietrich L., *Verschärfte Anforderungen an Vorhaben – Novellierungen für UVP-Verordnung Bergbau und WHG*, „Produkthaftpflicht international” 2013.
- Dietz A., *Bedürfnis, Bedarf und Nachfrage im Infrastruktur- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, „Gewerbearchiv” 2016.
- Feldmann F.J., *Die Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie in deutsches Recht*, „DVBl” 2001.
- Franßen G., Grunow M., *Standortbezogene Rechtsfragen bei der Zulassung von Deponeiervorhaben auf neuen Flächen – Teil 1*, „AbfallR” 2015.
- Fritz S., *Integrierter Umweltschutz im Völkerrecht*, Berlin 2009.
- Görsdorf-Kegel S., *Gefahren erkannt, aber nicht gebannt*, „Versicherungswirtschaft” 2013.
- Hahn H., *Deutscher und europäischer Grundrechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen*, „BB” 2014.
- Hahn P., Watson K., *Novellierung der UVP-Richtlinie – Im Spannungsfeld zwischen Qualitätssicherung und Verfahrensvereinfachung*, „I+E” 2013.

- Hartmut H., *Deutscher und europäischer Grundrechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen*, „BB” 2014.
- Hirschner R., *Mediation als Instrument zur Konfliktlösung beim Ausbau der Windenergie*, „BWGZ” 2015.
- Hösch U., *Alternativen oder wo geht es lang?*, „UPR” 2014.
- Hösch U., *Die Überwachung von festgesetzten Kompensationsmaßnahmen*, „UPR” 2015.
- Kahl W., *Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht- Teil 1*, „Juristen-Zeitung” 2016.
- Kalternborn M., Norporth J., *Globale Standards für soziale Unternehmensverantwortung*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2014.
- Kment M., *Grenzüberschreitende Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung bei ausländischen Vorhaben und Planungen – eine Analyse des § 9b UVPG*, „NuR” 2012.
- Kment M., Pleiner T., *Neustart der Planung von Offshore-Windenergieanlagen*, „Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland” 2015.
- Knauff M., *Wirtschaftsaufsicht zwischen Staat und Markt*, „Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft” 2013.
- Kube H., *Die Macht der Information – Konsultation, Information, Rechte der Betroffenen*, „Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht” 2007.
- Külpmann C., *Rechtsschutz Dritter bei fehlerhafter UVP-Vorprüfung*, „jurisPR-BVerwG” 2015.
- Külpmann C., *Verfahrensfehler bei der Umweltverträglichkeitsprüfung und ihre Rechtsfolgen*, „jurisPR-BVerwG” 2016
- Müller G., *Gemeinde und Umweltschutz*, „Die Gemeinde” 2014.
- Pielow, M.-L. Weiss J.-C., *Der Rechtsrahmen für den Bau und Betrieb unterirdischer Pumpspeicherkraftwerke*, „NuR” 2015.
- Rebentisch M., *„Kumulierende Vorhaben” in der neueren Rechtsprechung des BVerwG*, „UPR” 2016.
- Röckinghausen M., *Luftqualitätsplanung: Stand, Erfahrungen, Probleme*, „I+E” 2012.
- Rossi M., *Informationsfreiheitsgesetz*, Baden-Baden 2006.
- Rung C., *Die UVP-Aktualisierungsprüfung*, „EurUP” 2014.
- Sangenstedt C., *Die Reform der UVP-Richtlinie 2014: Herausforderungen für das deutsche Recht*, „ZUR”.
- Scheidler A., *Aktuelle Rechtsfragen zur planerischen Steuerung von Windkraftanlagen*, „Wirtschaft und Verwaltung” 2014.
- Scherer-Leydecker C., *Die Konzentrationswirkung bei der Zulassung raumbedeutsamer Vorhaben und umweltrelevanter Anlagen*, „DVBl” 2015.

- Schink A., *Verstärkung der Öffentlichkeitbeteiligung und neue UVP-Anforderungen für Unternehmen*, „DVBl” 2013.
- Schink A., *Bundesfachplanung für den Netzbau*, „I+E” 2014.
- Schink A., *Die UVP-V Verteidigung*, „I+E” 2014.
- Schlacke S., *Bundesfachplanung für Höchstspannungsleistungen*, „NVwZ” 2015.
- Schütte P., Winkler M., *Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht*, ZUR 2012.
- Versteyl A., Buchsteiner D., *Investitions- und Planungssicherheit im Spannungsfeld von erweiterten Klagerechten für Umweltverbände*, „I+E” 2012.
- Wendt H., *Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern in der UVP*, „Juris Praxis Report Umwelt- und Planungsrecht” 2014.
- Zerbes I., *Unternehmensinterne Untersuchungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2013.

Akty prawne

- Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung – UVPG, tekst jedn. z dnia 24 lutego 2010 r., BGBl. z późn. zm.
- Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG, tekst jedn. z dnia 23 stycznia 2003 r., BGBl. z późn. zm.

ESPOO PROCEDURE IN THE GERMAN LEGAL SYSTEM. CHOSEN ASPECTS

Summary

It is not unusual that economic and investment processes influence the environment. The international legal norms on procedures connected to the environment transboundary impact assessments have been introduced into the Espoo Convention. These procedures are foreseen as a support in bettering the quality of information given to the decision-makers. Moreover, these are to enable the direct involvement in the mentioned decision processes by the citizens of the impacted areas. There are many issues that require clarification on behalf of the national legislator. In such cases the German legal system takes advantage of applicable usage national norms included in the Environmental Impact Assessment Act.

Keywords: Espoo Convention, Environmental Impact Assessment

Karol Karski*
Paweł Mielniczek**

**SIGNIFICANCE OF THE PERMANENT COURT OF ARBITRATION
JUDGMENT OF 12 JULY 2016 IN THE SOUTH CHINA SEA
CASE NO 2013–19 TO SELECTED ISSUES OF INTERNATIONAL
LAW OF THE SEA**

Summary

South China Sea Arbitration case No 2013–19 was an arbitration case brought by the Philippines against China at the Permanent Court of Arbitration. As China did not accept the arbitration initiated by the Philippines, what significance can bear this PCA's judgment? The 501-pages-long award on such an important matter as adjudicated thereof contains a lot of new insights on international law of the Sea and related fields. In this case note, we highlight some of the most interesting legal issues addressed by the Court. First, we outline international legal norms applicable to each question. Then, we present how the Court interpreted them and applied to given circumstances of the case. After presenting final holdings on each of selected issues, we refer to opinions of legal scholars and jurists to indicate, how reasoning adopted by the Court may affect application of international law in similar cases.

Keywords: the international law of the Sea, the Permanent Court of Arbitration, 'military activities'

* Karol Karski, Ph.D., Dr hab., DHC mult., Head of the Department of International Public Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, e-mail: k.karski@wpia.uw.edu.pl

** Paweł Mielniczek, Ph.D., Department of International Public Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, e-mail: pawelmielniczek@outlook.com

Introduction

In its judgment of 12 July 2016 in the South China Sea case No 2013–19,¹ the Permanent Court of Arbitration ('PCA' or 'Court') not only assessed claims and activities of China and the Philippines in the South China Sea, but also explained, how international law of the Sea addresses certain conflict-producing aspects of relations between coastal States. While the Court unanimously upheld vast majority of the Philippines' claims,² a case involving 501-pages-long judgment cannot be that simple.³ Thus, it might be interesting to take a closer look at certain legal issues addressed in the judgment and find out whether international law really gained clarity.

The legal issues analysed in this case note are as follows: what is encompassed by 'military activities', 'law enforcement activities' and 'historic titles' exceptions to compulsory jurisdiction, set in Art. 286–296 of United Nations Convention on the Law of the Sea (1982) (UNCLOS)? What are the legal implications of constructing artificial islands, installations and structures on maritime entitlements of States? What characteristics must be met by an area in order to generate entitlements to maritime zones? What are the State's obligations under Art. 192 and 194(5) of UNCLOS with respect to protection and preservation of marine environment? What is the scope of duty to 'abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given' and not to 'aggravate or extend the dispute'?⁴

The abovementioned issues are analysed separately. We start each section from illustrating applicable norms of international law. Then, we present reasoning adopted by the Permanent Court of Arbitration and the Court's holding. Finally, we assess significance of the judgment at hand to resolution of disputes concerning similar issues.

¹ The Republic of The Philippines v. The People's Republic of China, PCA's Judgment of 12 July 2016 Case No 2013–19, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf> (*Philippines v China*). For history of the proceedings and much more, see the Debate Map: Disputes in the South and East China Seas http://opil.ouplaw.com/page/222/debate-map-disputes-in-the-south-and-east-china-seas#III._Philippines-China_UNCLOS_Arbitration.

² *Philippines v China* (n 2), para 1203.

³ And it cannot be simple not only from legal perspective. See D. Cheng, *South China Sea After the Tribunal Ruling: Where Do We Go From Here?* (Heritage Foundation, 20 July 2016), <http://www.heritage.org/research/commentary/2016/7/south-china-sea-after-the-tribunal-ruling>.

⁴ *Philippines v China* (n 2), para 1173.

What is encompassed by ‘military activities’, ‘law enforcement activities’ and ‘historic titles’ exceptions to compulsory jurisdiction

The legal basis for ‘military activities’, ‘law enforcement activities’ and ‘historic titles’ exceptions to compulsory jurisdiction under UNCLOS, are provided in its Art. 298(1)(a) and (b). In order to trigger any of them, a State must file a declaration in writing.⁵ Neither of the above terms used to describe exceptions is exhaustively defined in UNCLOS. The ‘historic titles’ exception is subject only to procedural requirements. The ‘military activities’ exception is only described as ‘including military activities by government vessels and aircraft engaged in non-commercial service’⁶. The ‘law enforcement activities’ exception is confined to ‘the exercise of sovereign rights or jurisdiction excluded from jurisdiction of a court or tribunal under article 297, paragraph 2 or 3’⁷, which refer to law enforcement activities over marine scientific research and fisheries within own exclusive economic zone.

With respect to the applicability of ‘military activities’ exception, the Court noted that in light of Art. 298(1)(b), a relevant question is ‘whether the dispute itself concerns military activities, rather than whether a party has employed its military in some manner in relation to the dispute’.⁸ While this statement was relevant for assessing whether standoff between Chinese and Philippine vessels at Second Thomas Shoal fell within this exception,⁹ the Court did not formulate a test relevant for assessing whether works on dredging, artificial island-building, and construction activities were military activities. The Court only posed a question whether such activities were military ‘in nature’.¹⁰

Regarding the ‘military activities’ exception to compulsory jurisdiction, the Court held that ‘the stand-off between Philippine marines on Second Thomas Shoal and Chinese naval and law enforcement vessels constituted military activities’¹¹ and concluded that it ‘lacked jurisdiction to consider the Philippines’

⁵ On 25 August 2006, China made such declaration, rendering all exceptions applicable. See https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#15 (accessed 30 August 2016).

⁶ UNCLOS, art. 298(1)(b).

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Philippines v China* (n 2), para 1158.

⁹ *Ibidem*, paras 1158–1162.

¹⁰ *Ibidem*, paras 935 and 1027.

¹¹ *Philippines v China* (n 2), paras 1161–1162.

Submission No. 14(a) to (c)'. At the same time, the Court held that would not find Chinese works on 'dredging, artificial island-building, and construction activities' at 7 reefs to be 'military in nature', when China 'repeatedly affirmed position that civilian use was its primary (if not the only) motivation'.¹²

As to 'law enforcement activities' exception, the Court stated that it is applicable to disputes concerning certain law enforcement activities in own exclusive economic zone and 'does not apply to incidents in a territorial sea'.¹³ Nevertheless, if the status of an area in which the activities took place was unclear, first it was necessary to determine disputed entitlements to exclusive economic zone.¹⁴

Regarding the 'law enforcement activities' exception to compulsory jurisdiction, the Court held that as the exception 'does not apply to incidents in a territorial sea', it 'could not be relevant to incidents at Scarborough Shoal'.¹⁵

With respect to the 'historic titles' exception, the Court thoroughly analysed historic understanding of this term,¹⁶ and found that there is a distinction between 'historic rights' and 'historic title'. 'Historic rights may include sovereignty, but may equally include more limited rights, such as fishing rights or rights of access, that fall well short of a claim of sovereignty'.¹⁷ "'Historic title', in contrast, is used specifically to refer to historic sovereignty to land or maritime areas".¹⁸ 'This accords with the only other direct usage of the term, in Article 15 of the Convention, where historical sovereignty would understandably bear on the delimitation of the territorial sea'.¹⁹ Other 'historic rights', are not mentioned in UNCLOS, and the Court found 'nothing to suggest' that Art. 298(1)(a)(i) 'was intended to also exclude jurisdiction over a broad and unspecified category of possible claims to historic rights falling short of sovereignty'.²⁰ UNCLOS does not include provisions 'preserving or protecting historic rights

¹² *Ibidem*, paras 938, 1028 and 1164.

¹³ *Ibidem*, 929.

¹⁴ *Ibidem*, 930.

¹⁵ *Ibidem*, 929.

¹⁶ *Philippines v China* (n 2), 217–229.

¹⁷ *Ibidem*, 225.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, 226.

²⁰ *Ibidem*. See also S. Talmon, *The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility*, "Chinese Journal of International Law" 2016, Vol. 15(2), 309.

that are at variance' with it, thus superseding 'earlier rights and agreements to the extent of any incompatibility'.²¹

As to the 'historic titles' exception to compulsory jurisdiction, the Court held that as it applies only to historic sovereignty to land or maritime areas, China's claims in the South China Sea do not include claim to such title, 'but rather a constellation of historic rights short of title'.²² Furthermore, "the extent of the rights asserted within the 'nine-dash line' only became clear with China's Notes Verbales of May 2009". 'Since that date, China's claims have been clearly objected to by other States'. In the Court's view, 'there was no acquiescence'.²³

As to what was encompassed by 'military activities' exception, one might argue that the Court left uncertainty as to whether dredging, artificial island-building, and construction activities might ever fall within the scope of 'military activities' exception e.g. if performed as military in nature. By basing solely on China's position that these works primarily (if not only) had civilian purposes,²⁴ it possibly contradicted its own statement that exception is applicable when the dispute concerns military activities.²⁵ Also, the Court posed questions whether activities were military in nature,²⁶ which could not be answered by mere reference to Chinese statements. Rather, the Court should have addressed the real purpose and character of Chinese installations.

On the other hand, decision over the South China Sea case is regarded as clarifying the issue of 'whether historic rights can be recognized in the Exclusive Economic Zone'.²⁷ In doing that, the Court stayed coherent with previous case-law, and for instance followed an observation of the International Court of Justice in *Anglo-Norwegian Fisheries* that "[b]y 'historic waters' are usually meant waters which are treated as internal waters but which would not have that

²¹ *Philippines v China* (n 2), 246.

²² *Ibidem*, paras 229 and 1203(A)(1).

²³ *Ibidem*, 275. See N. Antunes, 'Acquiescence', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para 13. See also D. Guilfoyle, *Philippines v China: first thoughts on the Award in the South China Seas Case* (EJIL: Talk! 12 July 2016), <http://www.ejiltalk.org/philippines-v-china-first-thoughts-on-the-award-in-the-south-china-seas-case/>.

²⁴ *Ibidem*, paras 938, 1028 and 1164.

²⁵ *Philippines v China* (n 2), para 1158.

²⁶ *Ibidem*, paras 935 and 1027.

²⁷ T. Davenport, *Why the South China Sea Arbitration Case Matters (Even if China Ignores It)* (The Diplomat, 8 July 2016), <http://thediplomat.com/2016/07/why-the-south-china-sea-arbitration-case-matters-even-if-china-ignores-it/>.

character were it not for the existence of an historic title”.²⁸ However, some there still are questions concerning the ‘historic titles’ exception. For instance, whether or not, it is possible to talk about a ‘historic title of sovereignty over low-tide elevations’ or ‘rules of regional customary international law providing for sovereignty over low-tide elevations’.²⁹

What are the legal implications of constructing artificial islands, installations and structures on maritime entitlements of States?

When it comes to law applicable for assessing the legal implications of constructing artificial islands, installations and structures on maritime entitlements of States, the relevant provisions are as follows: Within its exclusive economic zone, Art. 60(1) of UNCLOS grants State ‘the exclusive right to construct and to authorize and regulate construction, operation and use of: (a) artificial islands, (b) installations and structures for economic purposes and (c) installations and structures which may interfere with the exercise of the rights of the coastal State in the zone’. Up to 500 meters around the above constructions, ‘the coastal State may, where necessary, establish reasonable safety zones’ (Art. 60(4) and (5)). Under Art. 80 of UNCLOS, the above applies *mutatis mutandis* within the continental shelf. Under Art. 87, on the high seas there is ‘freedom to construct artificial islands and other installations permitted under international law’.

The Court’s reasoning was that both Art. 13 and Art. 121 of UNCLOS, apply to ‘naturally formed areas of land’. Thus, through human efforts, neither area of seabed, nor a low-tide elevation, nor even a rock can ‘be legally transformed into an island’. Rather, ‘the status of a feature must be assessed on the basis of its natural condition’.³⁰ Given the fact that ‘many of the features in the South China Sea have been subjected to substantial human modification’ and ‘in some cases, it would likely no longer be possible to directly observe’ their ‘original status’, the Court found itself required to assess the status of each feature on the basis

²⁸ *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, ICJ Reports 1951, p. 130.

²⁹ S. Talmon, *The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility*, “Chinese Journal of International Law” 2016, Vol. 15(2), 347. On other controversies concerning jurisdiction, see C. Whomersley, *The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – A Critique*, “Chinese Journal of International Law” 2016, Vol. 15(2), 239.

³⁰ *Ibidem*, paras 305 and 508.

of ‘best available evidence’ of its earlier, natural condition, prior to ‘significant human modification’.³¹

As to the legal implications of constructing artificial islands, installations and structures by China on maritime entitlements of States, the Court held that, by engaging in ‘the construction of artificial islands, installations, and structures at Mischief Reef without the authorisation of the Philippines’, China has breached Art. 60 and Art. 80 of UNCLOS ‘with respect to the Philippines’ sovereign rights in its exclusive economic zone and continental shelf’.³²

The discussed judgment is certainly an added value in terms of assessing legal implications of constructing artificial islands, installations and structures on maritime entitlements of States.³³ Tara Davenport from Yale Law School stated that ‘the primary value of the tribunal’s ruling is the clarification of certain principles in UNCLOS that have hitherto been shrouded in uncertainty’. As an example, she pointed out ending the stalemate caused by ‘lack of a clear definition of an island capable of sustaining human habitation or economic life of its own under Article 121 (3)’. The Court’s reasoning was also regarded as explanatory in terms of the legal status of waters surrounding a disputed feature, crucial also for issues like protection of marine environment, control over fisheries as well as enforcement activities.³⁴

What characteristics must be met by an area in order to generate entitlements to maritime zones?

In order to generate entitlements to maritime zones, an area which is not a part of mainland, must either meet characteristics of island, rocks, or a low-tide elevation. Island is a ‘naturally formed area of land, surrounded by water, which

³¹ *Ibidem*, 306.

³² *Philippines v China* (n 2), para 1203(B)(14).

³³ But Stefan Talmon points that ‘State parties to a treaty can effectively overrule the interpretation of a treaty provision by an international court or tribunal by concluding a subsequent agreement regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions’. Interestingly, ‘China tried previously to bring the interpretation of Article 121(3) before the Meeting of States Parties – without much success’. See S. Talmon, *The South China Sea Arbitration and the Finality of ‘Final’ Awards*, “Journal of International Dispute Settlement” 2017, Vol. 8(2), 388.

³⁴ T. Davenport, *Why the South China Sea Arbitration Case Matters (Even if China Ignores It)* (The Diplomat, 8 July 2016), <http://thediplomat.com/2016/07/why-the-south-china-sea-arbitration-case-matters-even-if-china-ignores-it/>.

is above water at high tide' (Art. 121(1)). Islands give rise to maritime entitlements similarly to mainland (Art. 121(2)). The exception pertains to 'rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own'. Such areas 'have no exclusive economic zone or continental shelf' (Art. 121(3)). Under Art. 13(1), 'a low-tide elevation is a naturally formed area of land which is surrounded by and above water at low tide but submerged at high tide'. Where it is at least partly situated at a distance not exceeding breadth of territorial sea from the mainland or an island, it may be used for measuring breadth of territorial sea. Where, however, 'a low-tide elevation is wholly situated at a distance exceeding the breadth of the territorial sea from the mainland or an island, it has no territorial sea of its own' (Art. 13(2)).

When it comes to other characteristics that must be met by an area in order to generate entitlements to maritime zones, there were two main legal uncertainties.

First referred to definition of rocks, as opposed to 'fully entitled islands'.³⁵ The Court distinguished the following elements of definition set in Art. 121(3): (a) 'rocks', (b) 'cannot', (c) 'sustain', (d) 'human habitation', (e) 'or', and (f) 'economic life of their own'.³⁶ The Court's interpretation was as follows: (a) 'Rocks' for the purposes of Art. 121(3) do not necessarily need to be composed of rock. If that was the case, any high-tide feature 'formed by sand, mud, gravel, or coral' would always be treated as an island. Thus, other elements of definition are more important.³⁷ (b) 'Cannot' indicates incapability 'to sustain human habitation or economic life', rather than actual fact of being not inhabited.³⁸ (c) 'Sustain' means: in connection with human habitation – 'to provide that which is necessary to keep humans alive and healthy over a continuous period of time, according to a proper standard; in connection with economic life – 'to provide that which is necessary not just to commence, but also to continue, an activity over a period of time in a way that remains viable on an ongoing basis'. (d) 'Human habitation' implies 'daily subsistence and survival of a number of people for an indefinite time'.³⁹ (e) 'Or' means that 'the text remains open to possibility that a feature may be able to sustain human habitation but offer no resources to support an economic life, or that a feature may sustain economic life while lacking the conditions necessary to

³⁵ *Ibidem*, 390.

³⁶ *Ibidem*, 478.

³⁷ *Ibidem*, 481–482.

³⁸ *Ibidem*, 483.

³⁹ *Ibidem*, 492.

sustain habitation directly on the feature itself'.⁴⁰ (f) 'economic life of their own' means that the economic activity, interpreted as activity 'relating to the development and regulation of the material resources of a community',⁴¹ must be 'linked to the feature itself'. It is not sufficient to refer to 'economic activity derived from a possible exclusive economic zone, continental shelf',⁴² or even territorial sea.⁴³

The second legal question regarded the scope of maritime entitlements created by a low-tide elevation. The Court stated that even though Art. 13(2) of UNCLOS expressly precludes only 'territorial sea of its own', a low-tide elevation neither creates entitlements to exclusive economic zone nor to continental shelf. 'It follows automatically from the operation' of Art. 57 and Art. 76, 'which measure the breadth of the exclusive economic zone and continental shelf from the baseline for the territorial sea'. 'The same restriction follows implicitly' from Art. 121(3), 'which provides that even certain high-tide features are deemed to be rocks that are ineligible to generate an exclusive economic zone or continental shelf'.⁴⁴ Finally, the Court adopted the view that, as distinct from State's land territory in the legal sense, 'low-tide elevations cannot be appropriated'. However, 'a coastal State has sovereignty over low-tide elevations situated within its territorial sea, since it has sovereignty over the territorial sea itself'.⁴⁵

With respect to their status under international law of the Sea, the Court held that Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Johnson Reef, McKennan Reef, Gaven Reef (North) and Scarborough Shoal 'in their natural condition, were rocks that cannot sustain human habitation or economic life of their own, within the meaning of Article 121(3)' of UNCLOS and accordingly 'generate no entitlement to an exclusive economic zone or continental shelf'.⁴⁶ 'Gaven Reef (South), Hughes

⁴⁰ *Ibidem*, 497.

⁴¹ *Ibidem*, 499.

⁴² What would be circular and absurd, given the fact that entitlements to these maritime zones depend on whether a feature is an island.

⁴³ *Philippines v China* (n 2), 502–503.

⁴⁴ *Ibidem*, 308.

⁴⁵ *Ibidem*, 309.

⁴⁶ *Ibidem*, para 1203(B)(6). 'This means that even the largest islands within the group lack an exclusive economic zone and a continental shelf. It also means that the separate question of sovereignty over the islands themselves is suddenly much less consequential than it might have been: whoever has title over the land now enjoys a diminished package of maritime rights that spatially extend no farther than a 12-nautical-mile territorial sea and an additional 12-nautical-mile contiguous zone.' See R. Scoville, *The South China Sea Arbitration: Implications for the Senkaku Islands* (Lawfare, 18 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/south-china-sea-arbitration-implications-senkaku-islands> (accessed 7 October 2016).

Reef, Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef are low-tide elevations' within the meaning of Art. 13 of UNCLOS. As such, these neither are features capable of appropriation, nor generate entitlements to 'maritime zones of their own'.⁴⁷ At the same time, Subi Reef, Gaven Reef (South), and Hughes Reef 'may be used as the baseline for measuring the breadth of the territorial sea of high-tide features situated at a distance not exceeding the breadth of the territorial sea'.⁴⁸ Last of the disputed features, Reed Bank, was found to be 'an entirely submerged reef formation that cannot give rise to maritime entitlements'.⁴⁹

This is 'the first decision by an international tribunal in which the issues posed by paragraph 3 of Article 121 are analyzed in depth'.⁵⁰ The Court's answers as to what characteristics must be met by an area to generate entitlements to maritime zone are certainly beneficial for the freedom of seas.⁵¹ Significance of this judgment can also be illustrated by its finding that 'even the largest islands within the group' of the Spratly Islands are mere rocks and as such, lack an EEZ or and continental shelf. As Ryan Scoville notes, this has bearing on other disputed features, such as the Senkaku Islands in the East China Sea, as 'the UNCLOS tribunal's exposition and application of 121(3) strongly suggest that the Senkaku Islands are rocks'.⁵²

There is another legal question that reveals itself after reading the judgment. The rocks are differentiated from fully entitled islands in that in their natural state they are incapable of sustaining human habitation and economy. But is there any difference between legal status of plain rocks and rocks which were artificially made capable of, and actually sustain human habitation any economy? The judgment only answers that establishing such installations within a foreign maritime zone may con-

⁴⁷ *Ibidem*, para 1203(B)(3)(c).

⁴⁸ *Ibidem*, para 1203(B)(4) and (5). See also J. Ku, *Short, Quick Take on the Philippines' Sweeping Victory in the South China Sea Arbitration* (Lawfare 12 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/short-quick-take-philippines-sweeping-victory-south-china-sea-arbitration>.

⁴⁹ *Philippines v China* (n 2), para 1203(A)(3)(c). On possible US reactions to such findings, see: J. Ku, *Possible U.S. Responses to the South China Sea Arbitration Award: The Aggressive FONOPs Option* (Lawfare, 13 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/possible-us-responses-south-china-sea-arbitration-award-aggressive-fonops-option>.

⁵⁰ B. Oxman, *The South China Sea Arbitration Award*, University of Miami Legal Studies Research Paper 2016, No. 16–41, p. 9.

⁵¹ See also Exclusive: *U.S. sees new Chinese activity around South China Sea shoal* (Reuters, 19 Mar 2016), <http://www.reuters.com/article/us-southchinasca-china-scarborough-exclu-id-USKCN0WK01B> (accessed 30 November 2016).

⁵² R. Scoville, *The South China Sea Arbitration: Implications for the Senkaku Islands* (Lawfare, 18 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/south-china-sea-arbitration-implications-senkaku-islands> (accessed 7 October 2016).

stitute infringement of sovereign rights of another State. This, in turn, suggests that in case such installation can, at least partly, be denoted as ‘military activities’, it may constitute use of force, prohibited under Art. 2(4) of the UN Charter.

A similar space for further clarification is left as to the legal status of an artificial island on low-tide elevation on the high seas. A low-tide elevation is ‘incapable of appropriation’ as the land territory of a state in the legal sense.⁵³ But being distinguished as a separate feature, such island does not constitute common heritage of mankind as a part of the ‘Area’ covering ‘seabed and the ocean floor beyond the limits of national jurisdiction’ (Art. 1(1) and Art. 136 of UNCLOS). Although unlikely, legal uncertainties could also arise if one State tried to turn an area of seabed or a low-tide elevation into rocks, which do not have to be naturally formed.

Under Art. 121(1) of UNCLOS, ‘island is a naturally formed area of land’, but there is no reference to natural rocks. The Court further reasoned: “In addition to maintaining the structure apparent across Articles 13 and 121, this reading is consistent with the object and purpose of Article 121(3). If States were allowed to convert any rock incapable of sustaining human habitation or an economic life into a fully entitled island simply by the introduction of technology and extraneous materials, then the purpose of Article 121(3) as a provision of limitation would be frustrated. It could no longer be used as a practical restraint to prevent States from claiming for themselves potentially immense maritime space.⁵⁴ In this regard, the Tribunal agreed with the Philippines that ‘[a] contrary rule would create perverse incentives for States to undertake such actions to extend their maritime zones to the detriment of other coastal States and/or the common heritage of mankind’”.⁵⁵

What are the State’s obligations under Art. 192 and 194(5) of UNCLOS with respect to protection and preservation of marine environment?

With respect to protection and preservation of marine environment under Art. 192 and 194(5) of UNCLOS, first of these provisions sets a general obligation

⁵³ *Philippines v China* (n 2), para 1040.

⁵⁴ However, as Kirsten Sellars writes, ‘This adds a lot of baggage to two plain words, ‘human habitation’ – and goes beyond the UNCLOS drafters’ intent. The drafters, after all, were simply discussing the absence of human habitation from a rock, which is easy to establish (did people live there or not?).’ See K. Sellars, *Rocking the Boat: The Paracels, the Spratlys, and the South China Sea Arbitration*, “Columbia Journal of Asian Law, Forthcoming”, 2017, p. 41.

⁵⁵ *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, ICJ Reports 1951, para 509.

of States ‘to protect and preserve the marine environment’. Art. 194(5) provides that ‘the measures taken in accordance’ with Part XII of UNCLOS (Protection and Preservation of the Marine Environment) ‘shall include those necessary to protect and preserve rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life’.

In its assessment, the Court noted that the first provision ‘entails the positive obligation to take active measures to protect and preserve the marine environment’, and by logical implication, ‘negative obligation not to degrade the marine environment’. As a test, the Court pointed out the positive duty of States to ‘prevent, or at least mitigate, significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities’. Regarding Art. 194(5), the Court reiterated its own observation from *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, that this provision confirms that Part XII of UNCLOS ‘is not limited to measures aimed strictly at controlling marine pollution’.⁵⁶

Regarding protection and preservation of marine environment, the Court held that tolerating, protecting, and failing to prevent harmful activities of Chinese flagged vessels, including harvesting ‘endangered species on a significant scale’ and harvesting ‘giant clams in a manner that was severely destructive of the coral reef ecosystem in the South China Sea’, ‘China has breached its obligations under Articles 192 and 194(5) of UNCLOS’.⁵⁷ Next, in its ‘land reclamation and construction of artificial islands, installations, and structures’ at Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, Subi Reef, and Mischief Reef China ‘has caused severe, irreparable harm to the coral reef ecosystem’,⁵⁸ and breached its obligations under Art. 123, 192, 194(1), 194(5), 197 and 206 of UNCLOS.⁵⁹

Regarding State’s obligations under Art. 192 and 194(5) of UNCLOS as to protection and preservation of marine environment, Joshua Paine emphasises the judgment’s contribution to international jurisprudence on Environmental Impact Assessments (EIAs, Art. 206 of UNCLOS). After finding that the construction activities ‘may cause significant and harmful changes to the marine environment’,

⁵⁶ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, PCA Judgment of 18 March 2015, paras 320 and 538.

⁵⁷ *Philippines v China* (n 2), para 1203(B)(12).

⁵⁸ *Ibidem*, para 1203(B)(16).

⁵⁹ *Ibidem*, para 1203(B)(13). See also D. Desierto, *The Philippines v. China Arbitral Award on the Merits as a Subsidiary Source of International Law* (EJIL: Talk! 12 July 2016), <http://www.ejiltalk.org/the-philippines-v-china-arbitral-award-on-the-merits-as-a-subsi-dary-source-of-international-law/>.

the Court found that China was obliged “as far as practicable to ‘observe, measure, evaluate and analyse [...] the risks or effects of pollution on the marine environment’” (Art. 204).⁶⁰ The China was also obliged to ‘publish reports of the results from such monitoring to the competent international organisations, which should make them available to all States’ (Art. 205). As Joshua Paine notes, the Court cited *Construction of a Road* case (Nicaragua v. Costa Rica)⁶¹ to indicate that ‘a simple assertion by a State that it performed a preliminary assessment of environmental risk does not prove that such an assessment was actually undertaken’.⁶²

What is the scope of duty to not to aggravate the dispute?

Regarding ‘the duty to abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute’, its legal basis is indicated to lay in customary international law⁶³. Its existence may be evidenced by indicating treaty law and judgments of international court. For example Art. 41(1) of the Statute of International Court of Justice (1945) give the International Court of Justice the power to indicate any provisional measures to be taken to preserve the respective rights of either party. Art. 279 of UNCLOS reaffirms Art. 2(3) of the Charter of the United Nations (1945) (UN Charter) and provides an obligation to settle international disputes concerning its interpretation or application, ‘by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered’. Art. 300 of UNCLOS, in line with Art. 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), require the States to fulfill their obligations in good faith and exercise the rights, jurisdiction and freedoms in a manner which would not constitute an abuse of right.⁶⁴

⁶⁰ *Philippines v China* (n 2), para 947.

⁶¹ *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua: Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Merits Judgment, ICJ Reports 2015, para. 154.

⁶² J. Paine, *Environmental Aspects of the South China Sea Award* (EJIL: Talk!, July 21, 2016), <http://www.ejiltalk.org/environmental-aspects-of-the-south-china-sea-award/#more-14453>.

⁶³ *Philippines v China* (n 2), para 1166–1173.

⁶⁴ Further examples include Convention on Conciliation and Arbitration within the Conference on Security and Co-operation in Europe (1992), Art. 16; European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes (1957), Art. 31; Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes (1949), Art. 33(3).

When it comes to judgments, examples of recognizing the discussed obligation include the case of *Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, Interim Measures of Protection, Order of 5 December 1939, PCIJ Series A/B, No. 79, p. 194 at p. 199 as well as *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466 at p. 503, paras. 102–103.

With respect to the scope of duty to ‘abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and not to aggravate or extend the dispute’, the Court adopted the following reasoning. First, it is necessary to ‘consider whether the claim of aggravation remains dependent on an underlying dispute, or whether it constitutes itself a distinct dispute to which the military activities exception would be applicable’.⁶⁵ ‘In order to fall foul of the limits applicable to parties engaged in the conduct of dispute resolution proceedings, actions must have a specific nexus with the rights and claims making up the parties’ dispute’.⁶⁶ Either party may aggravate a dispute in at least three ways: (a) by continuing, ‘during the pendency of the proceedings, with actions that are alleged to violate the rights of the other, in such a way as to render the alleged violation more serious’; (b) by taking actions which ‘would frustrate the effectiveness of a potential decision, or render its implementation by the parties significantly more difficult’; or (c) ‘by undermining the integrity of the dispute resolution proceedings themselves, including by rendering the work of a court or tribunal significantly more onerous or taking other actions that decrease the likelihood of the proceedings in fact leading to the resolution of the parties’ dispute’.⁶⁷

The Court held that China has aggravated its respective disputes with the Philippines by: (a) ‘building a large artificial island on Mischief Reef, a low-tide elevation located in the exclusive economic zone of the Philippines’; (b) ‘inflicting permanent, irreparable harm to the coral reef habitat’ of Mischief Reef; (c) ‘commencing large-scale island-building and construction works at Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, and Subi Reef’; and (d) ‘permanently destroying evidence of the natural condition of Mischief Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, and Subi Reef’.⁶⁸

⁶⁵ *Philippines v China* (n 2), para 1159.

⁶⁶ *Ibidem*, 1174.

⁶⁷ *Ibidem*, 1176.

⁶⁸ *Philippines v China* (n 2), para 1181.

Although the Court found that China breached its duty not to aggravate the dispute, the concerns cannot be expressed better than by citing Joshua Paine, who said: ‘in practical terms, neither this decision nor any action that either Party may take in response can undo the permanent damage that has been done to the coral reef habitats of the South China Sea’.⁶⁹

Final remarks

Significance of the judgment is undoubtedly diminished by Chinese boycott.⁷⁰ But as a substantial part of applicable UNCLOS provisions was clear enough to assume that Chinese authorities knew they acted contrary to international law, the decision to disregard a part of international maritime law was taken long before the proceedings.⁷¹ On the other hand, ‘China’s post-arbitration behaviour demonstrated that it has taken the awards to heart. Otherwise, it would not have mounted a sustained, and somewhat hysteric, legal, political and diplomatic campaign to discredit the Tribunal and its findings’.⁷² Reputation of a State abiding by international law is especially important for big powers who need to be perceived as reliable partner in multiple alliances and agreements. But international law is not the supreme value, especially in cases when a State does not benefit from it and it collides with a strategy it perceives as vital to its interests. If that is the case, arguments become more similar to those anonymous words: ‘America is arbitrating what belongs to China? Are you crazy? What kind of logic is this? Regulate gun control in your country before talking to

⁶⁹ J. Paine, *Environmental Aspects of the South China Sea Award* (EJIL: Talk!, July 21, 2016), <http://www.ejiltalk.org/environmental-aspects-of-the-south-china-sea-award/#more-14453>.

⁷⁰ For Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines, see http://news.xinhuanet.com/english/2016-07/12/c_135507744.htm. See also *Beijing rejects tribunal’s ruling in South China Sea case* (12 July 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/jul/12/philippines-wins-south-china-sea-case-against-china>.

⁷¹ However, there are also different opinions. See *China should accept PCA ruling on South China Sea: Expert, interview with Baladas Ghoshal* (The Economic Times, 7 Aug 2016), <http://economictimes.indiatimes.com/opinion/interviews/china-should-accept-pca-ruling-on-south-china-sea-expert/articleshow/53584165.cms>.

⁷² J. Wang, *Legitimacy, Jurisdiction and Merits in the South China Sea Arbitration: Chinese Perspectives and International Law*, “Journal of Chinese Political Science” 2017, Vol. 22(2), 211.

me. My wish is world peace'.⁷³ That being said, the discussed judgment is still important. As Roncevert Ganan Almond said, 'it will provide a framework for viewing the behavior of claimants in the South China Sea starting with China'.⁷⁴

Literature

- Antunes N, *Acquiescence*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2006).
- Cheng D., *South China Sea After the Tribunal Ruling: Where Do We Go From Here?* (Heritage Foundation, 20 July 2016), <http://www.heritage.org/research/commentary/2016/7/south-china-sea-after-the-tribunal-ruling>.
- Davenport T, *Why the South China Sea Arbitration Case Matters (Even if China Ignores It)* (The Diplomat, 8 July 2016), <http://thediplomat.com/2016/07/why-the-south-china-sea-arbitration-case-matters-even-if-china-ignores-it/>.
- Guilfoyle D, *Philippines v China: first thoughts on the Award in the South China Seas Case* (EJIL: Talk! 12 July 2016), <http://www.ejiltalk.org/philippines-v-china-first-thoughts-on-the-award-in-the-south-china-seas-case/>.
- Ku J., *Possible U.S. Responses to the South China Sea Arbitration Award: The Aggressive FONOPs Option* (Lawfare, 13 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/possible-us-responses-south-china-sea-arbitration-award-aggressive-fonops-option>.
- Ku J., *Short, Quick Take on the Philippines' Sweeping Victory in the South China Sea Arbitration* (Lawfare 12 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/short-quick-take-philippines-sweeping-victory-south-china-sea-arbitration>.
- Oxman B., *The South China Sea Arbitration Award*, University of Miami Legal Studies Research Paper 2016, No. 16–41.
- Paine J., *Environmental Aspects of the South China Sea Award* (EJIL: Talk!, July 21, 2016), <http://www.ejiltalk.org/environmental-aspects-of-the-south-china-sea-award/#more-14453>.
- Scoville R, *The South China Sea Arbitration: Implications for the Senkaku Islands* (Lawfare, 18 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/south-china-sea-arbitration-implications-senkaku-islands>.
- Scoville R., *The South China Sea Arbitration: Implications for the Senkaku Islands* (Lawfare, 18 July 2016), <https://www.lawfareblog.com/south-china-sea-arbitration-implications-senkaku-islands>.

⁷³ International court strikes down China's territorial claim (Reuters with CNBC.com, 12 July 2016), <http://www.cnbc.com/2016/07/12/tensions-in-south-china-sea-to-persist-even-after-court-ruling.html>.

⁷⁴ *The South China Sea Ruling with Roncevert Ganan Almond* (The Diplomat, 16 July 2016), <http://thediplomat.com/2016/07/interview-the-south-china-sea-ruling/>.

- Talmon S., *The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards*, "Journal of International Dispute Settlement" 2017, Vol. 8(2).
- Talmon S., *The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility*, "Chinese Journal of International Law" 2016, Vol. 15(2).
- Wang J., *Legitimacy, Jurisdiction and Merits in the South China Sea Arbitration: Chinese Perspectives and International Law*, "Journal of Chinese Political Science" 2017, Vol. 22(2).
- Whomersley C., *The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China—A Critique*, "Chinese Journal of International Law" 2016, Vol. 15(2).

Anita A. Patil*

**LEGAL FRAMEWORK ON COMPARATIVE ADVERTISING
IN THE EUROPEAN UNION, UNITED STATES AND INDIA
– A CONTEMPLATIVE STUDY**

Summary

In any society, each individual acts in a manner so as to achieve his individual interests. When every individual acts in such a manner, there is bound to arise certain conflict of interests, which are to be resolved by law. Law therefore seeks to regulate the extent to which each individual can act in pursuit of his interests to increase the effective fulfillment of interests by each individual.

Advertising has been with us in one form or another for the past 5000 years¹. It plays a significant role in today's economy and its presence in both print and electronic formats is likely to continue. One of the essential functions of advertising has been to persuade potential consumers that a particular product is superior to competing products. In today's market, they frequently attempt the task not just by saying 'our product is good', but by saying 'our product is better than the others'²– which is the basic concept behind comparative advertising.

* Anita A. Patil, Assistant Professor, National Law School of India University, Bangalore, Karnataka, India, e-mail: anitavd@nls.ac.in

¹ J.S. Chandan et.al, *Essentials of Advertising*, 3 (1990).

² This is one of the most prevalent methods of advertising. The effectiveness of comparative advertising is shown not only by consumer studies, but by its continuing use by advertisers. According to a survey, approximately one-third of all advertising in the United States is comparative. See J.D. Beller, *Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Clients*, 29, Int'l Law, 917 (1995).

Comparative advertising is defined as advertising that “identifies the competition for the purpose of claiming superiority or enhancing perceptions of the sponsor’s brand”, as opposed to advertising that promotes one’s product solely on its own merits.³ The comparison may be of a specific attribute of the product, such as price or taste, or it may be a general, all- encompassing comparison. This type of advertising, i.e., taking the competitor head-on and comparing the respective products, to show the advertiser’s superiority, is one of the most controversial areas in advertising today. This becomes problematic essentially because advertising is not always truthful. Sometimes it relies on misleading claims and sometimes it engages in deceptive advertising to sell products.

Keywords: Comparative Advertisement, misleading

Introduction

Advertising generally refers to communication in paid forms that is distributed at the initiative of economic operators, by means of television, radio, newspapers, banners, mail, internet, etc.⁴ Advertisements may be comparative in nature also. Such advertisements are sale promotion mechanisms wherein the products or services of one undertaking are compared with those of another. They are aimed at highlighting the advantages of the goods or services offered by the advertiser in comparison to those of the competitor.⁵

Comparative advertising aims at enabling the consumers to make an objective choice of products by giving them proper information of the other product/products in the market. However, the tendency is generally to highlight the merits of the goods endorsed and display only the negative points of the goods compared.

Comparative advertising can be theoretically divided into two types on which also relies its legality and tolerance, namely: puffery⁶ and denigration. Puffery is where the advertiser intends to draw the attention of the consumer

³ Comparative advertising is also defined as “a technique by which a product is compared to a competitive product with the intent of proving its superiority.” P.E. Pompeo, *To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act – Section 43(a)*, 36, Cath U.L. Rev., 565 (1987).

⁴ The Legal Definition of Advertising Available at <http://www.agcm.it/en/consumer-scope-of-activities/legal-definition-of-advertising.html> (accessed 17.04.2016).

⁵ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*, 3 European Integration Studies 25 (2004) available at www.uni-miskolc.hu/uni/res/kozlemanyek/2004/DEFINITION.doc (accessed 17.04.2016).

⁶ See also *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* [1892] 2 QB 484; *De Beers Abrasive v. International General Electric Co.*, 1975 (2) All ER 599; *Reckitt & Coleman of India Ltd. v. M.P. Ramachandra & Anr.* 1999 PTC (19) 741.

by making superlative and flamboyant claims and praises of his product which can be considered as mere positive assertions of opinion, rather than statements which can be precisely verified, measured or quantified. Statements of puffery are generally subjective in nature. When puffery tends to get aggressive and ends up portraying the competitor's product in a bad light, it takes the form of denigration. Comparative advertisement up to the stage of puffery is generally considered lawful and very much tolerable in all jurisdictions however almost all laws of the world heavily scrutinize denigration of any form.⁷

Along with the interests of the consumers, comparative advertisements also potentially influence the competitors and the proprietary right holders of the trademark, if the case is one of comparison with goods/services bearing a reputed trademark in the market. There is many a chance of the trademark being economically exploited by a comparative advertisement wherein consumers start associating the goods/services of the advertiser with that of the trademark owner.⁸

This paper herein narrates the laws relating to comparative advertising, as they exist in the European Union, the United States and India respectively. By traversing this path, the project attempts to compare these laws. An attempt is also made therein to find out the aptness of these laws and whether they are in parity with the situation in their respective territory and whether they are in need of any change.

Why is comparative advertising done?

In the world of advertising, it is well known that nothing said in an ad can be 100 percent true nor the formula to determine the meaning of an expression there can be as rigid as it is in the cases of determining the meaning of an expression in legal document is. So the question that arises is of determining the falsity requirement in the cases of advertisements.

Law in the cases of ads tolerates advertisers to make false statements to the extent that it doesn't mislead the consumers. Right term used for this kind of advertisement is puffing. The toleration of puffing has developed with the doctrine of caveat emptor. In the words of Professor, the "puffing' rule amounts to a seller's privilege to lie his head off, so long as he says nothing specific, on

⁷ P. Gokhale, S. Datta, *Comparative Advertising in India: Evolving a Regulatory Framework*, 4 NUJS L. Rev. 131 (2011).

⁸ *Ibidem*.

the theory that no reasonable man would believe him, or that no reasonable man would be influenced by such talk.” In these instances, exaggerated advertising or boasting upon which no reasonable consumer would rely is not grounds for legal action. Example of such advertising can be as product A is as good as B or this the most reliable, everlasting product. Even a vague, general claim of superiority will usually not be actionable.

For example, in *White v. Mellin*⁹, the House of Lords held that to say of a baby food that it was “far more nutritious and healthful than any other preparation yet offered” was not actionable. There was no “imputation of intentional misrepresentation for the purpose of misleading purchasers”, but merely a claim that the plaintiff’s food was inferior to the defendant’s.

However specific claims of superiority, shown to have been supported by research, if found false are less likely to be dismissed as harmless puffing. The court in the case of *De Beers Abrasive Products v. International General Electric Co. of New York*¹⁰ upheld this same line of argument. In the particular case, the defendants had circulated in the International Trade Market a pamphlet which sought to compare the effectiveness of the abrasives manufactured by the defendant with that manufactured by the plaintiff, concluding that the defendants’ abrasive was superior. The court held this to be more than a mere ‘puff’ and was capable of amounting to slander of goods.

Therefore mere ‘advertising puffs’ that praise, perhaps in exaggerated terms, an advertised product over a rival’s product in an attempt to win the customers is not actionable.

What amounts to mere puffing and what crosses the limit doesn’t always depend upon the nature of the statements. It depends upon various other factors as well. Sometimes what type of product is being advertised also has a bearing on whether a claim made in respect that product is actionable or not. In *Ciba-Geigy Plc v. Parke Davis & Co. Ltd.*¹¹, Aldous J stated: “I have no doubt that statements such as ‘A’s flour is as good as B’s’ or ‘A’s flour can be substituted in all recipes for B’s flour’ are puffs and not actionable. However that doesn’t mean that a similar statement would be puff and not actionable, if made in relation to a pharmaceutical product.”

⁹ [1895] AC 154.

¹⁰ [1975] 2 All E.R. 599.

¹¹ [1994] FSR 8.

The European Union

Regulation 2A of the Control of Misleading Advertisements Regulations 1988 defines “*comparative advertising*.” It stated that:

For the purposes of these Regulations an advertisement is comparative if in any way, either explicitly or by implication, it identifies a competitor or goods or services offered by a competitor.

Directive 84/450/EC concerning Misleading Advertisement was amended by Directive 97/55/EC in 1997 to include within its ambit, “*comparative advertising*.” It is *inter alia* stated that any advertisement which either explicitly or impliedly referred to another’s product, such an advertisement must abide by certain rules, enumerated in Article 3a, namely: the advertisement must not contain any misleading messages; it should not create confusion between the advertiser and the concerned competitor. The advertisement should also not take unfair advantage of the competitor’s trademark or other distinguishing material and should not present its goods or services as replicas of the other product and it does not discredit or degenerate it. Comparative advertisement should compare the products objectively, that is, the material should be relevant and must relate to verifiable features of the two products compared.

In 2006 Directive 2006/114/EC also known as the Advertising Directive, was adopted which consolidated the 1984¹² and 1997¹³ Directives. Among the few amendments was that the condition that the comparison should not be misleading. The most important amendment herein is that, Article 1, the 2006 Directive only aims to protect traders against misleading advertising. Whereas consumers are *inter alia* protected against, misleading advertising in the Unfair Commercial Practices Directive.¹⁴

Although member states have the freedom to have their own law on comparative advertisements, yet national courts can and also refer matters to the European Court of Justice for clarification whenever necessary.¹⁵ The European Court

¹² 84/450/EC.

¹³ 97/55/EC.

¹⁴ P. Reeskamp, *Is comparative advertisement a trade mark issue?*, EIPR 130 (2008).

¹⁵ P. Kamvounias, *Comparative Advertising and The Law: Recent Developments In The European Union*, EABR & ETLC Conference Proceedings (2010) available at http://www.cluteinstitute.com/proceedings/2010_Dublin_EABR_Articles/Article%20479.pdf (accessed 14.11.2012).

of Justice (ECJ) has always had a pro-advertising approach. Discussed below are some of the leading ECJ judgements on comparative advertisement.

Toshiba Europe GmbH v. Katun Germany GmbH¹⁶

The question herein was whether it is comparative advertising for a supplier of spare parts suitable for the products of an equipment manufacturer to indicate the manufacturer's product numbers in its catalogues. The ECJ held that it was permitted for a representation to be made in any form which referred, by implication or otherwise, to a competitor or to the goods or services which he offered. No actual comparison was necessary for an advertisement to be described as comparative but what was required was a reference to a competitor or his products. The ECJ further observed that an advertiser is not said to take unfair advantage of the reputation attached to distinguishing marks of his competitor if effective competition on the relevant market is something that is conditional upon a reference to those marks.

Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.¹⁷

This was another landmark decision of the ECJ on comparative advertising. Pippig operated three specialist opticians' shops in Austria, and obtained its supplies from around 60 different manufacturers. Hartlauer was a commercial company that had optical shelves where the spectacles sold were mostly of less known brands and were sold at low prices. Hartlauer circulated throughout Austria an advertising leaflet stating 52 price comparisons for spectacles carried out over six years which also showed a total price differential of ATS 3 900 on average per pair of spectacles, between the prices charged by Hartlauer and those of traditional opticians.

The advertising leaflet contained a comparison between the price and the same was also announced in Austrian radio and television channels as advertisements, in which, in contrast to the advertising leaflet, it was not stated that the spectacles compared had lenses of different brands. The Oberster Gerichtshof referred this case to the ECJ. The ECJ held in this case *inter alia* that the application to comparative advertising of stricter national provisions on protection against misleading advertising as far as the form and content of the comparison was concerned is precluded and that a price comparison did not entail the discrediting

¹⁶ European Court of Justice decided this case on 25th October 2001, Case No. C-112/99.

¹⁷ European Court of Justice decided this case on 8 April 2003, Case C-44/01.

of a competitor. The application to comparative advertising of stricter national provisions as compared to the EU Directives as far as the form and content of the comparison was concerned were precluded.

O2 Holdings Limited and O2 UK Limited v Hutchison 3G UK Limited¹⁸

The ECJ held that use by an advertiser of a sign identical with or similar to a competitor's mark was to be regarded as of a trade mark and could be prevented where necessary. However, the rights conferred by the trade mark were to be limited to a certain extent in order to promote comparative advertising and the associated benefits to consumers. The court further held that the proprietor of a registered trade mark is not entitled to prevent the use by a third party of a sign identical with, or similar to, his mark, in a comparative advertisement which satisfies all the conditions, laid down in Article 3a(1) of Directive 84/450 except when it is likely that the use of the trade mark was likely to cause confusion on the part of the public between the advertiser and a competitor, the advertisement would not satisfy the condition, laid down in Article 3a(1)(d) and would not be permitted.

There existed many a difference in national laws on comparative advertising. The October 1997 of Directive 97/55/EC which amended Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising signified a major shift in approach. Over the years, in the course of its deliberations, the European Court of Justice has clarified the scope of the Directive and in doing so has interpreted it in favour of the advertiser who engages in comparative advertising.

The United States

The Federal Trade Commission (FTC) in 1979 issued a *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*.

It defines comparative advertising in the following words:

For purposes of this Policy Statement, comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information.¹⁹

¹⁸ 12 June 2008, Case C-533/06.

¹⁹ Available at <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-compare.htm> (accessed 6.02.2016).

The policy encourages the naming of or referencing to the particular competitor but warrants clarity and if need be, disclosure to avert confusion. Truthful comparative advertisements should not be restrained. Brand comparisons are permitted, provided the bases of comparison are identified clearly. Upholding the importance of comparative advertising, it observes thus:

Comparative advertising, when truthful and non-deceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions. Comparative advertising encourages product improvement and innovation, and can lead to lower prices in the marketplace. For these reasons, the Commission will continue to scrutinize carefully restraints upon its use.²⁰

FTC permits disparaging advertising, as long as they are truthful and not deceptive. The FTC evaluates comparative advertising in the same manner as it evaluates all other advertisements and does not require a higher standard of substantiation by the advertisers for comparative claims.²¹ The National Advertising Division (NAD) of the Council of Better Business Bureaus, Inc., a self-regulatory body which commands the respect of national advertisers, advertising attorneys, federal and state regulators, and the judiciary; comparative advertising issues brought to its attention receive thorough review by highly competent attorneys who apply relevant precedent in reaching a determination of whether the advertising claims at issue are truthful, non-misleading, and substantiated.²² The decisions of NAD are appealable to the National Advertising Review Board (NARB). One of the vital benefits of using the NAD process is the ability to obtain a thorough review on the merits in only a fraction of the time required for litigation.²³

The comparative nature of an advertising claim can affect important issues of proof and burden shifting in a false advertising proceeding brought under the Lanham Act, in particular in cases brought under Section 43(a) of the Lanham Act, the plaintiff's burden of proof varies depending on the type of relief sought. Under Section 43(a) cases involving comparative advertising that specifically mention the competitor, plaintiffs benefit from a presumption of irreparable

²⁰ *Ibidem.*

²¹ J.E. Villafranco, *The Law of Comparative Advertising in the United States*, 16 IP Litigator (2010).

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

injury. To recover monetary damages for a Section 43(a) violation, a plaintiff has to prove the elements of a false advertising claim, demonstrate that actual consumer deception or confusion occurred and that the false advertising claim was material to customers, causing actual injury to the plaintiff. When the challenged advertising makes a misleading comparison or reference to a competitor's product, causation and injury may be presumed.²⁴

The FTC on the other hand evaluates comparative advertising the same way it evaluates all other advertising and therefore does not require a higher standard of proof for substantiating comparative claims. Thus, advertisements that attack, discredit or otherwise criticize another product are permissible if they are truthful and not expressly or impliedly deceptive.²⁵

The FTC considers an advertisement to be deceptive if it includes a representation, omission or practice that is likely to mislead the consumer acting reasonably in the circumstances; the representation, omission or practice is likely to affect the consumer's conduct or decision regarding a product or service.²⁶

Better Business Bureau (BBB) and Advertising Self-Regulatory Council, earlier known as National Advertising Review Council are among the self-regulatory organizations that look into the case of misleading advertisements. BBB deals with the disputes between advertising practices and companies marketing.

In the case of *Markus Wilson v. Frito-Lay North America, Inc. and PepsiCo, Inc*²⁷. class action suit was filed where it was alleged that the Lay's Potato Chips were misbranded by Frito-Lay. It was claimed that Lay's Potato Chips were advertised to be healthy and contained 0 grams of Trans Fat. It went on to say that the snacks were good for certain group of population including the people with diabetes, children, adolescents, elders and pregnant women. The company failed to mention that every 50 chips contained more than 13 g of fat.

In the case of *Lorena Trujillo v. Avon Products Inc, Avon Products Inc*²⁸. was slapped with a class action over its skin care line. In the Californian Central District Court it was alleged that the Avon products such as Anew Clinical Advanced Wrinkle Corrector, Anew Reversalist Night Renewal Cream, Anew

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Case No. 12-cv-01586, U.S. District Court, Northern District of California, Oakland Division.

²⁸ Case No. 12-9084, California Central District Court.

Reversalist Renewal Serum and Anew Clinical Therafirm Face Lifting cream products were compared with the procedures found in the office of a dermatologist. It went on to say that its products repaired damaged tissue, boosted collagen and recreated fresh skin. Warning was also served to the company in the form of letter stating that the products were misrepresented to the consumers.

Maybelline was also slapped with a consumer fraud class action where it advertised its Super Stay lipstick to last for 14 hours. It also claimed that its Super Stay lip gloss lasted for 10 hours. The case is known as *Carol Leebove, et al. v. Maybelline LLC*²⁹, one of the plaintiffs alleged that her lipstick would wear off as soon as she had a meal or a drink. The lawsuit alleged that Maybelline had engaged in breach of warranty, unjust enrichment and violation of various consumer-protection laws³⁰.

Consumer fraud class action was filed in 2012 against Coty's Rimmel London Lash Accelerator in the Federal Court in California. In this case known as *Alagrin v. Coty Inc*³¹, it was alleged that the company Coty deceived its consumers by advertising that Rimmel London Lash Accelerator mascara with Grow-Lash Complex lengthened the eyelashes by 37% in a month and led to increase in the eyelash growth on regular usage.

India

Though the wrong of disparagement is age-old, the cases dealing with the same were rare to be found in the Indian Courts. The reason behind this seems to be essentially that the advertising market was not so strong until 1990 in India. It is only after the liberalization that multinational institutions have stepped in the every field of the economy and started exploring the advertising market. The present section with the help of the various cases shows the judicial attitude of the court in the cases of advertisement, which are essentially cases of regulating commercial speech for the greater benefit.

The question has arisen before the Supreme Court of India whether the right to advertise was a fundamental right to freedom of speech guaranteed under Article 19(1)(a). The Supreme Court held in *Hamdard Dawakhana v. Union of*

²⁹ Case No. 12-cv-07146

³⁰ Lucy C, available at <http://www.lawyersandsettlements.com/blog/tag/maybelline> (accessed 2.01.2016).

³¹ Case No. 12-cv-2868 JAH JMA.

India,³² that though advertisement was a form of speech, it was not constitutive of the concept of free speech. A different stand was taken by the Supreme Court later in the case of *Tata Press v. Mahanagar Telephone Nigam Ltd.*,³³ wherein it was observed that advertising is beneficial to consumers because it facilitates the dissemination of information and resultantly public awareness in a free market economy. It was held that advertising is a form of commercial speech, and therefore should be protected under Art. 19(1)(a).

Initially all matters concerning untrue and misleading advertisements were governed by Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969 and disputes therein were decided by Monopolies and Restrictive Trade Practices Commission. The Act was subsequently repealed by Section 66 of the Competition Act, 2002.³⁴

The consumer grievance forums under the Consumer Protection Act, 1986 enquire into complaints of unfair trade practices. Though this Act provides for an effective mechanism for grievance redressal of the consumer, it does not address the interests of manufacturers, sellers and service providers.³⁵

With the aim of regulating advertisement, the Advertising Standards Council of India (ASCI), a non-statutory body was established by an association of advertisers in 1985.³⁶ Chapter IV of the ASCI's Code for Self Regulation in Advertising provides for comparative advertising. Advertisements herein which contain comparisons with competing manufacturers and sellers are allowed in the interests of vigorous competition and free dissemination of information. subject to the following requirements being fulfilled:

- It should be clear what aspects of the advertiser's product are being compared with what aspects of the competitor's product.
- The subject matter of comparison should not be chosen in such a way as to confer an artificial advantage upon the advertiser or so as to suggest that a better bargain is offered than is truly the case.
- The comparisons should be factual, accurate and capable of substantiation.

³² AIR 1960 SC 554.

³³ (1995) 5 SCC 139.

³⁴ The Legal Definition of Advertising Available at <http://www.agcm.it/en/consumer-scope-of-activities/legal-definition-of-advertising.html> (accessed 17.04.2016).

³⁵ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*.

³⁶ *Ibidem*.

- There should not be any possibility of the consumer being misled as a result of the comparison, whether about the product advertised or that with which it is compared.
- The advertisement should not unfairly denigrate, attack or discredit other products, advertisers or advertisements, directly or by implication.

There has been many a case in India dealing in comparative advertisement. Some of the important cases are discussed herein below.

Reckitt & Colman of India Ltd. v. M.P. Ramchandran&Anr.³⁷

It was contended by the plaintiff, manufacturer of the detergent clothing brand ‘Robin Blue’ that the defendant, manufacturer of the detergent clothing brand ‘Ujala’ in its advertisement, had intentionally displayed a container that was similar to the one in the plaintiff’s product and the price shown was also that of the plaintiff’s product.

The advertisement alleged that the said product ‘Blue’ was uneconomical, and that the product failed to dissolve effectively in water, and hence damaged clothes by leaving blue patches on them. It was observed by the court that this advertisement aimed at denigrating the product of the plaintiff by indicating to existing and future customers that the product was both uneconomical and ineffective.³⁸ Hence an order of injunction was passed against the defendant, restraining the defendant from broadcasting the advertisement henceforth.³⁹

Colgate Palmolive (India) Limited v. Anchor Health and Beauty Care Private Ltd.⁴⁰

The contention of the plaintiff in this case was that in the advertisement the defendant had stated that its product ‘Anchor’ was the only one that contained calcium, fluoride and triclosan and that the defendant had also claimed that ‘Anchor’ was the first toothpaste that could provide “*all round protection.*” The plaintiff argued that, the plaintiff being a pioneer company in dental care, the assertion made by the defendant, that it was the first and the only company which

³⁷ 1999 PTC (19) 741.

³⁸ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ 2009 (40) PTC 653.

contained the aforementioned ingredients and which gave all round protection was an act which amounted to denigrating the competing product.

The argument placed on behalf of the defendant was that the term ‘only’ referred to the fact that theirs was the only toothpaste comprising the aforementioned ingredients within the range of white toothpastes and the term ‘first’ was used with reference to the phrase “all round protection.”

The Court came to the conclusion that the concerned advertisement was sending a message to an average consumer that ‘Anchor’ was actually the only product containing the said ingredients, and also that it was the first one to ultimate protection to the teeth. This case herein reflects the trend of the court thus enunciated to protect the interests of the consumers from getting misled by any advertisement in particular a comparative advertisement intending to so mislead.⁴¹

Dabur India Ltd. v. M/S Colortek Meghalaya Pvt. Ltd.⁴²

In this case the appellant was a manufacturer of mosquito repellent creams: ‘Odomos’ and “Odomos Naturals.” The respondent manufactured a mosquito repellent cream and advertised the same under the name “Good Knight Naturals.” The court held herein that each has the right to try to affirm that his wares are good enough to be purchased, or of superlative quality. Three guiding principles were laid down by the court, namely:

- (i) An advertisement is commercial speech and is protected by Article 19(1) (a) of the Constitution.
- (ii) An advertisement must not be false, misleading, unfair or deceptive.
- (iii) Of course, there would be some grey areas but these need not necessarily be taken as serious representations of fact but only as glorifying one’s product.

The court however, went on to add that if an advertisement extended its scope beyond the grey areas so much so that it became false, misleading, unfair or deceptive, it would not entail the protection of Article 19 (1) (a). The court further added that in the process of glorifying one’s own product, the advertiser must not disparage or denigrate the rival product.

⁴¹ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*.

⁴² 2010 (42) PTC 88.

Procter & Gamble Home Products v. Hindustan Unilever Limited.⁴³(The ‘Rin’ and ‘Tide’ dispute)

The petitioners were manufacturers of a detergent powder brand ‘Tide’, while the respondents were the manufacturers of the detergent powder ‘Rin’ and also the market rivals of ‘Tide’. The respondents aired a commercial which compared both the products and allegedly portrayed the petitioner’s product in a negative manner, claiming that ‘Rin’ was better than ‘Tide’ in providing whiteness to clothes. The petitioner herein applied before the court for an injunction to restrain the respondent from telecasting the advertisement, contending that the same had not stopped at merely puffing the advertised product, but had disparaged the competing product.⁴⁴ The Court held that there was an express denigration of the petitioner’s product because it was evident from the very format of the advertisement and the manner in which it was depicted that it had the overall effect of portraying the competing product in a poor light rather than promoting the seller’s own product. Court therefore, passed an interim injunction, restraining the petitioner from broadcasting the denigrating advertisement.

In a recent decision of the Calcutta High Court in *Hindustan Unilever Limited v. Procter & Gamble Home Products*⁴⁵ where it was alleged that the present advertisement of ‘Rin’ was a continuation of the previous advertisement against which an interim injunction was passed therein. Keeping in mind the facts of this case, the court held that considering the same as a continuation of the previous advertisement would be exaggeration and would be far-fetched and unsubstantial as there was no similarity between the two advertisements.

The law relating to comparative advertisement has thus, over the years emerged through case laws. The problem with respect to Advertising Standards Council of India has been that it has not been able to effectuate proper compliance because of lack of an enforcement mechanism and there also lies a problem of non-compliance if the complaint is filed against a non-member.⁴⁶ Therefore, the plausible future discrepancies can be obviated only by a proper piece of legislation exhaustively enumerating the law therein leaving no scope of confusion and vagueness.

⁴³ High Court of Calcutta, G.A. No. 614 of 2010, C.S. No. 43 of 2010.

⁴⁴ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*.

⁴⁵ G.A. No. 1309 of 2011, A.P.O.T No. 200 OF 2011.

⁴⁶ P. Miskoczi-Bodnar, *Definition of Advertising*.

Laws applicable in India

The Advertising Standards Council of India (ASCI) is a non-statutory Tribunal set up in 1985 and incorporated under Section 25 of the Companies Act, 1956. It entertains and disposes of complaints based on its Code of Advertising Practice (CAP). The Code is based on certain fundamental principles, one of which is “To ensure the truthfulness and honesty of representations and claims made by advertisements and to safeguard against misleading advertisements”. The Advertising Standard Council of India (ASCI) adopted a code in 1985 for Self-Regulation in advertising. It is supposed to be a commitment to honest advertising and to fair competition in market place. The ASCI code deals with various provisions that pertain to advertisements. Chapter IV of the ASCI code is one which particularly deals with Comparative Advertisements and fairness in competition. The broad aspects that are covered in this chapter are:

- i. Advertisements containing comparisons with other manufacturers or suppliers or with other products including those where a competitor is named are permissible in the interests of vigorous competition and public enlightenment, provided:
 - a. It is clear what aspects of the advertiser’s product are being compared with what aspects of the competitor’s product.
 - b. The subject matter of comparison is not chosen in such a way as to confer an artificial advantage upon the advertiser or so as to suggest that a better bargain is offered than is truly the case.
 - c. The comparisons are factual, accurate and capable of substantiation.
 - d. There is no likelihood of the consumer being misled as a result of the comparison, whether about the product advertised or that with which it is compared.
 - e. The advertisement does not unfairly denigrate attack or discredit other products, advertisers or advertisements directly or by implication.
- ii. Advertisements shall not make unjustifiable use of the name or initials of any other firm, company or institution, nor take unfair advantage of the goodwill attached to the trade mark or symbol of another firm or its product or the goodwill acquired by its advertising campaign.
- iii. Advertisements shall not be similar to any other advertiser’s earlier run advertisements in general layout, copy, slogans, visual presentations, music or sound effects, so as to suggest plagiarism.

- iv. As regards matters covered by sections 2 and 3 above, complaints of plagiarism of advertisements released earlier abroad will lie outside the scope of this Code except in the under-mentioned circumstances:
- a. The complaint is lodged within 12 months of the first general circulation of the advertisements/campaign complained against.
 - b. The complainant provides substantiation regarding the claim of prior invention/usage abroad.

Under the Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969 enacted with a view to curb monopolistic, restrictive and unfair trade practices the MRTP commission has to ensure that no unfair trade practice takes place. The Act defined an “unfair trade practice” under Section 36A to include any false representation that the goods are of a particular standard, quality, quantity, grade, composition, style or mode. It also includes the making of a false or misleading representation concerning the need for or the usefulness of any goods or services. Section 36A(1)(vii) makes even a warranty or guarantee of performance efficacy or length of life of a product or of any goods not based on adequate or proper tests, as an unfair trade practice. Section 36A(1)(x) makes a “false or misleading fact disparaging the good, services or trade of another person” as an unfair trade practice. However, the MRTP act was repealed by the Competition Act, 2002. But fortunately, the power to enquire into complaints of unfair trade practices is also vested with the Consumer Forum, in view of the fact that the provisions of Section 36A of MRTP Act, 1969 (extracted above) stands imported verbatim into the Consumer Protection Act, 1986 by the Amendment Act 50 of 1993. The definition of “unfair trade practice” found in Section 36A(1) of the MRTP Act, 1969, is adopted in *pari materia* in Section 2(1)(r) of the Consumer Protection Act, 1986. The law relating to unfair trade practice existing from 1969 under the MRTP Act and later imported into Consumer Protection Act, 1986 does not appear to have been taken advantage of by very many persons to prune misleading advertisements, despite the introduction of Cable Television Networks (Regulation) Act, 1995 and the Rules issued thereunder.

One of the earliest cases that came before the court on the issue of slander to goods was that of *Reckitt & Colman of India Ltd. v. Kiwi T.T.K. Ltd.*⁴⁷ before Delhi High Court in the year 1997. In this case the plaintiff company was engaged in manufacture and sale of liquid shoe polish under the name of Cherry Blossom Premium Liquid Wax Polish. Here the defendant is also

⁴⁷ *Reckitt & Colman of India Ltd. v. Kiwi T.T.K. Ltd.*, MANU/DE/0744/1996.

engaged in the manufacture of polish and one of the brands being manufactured and marketed by the defendant was 'KIWI' brand of liquid polish. Now, in an advertisement programme, the defendant shows a bottle of 'KIWI' from which the word 'KIWI' is written on white surface which does not drip as against another bottle described as 'OTHERS' which drips. The product shown as 'OTHERS' which is marked as 'Brand X' allegedly looks like the bottle of the liquid shoe polish of the plaintiff. Also, the bottle of 'OTHERS' had a red blob on its surface which allegedly represents 'CHERRY' which appear on the bottle of the plaintiff's product. Therefore the plaintiff had filed the suit for an injunction restraining the defendant from advertising the products in the manner they had been doing otherwise it would cause irreparable loss to its reputation, goodwill, brand, equity, etc. In response the defendant argued that there is nothing disparaging or defamatory conveyed through the said advertisements against the plaintiff, as no reference has been made to Cherry Blossom Premium Liquid Wax Polish in any of the advertisements. In the alternative, it was also argued by the defendant that even if a reference in the advertisement can be related to the plaintiff, there was nothing unlawful about the statement made by the defendant in the said advertisement as it was a true statement of fact and substance and, according to the defendant, no injunction can be granted against the said defendant. The court without deciding on the issue of whether the statements made by the defendants of its superiority were true or not disposed that the matter on the reasoning that a consumer who watches this advertisement on the electronic media only for a fleeting moment may not get the impression that the bottle is the bottle of the plaintiff. In the course of the judgment the court had reiterated the principles laid down by the Court in the case of Calcutta High Court of *Reckitt & Colman v. M.S.Ramachandran*.⁴⁸

⁴⁸ Court here reiterated the principles laid in an unreported case of Calcutta High Court of *Reckitt & Colman v. M.S. Ramachandran*: Five principles laid down by the Court to decide as to whether a party is entitled to an injunction were as under: "(I) A tradesman is entitled to declare his goods to be best in the words, even though the declaration is untrue. (II) He can also say that my goods are better than his competitors', even though such statement is untrue. (III) For the purpose of saying that his goods are the best in the world or his goods are better than his competitors' he can even compare the advantages of his goods over the goods of others. (IV) He, however, cannot while saying his goods are better than his competitors', say that his competitors' goods are bad. If he says so, he really slanders the goods of his competitors. In other words he defames his competitors and their goods, which is not permissible. (V) If there is no defamation to the goods or to the manufacturer of such goods no action lies, but if there is such defamation an action lies and if an action lies for recovery of damages for defamation, then the Court is also competent to grant an order of injunction restraining repetition of such defamation."

The next case that came before the court was of *Hindustan Lever Ltd. v. Colgate Palmolive (I) Ltd.*⁴⁹ in this case the appellant had given advertisement in the print, visual and hoarding media, through which it claimed that its toothpaste 'New Pepsodent' was "102% better than the leading toothpaste. The advertisement also contained a 'schematic' picture of samples of 'saliva/smear'. The advertisement depicted on one side of the advertisement a pictorial representation of the germs in a sample taken from the mouth of a person hours after brushing with 'the leading toothpaste'. And another pictorial representation was of the germs from a similar sample taken from the mouth of another person who used the 'New Pepsodent'. The former shows large number of germs remaining in the sample of saliva where the 'leading toothpaste' is used and the latter shows almost negligible quantity of germs in the sample of saliva where 'New Pepsodent' is used. Apart from this the advertisement also spoke of tests conducted at the Hindustan Lever Dental Research Centre and concluded that the appellant's product was based on a germ-check formula which was twice as effective on germs as the leading toothpaste was. Also in the TV advertisement of the appellant, two boys were asked the name of the toothpaste with which they had brushed their teeth in the morning. The advertisement showed 'New Pepsodent' 102% superior in killing the germs, which is being used by one of the boys. So far as the other boy is concerned, who had used another toothpaste, which was shown to be inferior in killing germs, the lip movement, it was alleged, indicated that the boy was using 'Colgate' though the voice was muted. Additionally, when this muting was done there was a sound of the same jingle as it was in the usual Colgate advertisement. On behalf of plaintiffs by giving data to the Court it was shown that the 'leading toothpaste' referred to them only.⁵⁰ On the basis of the same it was contended that reference in the advertisement to 'leading' toothpaste must be taken to be a reference to 'Colgate Dental Cream' and this was also argued to be obvious from the use of the word 'the' before the word 'leading' in the TV and newspaper advertisements. In this case appellants argued that no action could be taken against the Hindustan Lever Ltd. because the plaintiffs had not yet discharged the burden of proving the statements made by them false. Court again in the present case without going into the merits of the case refused to interfere with the order of

⁴⁹ *Hindustan Lever Ltd. v. Colgate Palmolive (I) Ltd.*, MANU/SC/0899/1998.

⁵⁰ Monopolies and Restrictive Trade Practices Commission, in the present case had found that in as much as the overall market share of Colgate was 59% in the second quarter of the year 1997 and the appellant's share was 27%.

interim injunction awarded by Monopolies and Restrictive Trade Practices Commission on the ground that the matter was still pending before the commission and the order made was discretionary in the nature.

The next case that came before the court was the case of *Pepsi Co. Inc. v. Hindustan Coca-Cola*.⁵¹ The plaintiffs in the present case contended that the commercials of the defendants disparaged their products, which resulted in the dilution of the goodwill and reputation enjoyed by them. The plaintiffs add that at various parts of the commercial, the drink was named as “PAPPI”, which was an obvious reference to the “Pepsi”. Thereby their product has been mocked and ridiculed by terming Pepsi as a “Bachhonwali” drink and therefore and showing the preference of kids of Pepsi over Thums Up. The plaintiffs therefore sought an injunction from the Court that would restrain the defendants from further tele-casting the commercials. The arguments of the defendants on the other hand are on the lines of the fact that the trade rivalry between the two firms ought not to spill over into the court of law. They sought to justify their commercial as nothing more than mere puffing of their own products and any reference made to the plaintiff’s product was only as a joke on their advertisement. The Delhi High court in the present case, while deciding the issue went into the definition of the term disparagement as defined in authoritative sources such as the Black’s Law Dictionary and the Webster’s Dictionary. The Court further referred to the case of *Reckitt & Coleman India Ltd. v. M.S. Ramchandran and Anr.*,⁵² where the court laid down 5 principles to decide whether a party was entitled to an injunction. The court further noted that in the same case, the court had come to the conclusion that comparative advertisements per se were permissible but what was impermissible was any disparagement of the goods of the competitor in the process. With this in mind, the court laid out three guidelines for the determination of whether an action for disparagement lay, they are:

- (1) A false or misleading statement of fact about a product.
- (2) That statement either deceived, or had the capacity to deceive, substantial segment of potential consumer, and
- (3) The deception was material, in that it was likely to influence consumers’ purchasing decisions.

The court in the present case concluded that in the present case the comparisons drawn in the course of the commercial were merely attempts at puffing up their own

⁵¹ *Pepsi Co. Inc. v. Hindustan Coca-Cola*, MANU/DE/1269/2001.

⁵² 1999 PTC (19) 741.

products. Further the court noted that there was no evidence presented on the part of the plaintiff as to how this particular commercial had adversely affected its business. Thus the conditions laid down above were found not to be fulfilled in the case of the defendants' commercial. On these accounts the court dismissed the plaint.

Subsequently in 2003, the same issue came up before the same court for hearing as *Pepsi Co. Inc. and Ors. v. Hindustan Coca Cola Ltd. and Anr*⁵³ and substantively the same arguments were raised on both sides. But this time Usha Mehra J., gave a totally contrary interpretation to the same facts on the ground that:

The vast majority of the viewer of the commercial advertisement on electronic media are influenced by the visual advertisements as these have a far reaching influence on the psyche of the people, therefore, discrediting the product of a competitor through commercial would amount to disparagement as has been held by the High Courts and the Supreme Court of India as well as the Law laid down by Courts in U.K. & U.S.A.

The court in the present case laid down a different set of guidelines on which to determine an action of disparagement, namely:

- (1) Intent of commercial.
- (2) Manner of the commercial
- (3) Story line of the commercial and the message sought to be conveyed by the commercial.

Of these the manner of the commercial was considered most important and any commercial. In accordance with the decision of the Supreme Court in *Hindustan Lever v. Colgate Palmolive (I) Ltd.*⁵⁴, the court maintained that any ridiculing of the plaintiffs' products would amount to disparaging whereas a mere comparison would not. In the present case, the Judge concluded that various terms such as "bachhonwali drink" and "yehhai wrong choice baby" were of ridiculing nature and hence amounted to disparagement of the appellants' products. The court therefore accepted the appeal and passed an order of restraint in respect of the commercials.

In the same year before this case the Delhi high Court had dealt with another case of *Reckit Benckiser (India) Limited v. Naga Limited and Ors.*⁵⁵ In this case the plaintiff filed the suit for permanent and mandatory injunction, against the defendan-

⁵³ MANU/DE/0896/2003.

⁵⁴ MANU/SC/0899/1998.

⁵⁵ MANU/DE/0299/2003.

t's television commercial. The commercial depicted a woman in an advanced stage of pregnancy needing urgent medical assistance during a train journey. Then doctor calls for hot water and is handed a cake of soap, which is rejected by the lady, stating that an antiseptic soap is needed. It is not in dispute that the soap which was handed over to the doctor is identifiable by viewers as the Plaintiff's product, namely, Dettol Soap. The doctor further states in the commercial that "at a time like this, you do not need just antiseptic, you need a protector". The Defendant's Ayurvedic soap is then shown and it is concurrently stated that it is body 'rakshak' soap, the first Ayurvedic soap that completely removes all seven kinds of terms and protects from infection. The Plaintiff here alleged that this commercial disparages its Dettol Soap and the intention behind the commercial is malicious. In these facts, Vikramjit J., opined that the T.V. commercial has the effect of making the viewer alive to two factors-- firstly, that Dettol Soap is not an antiseptic and, secondly that the Defendant's Ayush Soap is an antiseptic soap and a protector from infection. During the course of the judgment, it was brought to the notice of the court that the Dettol soap is neither labelled nor marketed as an anti-bacterial toilet soap or "as an antiseptic soap" but is simply labelled as a soap which "helps ensure general skin cleanliness and high standard of personal hygiene". Counsel of defendant here vehemently emphasized that in contradiction to this soap, 'Dettol liquid' is manufactured under a license issued under the Drugs Act and is marketed as an antiseptic germicidal. On the other hand the defendant's soap Ayush is based upon the Ayurvedic system of medicine and is manufactured under a drug licence granted by the Director of Drugs, Tamil Nadu. He further observed that the "consumers perceive Dettol soap as strong and effective in maintaining personal hygiene and regard it as an efficient antiseptic soap that kills harmful germs and bacteria and ensures good health and hygiene....." So if a competitor makes the consumer aware of his mistaken impression, the Plaintiff cannot be heard to complain of such action. Court further held that to hold a party liable for libel when all that has been stated by the competitor is the truth. On the grounds the court did not grant any injunctory relief.

The next case that came before the court was the case of ***Dabur India Ltd. v. Colgate Palmolive India Ltd.***⁵⁶ In this case the principles that were elucidated in the case of ***Reckitt & Colman of India Ltd. v. Kiwi T.T.K. Ltd.*** were reiterated upon by the court. The court said that comparative advertisement is allowed if:

- a) The trader is entitled to declare that her goods are the best, even though the declaration is untrue.

⁵⁶ AIR 2005 Delhi 102.

- b) One may also say that her goods are better than her competitors, even though such statement is untrue.
- c) For the purpose of saying that her goods are the best and that her goods are better than her competitors, she can even compare the advantages of her goods over the goods of the others.
- d) One, however, cannot while saying her goods are better than her competitors, say that her competitors' goods are bad. If she says so, she really slanders the goods of her competitors. In other words she defames her competitors and their goods, which is not permissible.
- e) If there is no defamation, to the goods or to the manufacturer of such goods no action lies, but if there is such defamation, an action lies and if an action lies for recovery of damages for defamation, then the court is also competent to grant an order of injunction restraining repetition of such defamation.

These principles were further elaborated upon in the case of *Annamalayar Agencies v. VVS and Sons Pvt. Ltd. and Ors.*⁵⁷ In this case also there were three tailors who had adjacent working counters put up notices in their respective windows saying 'the best tailor in the world', 'the best tailor in the town', the 'best tailor in the street'. This was a clear case of puffing and nothing more and in such a case it was decided that it was within the boundaries of harmless advertising but trying to promote one specific product or services by clearly abusing another is not appreciated in law. Though in any situation, the choice finally lies with the consumer. The lack of creative or smart advertisement has indeed taken a toll on the very concept of 'comparative advertisement'. There is no denial that it is a fiercely competitive market out there but this can never be an excuse for resorting to disparagement of other goods or services.

The next case that came before the Delhi High Court was between *Marico Ltd. v. Adani Wilmar Ltd*⁵⁸. The facts of the case are that both companies sell cooking oil under the names Saffola (Marico) and Fortune (Adani Wilmar) respectively. The plaintiff, filed two suits against the defendant restraining them from broadcasting, printing and publishing advertisements of its product alleging that it disparaged the goodwill and the reputation of the plaintiff's product. The plaintiff's also claimed that the statements were also misleading as they were not backed up by adequate research or scientific study. The court using the principles already discussed above decided on the question whether there was disparagement in the

⁵⁷ 2008(38) PTC37(Mad).

⁵⁸ 975 (2) All ER, Division Bench Delhi High Court, India.

negative. They said that the said advertisements were not disparaging and were only comparing the advantages of the defendant's goods over the goods of others. The court also said that the advertisements did not denigrate the plaintiff's product. On the question of whether the claims made by the defendant were misleading or not the court relied on *Dabur India Ltd. vs M/S Colortek Meghalaya Pvt. Ltd*⁵⁹ and by looking at the intent, message and the story line of the advertisement decided that the ad was not about the comparative cholesterol lowering ability of Oryzanol but was more about showing that the defendant's product was sufficient to meet the daily requirements of the human body. The court said that it is not required of the defendant to declare each and every detail regarding the cholesterol lowering ability of Oryzanol as long as the intent, story line and message that has to be conveyed by the advertisement is not entirely untrue.

The next case that came before the Delhi High Court was between *Colgate Palmolive (India) Ltd. v. Hindustan Unilever Ltd.* In the present case the plaintiff brought an action against the defendant for its advertisement relating to its product 'Pepsodent GermiCheck Superior Power' alleging that the ads disparaged Colgate's product – Colgate Dental Cream Strong Teeth. The plaintiffs claimed that the claim made by HUL that Pepsodent GermiCheck has '130% attack power' was blatant lie. Giving out such false statements amounted to misleading the consumers and violated several provisions of the ASCI code as well as The Drug and Cosmetics Act, as it amounted to misbranding as well. The plaintiff's also claimed that the TV commercial depicts that Colgate's product could cause cavities and was therefore disparaging as well. The plaintiff also stated that HUL has a history of making false claims in respect of its products. The defendant relied on the *Dabur Colortek* case to show that courts have allowed comparative advertisement and have allowed manufacturers to claim superiority over their competitor's products if there is no denigration of the other product. The defendants then claimed that the tests that were conducted by HUL *in vivo* and *in vitro* supported their claims that their product had 130% germ attack power and that no claim was baseless. The Court relying on cases such as the *Dabur India v. Color-tek Meghalaya Pvt. Ltd.* and the *Reckitt and Colman of India Ltd. vs. M.P. Ramchandran and Anr.* which have been discussed before dismissed the case by saying that HUL was not denigrating the product of Colgate. The Court said that it is unable to identify any unfairness in this practice that may attract the clauses of ASCI code. They also said that such comparative advertising is permissible as

⁵⁹ FAO (OS) No. 625 of 2009, High Court of Delhi: New Delhi, Decided on 2 February, 2010.

long as the competitor's product is not derogated and disgraced while comparing. The Court also said that, too much cannot be read into the expressions of each individual character in the advertisements. The expressions and effects used in the advertisement only showed that Pepsodent was a better product but did not disparage Colgate's product. Also, the court said that as there is a comparison of products and an attempt to show that one is better than the other, then obviously both boys cannot have happy faces. The court also said considering HUL had conducted tests that showed that its product was 130% superior precisely then it is the duty of HUL to keep its consumers informed of the same.

Conclusion

The cases discussed above have one thing in common, the practice of puffing. As per my understanding any incident of puffing must amount to an "unfair trade practice" under the Consumer Protection Act as doing so would not be in public interest and should not be permitted. This observation comes from the case of *Colgate-Palmolive (India) Ltd. v. Anchor Health and Beauty Care Private Ltd.*⁶⁰ wherein the court decided that all puffing was illegal. The reasons which prompted the Court in reaching this conclusion were primarily related to consumer protection. It held that the question of the legality of puffing needed to be decided by balancing the right to freedom under Article 19 along with reasonable restrictions on that right in the form of consumer laws. The Court noted that the contrary decisions of other Courts were based on old English cases decided before consumer protection laws were put in place. Therefore, any proper determination of the legality of puffing must necessarily take into account consumer protection laws in India. The Court's motivation is clear from the following statement, "*But the recognition of this right (to puff) of the producers, would be to de-recognise the rights of the consumers guaranteed under the Consumer Protection Act, 1986.*" The basis for the rejection of prior Indian cases was that they relied on British law prior to the developments in consumer protection. But, the Indian cases were nonetheless decided after consumer protection laws came into effect. This means that Indian law on the point kept the two causes of action separate – an action for protection of consumer interests was conceptually distinct under Indian law from the tort of commercial disparagement. The Court seems to have

⁶⁰ *Colgate-Palmolive (India) Ltd. v. Anchor Health and Beauty Care Private Ltd.*, 2009(40) PTC653(Mad).

equated the two, thereby also equating the interests of consumers and the interests of competitors. Of course, *none of the other decisions held that consumers would not have a remedy if there was in fact a violation of consumer rights; they only held that this was not a relevant factor in considering questions vis-à-vis competitors.* In other words, the approach of the Court does not take into account the fact that comparative advertising can have two effects. It can, of course, have an impact on consumer interest – and the Consumer Protection Act is relevant in adjudicating on disputes between consumers and the advertiser. But, comparative advertising can also have an effect in terms of commercial disparagement – it can disparage the trade name of a competitor. *The previous decisions did not take into account the impact of consumer laws because they were concerned solely with this second effect.* This second effect is the basis of the tort of disparagement. And the case before the Court was a case between two competitors for disparagement – not between a producer and a consumer.

This decision brings to notice the fact that Indian courts till now were ignoring the Consumer Protection aspect of such cases and there is a need for Courts to start looking at this aspect as well to ensure that consumer interest are also taken care of. Cases like *Colgate v. Pepsodent* are needed to ensure that consumer interest are also taken care of and not ignored.

Comparative advertising holds significance in the market as it encourages product improvement and innovation; it also helps in lowering prices and thus, acts as a price leveller. However, the misuse of this form of advertising may mislead the consumer or may adversely affect the interests of the competitor whose goods are so compared.

The European Union, United States and India, all three have recognized the importance and magnanimity of comparative advertising in the society. The laws of these countries aim to protect the consumer from getting confused by deceptively similar products and also protect the competitor by preventing his product from getting adversely affected by disparaging comparative advertisements. Mere puffery is tolerated to a substantial extent in the three laws, however, the degree and mechanism of protection afforded to various forms of comparative advertising varies keeping in mind the scenario and requirement of the particular land.

The laws relating to comparative advertising in the European Union and the United States seem apt for the respective situations, however, the developing competition in the market and the fast emergence of new products makes one think that with this fast pace, the laws of these lands will develop further and

mould to cater to the needs of its people. The legal framework in India, however, needs to develop substantially. The law relating to comparative advertising must take care of the interests of all the concerned stakeholders, including manufacturers, advertisers, competing parties and consumers.⁶¹ The Consumer Protection Act, 1986, for instance, has proved insufficient as it excludes from its ambit competing manufacturers and sellers.⁶² A regulation scheme within the market should also be encouraged.⁶³ Courts should be cautious to intervene, keeping in mind the fragility of the situation. Nevertheless, it can be concluded that the legal framework of India, though not ideal, has been successful to a great extent, in addressing the adverse effects of comparative advertising in India.

Literature

Beller J.D., *Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Clients*, 29, Int'l Law (1995).

Chandan J.S., *Essentials of Advertising*, 3 (1990).

Gokhale P., Datta S., *Comparative Advertising in India: Evolving a Regulatory Framework*, 4 NUJS L. Rev. 131 (2011).

Kamvounias P.P., *Comparative Advertising and The Law: Recent Developments In The European Union*, EABR & ETLC Conference Proceedings (2010) available at http://www.cluteinstitute.com/proceedings/2010_Dublin_EABR_Articles/Article%20479.pdf.

Miskoczi-Bodnar P.P., *Definition of Advertising*, 3 European Integration Studies 25 (2004) available at www.uni-miskolc.hu/uni/res/kozlemenyek/2004/DEFINITION.doc.

Pompeo P.E., *To Tell the Truth: Comparative Advertising and Lanham Act— Section 43(a)*, 36, Cath U.L. Rev. (1987).

Reeskamp P.P., *Is comparative advertisement a trade mark issue?*, EIPR 130 (2008).

Villafranco J.E., *The Law of Comparative Advertising in the United States*, 16 IP Liti-gator (2010).

⁶¹ P. Gokhale, S. Datta, *op. cit.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

Małgorzata Żbikowska*

**KILKA REFLEKSJI NA KANWIE ROZWAŻAŃ
ZAMIESZCZONYCH W KSIĄŻCE
PT. *POZYCJA BIEGŁEGO W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM*,
POD RED. B. LEWANDOWSKIEGO, WARSZAWA 2016**

Streszczenie

Niniejszy szkic prezentuje kilka refleksji dotyczących opinii biegłego w polskim procesie karnym. Inspiracją dla poczynionej analizy stały się rozważania zamieszczone w monografii pt. *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016. W zaprezentowanym szkicu zwrócono uwagę na pewne ogólne problemy związane z opinią biegłego, do których można zaliczyć kwestię specyfiki opinii biegłego w porównaniu do innych osobowych środków dowodowych. Zwrócono szczególną uwagę na takie zagadnienia, jak to, czym jest opinia biegłego, jakich faktów ona dotyczy, czym się ona charakteryzuje, a także, jakie mogą być popełniane błędy w opiniach biegłych. Całość rozważań doprowadziła do konkluzji, że problematyka wielu zagadnień o charakterze podstawowym, a dotyczących opinii biegłego, pozostaje wciąż otwarta oraz warta pogłębionych rozważań.

Słowa kluczowe: biegły, opinia biegłego, pozycja biegłego, dowody, osobowe środki dowodowe

* dr Małgorzata Żbikowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, e-mail: m.m.zbikowska@gmail.com

I. Opracowanie naukowe pt. *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym* (dalej: *Pozycja biegłego*) stanowi publikację pokonferencyjną, składającą się z referatów wygłoszonych podczas zorganizowanej przez Fundację Instytut na rzecz Kultury Prawnej *Ordo Iuris* w Warszawie we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego konferencji, która odbyła się dnia 24 lutego 2016 r.¹ Książka ta składa się z trzech części: I – „Rola biegłego w systemie prawnym i sposób oceny jego opinii przez organy w postępowaniu karnym lub cywilnym”, II – „Weryfikacja kompetencji oraz rzetelności biegłych”, III – „Głosy w dyskusji”. Każda z tych części składa się z wielu (za wyjątkiem części III, która składa się z jednego) opracowań dotyczących partykularnych zagadnień związanych z szeroko pojętą problematyką roli biegłego w systemie prawa (karnego, cywilnego). W części I zawarto następujące opracowania: 1) *Opinia biegłego. Czym jest, czym być (nie) powinna* (autorstwa D. Wysockiego), 2) *Treść czynności sądowych w zakresie wezwania biegłego w postępowaniu cywilnym* (autorstwa L. Miroszewskiego), 3) *Przesłuchanie pokrzywdzonego poniżej 15 lat z udziałem biegłego psychologa – problemy praktyczne* (autorstwa A. Hejnar-Zawiszy), 4) *Weryfikacja biegłego i jego opinii w postępowaniu karnym* (autorstwa D. Drajewicza), 5) *Ocena opinii biegłego psychologa w postępowaniu karnym* (autorstwa S. Ładosia), 6) *Opinia sądowo-psychologiczna pod lupą krytyka – czyli o tym, co złe w opiniach biegłych* (autorstwa I. Markiewicz i Ł. Mazura), 7) *Wybrane problemy opiniowania przez biegłego z zakresu slangu narkotykowego* (autorstwa P. Gensikowskiego), 8) *Analiza kryminalna – o pół kroku dalej* (autorstwa J.M. Iwańca), 9) *Specyfika opinii biegłego w cywilnych procesach medycznych w aktualnym orzecznictwie i badaniach własnych* (autorstwa I. Wrześniewskiej-Wal), 10) *Pozycja biegłego psychiatry – jakość opinii i możliwości jej oceny* (autorstwa J. Heitzmana), 11) *Biegły psychiatra jako strażnik praw pacjenta* (autorstwa B. Kmieciaka). Część II obejmuje opracowania pt. 1) *Jakość weryfikowania kompetencji i rzetelności biegłych sądowych w Polsce. Studium przypadku* (autorstwa B. Lewandowskiego), 2) *Sposoby oceny kompetencji biegłych sądowych* (autorstwa P. Karaska i P. Rybickiego), 3) *Standardyzacja kształcenia ekspertów z zakresu badań identyfikacyjnych pisma jako podstawa wpisu na listę biegłych sądowych* (autorstwa A. Buczka), 4) *Elementy systemu oceny zgodności i ich przydatność do oceny kompetencji biegłych sądowych* (autorstwa M. Pękały i P. Rybickiego), zaś w części III znajduje się jedno opracowanie pt. *Myśli nieuczesane, czyli luźna refleksja postkonferencyjna. Czy*

¹ Informacje te czerpię ze wstępu przywołanej pracy.

prawo powinno wyprzedzać nowinki technologiczne, czy podążać za nimi, czy jednak zabezpieczać uczestników obrotu prawnego? (autorstwa G. Nauki).

Spektrum poruszonych zagadnień, ich różne ujęcie (zarówno z perspektywy prawa karnego oraz cywilnego, jak i medycyny), a także ważkość podniesionych problemów o znaczeniu dogmatyczno-prawnym oraz praktycznym, skłania do pogłębionej refleksji. Opracowanie naukowe poświęcone problematyce roli biegłego w systemie prawa polskiego zasługuje na uznanie z wielu względów, do których można zaliczyć m.in. pojawiające się zmiany w systemie prawa, bezpośrednio związane z pozycją biegłego, propozycje dokonania zmian legislacyjnych związanych z powoływaniem biegłych sądowych, a także wciąż pojawiające się błędy w opiniowaniu biegłych czy dopuszczaniu przez sąd opinii biegłych, które nie powinny stanowić podstawy do wydania określonego rozstrzygnięcia. Z tych wszystkich względów problematyka związana z rolą biegłego w systemie prawa będzie zawsze aktualna. Wieloaspektowość zaprezentowanych w monografii pt. *Pozycja biegłego* opracowań naukowych oraz poruszone w nich problemy umożliwiają refleksję, a nawet zachęcają do niej, wzięwszy pod uwagę fakt, iż wskazane opracowania są tematycznie pogrupowane, dotyczą one problemów zbliżonych, tyle że dokonywanych z różnej perspektywy. W przedstawionych poniżej wywodach ograniczono się wyłącznie do kilku wybranych refleksji, zaś ich przyczynkiem stały się rozważania zaprezentowane w tytułowej monografii, a zwłaszcza rozważania zaprezentowane przez D. Wysockiego.

II. Część zaprezentowanych w monografii *Pozycja biegłego* opracowań naukowych dotyczy zasadniczych (podstawowych) zagadnień związanych z opinią biegłego, do których można zaliczyć zagadnienia związane z tym, czym jest opinia biegłego, jak można i należy ją weryfikować, a także jakie są najczęściej popełniane błędy w opiniach biegłych². Refleksja, która może pojawić się na kanwie rozważań D. Wysockiego, sprowadza się do pytania podstawowego, a mianowicie: czym jest opinia biegłego? Zdaniem autora:

Opinia biegłego tym różni się od innych środków dowodowych o charakterze osobowym, że nie prezentuje obrazu faktu, tylko wyraża sąd na temat faktu istotnego dla rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania. Wniosko-

² Wskazanych zagadnień dotyczą opracowania pt. *Opinia biegłego. Czy jest, czym być (nie) powinna?; Weryfikacja biegłego i jego opinii w postępowaniu karnym; Ocena opinii biegłego psychologa w postępowaniu karnym; Opinia sędowo-psychologiczna pod lupą krytyka – czyli o tym, co złe w opiniach biegłych.*

wanie tego rodzaju umożliwia, za przyzwoleniem prawa, wiedza specjalna. Na tej podstawie ustala się nie odtwarzany fakt, lecz fakt, o którego istnieniu pozwala wnioskować inny fakt, fakty lub okoliczności. Relację, w jakiej pozostaje opinia biegłego do rzeczywistości materialnej, kształtuje tym samym wyrażana ocena, która opiera się na metodach poznawczych, w różnym stopniu sprawdzonych bądź uznanych za dziedziny wiedzy ścisłej³.

Autor ponadto wskazywał, że opinia biegłego jest sądem na temat faktu i wespół z innymi dowodami stanowi komponentę osądu, czyli rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu. Według tego autora opinia biegłego:

Nie stanowi jednak częściowego, zakresowego rozstrzygnięcia (osądu), ponieważ pozostaje tylko jednym ze środków dowodowych, a organ procesowy, dokonując oceny jej przydatności w konkretnej sprawie, czyni to zawsze na tle całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania. Różnica polega także na tym, że sąd na temat rzeczywistości, jakim pozostaje opinia biegłego, jest oświadczeniem wiedzy, podczas gdy osąd, czyli orzeczenie sądu (rozstrzygnięcie o przedmiocie postępowania), stanowi oświadczenie woli o charakterze imperatywnym⁴.

Z powyższej wypowiedzi wynika, że opinia biegłego jest nietypowym środkiem dowodowym o charakterze osobowym. Nietypowość ta zasadza się za założeniu, że o ile w przypadku innych aniżeli opinia biegłego środkach dowodowych o charakterze osobowym (np. w przypadku zeznań świadków zdarzenia) dochodzi w procesie karnym do zaprezentowania pewnych faktów, a nie sądu o nich, o tyle w przypadku biegłego i wydawanej przez niego opinii nie tyle dochodzi do zaprezentowania faktu, ile sądu o nim (interpretacji tego faktu)⁵. Przyjrzyjmy się bliżej temu twierdzeniu, mając w polu widzenia, że zarówno zeznania świadków, jak i opinia biegłego to tzw. oświadczenia wiedzy.

Inne niż opinia biegłego środki dowodowe o charakterze osobowym, np. zeznania świadków, są bądź przynajmniej powinny być pozbawione jakiegokolwiek elementu sądenia, pomimo tego, że w zasadzie każda osoba, która była świadkiem czynu zabronionego, dokonuje swego sądu tego czynu (czy osoby, która takiego czynu dokonała) bądź jego interpretacji (np. interpretacji zachowania oskarżonego czy interpretacji słów świadków *ex visu*). Niezależnie od pojawiających się sądów w umyśle świadków czynu zabronionego, winny one

³ D. Wysocki, *Opinia biegłego. Czy jest, czym być (nie) powinna?*, w: *Pozycja biegłego*, s. 13–14.

⁴ *Ibidem*, s. 15.

⁵ Nie przesądzam jeszcze, o jaki fakt chodzi.

zostać całkowicie odseparowane od tego, co obiektywne – a zatem od samego czynu (okoliczności tego czynu, sprawcy tego czynu itd.). Naturalnie zupełna separacja stanu obiektywnego od sądu o nim czy jego interpretacji jest tylko idealizacją, która w praktyce rzadko ma miejsce, co związane jest ze specyfiką zjawiska, jakim jest percepcja/postrzeżenie świadków zdarzenia⁶. W samym „akcie postrzegania” zawarty jest już bowiem element sądenia, jednakże ma on charakter nieświadomiony. A zatem integralnym składnikiem postrzegania jest ocena tego, co jest przedmiotem tego postrzegania⁷. Oznacza to, że zeznania świadka stanowią relację o określonym fakcie oraz jego nieświadomionej interpretacji, nie mogą one jednak obejmować interpretacji świadomej, czyli dokonywanej rozmyślnie, celowo. Z tych też względów podkreśla się, że zeznania świadka pozbawione są jakiegokolwiek elementu sądenia, mając przez to na myśli, iż zeznania świadka pozbawione są jakiegokolwiek elementu uświadomionego sądenia⁸. Nieświadomionego sądenia nie można raczej wyeliminować, chyba że zeznania dotyczą sytuacji, które zasadniczo nie wymagają nawet nieświadomionej interpretacji określonego zdarzenia (np. świadek zeznaje, że „oskarżony wbił nóż w plecy pokrzywdzonego”, „oskarżony uderzył pokrzywdzonego w głowę”). Wydaje się jednak, iż w „rzeczywistości procesowej” znacznie mniej zeznań pozbawionych jest nieświadomionego sądenia, zaś więcej takich, których integralnym elementem jest sądenie rozgrywające się poza świadomością (np. świadek zeznaje, że „oskarżony od pewnego czasu dziwnie patrzył się na

⁶ I tak T. Jaśkiewicz-Obydzińska pisząc o spostrzeżeniach, wskazywała, iż „Spostrzeżenie bywa daleką od rzeczywistości konstrukcją aparatu psychicznego [...]. Uzupełnianie spostrzeganego obrazu o elementy, których w nim nie ma, jest naturalną pracą psychiki ludzkiej”. A w końcu definiowała, że: „Spostrzeżenie jest procesem nadawania sensu dopływającym do świadomości bodźcom zgodnie z posiadanymi schematami poznawczymi wytworzonymi we wcześniejszych doświadczeniach”. T. Jaśkiewicz-Obydzińska, w: J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010, s. 85–86.

⁷ Jeżeli patrzę na jakiś obiekt, to dokonuję nieświadomionej jego oceny, np. czy mi się on podoba, czy nie, czy wzbudza moje zaufanie, czy wywołuje pozytywne emocje, czy mam do niego pozytywne nastawienie, czy się go boję itd.

⁸ Tytułem przykładu z nieświadomionym sądeniem będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy świadek zeznaje na okoliczność spowodowania śmierci pieszego przez oskarżonego poruszającego się na motocyklu, mówiąc: „oskarżony jadący na motorze z bardzo dużą prędkością”. To, czy mamy do czynienia z dużą prędkością, czy też nie, jest sprawą oceną, zaś dokonana ocena (sąd) niekoniecznie musi zgadzać się z ustalonymi zasadami ruchu drogowego (z ustaloną dozwoloną prędkością). Taka sytuacja byłaby szczególnie widoczna, gdyby zeznania kilku świadków różniły się w tym przedmiocie, np. gdyby jeden z nich wskazywał, że „oskarżony jechał na motorze z bardzo dużą prędkością”, a inny, że „oskarżony jechał na motorze z prędkością porównywalną do prędkości innych uczestników ruchu drogowego”. Oczywiście, ów nieświadomiony sąd ma istotne znaczenie w procesie karnym.

pokrzywdzoną”, „oskarżony jechał z dużą prędkością”, „oskarżony nigdy nie lubił pokrzywdzonego, ponieważ nigdy się do niego nie odzywał”, „pokrzywdzona szybko wybiegła z pomieszczenia, w którym przebywał oskarżony”, „pokrzywdzona była przestraszona”, „pokrzywdzona była ubrana wyzywająco, ponieważ miała spódnicę przed kolana” itd.). W przypadku zeznań świadka zawierających elementy nieuświadomionego sądenia to rolą sądu jest maksymalne wyeliminowanie czynnika sądenia z wypowiedzi świadka. Podsumowując ten fragment rozważań, można skonstatować, że zeznanie świadka jest oświadczeniem wiedzy najczęściej zawierającym w sobie czynnik nieuświadomionego sądenia oraz z konieczności pozbawionym elementu uświadomionego sądenia. Świadek bowiem nie powinien czynić jawnych sądów ani na temat innych uczestników procesu karnego (zwłaszcza oskarżonego), ani na temat samego czynu będącego przedmiotem postępowania karnego.

Powyższa analiza pozwala uznać, że w rzeczywistości społecznej mamy do czynienia z pewnym faktem (a zatem zjawiskiem obiektywnie zaistniałym w rzeczywistości społecznej), wyobrażeniem o tym fakcie (D. Wysocki pisał o „obrazie faktu”⁹) oraz sądem o wyobrażeniu o tym fakcie (albo sądem o obrazie faktu)¹⁰. Fakt istnieje obiektywnie oraz istnieje niezależnie od tego, czy jest on przedmiotem obserwacji, czy też nie. Oznacza to, że brak obserwatora nie pozbawia faktu jego istnienia (nie pozbawia istnienia faktu)¹¹. Wyobrażenie o fakcie wymaga istnienia zewnętrznego obserwatora, np. świadka zdarzenia. Wyobrażenie faktu pojawia się w umyśle obserwatora (pośredniego lub bezpośredniego) tego faktu. A zatem wyobrażenie faktu nie jest tożsame z faktem. Wyobrażenie faktu nie ma charakteru ściśle obiektywnego jak fakt. Zawiera ono bowiem integralny nieuświadomiony czynnik sądenia/interpretacji (splatają się w tym wypadku elementy obiektywne i subiektywne). Z kolei sąd

⁹ D. Wysocki, *op. cit.*, s. 14.

¹⁰ Upraszczając, niekiedy mówimy o sądzie na temat faktu. Warto jednak zwrócić uwagę, iż jest to pewien skrót myślowy. Jak to już bowiem wskazano w tekście niniejszego szkicu, stoję na stanowisku, iż skoro fakt istnieje obiektywnie, a człowiek poprzez percepcję tego faktu dokonuje jego nieuświadomionej oceny, to jego sąd nigdy nie może wprost dotyczyć faktu, tylko obrazu tego faktu, który już funkcjonuje w umyśle podmiotu.

¹¹ Należy w tym miejscu poczynić pewne zastrzeżenie. Otóż fakt, o którym tu napisano, jest faktem społecznym, a więc zaistniałym w rzeczywistości społecznej. Innymi słowy nie pisało tu o każdym fakcie, np. o pewnych faktach fizycznych. Na gruncie fizyki (ściślej mechaniki kwantowej) sprawa ta bowiem nie jest wcale tak oczywista, a wręcz mogłaby zostać z łatwością podważona poprzez stwierdzenie, że byt faktu zależy od zewnętrznego obserwatora (od dokonanej czynności obserwacji). Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w makroświecie, a zatem i w rzeczywistości społecznej.

o wyobrażeniu o fakcie jest uświadomioną opinią na temat wyobrażenia faktu i ma on charakter czysto subiektywny. Zeznania świadków są wypowiedziami przedstawiającymi wyobrażenia o fakcie, z kolei nigdy nie mogą stanowić sądu o wyobrażeniu o tym fakcie (sądu o obrazie faktu). Pozostaje to koherentne z założeniem, że zeznania świadków mają jedynie relacjonować zdarzenie/zachowanie czy spostrzeżenie o fakcie. Na wyobrażenia oraz sądy o nich wskazywał już D. Hume, pisząc:

Jest rzeczą oczywistą, że cokolwiek jest dane bezpośrednio pamięci i co uderza umysł z żywością, która przypomina bezpośrednio daną impresję, to musi nabrać znacznej wagi we wszystkich operacjach umysłu i musi łatwo odróżniać się od czystych fikcji wyobraźni. Z tych impresji albo idei pamięci tworzymy rodzaj systemu, który obejmuje wszystko, co, jak sobie przypominamy, było kiedyś dane bezpośrednio bądź naszej percepcji wewnętrznej, bądź naszym zmysłom; i każdy element składowy tego systemu łącznie z danymi aktualnie impresjami radzi jesteśmy nazywać rzeczą realną. Lecz umysł tu się nie zatrzymuje. Znajdując bowiem, że z tym systemem percepcji wiąże się inny przez nawyk lub [...], przez stosunek przyczyny i skutku, umysł przechodzi do rozważania tych idei, że zaś czuje on, iż jest w pewien sposób koniecznie wyznaczone, że musi on zwrócić się ku tym właśnie ideom i że nawyk czy stosunek, który to wyznacza, nie dopuszcza najmniejszej zmiany, przeto tworzy z nich nowy system, któremu podobnie daje dostojny tytuł realności. Pierwszy z tych systemów jest przedmiotem pamięci i zmysłów, drugi przedmiotem sądu¹².

Abstrahując w tym miejscu w zupełności od bliższej charakterystyki przytoczonego poglądu¹³, należy zwrócić uwagę na wyłuszczone powyżej jasne rozróżnienie pomiędzy tym, co można określić jako przedmiot pamięci i zmysłów, a tym, co można określić jako przedmiot sądu. Na gruncie prawa karnego procesowego to jedynie przedmiot pamięci i zmysłów świadków zdarzenia ma znaczenie, zaś przedmiot sądów świadków zdarzenia pozostaje zasadniczo prawnie obojętny.

III. Wcześniej wskazano już, że opinia biegłego jest nieklasycznym środkiem dowodowym o charakterze osobowym, zaś nietypowość ta polega na konieczności zaprezentowania przez biegłego sądu na temat faktu istotnego dla rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania. W związku z tym należy zastano-

¹² D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej. Tom I. O Rozumie*, tł. Cz. Znamierowski, Wydanie z 1963, s. 145 (tytuł oryginału: *A Treatise of Human Nature*).

¹³ Jego treść jest bowiem znacznie głębsza niż to, co chcę w tym miejscu wyrazić.

wić się, czym jest ten sąd, czego on w rezultacie dotyczy oraz czym różni się taki sąd od osądu dokonywanego przez organ procesowy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 193 § 1 k.p.k. jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego lub biegłych. Oczywiście „okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy” to takie okoliczności, które wymagają wiedzy specjalistycznej, a więc takiej, której nie posiada każdy podmiot o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu oraz zasobie wiedzy¹⁴. Jednocześnie stwierdzenie takiej okoliczności musi mieć istotne znaczenie z perspektywy rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu karnego. Przepis art. 193 § 1 k.p.k. przewiduje więc kompetencję sądu, z której ów organ procesowy musi uczynić użytek w sytuacji, kiedy dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu konieczne jest stwierdzenie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych.

Opinia biegłego jest sądem na temat faktu, a ściślej – zgodnie z powyżej zakrojonymi rozważaniami dotyczącymi podziału na fakt, wyobrażenie faktu oraz sądu o wyobrażeniu faktu – jest ona właśnie sądem o wyobrażeniu faktu (sądem o obrazie faktu). Jednakże jest to sąd zupełnie inny aniżeli ten, który może pojawić się u świadków czynu zabronionego. Jego odmienność zasadniczo sprowadza się do dwóch kwestii. Po pierwsze, biegły nigdy nie może być świadkiem czynu zabronionego¹⁵, a zatem jego wyobrażenie o fakcie zawsze będzie miało charakter pośredni, co oznacza, że zawsze zostanie ukształtowane drogą pośrednią. W przypadku świadków czynu zabronionego ich wyobrażenie o fakcie może zostać ukształtowane bądź bezpośrednio (w przypadku świadków *ex visu*), bądź pośrednio (w przypadku świadków *ex auditu*). Ponieważ biegły nigdy nie styka się bezpośrednio z faktem, dlatego też jego wyobrażenie o fakcie nigdy nie będzie ukształtowane bezpośrednio. Po drugie, sąd (czynność sądenia/osądzania) biegłego różni się od sądu świadka. O ile sąd świadka na temat wyobrażenia o fakcie, np. wyobrażenia o zaobserwowanym czynie zabronionym, jest sądem świadomym, koniecznym i nieprovokowanym niczym z zewnątrz (a więc dokonywanym bez jakiegokolwiek polecenia) i jednocześnie niepodlegającym żadnej weryfikacji, a także żadnym ściśle reglamentowanym zasadom

¹⁴ Więcej o tzw. wiadomościach specjalnych zob. K. Pachnik, *Biegli w praktyce sądowej*, Siedlce 2015, s. 35–45; T. Nowak, *Dowód z opinii biegłego w polskim procesie karnym*, Poznań 1966, s. 17 i n.

¹⁵ Wynika to z przepisu art. 196 k.p.k.

myślenia, o tyle sąd biegłego posiada zupełnie inne cechy. Jest on sądem świadomym, niekoniecznym i prowokowanym poleceniem organu procesowego o wydanie takiej opinii, a także poddawany weryfikacji¹⁶ i podlegającym ściśle określonym zasadom myślenia wyznaczonym przez naukę. A zatem w przypadku świadka uświadomione sądy o obrazie faktu są niepożądane w procesie karnym, jednak w przypadku opinii biegłego są one pożądane i konieczne, a także wprost są immanentnie związane z taką opinią. Założenie, że opinia biegłego jest sądem (czynnością sądenia), było już wielokrotnie podkreślane w literaturze przedmiotu¹⁷.

W tym miejscu warto jeszcze raz zwrócić uwagę na zacytowane już wcześniej słowa D. Wysockiego o tym, że:

Wnioskowanie tego rodzaju umożliwia, za przyzwoleniem prawa, wiedza specjalna. Na tej podstawie ustala się nie odtwarzany fakt, lecz fakt, o którego istnieniu pozwala wnioskować inny fakt, fakty lub okoliczności¹⁸.

A zatem o jaki fakt chodzi? Wcześniej wskazano już, że w przypadku opinii biegłego mowa o fakcie istotnym dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu. Może to być np. fakt posiadania przez oskarżonego zaburzeń psychicznych uniemożliwiających mu rozpoznanie znaczenia czynu, fakt pozostawiania przez oskarżonego pod wpływem środków odurzających i w konsekwencji niemożność pokierowania swoim postępowaniem itd. Fakt taki nie jest jednak odtwarzany, zadaniem biegłego nie jest bowiem ustalenie (odtworzenie) stanu faktycznego sprawy¹⁹. Skoro biegły dokonuje pewnego sądu na temat faktu (wyobrażenia o fakcie), to należy zadać pytanie także o to, w jaki sposób ów sąd powstaje. Z zacytowanej powyżej wypowiedzi D. Wysockiego wynika, iż do powstania sądu dochodzi na podstawie wnioskowania, gdzie wnioskiem tego wnioskowania jest osądzony fakt, zaś przesłanką tego wnioskowania jest fakt, fakty lub okoliczności, które pozwalają wnosić o innym fakcie. Wnioskowanie to posiada pewne

¹⁶ Naturalnie wskazana weryfikacja nie może polegać na polemice sądu z założeniami biegłego.

¹⁷ K. Pachnik dokonując przeglądu poglądów przedstawicieli nauki polskiej na zagadnienie opinii biegłego, przytoczył kilka definicji, z których wynika, że opinia biegłego to: „sąd o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach [...]”, „zapatrywanie wyrażone w sądzie przez osobę niezainteresowaną rozstrzygnięciem sprawy”, „forma przedstawienia oceny będącej [wyjaśnieniem [...]] kategorycznym albo niekategorycznym wątpliwości powstałych w określonych okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach”. Zob. K. Pachnik, *op. cit.*, s. 46–49.

¹⁸ D. Wysocki, *op. cit.*, s. 13–14.

¹⁹ K. Pachnik, *op. cit.*, s. 49.

cechy. Po pierwsze jest ono wnioskowaniem z racji o następstwie²⁰ (wnioskowanie dedukcyjne), po drugie jest ono wnioskowaniem uprawnionym (dokonywanym za przyzwoleniem prawa), po trzecie jest ono wnioskowaniem opartym na określonych, potwierdzonych zasadach nauki, po czwarte jest ono wnioskowaniem weryfikowalnym, a w końcu, po piąte, jest ono wnioskowaniem z założenia niezawodnym. Tytułem przykładu, z faktu (F1) posiadania przez pokrzywdzonego trzech ran kłutych na klatce piersiowej, z których rana w serce wynosiła 12 cm, rana w mostek 5 cm, a rana w płuco 6 cm (przesłanka), wnioskuje się, (F2) że to rana w serce, jako rana najgłębsza, była bezpośrednią przyczyną śmierci (wniosek), bądź że z faktu (F1) otrzymania kilku prób pisma ręcznego oskarżonego i ustaleniu określonych cech tego pisma (przesłanka) wnioskuje się, (F2) że podpis na dokumencie nie jest podpisem nakreślonym przez oskarżonego, ponieważ parametry pisma zaprezentowanego w próbach oraz pisma na dokumencie nie są takie same (wniosek), czy z faktu (F1) zażycia przez oskarżonego określonej ilości danego środka odurzającego (przesłanka) wnioskuje się (F2), że oskarżony nie mógł pokierować swoim postępowaniem w czasie czynu (wniosek). Fakt, iż czasami w opiniach biegłych dochodzi do wysuwania błędnych wniosków, wcale nie podważa założenia, iż wnioskowanie, które winno leżeć u podłoża wydawanej opinii, to wnioskowanie dedukcyjne, ale oznacza, że zostało ono źle zastosowane, ze względu na zaistniały w tym wnioskowaniu błąd materialny lub formalny²¹. I tak **z błędem materialnym we wnioskowaniu dedukcyjnym** mamy do czynienia, gdy bierzemy pod uwagę we wnioskowaniu przesłanki fałszywe, mylnie uważając je za prawdziwe, zaś **z błędem formalnym** mamy do czynienia, gdy ktoś uważa swoje wnioskowanie za dedukcyjne, zaś w rzeczywistości dany wniosek nie wynika logicznie z przesłanek (a zatem w konsekwencji nie mamy do czynienia z wnioskowaniem dedukcyjnym)²². Przykładowo, gdy biegły przyjmuje, że każda rana kłuta w klatkę piersiową w okolicę serca, o głębokości od 4 cm i więcej, jest raną śmiertelną, i na tej podstawie wnioskuje, że to rana kłuta o głębokości 4 cm zadana pokrzywdzonemu w klatkę piersiową (jako jedna z trzech ran mu zadanych) spowodowała jego śmierć, popełnia błąd materialny. Za podstawę została bowiem przyjęta fałszywa przesłanka, ponieważ nie

²⁰ Czasami to następstwo jest dane (np. śmierć pokrzywdzonego), czasami zaś to następstwo nie jest dane, tylko jest ustalane, wywnioskowywane (np. że zdolność rozpoznania znaczenia czynu była ograniczona).

²¹ Na temat błędów we wnioskowaniach dedukcyjnych pisał Z. Ziemiński. Zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 176–177.

²² *Ibidem*.

każda rana kłuta o głębokości 4 cm zadana w okolice serca jest raną śmiertelną (śmierć pokrzywdzonego mogła spowodować np. inna rana kłuta o głębokości 12 cm zadana w płuco). Z kolei z błędem formalnym moglibyśmy mieć do czynienia, gdyby biegły uznał, że skoro każda rana kłuta o głębokości 7 cm i więcej zadana w serce powoduje śmierć, to każda rana kłuta o głębokości 7 cm i więcej zadana gdziekolwiek na ciele pokrzywdzonego powoduje śmierć. Nie trzeba specjalnie przekonywać, iż z przesłanki tego wnioskowania nie wynika logicznie jego wniosek.

Przyznanie przez sąd wiarygodności opinii biegłego wymaga od tego biegłego dokładnego zaprezentowania przyjętego przez siebie schematu wnioskowania, choć przepis art. 200 § 2 k.p.k. wskazujący niezbędne elementy, które winna zawierać każda opinia biegłego, w pkt 5 stanowi jedynie o konieczności uczynienia sprawozdania z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz opartych na nich wniosków. Ze wskazanego przepisu prawnego można byłoby wywieść, że biegły w swojej opinii ani nie musi wskazywać przesłanek swojego wnioskowania, ani mechanizmu tego wnioskowania, jednakże takie założenie byłoby błędne. Fakt, iż biegły musi zaprezentować sprawozdanie z przeprowadzonych czynności, a zatem, że musi wskazać, jakie czynności przeprowadził, nakazuje mu ujawnienie mechanizmu przyjętego przez siebie wnioskowania. Ponadto konieczność zaprezentowania wniosku wnioskowania nie może obejść się ani bez przedstawienia przesłanki tego wnioskowania, ani jego mechanizmów. Ujawnienie wniosku danego wnioskowania bez ujawnienia elementów poprzedzających ten wniosek powodowałoby, iż wniosek tego wnioskowania należałoby uznać za arbitralny i niezajdujący logicznych podstaw. Potwierdzenie takiego toku rozumowania stanowi przepis art. 201 k.p.k. wskazujący, że jeżeli opinia jest niepełna lub niejasna, albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać tych samych biegłych lub powołać innych. Nie wnikając głębiej w treść przepisu art. 201 k.p.k., należy tylko wskazać, iż niepełność lub niejasność opinii może właśnie wynikać z braku zaprezentowania mechanizmu przyjętego przez biegłego wnioskowania lub pominięcia pewnych przesłanek tego wnioskowania, zaś sprzeczność opinii może wynikać z niezgodności pomiędzy przesłankami tego wnioskowania a jego wnioskiem.

Z powyższego wynika, że biegły powinien wskazać przyjęte przez siebie metody badawcze, ustalić przesłanki swojego wnioskowania, jak również zaprezentować dlaczego (na jakiej podstawie) skonstruował określony wniosek

tego wnioskowania²³. Szczegółowo kwestię tę relacjonował Sąd Najwyższy, pisząc:

Moc przekonująca opinii biegłych uzależniona jest od argumentów, które pozwalają organom przyjąć opinię jako zasadną. Nie wystarcza więc żeby biegli przedstawili swoją ostateczną konkluzję, lecz powinni oni również wskazać drogę, która doprowadziła ich do odpowiedzi na postawione pytania. W szczególności opinia powinna zawierać opis metod i sposobu przeprowadzenia badań, określenie porządku, w jakim je przeprowadzono, oraz przytaczać wszystkie argumenty oparte na stwierdzonych okolicznościach, które mają związek z badanymi faktami, a które podbudowane są fachowymi wyjaśnieniami biegłych. W tej właśnie części biegli uzasadniają swoje poglądy wyrażone w końcowych wnioskach i dlatego też ta część powinna zawierać najwięcej materiału opartego na specjalistycznej wiedzy²⁴.

Jak to już podkreślono, sąd co prawda nie posiada uprawnienia do kwestionowania założeń biegłego, a więc przyjętej przez niego metody badawczej, przesłanek wnioskowania, mechanizmu wnioskowania oraz wniosku wnioskowania, aczkolwiek ów organ procesowy posiada uprawnienie (wynikające

²³ Wielokrotnie wskazuje się to w literaturze, szczegółowo charakteryzując elementy składające się na opinię biegłego. Tytułem przykładu M. Jarema wskazywał, że opinia biegłego powinna zawierać następujące elementy: 1) opis metod oraz sposobu i porządku przeprowadzenia badań; 2) przytoczenie wszystkich argumentów opartych na okolicznościach mających związek z badanymi faktami (dowodami), a także zajęte stanowisko wobec każdego z nich; 3) wskazanie na fakty pomocne w dokonywanej ocenie (np. w ocenie stanu psychicznego osoby opiniowanej) wraz z uzasadnieniem swojego wyboru oraz stwierdzonymi zależnościami; 4) ustosunkowanie się do każdego dokumentu dotyczącego leczenia osoby opiniowanej; 5) wymienienie i przytoczenie przesłanki, dla której przyjmuje pogląd, co do którego w nauce istnieją rozbieżności; 6) podanie konkluzji oraz szczegółowej prezentacji działań, jakie podjął biegły i metod jakie zastosował. M. Jarema, *Zalecenia konsultanta krajowego w dziedzinie psychiatrii w sprawie struktury opinii sądowo-psychiatrycznej w sprawach karnych i cywilnych*, Warszawa 2007. Poglądy M. Jaremy zacytowałam z monografii autorstwa K. Eichstaedta, P. Gałęckiego, A. Depki, *Metodyka pracy biegłego psychiatry oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroceń*, Warszawa 2014, s. 215–216. Potwierdzeniem rozważań czynionych w niniejszym szkicu są także słowa J. Przybysza, który wskazywał, że „Opinia ma być protokołem dokonywanych przez biegłych czynności i wskazywać drogę, która doprowadziła do ustalonych przez nich wniosków. Powinna zawierać wszystkie dane, na których oparli się biegli oraz ich psychopatologiczną interpretację”. Tak: J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników*, Inowrocław 2007, s. 41. Na konieczność wskazania klarownego wyводу przez biegłego wskazywał także S. Ładoś, *Ocena opinii biegłego psychologa w postępowaniu karnym*, w: *Pozycja biegłego*, s. 69, zaś na nieprawidłowości w opiniach skazywał J. Heitzman, *Pozycja biegłego psychiatry – jakość opinii i możliwości jej oceny*, w: *Pozycja biegłego*, s. 128–129.

²⁴ Wyrok SN z 19.IX.1973r., III KR 187/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 18. Wyrok przytaczam za J. Przybyszem, który powoływał się na jego treść w: *Psychiatria sądowa...*, s. 47.

z przepisu art. 7 k.p.k.) do oceny wiarygodności tak zaprezentowanego dowodu z opinii biegłego. Z tych względów biegły nie tylko powinien rzetelnie zaprezentować, co uznał za przesłankę wnioskowania, jaki przyjął schemat wnioskowania, przy użyciu jakich metod badawczych oraz jaki wyniknął z tego wniosek, ale także **dla jasności zaprezentowanego schematu wnioskowania winien on zostać pozbawiony przesłanek *en thymo*** (przesłanek entymematycznych), chyba że są one prawdami znanymi powszechnie. Przesłankami entymematycznymi są przesłanki niewypowiedziane (niewyrażone), przemilczane, domyślne, pominięte²⁵. Innymi słowy, pominięcie pewnych przesłanek wnioskowania, choć we wnioskowaniu dedukcyjnym jest dopuszczalne, to winno być – w przypadku wydania przez biegłego opinii – dokonywane z rozwagą, albowiem coś, co dla biegłego jest oczywiste, nie musi być zawsze oczywiste dla sądu. Z kolei brak oczywistości sądu co do przyjętego przez biegłego schematu wnioskowania może już wpłynąć na stopień wiarygodności tego dowodu, a nawet na odebranie mu takiej wiarygodności. Podsumowując tę część rozważań, należy uznać, że opinia biegłego jest wykształconym pośrednio, opartym na wnioskowaniu dedukcyjnym, sądem biegłego na temat wyobrażenia faktu, dokonywanym na podstawie prawa, z uwzględnieniem naukowo potwierdzonych metod badawczych.

IV. Rozważania nad opinią biegłego należałoby jeszcze uzupełnić o dwie kwestie, sprowadzające się do refleksji nad stosunkiem opinii biegłego do rzeczywistości materialnej, a także nad – wcześniej już zadany pytanie – o różnicę pomiędzy sądem biegłego wyrażonym w opinii a osądem organu procesowego, jakim jest sąd. Obie te kwestie w swojej wypowiedzi poruszył D. Wysocki. Autor pisał:

Relację w jakiej pozostaje opinia biegłego do rzeczywistości materialnej, kształtuje tym samym wyrażana ocena, która opiera się na metodach poznawczych, w różnym stopniu sprawdzonych bądź uznanych za dziedziny wiedzy ścisłej²⁶.

Ze wskazanej wypowiedzi warto wyłuszczyć, iż relację opinii biegłego do rzeczywistości materialnej kształtuje wyrażana ocena. Jest to założenie niezmiernie istotne, ukazujące wagę (znaczenie) opinii biegłego w perspektywie ustalania

²⁵ Na temat przesłanek entymematycznych pisał Z. Ziemiński, w: *Logika...*, s. 150.

²⁶ D. Wysocki, *op. cit.*, s. 14.

prawdy w procesie karnym. Pomiędzy rzeczywistością materialną a wnioskiem zawartym w opinii występuje sąd biegłego, jego ocena ukształtowana np. na podstawie udostępnionych mu, w zakresie niezbędnym do wydania opinii, akt sprawy (zob. art. 198 k.p.k.). Skoro opinia biegłego jest sądem, a sądy nigdy nie są pewne, tylko prawdopodobne, to należy wskazać, że **opinia biegłego prezentuje wnioski, które są jedynie prawdopodobne**, choć z uwagi na wiedzę specjalistyczną, którą posiadają biegli, uznajemy (naturalnie przy przyznaniu wiarygodności takiej opinii), że są one prawdopodobne w stopniu najwyższym z możliwych²⁷. Prawdopodobieństwo wniosków zawartych w opinii biegłego szczególnie widoczne jest przy wydawaniu przez biegłych **tzw. opinii alternatywnej**, w sytuacji, w której biegli – pomimo posiadania należytej wiedzy i doświadczenia zawodowego, a także odpowiednich metod i narzędzi badawczych – nie są w stanie wydać opinii jednoznacznej i przekonująco uzasadnionej. Niemożność wydania jednoznacznej opinii może wynikać z wielu względów, np. ze względu na długotrwałe zaburzenia reaktywne lub umiejętną symulację oskarżonego, które uniemożliwiają wgląd w jego stan psychiczny w chwili czynu, lub choćby ze względu na znaczny upływ czasu, który nastąpił od popełnienia czynu zabronionego i który jednocześnie niweczy możliwość dokonania wielu ustaleń²⁸. W takim przypadku wydanie tzw. opinii alternatywnej, która jest przekonująco i dostatecznie uzasadniona, może mieć miejsce w procesie karnym. Jednakże,

Aby opinia taka mogła spełnić swoje zadanie, wszystkie przesłanki poszczególnych wersji muszą być wyszczególnione i krytycznie omówione. Uzasadniając to materiałem dowodowym biegli mogą przyjąć kolejność prawdopodobieństwa poszczególnych wersji, a nawet uznać jedną z nich za najbardziej prawdopodobną i przychylić się do niej, podkreślając jednak wyraźnie, że jest to opinia ich zdaniem najprawdopodobniejsza, ale jedna z możliwych²⁹.

Jednak opinia alternatywna ani nie może opierać się na ocenie materiału dowodowego (nie należy to bowiem do kompetencji biegłego), ani nie może polegać na przyjmowaniu wersji dla oskarżonego najbardziej korzystnej³⁰. Adre-

²⁷ Tylko wówczas, gdyby biegły był jednocześnie świadkiem czynu zabronionego, moglibyśmy mówić o pewności, a nie prawdopodobieństwie (choć i tak nie we wszystkich przypadkach). Ze względu na wcześniej już podkreślany fakt, iż biegły nie może być jednocześnie świadkiem czynu zabronionego, zawsze mowa o prawdopodobieństwie jego wniosków, a nie o pewności.

²⁸ Tak: J. Przybysz, *op. cit.*, s. 49–50.

²⁹ *Ibidem*, s. 50.

³⁰ *Ibidem*.

satem zasady *in dubio pro reo* jest bowiem sąd, nie biegły. Co za tym idzie, wydanie przez biegłego opinii alternatywnej, a więc niekategorycznej, choć należy uzasadnionej, przy założeniu, że opinia jednoznaczna nie mogłaby zostać w danym wypadku wydana, może mieć miejsce w procesie karnym. W świetle istnienia takiej możliwości uzasadnione jawi się zaostrenie odpowiedzialności karnej biegłych za nieumyślne sporządzenie fałszywej opinii, narażającej na istotną szkodę interes publiczny (zob. art. 233 § 4a k.k.).

Skoro biegły wyraża sąd o wyobrażeniu faktu, który nie jest tożsamy z tymże faktem, to tym bardziej konieczne jest (w nawiązaniu do powyższych rozważań) zaprezentowanie dokonanego przez siebie mechanizmu sądenia. Jest to szczególnie istotne także z tego względu, iż opinia biegłego jest – wespół z innymi dowodami przyjętymi za podstawę ustaleń – komponentą osądu organu procesowego, choć oczywiście nie oznacza to, że stanowi ona jakiś zakresowy komponent rozstrzygnięcia organu procesowego, jakim jest sąd³¹. Innymi słowy, opinia biegłego jako sąd biegłego o wyobrażeniu faktu nie jest żadną ułamkową częścią osądu organu rozstrzygającego, ale stanowi podstawę dla organu rozstrzygającego dla wydania własnego sądu. Sąd organu rozstrzygającego jest zatem sądem o sądzie (albo opinia organu rozstrzygającego jest opinią o opinii). Osąd organu rozstrzygającego nie jest więc dokonywany jedynie w oparciu o wyobrażenia o faktach bądź bezpośrednią percepcję dowodów rzeczowych, ale także w oparciu o sądy innego podmiotu. Co za tym idzie, można uznać, że **osąd organu rozstrzygającego jest metasądem wszystkich sądów** (zarówno tych nieuświadomionych – jak np. w przypadku świadków, jak i uświadomionych – jak np. u biegłych). W literaturze podkreślano różnice oraz cechy wspólne sądu biegłego oraz sądu organu rozstrzygającego. I tak wskazywano, że:

Ze względu na ową rolę oceniającą i rozstrzygającą upodabnia się funkcja biegłego w procesie do funkcji sędziego. Tak samo jak sędzia rozstrzygnąć on musi postawione przed nim kwestie na podstawie swej wiedzy specjalnej. Dlatego jego dowodowe doświadczenie ma strukturę logiczną podobną do orzeczenia sądowego. Chodzi o stwierdzenie faktów, skonfrontowanie z odpowiednimi zasadami i wyciągnięcie z nich odpowiedniego wniosku będącego rozstrzygnięciem kwestii stanowiącej przedmiot postępowania³².

³¹ Podkreślał to D. Wysocki, *op. cit.*, s. 15.

³² *Ibidem*, s. 15, przypis 8. Autor odwoływał się w tym zakresie do poglądów M. Cieślaka, K. Spetta, W. Woltera, w: *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1968, s. 344.

Podsumowując ten fragment rozważań, należy zwrócić uwagę, że opinia biegłego jest – jako jeden z wielu dowodów – komponentą osądu organu procesowego. Nie może ona jednak tego osądu zastępować. Zarówno biegły nie może wcielać się w rolę sądu³³, jak i sąd nie może wcielać się w rolę biegłego. Określenie, że sąd nie może wcielać się w rolę biegłego, oznacza, że w sytuacji, w której zachodzi konieczność oparcia się na wiedzy podmiotu posiadającego wiadomości specjalne, to ów organ procesowy powinien powołać biegłego, który taką wiedzę posiada. Co za tym idzie, sąd nie może poprzestać na własnej wiedzy, choćby nawet posiadał on wiadomości specjalne w danej dziedzinie (wiedza sądu może być jednak pomocna dla weryfikacji zawartości merytorycznej opinii biegłego)³⁴. Ponadto sąd nigdy nie może ograniczyć się do odrzucenia opinii biegłego, w której np. taka opinia zdaniem sądu nie jest wiarygodna. Co za tym idzie, sąd nie jest uprawniony do wdawania się w merytoryczną ocenę okoliczności wymagających wiadomości specjalnych, wyrażając odmienny pogląd od tego, który zaprezentował biegły³⁵. Innymi słowy, wdawanie się przez sąd w polemikę z założeniami biegłego jest zupełnie niewłaściwe. W przypadku pojawienia się u sądu pewnych wątpliwości związanych z opinią biegłego konieczne jest powołanie nowego biegłego. Powyższe założenie zasadza się na prostej konstatacji, że opinia biegłego może być przez sąd jedynie oceniana, jako wiarygodna lub niewiarygodna, np. z perspektywy jej zupełności lub rzetelności, natomiast nie może być weryfikowana merytorycznie. Opinia biegłego nie współtworzy rozstrzygnięcia sądu, ale może przyczynić się do wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia sądu.

V. Zaprezentowane powyżej rozważania, których inspiracją stały się poglądy wyrażone w opracowaniu pt. *Pozycja biegłego*, a zwłaszcza w artykule D. Wysockiego, pozwalają na uznanie, że ogólna problematyka związana z dowodem z opinii biegłego wciąż zasługuje na uwagę. Zagadnienie pozycji biegłego w polskim systemie prawa, a także problemy związane z opiniowaniem biegłych mają bowiem istotne znaczenie zarówno z perspektywy dogmatyki prawa, jak i praktyki stosowania prawa. Liczne opracowania naukowe w tym przedmiocie, a także zmiany legislacyjne unaoczniają, że zagadnienia związane z opiniowaniem biegłych stanowią wciąż aktualną problematykę badawczą.

³³ O wchodzeniu przez biegłych w kompetencje sądu pisał D. Drajewicz, *Weryfikacja biegłego i jego opinii w postępowaniu karnym*, w: *Pozycja biegłego*, s. 52.

³⁴ I. Markiewicz, Ł. Mazur, *Opinia sądowo-psychologiczna pod lupą krytyka – czyli o tym co zle w opiniach biegłych*, w: *Pozycja biegłego*, s. 73.

³⁵ Zob. postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 21.02.2013r., II Aka 7/13, Legalis nr 1023861.

Literatura

- Cieślak M., Spett K., Wolter W., *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1968.
- Drajewicz D., *Weryfikacja biegłego i jego opinii w postępowaniu karnym*, w: *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Eichstaedt K., Gałęcki P., Depko A., *Metodyka pracy biegłego psychiatry oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, Warszawa 2014.
- Gierowski J.K., Jaśkiewicz-Obydzińska T., Najda M., *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010.
- Heitzman J., *Pozycja biegłego psychiatry – jakość opinii i możliwości jej oceny*, w: *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Hume D., *Traktat o naturze ludzkiej. Tom I. O Rozumie*, tł. Cz. Znamierowski, wydanie z 1963 (tytuł oryginału: *A Treatise of Human Nature*).
- Jarema M., *Zalecenia konsultanta krajowego w dziedzinie psychiatrii w sprawie struktury opinii sądowno-psychiatrycznej w sprawach karnych i cywilnych*, Warszawa 2007.
- Ładoś S., *Ocena opinii biegłego psychologa w postępowaniu karnym*, w: *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Markiewicz I., Mazur Ł., *Opinia sądowno-psychologiczna pod lupą krytyka – czyli o tym co złe w opiniach biegłych*, w: *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Nowak T., *Dowód z opinii biegłego w polskim procesie karnym*, Poznań 1966.
- Pachnik K., *Biegli w praktyce sądowej*, Siedlce 2015.
- Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Przybysz J., *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników*, Inowrocław 2007.
- Wysocki D., *Opinia biegłego. Czym jest, czym być (nie) powinna*, w: *Pozycja biegłego w polskim systemie prawnym*, red. B. Lewandowski, Warszawa 2016.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 2002.

A FEW REFLECTIONS ON THE BOOK: *POSITION OF AN EXPERT IN THE POLISH LEGAL SYSTEM*, ED. B. LEWANDOWSKI, WARSAW 2016

Summary

The article presents a few reflections on the expert opinion in the Polish criminal process. The article describes some general problems related to the expert's opinion including the question of the specifics of the expert's opinion in comparison to other evidence, what is the expert's opinion, what facts it concerns, what errors can be found in expert opinions. All the considerations led to the conclusion that many problems issues of a basic nature and concerning expert opinions remain open and worth considering.

Keywords: expert witness, expert, evidence, means of proof

Anna Haładyj
Anna Barczak

RECENZJA MONOGRAFII *PRAWO ZARZĄDZANIA ŚRODOWISKIEM – ASPEKTY SPRAWIEDLIWOŚCI EKOLOGICZNEJ*, POD RED. MACIEJA NYKI I TOMASZA BOJAR-FIJAŁKOWSKIEGO, WYDAWNICTWO FUNDACJA ROZWOJU UNIwersYTETU GDAŃSKIEGO, GDAŃSK 2017, ISBN 978–83–7531–287–4

Przedłożona do recenzji publikacja jest rezultatem konferencji naukowej „Sprawiedliwość ekologiczna w gospodarce, energetyce i administracji”, połączonej ze Zjazdem Katedr Prawa Ochrony Środowiska, której organizatorem był Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz Pomorski Instytut Naukowy im. prof. Brunona Synaka. Obrady połączone zostały z obchodami jubileuszu pracy prof. dr hab. Janiny Ciechanowicz-McLean. W konferencji wzięło udział 100 przedstawicieli 23 ośrodków naukowych, sądów administracyjnych i organów ochrony środowiska, nie dziwi więc, że liczne opracowania zgłoszone do publikacji podzielono na dwa tomy.

Recenzowane dzieło jest drugą publikacją, która ukazała się po konferencji. Pierwsza monografia została opublikowana w 2016 r. Jej tytuł brzmi: „Sprawiedliwość ekologiczna w prawie i praktyce”, red. Tomasz Bojar-Fijałkowski, Wydawnictwo Fundacji Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016,

* dr hab. Anna Haładyj, prof. KUL, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, e-mail: anna.haladyj@gmail.com

** dr hab. Anna Barczak, prof. US, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, e-mail: anna.barczak@wpiaus.pl

ss. 421, wyd: RNP KUL 2/2017 (recenzja autorstwa A. Haładyj i A. Barczak została opublikowana w Rocznikach Nauk Prawnych 2017, t. XXVII, nr 2, s. 195–205, DOI: <http://dx.doi.org/10.18290/rnp.2017.27.2-10>).

Problematyka zarządzania środowiskiem, uwzględniająca aspekty sprawiedliwości ekologicznej, jest obecnie w Polsce niezwykle popularna, zarówno wśród ogółu społeczeństwa, jak i w środkach masowego przekazu. To przekłada się na zainteresowanie prawnymi regulacjami w tej dziedzinie. W związku z tym, że sprawiedliwość ekologiczna jest wartością wymagającą ochrony, jej aspekty widoczne są w prawie ochrony środowiska, szczególnie w zakresie zarządzania środowiskiem.

W prezentowanej monografii poddano analizie różne przykłady kształtowania się prawa zarządzania środowiskiem z punktu widzenia sprawiedliwości ekologicznej i sposobów jej interpretacji. Powstało w ten sposób obszerne opracowanie – niezastąpione źródło wiedzy zebranej w jednym miejscu. Lektura artykułów zamieszczonych w recenzowanej monografii pozwala lepiej zrozumieć polskie uwarunkowania jako przejaw sprawiedliwości ekologicznej na tle zarządzania środowiskiem.

Monografia składa się z pięciu rozdziałów. Rozważania merytoryczne poprzedzone zostały wstępem redaktorów publikacji.

Rozdział pierwszy zatytułowany „Ochrona przyrody” składa się z sześciu opracowań. Na uwagę zasługują badania przeprowadzone przez Z. Wiśniewskiego. Autor sformułował zarówno wnioski *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*. Wynika z nich, że sytuacja prawna parków krajobrazowych jest odmienna od ochrony prawnej parków narodowych, zwłaszcza w zakresie ich rangi i podmiotowości w postępowaniu administracyjnym i sądowym. Obrazuje to omówione orzecznictwo sądownoadministracyjne, gdzie zwraca się uwagę na ustawowe różnice pomiędzy reżimami prawnymi obu form ochrony przyrody. Faktyczne znaczenie parków krajobrazowych w ochronie przyrody przemawiałoby za ich większą podmiotowością w omawianych sferach prawnych. Z kolei P. Zacharczuk w swoim opracowaniu analizuje prawne skutki jednego z wyroków TK, który dotyczy niekonstytucyjności art. 27 ust. 1 ustawy Prawo łowieckie, stanowiącego podstawę prawną do tworzenia obwodów łowieckich, na podstawie których oparta jest cała gospodarka łowiecka w Polsce. Dość interesująca jest struktura artykułu. Autor rozpatruje skutki wyroku TK w dwóch płaszczyznach – w sferze stanowienia prawa oraz sferze jego stosowania (tu istotna jest data 21 stycznia 2016 r.). Ł. Ciołek badając status prawny straży łowieckiej, zastanawia się nad jej pozycją w syste-

mie bezpieczeństwa i porządku publicznego w Polsce. Wnioski, do jakich doszedł autor, są niepokojące. Analiza przepisów ustawy Prawo łowieckie i ich zastosowanie w praktyce wykazują, że nie są one wystarczająco precyzyjne. Istnieją przepisy, które mają charakter martwy. Kolejne dwa artykuły dotyczą ochrony krajobrazu. K. Fortuna zwraca uwagę na szanse i zagrożenia w tym zakresie. Autorka słusznie podkreśla, że ustawodawca powinien doskonalić istniejące przepisy prawne, a nie tworzyć nowe unormowania, powodujące, że w polskim porządku prawnym w zakresie ochrony krajobrazu mamy do czynienia z nadregulacją rozwiązań prawnych. Autorem drugiego artykułu jest A. Sypnicki, który analizuje projekt wprowadzenia prawa szlaku. Zauważa, że projekt ten nie uwzględnił wpływu prawa szlaku na kwestie związane z ochroną krajobrazu, tym bardziej że ustanowienie prawa szlaku umożliwiłoby gminie budowę koniecznej infrastruktury szlaku.

Rozdział drugi pod tytułem „Oceny oddziaływania na środowisko” zawiera trzy artykuły, których przedmiotem są różne aspekty ocen oddziaływania na środowisko. Dwa z nich dotyczą prawa polskiego, a trzeci – prawa rosyjskiego. M. Zakrzewska skupia się na aspektach ochrony zdrowia ludzi w procedurze indywidualnej. Autorka jako wniosek *de lege ferenda* wskazuje, aby do ustawy o dostępie do informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska, ocenach oddziaływania na środowisko wprowadzić możliwość odmowy wyrażenia zgody na realizację przedsięwzięcia w sytuacji, gdy może ono znacząco negatywnie oddziaływać na zdrowie ludzi. Wydaje się, że jest to słuszny wniosek, gdyż wartość „zdrowia ludzkiego” jest wartością najwyższą. A. Wilk-Ilewicz w swoim artykule słusznie podkreśliła, że nie ma wątpliwości, iż właściwe organy są zobowiązane do podjęcia, w zakresie swoich kompetencji, wszelkich ogólnych lub szczególnych środków, by zaradzić brakowi przeprowadzenia oceny wpływu na środowisko projektu. Szczegółowe zasady proceduralne mające zastosowanie w tym zakresie leżą w gestii krajowego porządku prawnego każdego z państw członkowskich, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich, pod warunkiem, że nie są one mniej korzystne od zasad dotyczących podobnych sytuacji o charakterze wewnętrznym (zasada równoważności) i że nie czyni praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw przyznanych przez unijny porządek prawny (zasada skuteczności). K. Zawada analizując społeczną ekspertyzę ekologiczną w prawie rosyjskim, wykazuje ewolucję tej instytucji, jej pojęcie, zasady i tryb przeprowadzania. Z przeprowadzonych badań wynika, że ekspertyza ekologiczna w prawie rosyjskim ma obecnie marginalną rolę.

Rozdział trzeci zatytułowany „Prawo do środowiska” składa się z pięciu opracowań. Rozważania rozpoczyna artykuł W. Federczyka, którego badania mają charakter empiryczny. Autor analizuje stosunek wolności jednostki i ochrony środowiska na przykładzie przeciwdziałania emisji w Krakowie. A. Fogel z kolei w swoim opracowaniu dochodzi do wniosków, że na rolę organów publicznych, a także sądów administracyjnych, w zakresie oceny „dowolności zagospodarowania terenu” należy spojrzeć w nowy sposób. Autorka zauważa, że wobec identyfikacji „pozytywnych obowiązków” państwa w ochronie środowiska nie sposób uznać, że prawo do zagospodarowania terenu w istocie jest typowym prawem wolnościowym, ograniczanym wyłącznie przez zakazy zawarte w prawie materialnym. Powinnością organów publicznych przy stanowieniu, ale i stosowaniu prawa jest identyfikacja możliwych zagrożeń dla zdrowia, życia i mienia innych osób związana z negatywnym oddziaływaniem na środowisko. A. Folgier omawiając wybrane zagadnienia, analizuje udział społeczeństwa w ochronie środowiska. Podkreśla, że należyty udział społeczeństwa gwarantują: wykaz czynności, jakie powinien w takim postępowaniu podjąć organ administracji publicznej, oraz wykaz dokumentów, które powinny być wyłożone do wglądu w toku postępowania. Zapewnienie udziału społeczeństwa w ochronie środowiska ma na celu m.in.: wzmocnienie odpowiedzialności administracji i jawności w podejmowaniu decyzji, wzrost społecznej świadomości zagadnień ochrony środowiska czy też zwiększenie zaufania do administracji i społecznego poparcia dla decyzji dotyczących środowiska. M. Micińska-Bojarek przedstawia status prawny organizacji ekologicznych w prawie rosyjskim, zwłaszcza tych, które otrzymują finanse z zagranicy. Wnioski, jakie wypływają z przeprowadzonych rozważań, nie nastrojają optymistycznie. Organizacje pozarządowe, w tym ekologiczne, otrzymujące finansowanie z zagranicy traktowane są w kategoriach V kolumny, a nie III sektora. Pełną swobodą działania mogą cieszyć się nadal tylko organizacje niekorzystające z zagranicznych grantów. Rozdział trzeci zamyka opracowanie K. Cholewy. Autorka dotyka niezwykle ważnego zagadnienia, jakim jest dostęp do informacji o środowisku. Czyni to na przykładzie gospodarki odpadami. Stwierdza, że dostęp do informacji o środowisku, w tym do informacji dotyczącej odpadów, stanowi jedną z podstawowych zasad prawa ochrony środowiska i jest jednym z instrumentów przyczyniających do realizacji prawa człowieka do czystego środowiska.

Rozdział czwarty pt. „Prawo środowiska” strukturą nie odbiega od pozostałych rozdziałów. Zawiera on sześć opracowań. M. Szalewska analizuje instytucję opłat za korzystanie ze środowiska. Należy zgodzić się z autorką, że charakter

prawny opłaty za korzystanie ze środowiska stanowi jeden z istotnych sporów dzielących przedstawicieli zarówno nauki prawa ochrony środowiska, jak i prawa finansowego. Istotą tego sporu jest poszukiwanie przedmiotu opłaty, stanowiącego świadczenie wzajemne, którego istnienie potwierdziłoby odpłatny charakter analizowanej daniny publicznej. Z prowadzonych rozważań wynika, że koncepcja opłaty za rzeczywiste korzystanie z zasobów środowiska ma status dóbr publicznych, będących kategorią tzw. rzeczy publicznych. M. Baran analizuje przesłanki roszczenia odszkodowawczego (tak jak formułuje go doktryna *Francovich*) oraz możliwości jego wykorzystania dla egzekwowania unijnego prawa ochrony środowiska. Czyni to na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Autor zauważa, że roszczenie odszkodowawcze jako narzędzie egzekwowania prawa UE w ochronie środowiska ma ograniczyć zakres zastosowania, gdyż możliwości wystąpienia z nim ograniczają się jedynie do szkód, które wystąpiły w majątku poszkodowanej jednostki i to tylko o tyle, o ile cel i zakres ochrony naruszonych przepisów unijnych koresponduje z rodzajem szkód występujących w sferze majątkowej podmiotu prywatnego. J. Kierzkowska natomiast dotyka tematu, który do tej pory w doktrynie nie był analizowany. Zwraca uwagę na kwestię uczciwości ustawodawcy wobec „służb, inspekcji i straży” w przydzielaniu im zadań w zakresie ochrony środowiska. Autorka dochodzi do wniosków, że polski ustawodawca nie na każdej płaszczyźnie podziału obowiązków w zakresie ochrony środowiska między „służby, inspekcje i straże” jest sprawiedliwy. Niektóre ze służb wykonują wiele zadań środowiskowych, choć ich cel powołania jako formacji w zamyśle był inny. Przykładem jest straż pożarna i straż miejska. Z kolei G. Ignatowicz zwraca uwagę na zadania administracji publicznej w zakresie bezpieczeństwa ekologicznego oraz stosowania polityki ochrony środowiska. E. Olejarczyk natomiast stwierdza, że interes prawny, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa, uprawniający do zaskarżenia uchwały sejmiku województwa zmieniającej uchwałę wykonawczą, ma jedynie prowadzący instalację regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, której status prawny został tą uchwałą określony poprzez wskazanie tej instalacji jako regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Rozdział zamyka opracowanie J. Turskiego, który zastanawia się nad wpływem ochrony zaufania na stosowanie administracyjnych kar pieniężnych w prawie ochrony środowiska. W konkluzjach stwierdza on, że zasada ta ma olbrzymi wpływ na stosowanie administracyjnych kar pieniężnych w prawie ochrony środowiska. Aby ocenić ten wpływ, należy wziąć pod uwagę zarówno aspekt procesowy, jak i materialny tej zasady.

Ostatni rozdział recenzowanej monografii nosi tytuł „Gospodarcze prawo środowiska” i zawiera trzy opracowania. S. Karoluk analizuje zamówienia publiczne poprzez ukazanie ich prawnej regulacji w aspekcie horyzontalnym. Zwraca uwagę, że w tym zakresie dostrzegalne jest postrzeganie prawa ochrony środowiska w kontekście negocjacji kształtujących międzynarodowe stosunki gospodarcze. Dostrzec tu należy zarówno perspektywę uniwersalną (odzwierciedloną w porozumieniach GPA), jak i europejską (wspólnotową). Obok tego należy dostrzegać perspektywę wertykalną, związaną ze stopniowym rozszerzaniem przedmiotowym zamówień publicznych. Tu należy umieścić przypisywanie zamówieniom publicznym nowych ról, co jest konsekwencją dostrzegania istotnego wpływu omawianej dziedziny na stosunki społeczne. M. Krzykowski z kolei zajmuje się składowaniem dwutlenku węgla w Polsce w aspekcie formalnoprawnym. Autor zwraca szczególną uwagę na wskazanie potencjalnych, jak i rzeczywistych barier prawnych, dla przedsiębiorcy zamierzającego prowadzić działalność polegającą na składowaniu CO₂. Rozdział zamykają badania prowadzone przez M. Behnkego. Autor skupia się zasadzie przezorności, jednej z ważniejszych obecnie zasad prawa ochrony środowiska. Podkreśla, że zasada ta odegra swoją rolę wtedy, gdy będzie uczestniczyć w analizach i ocenie rynku nie tylko w wymiarze aksjologicznym, jako podbudowana nakazu powstrzymania się od określonych zachowań, lecz jako mierzalny czynnik w analizie ryzyka, analizie kosztów i korzyści, analizie multikryterialnej czy też ocenie alternatyw i efektywności kompensacji w teście IROPI. W rezultacie – kiedy prowadzić będzie do zarządzania kosztami zewnętrznymi.

Zakres podjętych w monografii zagadnień jest niezwykle szeroki. Artykuły zostały przygotowane bardzo starannie zarówno w punktu widzenia zawartości merytorycznej, jak i od strony formalnej. Zawarte w publikacji rozważania mogą stanowić cenny głos w dyskusji na temat zawarty w tytule pracy. Reasumując, można stwierdzić, że monografia jest niezwykle potrzebnym i cennym wkładem w proces kształtowania prawa ochrony środowiska, w zakresie jego zarządzania, a także ciekawą lekturą dla wszystkich interesujących się tą dziedziną – i to nie tylko dla prawników.